

LIBER AMICORUM PER PASQUALE COSTANZO

Diritto costituzionale in trasformazione

I COSTITUZIONALISMO, RETI E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

2020

 **CONSULTA ONLINE** 

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Liber Amicorum per Pasquale Costanzo
Diritto costituzionale in trasformazione

I

Costituzionalismo,
Reti e Intelligenza Artificiale

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

3

Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – *Diritto costituzionale in trasformazione*

Vol. I – Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale

Collana di studi di Consulta OnLine (E256917), 3

ISBN: 978-88-945618-1-4



Genova, 2020 by Consulta OnLine, Associazione giuridica scientifico-culturale C.F. 90078670107

info@giurcost.org

Comitato scientifico

Paolo Caretti (Emerito Univ. di Firenze)

Riccardo Guastini (Emerito Univ. di Genova)

Annamaria Poggi (Univ. di Torino)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri (Emerito Univ. di Messina)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio Calabria)

Federico Sorrentino (Emerito Univ. di Roma "La Sapienza")

Comitato promotore

Allieve e Allievi dei Dottorati di ricerca

di cui il prof. Pasquale Costanzo è stato Coordinatore

nelle Università di Camerino e di Genova



Indice
Tomo I

Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale

<i>Premessa</i>	V
TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>Il Costituzionalismo nella Società tecnologica</i>	1
OMAR CARAMASCHI, <i>Tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione e giuridica: quali spazi per un costituzionalismo “tecnologico” (o “digitale”)?</i>	15
FRANCESCO RIMOLI, <i>Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica: i rischi del cittadino telematico</i>	25
PAOLO PASSAGLIA, <i>Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento</i>	41
GIOVANNA DE MINICO, <i>Internet: Rules and Anarchy. The test of algorithms</i>	51
CRISTINA BERTOLINO, <i>Il diritto di accesso alla rete internet nell’«era dell’accesso»</i>	79
SIMONE FREGA, <i>A quale “generazione” di diritti appartiene l’accesso a internet?</i>	93
ALBERTO RANDAZZO, <i>Internet e democrazia: prime notazioni su tre possibili svolgimenti di un rapporto complesso</i>	99
ANNAMARIA POGGI, <i>Diritto a Internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?</i>	131
PAOLO CARETTI, <i>Il pluralismo informativo e la Rete</i>	145
PALMINA TANZARELLA, <i>Definizione e ridefinizione della libertà d’espressione nei settant’anni di vigenza della Costituzione italiana</i>	149
CORRADO CARUSO, <i>I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell’era dei social network</i>	159
ELISABETTA CATELANI, <i>Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?</i>	189
PAOLO BIANCHI, <i>Piesczek e l’Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale</i>	197
MAURA FOGLIA, <i>Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d’odio in rete</i>	
ORESTE POLLICINO, <i>Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor</i>	209
MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, <i>El discurso del odio: entre la trivialización y la hiper-penalización</i>	229
MASSIMILIANO MEZZANOTTE, <i>Il Revenge Porn e i limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero: l’esperienza americana e quella italiana a confronto</i>	243
ANDREA PISANESCHI, <i>Reti sociali ed elezioni: il fallimento del mercato e il quadro regolatorio europeo</i>	255
PAOLO ZICCHITTU, <i>I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti</i>	269
PAOLO CARNEVALE - DANIELE CHINNI, <i>To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali</i>	279
CHIARA FATTA, <i>Dall’informatizzazione della Pubblica Amministrazione alla Rivoluzione 4.0: natura e limiti della decisione automatizzata</i>	301
LUCA PEDULLÀ, <i>La timida apertura della legge regionale siciliana n. 7/2019 all’amministrazione digitale</i>	315
SIMONE SCAGLIARINI, <i>Tecnologie informatiche e procedimento elettorale: un matrimonio che s’ha da fare</i>	327
CARMELA SALAZAR, <i>Diritti e algoritmi: la gig economy e il “caso Foodora”, tra giudici e legislatore</i>	341
PETER LEYLAND, <i>Online Dispute Resolution in the UK: Not Just a Justice Substitute?</i>	357
ALFONSO CELOTTO, <i>Algoritmi e algoretica: quali regole per l’intelligenza artificiale?</i>	367
CARLO CASONATO, <i>Costituzione e intelligenza artificiale: un’agenda per il prossimo futuro</i>	377
ELETTRA STRADELLA, <i>Stereotipi e discriminazioni: dall’intelligenza umana all’intelligenza artificiale</i>	391

ELENA BASSOLI, <i>La Ciber-Etica: luci e ombre della predittività algoritmizzata</i>	401
GIACOMO CANALE, <i>L'uso "tendenziale" del precedente nella giurisprudenza costituzionale e i suoi possibili sviluppi futuri</i>	433
ALESSANDRO MORELLI, <i>Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche</i>	449
PAOLO ZUDDAS, <i>Intelligenza artificiale e discriminazioni</i>	457
ANNA PAPA, <i>La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society</i>	477
ARIANNA VEDASCHI, <i>Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale</i>	491
LUCILLA CONTE, <i>Prime note in tema di eredità culturale digitale</i>	505
GIORGIO GRASSO, <i>Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo</i>	515
FRANCESCA BAILO, <i>A scrolling screenshot on Pasquale (@lino) Costanzo, constitutionalist 2.0</i>	523
ALESSANDRA VALASTARO, <i>Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale</i>	555

Premessa

Il presente è il primo di sei tomi di cui si compone il Liber Amicorum dedicato al prof. Pasquale Costanzo.*

Il fil rouge che percorre idealmente pressoché tutti i relativi contributi è dato dal “Diritto costituzionale in trasformazione”, avendo colto i numerosi Amici che hanno partecipato agli Scritti l’importanza di tale dinamica nel pensiero dell’Omaggiato, sempre attento all’innovazione sul versante sociale, come su quello normativo e più ampiamente istituzionale.

In tal senso, il primo tomo non avrebbe potuto che essere incentrato sui temi della Società dell’informazione, a cui Pasquale Costanzo ha riservato, talora pionieristicamente, ampia parte della propria attività di ricerca teorica ed applicata. Come, del resto, sta emblematicamente a dimostrare Consulta Online (www.giurcost.it e www.giurcost.org), ormai una delle più antiche riviste giuridiche telematiche di taglio accademico, a cui è affidata peraltro la pubblicazione dei presenti scritti, con la formula dell’e-book, abbastanza inedita per questo genere letterario, ma che ambisce ad agevolarne così sia la diffusione, sia la costante disponibilità.

Gli scritti contenuti nel tomo I possono essere a loro volta collocati, sia pure con il criterio della prevalenza, in sei filoni, secondo percorsi che ricalcano alcuni dei principali interessi scientifici del Nostro. Punto di partenza è la considerazione delle tematiche legate al “ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo” (titolo della relazione svolta dall’Omaggiato al Convegno dei costituzionalisti di Salerno), con contributi attinenti alla forma stessa dello Stato (popolo, territorio e ius imperii). Su questa base, viene affrontata la questione della “deteritorializzazione” del potere nel quadro della società tecnologica e della “mondializzazione giuridica” (T.E. Frosini e O. Caramaschi) e le ricadute della “neointermediazione” politica nei confronti del “cittadino telematico” (F. Rimoli).

Il fatto, poi, che vi sia implicata la “cittadinanza digitale” nell’“era dell’accesso” (C. Bertolino), conduce al secondo versante tematico, costituito, per l’appunto, dal diritto di accesso alle Reti, a cui è dato spazio in vari contributi, esplorandosi, di esso, il fondamento costituzionale (P. Passaglia) e, più in generale, natura (S. Frega) e sviluppi (G. De Minico, A. Randazzo).

Si percorre, dipoi, la strada che dal “diritto a Internet” conduce immediatamente “al diritto alla libertà di manifestazione del pensiero” (A. Poggi): tutti temi ampiamente trattati dal Nostro (ad es., nelle varie voci enciclopediche ed in altri scritti, anche di natura divulgativa) e che trovano collocazione nel tomo in oggetto. Si ha dunque la “Definizione e ridefinizione della libertà d’espressione” (P. Tanzarella), nonché l’approfondimento, specie in termini di opportunità, del pluralismo informativo nella Rete (P. Caretti); senza tralasciare la problematica dei correlativi rischi, come Fake news (E. Catelani), Hate Speech (M. Revenga Sánchez, O. Pollicino, M. Foglia), Revenge Porn (M. Mezzanotte) e, per altro verso, forme censorie da parte delle major companies del web (C. Caruso e P. Bianchi).

Altri tipi di violazioni dei diritti ricollegabili alle tecnologie dell’informazione sono studiati nella parte finale del tomo I, dove si affronta la problematica della tutela del “diritto

* Gli altri tomi vertono, rispettivamente, su:

- II: Il diritto pubblico della pandemia
- III: Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale
- IV: I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista
- V: La democrazia italiana in equilibrio
- VI: Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale.

Premessa

all'autodeterminazione informativa" nella big data society (A. Papa) e dei modi e degli strumenti di discriminazione implicati dalle nuove tecniche informazionali, a partire dai big data (P. Zuddas, A. Vidaschi).

Peraltro, il cuore del tomo I vede l'analisi di temi connessi ai versanti dell'e-democracy e dell'e-government, per rispondere all'interrogativo, trasversale al percorso di studio dell'Omaggiato: "Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia?". Vengono così indagate le più recenti tendenze concernenti le elezioni e l'attività dei movimenti politici "nell'agorà digitale" (A. Pisaneschi, S. Scagliarini, P. Zicchittu); guardandosi, nel contempo, alle ricadute dell'informatizzazione sugli organi costituzionali (P. Carnevale e D. Chinni), sulla Pubblica Amministrazione (C. Fatta, L. Pedullà), sull'e-justice (C. Salazar, G. Canale), che viene in rilievo anche coi temi legati all'Online Dispute Resolution (P. P. Leyland), all'impiego per le decisioni giudiziali di algoritmi ed algoretica (A. Celotto, E Bassoli) e delle più avanzate tecniche di intelligenza artificiale (C. Casonato, E. Stradella, A. Morelli).

Il tomo I si completa con altre riflessioni sui temi della cultura giuridica digitale a cui l'Onorato non ha mancato di apportare il suo contributo (G. Grasso, L. Conte, F. Bailo), e con uno sguardo sui nuovi scenari indotti dalla pandemia (A. Valastro), anticipando idealmente i temi del tomo II.

Lara Trucco

TOMMASO EDOARDO FROSINI
Il Costituzionalismo nella Società tecnologica

SOMMARIO: 1. *Ubi societas technologica, ibi ius*. – 2. Il costituzionalismo nel Ventunesimo secolo. – 3. I nuovi diritti costituzionali nell'era di Internet. Il diritto di accesso. – 5. *Segue*: Il diritto alla *privacy*. – 6. *Segue*: il diritto all'oblio. – 7. Democrazia e società tecnologica. – 8. Internet, la libertà e la legge.

1. *Ubi societas technologica, ibi ius*

Da tempo il diritto è entrato nella società tecnologica¹, con tutti i suoi temi e problemi derivanti dall'applicazione delle tecniche giuridiche – sostanziali e processuali – nel vasto mondo della tecnologia e i suoi derivati, in particolare la rete Internet. Pertanto, si potrebbe riformulare l'antico brocardo latino con *ubi societas technologica, ibi ius*.

Si assiste, a seguito dell'affermarsi della tecnologia, a un nuovo modo di essere del diritto e, conseguentemente, a un processo di metamorfosi della figura del giurista come umanista in quella del giurista tecnologico².

Il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti. Emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti", i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro "tono costituzionale", che li collocano, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa.

Un esercizio ermeneutico in virtù del quale si applicano i tradizionali diritti di libertà costituzionali ai fenomeni della tecnologia informatica, che è quella in particolare di cui mi occupo nel presente scritto³.

Ritengo che le tecnologie hanno rappresentato e continuano a rappresentare uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico⁴.

Certo, le tecnologie non producono solo libertà, per così dire: la tecnologia può essere al servizio dell'uomo buono o cattivo, del governante illuminato o del despota; in uno Stato costituzionale liberale, però, l'indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano e accrescono le libertà dell'individuo, e l'utilizzo delle tecnologie non può che essere strumentale a questo obiettivo.

E' questo il compito, ovvero la sfida che spetta al costituzionalismo nel Ventunesimo secolo: fare convivere, in perfetta armonia, le libertà dell'individuo con la tecnologia.

¹ Cfr. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano 1980 (ma v. già Id., *Cibernetica diritto e società*, Milano 1968).

² V. FROSINI, *The lawyer in technological society*, in *European journal of law, philosophy and computer science*, voll. I-II, 1998, 293 ss.

³ Chiarisco cosa intendo per "tecnologia": il fecondo connubio di scienza e di tecnica, che si è verificato con la stimolazione della ricerca scientifica verso obiettivi pratici e con la rivalutazione della tecnica, in quanto collegata e sottomessa alla ricerca scientifica; pertanto, la tecnologia è il prodotto della scienza resa operativa.

⁴ Sul punto, T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. Inf.*, n. 3, 2003, 487 ss. (ora in Id., *Liberté Egalité Internet*, seconda ed., Napoli 2019, 19 ss.; ora tradotto in spagnolo: *Libertad, Igualdad, Internet*, Ciudad de Mexico 2019).

2. Il costituzionalismo nel Ventunesimo secolo

Il costituzionalismo non è dottrina, metodo oppure, meglio ancora, tecnica del passato, ovvero ancorata al passato⁵. È piuttosto come un plebiscito che si rinnova ogni giorno: perché sviluppa nuove forme di valorizzazione e di tutela della libertà dell'individuo. La sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto⁶. Si è parlato altresì di un «nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto»⁷.

Sebbene costituzionalismo non sia sinonimo di costituzione, perché quest'ultime possono essere, come ce ne sono, antitetico ai principi del costituzionalismo, bisogna comunque porsi un problema, che lo si può riassumere con la seguente domanda: da un punto di vista del diritto costituzionale, le tecnologie determinano nuove forme di diritti di libertà oppure possono essere incardinate e quindi riconosciute nell'alveo delle tradizionali libertà costituzionali? Ovvero, è necessario ri-scrivere nuove norme costituzionali per definire le libertà che si sono venute a determinare a seguito dell'avvento della tecnologia, oppure si possono interpretare le vigenti norme costituzionali ricavandone da esse le nuove figure giuridiche dei nuovi diritti di libertà?

Non è da ritenersi ancora del tutto superato l'esercizio ermeneutico di voler applicare le libertà costituzionali statali ai fenomeni della tecnologia informatica⁸. Quindi, mantiene ancora oggi una sua validità rileggere la libertà di informazione, come diritto a essere informati oltretutto a informare, la libertà di comunicazione, la libertà di associazione, la libertà di riunione, la libertà di iniziativa economica privata, e le libertà politiche, alla luce degli sviluppi della tecnologia, al fine così di individuare le forme di tutela delle nuove situazioni giuridiche soggettive. Vi è stata, altresì, l'epifania di una nuova forma di libertà, che è stata concettualizzata in dottrina e che si è venuta a determinare con l'avvento della società tecnologica. Si tratta della dottrina della cd. "libertà informatica", che soprattutto con Internet è diventata una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere⁹.

È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni. Ci troviamo di fronte, indubbiamente, a una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere. Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un

⁵ Numerose sono le opere dedicate al costituzionalismo, due in particolare mi piace qui citare per la loro chiarezza e precisione: N. MATTEUCCI, *Breve storia del costituzionalismo* (1964), intr. di C. Galli, Brescia 2010; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari 2009. Se si vuole, v. altresì T.E. FROSINI, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli 2011

⁶ Ragiona di un "costituzionalismo tecnologico", dopo quello liberale e democratico, P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Rass. Parl.*, n. 4, 2012, spec. 852

⁷ Così, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 7

⁸ Problema esaminato con tratti chiaroscuri da P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in *Diritti e libertà in internet*, a cura di T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa-M. Bassini, Milano 2017, 3 ss.

⁹ La dottrina della *libertà informatica* venne elaborata da V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, nel vol. *Privacy e banche dei dati*, a cura di N. Matteucci, Bologna, 1981, 37 ss. (ora in *Id.*, *Informatica diritto e società*, 2a ed., Milano 1992, 173 ss.)

rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica. Si viene così a dare piena attuazione all'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'Onu, che così ha chiaramente precisato il diritto di libertà di manifestazione del pensiero: «cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee». Formulazione perfetta, anche e soprattutto nell'età di Internet.

Allora, la libertà costituzionale di manifestazione del pensiero consiste oggi in quello che prevede e prescrive l'articolo 19 prima citato, anche quando l'informazione che viaggia *on line* su Internet può agitare i governi nazionali, disturbare le relazioni diplomatiche fra Stati e, specialmente, svelare gli *arcana imperii*. Potrà non piacere, e soprattutto si potrà ridimensionare la portata e l'effetto e negarne la validità giuridica, ma resta il fatto che anche attraverso questa opera di *cercare, ricevere, diffondere* si viene a mettere al centro il diritto di sapere e la libertà di informare, che rappresenta altresì un nuovo modo di essere della separazione dei poteri, in una rinnovata concezione del costituzionalismo. Una volta erano i governanti che controllavano i cittadini attraverso il controllo dell'informazione; ora è diventato più difficile controllare quello che il cittadino "legge-vede-sente", "cerca-riceve-diffonde". Internet, allora, sta generando, come è stato scritto, «una coscienza costituzionalistica globale, animata dai *media* internazionali e dai *social networks* quali strutture critiche di una sfera pubblica sovranazionale, con effetti di "apertura" su contesti sociali bloccati e persino di catalizzazioni di rivoluzioni culturali e politiche»¹⁰.

Quali sono i (nuovi) diritti da prendere sul serio nel costituzionalismo della società tecnologica? Qui di seguito mi provo a fare un'elencazione con sintetiche riflessioni, in punto di attuazione e tutela. Non si vuole così fare l'apologia del costituzionalismo tecnologico ma piuttosto ripensare e rielaborare le categorie del costituzionalismo, per mettere "vino nuovo in otri nuovi". Declinare il costituzionalismo alla luce dei cambiamenti prodotti dall'erompere della tecnologia nelle nostre vite e nelle nostre comunità, in quella che è stata definita "la nuova civiltà digitale"¹¹.

3. I nuovi diritti costituzionali nell'era di Internet. Il diritto di accesso

Nel Ventunesimo secolo si staglia chiaramente l'orizzonte giuridico dell'Internet¹². Che è anche il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo, come è stato chiaramente dimostrato, in particolare, dalle pronunce della Corte Suprema Usa prima e del *Conseil constitutionnel* francese poi¹³, che hanno riconosciuto e affermato il diritto di accesso a Internet, da declinare quale libertà di espressione. E' significativo che proprio nei due Paesi dove è sorto il costituzionalismo, seppure inizialmente muovendosi su due opposti sentieri, si registra un nuovo metodo interpretativo di rileggere e applicare due antiche norme – il I° Emendamento della Costituzione Usa (1787) e l'articolo 11 della Dichiarazione del 1789 – pensate, scritte e approvate più di due secoli fa per affermare e tutelare la libertà di informazione: quella di ieri, di oggi e di domani, è davvero il caso di dire. Infatti, da queste norme, da quei chiari e limpidi orizzonti del costituzionalismo, che si aprivano alla modernità, oggi si cerca e si trova il nucleo fondante costituzionale per riconoscere e garantire le nuove forme espressive di comunicazione elettronica, con particolare riguardo a

¹⁰ Così, P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 839

¹¹ Cfr. G. GHIDINI-D. MANCA-A. MASSOLO, *La nuova civiltà digitale. L'anima doppia della tecnologia*, Milano 2020

¹² V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. Inf.*, n. 2, 2000, 271 ss.

¹³ Per la giurisprudenza statunitense: *American Civil Liberties Union v. Reno* [E.D. Pa 1996], (tr. it. in *Dir. Inf.*, n. 4/5, 1996); con sviluppi in Corte Suprema 521 US 844 (1997), (tr. it. in *Foro it.*, IV-2, 1998, 23 ss.). Per la giurisprudenza francese: *Conseil Constitutionnel* n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009 (tr. it. in *Dir. Inf.*, n. 3, 2009, 524 ss.).

Internet. Si sta formando, a livello giurisprudenziale e grazie a un'accorta opera d'interpretazione costituzionale, un *diritto costituzionale di accesso a Internet*: perché nel contesto di una diffusione generalizzata di Internet, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione in linea. Ed è compito degli Stati rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto l'esercizio di questo servizio universale a tutti i cittadini, che invece deve essere garantito attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica.

Quindi, il diritto di accesso a Internet, da intendersi come libertà informatica, è da considerarsi *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*¹⁴. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Anche perché, «lo sviluppo di Internet e la crescita dell'esigenza della trasparenza [amministrativa] rappresentano, nelle società occidentali, due fenomeni concomitanti»¹⁵.

Il diritto di accesso è strumentale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali: non solo la libertà di manifestazione del pensiero, ma anche il diritto al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, o piuttosto la libertà di impresa. Oggi, nella società dell'informazione o, se si preferisce, nell'era dell'accesso¹⁶, non avere la possibilità di accedere a Internet significa vedersi precluso l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza, soprattutto nei rapporti con la pubblica amministrazione. Il diritto di accesso si declina sotto due diversi ma collegati profili: *a) diritto di accesso al contenuto*, e quindi come strumento necessario per la realizzazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Se questa libertà diciamo *on line* è esercitabile se e in quanto si accede alla Rete, l'accesso non è solo strumento indispensabile ma diventa momento indefettibile dell'esercizio della libertà, senza il quale essa verrebbe snaturata, cancellata; *b) il secondo profilo*, invece, si riferisce al *diritto di accesso a Internet quale diritto sociale*, o meglio *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza.¹⁷ Ancora: il diritto di accesso, come è stato sostenuto, «si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete»¹⁸. Quindi, non tanto e non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete Internet ma piuttosto come diverso modo d'essere della persona nel mondo e come effetto di una nuova e diversa distribuzione del potere sociale.

¹⁴ Per questa tesi, rinvio a T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 60 ss.

¹⁵ A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris 2002, 61; v., altresì, O.D. PULVIRENTI, *Derechos Humanos e Internet*, Buenos Aires 2013

¹⁶ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, tr. it., Milano 2000

¹⁷ Da ultimo, riguardo al problema dell'accesso a Internet, e con riferimento alla situazione italiana, può essere utile citare qualche dato empirico. Secondo la Relazione del 2019 della Commissione europea sullo "Indice di digitalizzazione dell'economia e della società" (DESI), l'Italia è al 19° posto in Europa per quanto riguarda la connettività. Mentre il 19% della popolazione italiana non ha mai navigato sul *web*, un dato ben al di sotto della media UE, e più di metà della popolazione non possiede competenze digitali di base Poi, per quanto riguarda i servizi pubblici digitali, l'Italia si posiziona al 18° posto tra gli Stati membri della UE, con uno scarso livello di interazione online fra le autorità pubbliche e l'utenza. Buono il risultato sui servizi di sanità digitale, che pone l'Italia all'ottavo posto nella UE. L'Italia non va meglio in termini di velocità di banda, un'altra variabile che ci porta in fondo alla classifica europea.

¹⁸ Così, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 384. Sul diritto di accesso, rimando a T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 49 ss.; Id., *Il diritto di accesso a internet*, in *Diritti e libertà in internet*, a cura di T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa-M. Bassini, cit., 41 ss.

4. Segue: il diritto alla libertà di espressione

Come è cambiato il senso e il significato della libertà di manifestazione del pensiero nell'era di Internet? In maniera assai significativa, anche perché ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza "filtri", ovvero senza mediazioni di sorta, un *open network*. Infatti: basta creare un sito Internet, ovvero entrare in un sito: senza vincoli amministrativi e con una diffusione planetaria, accessibile a tutti (a condizione di avere un *computer* o un *tablet* e una connessione), immediato nella esecuzione, in grado di racchiudere in sé audio, scritto e video, con uno spazio illimitato di memoria e con il pieno e vario utilizzo di strumenti automatici di reperimento di quel che si cerca. Quindi, con Internet, chiunque può rendere pubbliche idee e opinioni attraverso la creazione e la gestione di un proprio *server*, ovvero attraverso l'apertura di un proprio sito *web*. In tal modo, ognuno può essere stampatore, direttore e editore di sé stesso, diffondendo notizie in rete senza appartenere ad alcun ordine professionale. Tutto un agire individuale, insomma; un uso concreto ed effettivo da parte di milioni di persone. Quindi, per dirla con la giurisprudenza statunitense: «[Internet], la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata». Anche perché – grazie a Internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo e formandosi alimentata da *Facebook*, *Twitter*, *You Tube*, *web communities*, *sms*, *skype*, *blogs* e continue evoluzioni. Questo determinerà una concezione assolutamente nuova e diversa dell'identità, che si articolerà in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono. L'identità digitale, quindi, si articola sulla base di un flusso continuo di informazioni, che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti, che costruisce, modifica e fa circolare immagini di identità altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una *Second Life* virtuale¹⁹. Insomma, una situazione di sicuro progresso in termini di libertà individuale ma anche di iniziativa economica privata. E' stato argutamente detto, che «solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza»²⁰.

5. Segue: Il diritto alla privacy

Un altro diritto da prendere sul serio, nel costituzionalismo della società tecnologica, è quello della *privacy*. Un diritto che nasce come una nuova esigenza di libertà personale. È nota ma vale la pena ricordare l'origine del *right to privacy*, che venne teorizzato, per la prima volta, in un articolo, così intitolato, scritto da due giuristi statunitensi, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, e pubblicato sulla *Harvard Law Review* nel 1891. Si invocava «il diritto di godere della vita, ovvero il diritto di starsene soli (*right to be let alone*)»: un diritto individuale di libertà da esercitare e tutelare specialmente nei confronti delle intrusioni, allora, della stampa nel riportare al pubblico

¹⁹ Sul punto, v. E. BASSOLI, *La disciplina giuridica della seconda vita in Internet: l'esperienza Second Life*, in *Inf. Dir.*, n. 1, 2009, 165 ss.

²⁰ V. ZENO ZENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi Cost.*, n. 1, 2010, 71.

fatti o elementi strettamente personali, la cui conoscenza avrebbe comportato disdoro e imbarazzo nella persona interessata. “Diritto a essere lasciati soli”, che si riteneva essere stato violato dalla stampa dell’epoca nel dare notizia, con dovizia di particolari, delle sontuose feste che si tenevano nella villa bostoniana di Warren. Non si chiedeva però di esaltare la difesa della solitudine fisica, ma piuttosto di ricondurre la *privacy* alla tutela dei valori di autonomia e dignità dell’individuo, che comprendono anche la protezione della sua cerchia familiare e persino di quella societaria, in cui egli ha scelto di collocarsi.

La concezione della *privacy* si è evoluta nel tempo, non più e non tanto come “diritto a essere lasciati soli”, e quindi una forma passiva di tutela, ma piuttosto anche come “diritto a disporre dei propri dati”, assumendo pertanto una forma attiva di partecipazione informativa²¹. Infatti, e soprattutto con l’avvento dei *computer* prima e di Internet dopo, la problematica riguarda non tanto il controllo delle informazioni individuali in difesa di un diritto del soggetto alla riservatezza, quanto piuttosto il metodo adottato per la raccolta dei dati, ossia la possibilità di raccogliere le informazioni in una “banca dati” elettronica. Da qui, la nuova esigenza di tutelare la riservatezza dei dati personali, ovvero di impedire che notizie riguardanti la sfera intima della persona possano essere divulgate e conosciute da terzi, con il rischio che questo possa procurare forme di discriminazione. Si pensi ai dati sanitari o sessuali, e quindi alla possibilità che la conoscenza di questi possa consentire un trattamento discriminatorio nei confronti di chi è affetto da una certa malattia oppure le cui scelte sessuali sono diversificate.

Il diritto alla *privacy* oggi ha una sua particolare conformazione, proprio con riferimento alle esigenze di tutela che possono prodursi attraverso la rete Internet. Mi provo a fare degli esempi su *provider* o motori di ricerca a tutti noti: *Amazon* monitora le nostre preferenze d’acquisto; *Google* registra le nostre abitudini in Rete; *Facebook* conosce le nostre relazioni sociali e ciò che *like*; gli operatori di telefonia mobile sanno non solo con chi parliamo, ma anche chi si trova nelle vicinanze. Lasciamo impronte elettroniche ovunque: da queste, infatti, si può risalire per sapere cosa abbiamo acquistato, in quale località siamo stati, dove e cosa abbiamo mangiato e così via.

Sul diritto alla *privacy*, quindi, c’è un prima e un dopo. Il confine è segnato dall’avvento di Internet, databile a partire dal secolo Ventunesimo²². Perché un conto sono i dati personali raccolti e custoditi in apposite banche dati, di cui però c’è, almeno formalmente, un responsabile della gestione delle stesse, sebbene il problema sia quello del flusso dei dati da una banca all’altra, un conto è Internet e la sua capacità di diffondere, subito e in tutto il mondo, dati che si riferiscono a una singola persona ovvero a imprese pubbliche e private. E’ chiaro che Internet consente un flusso sterminato di dati il cui controllo appare difficile regolare.

La questione oggi è resa più complessa con i cd. *big data*²³: si tratta dell’accumulo enorme di dati, tale da inondare il mondo di informazioni come mai prima d’ora, con una continua e irrefrenabile crescita. Il cambiamento di dimensione ha prodotto un cambiamento di stato. Il cambiamento quantitativo ha prodotto un cambiamento qualitativo. Sono state l’astronomia e la genomica, che per prime hanno sperimentato l’esplosione dei dati, a coniare l’espressione “*big data*”. E adesso il concetto si sta espandendo a tutti gli ambiti della vita umana. Pertanto, si tratta delle cose che si possono fare solo su larga scala, per estrapolare nuove indicazioni o creare nuove

²¹ In tema di diritto alla *privacy*, con riferimento alle problematiche presenti e future, cfr. T.E. FROSINI, *Le sfide attuali del diritto ai dati personali*, in *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, a cura di S. Faro-T.E. Frosini-G. Peruginelli, Bologna 2020, 25 ss.

²² Fra i primi a porre la questione giuridica di Internet, v. P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV ed., agg. Torino 2000.

²³ Da ultimo, V. ZENO ZENOVICH, *Big data e epistemologia giuridica* e A. STAZI, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, entrambi nel vol. *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, a cura di S. Faro-T.E. Frosini-G. Peruginelli, cit., 13 ss. e 77 ss.

forme di valore, con modalità che vengono a modificare i mercati, le organizzazioni, le relazioni tra cittadini e governi, e altro ancora. Faccio un esempio, riferito a Internet: *Google* processa oltre 24 *petabyte* di dati al giorno, un volume pari a mille volte la quantità di tutto il materiale a stampa contenuto nella biblioteca del Congresso degli Stati Uniti. Su *Facebook*, un'azienda che fino a una decina di anni fa nemmeno esisteva, si caricano ogni ora oltre dieci milioni di nuove fotografie. Gli iscritti a *Facebook* cliccano sul pulsante *I like* o lasciano un commento quasi tre miliardi di volte al giorno, creando un percorso digitale che l'azienda può analizzare per capire le preferenze degli utenti. È questo il punto: la possibilità per le grandi aziende di Internet di elaborare un'identità digitale degli utenti da utilizzare a scopi commerciali o politici.

È nota la recente vicenda che ha coinvolto *Facebook* per avere ceduto a una società di ricerche, *Cambridge Analytica*, i dati dei suoi utenti per consentire un trattamento finalizzato a individuare categorie di elettori. Questo dipenderebbe dai *like* che mettiamo sui *social*, come per esempio *Facebook* o *Twitter*. Perché ogni *like* che lasciamo sui *social* sarebbe un tassello in una sorta di auto-schedatura volontaria di massa, che finirebbe con offrire opportunità e poteri a chi vuole orientare le opinioni. Studi condotti da psicologi, peraltro, sostengono che bastano sessantotto *like* di un utente *Facebook* per individuare il colore della sua pelle (con precisione pari al 95%), l'orientamento sessuale (88%) e quello politico (85%). Quindi, le opinioni politiche sono conosciute da *Facebook*; quindi, il voto non è più segreto. È chiaro che questo aspetto va a colpire un diritto costituzionale quale quello del diritto di voto. E va altresì a colpire la riservatezza del cittadino laddove si individua la sua scelta politica, che è un dato sensibile che dovrebbe essere tutelato al massimo livello²⁴. È una nuova forma di potere, quello dei *provider* di assecondare i gusti di ciascuno sulla base di ciò che fanno di noi.

Ancora, e sempre in tema di diritto alla *privacy* e Internet. Si pensi ai recenti scandali internazionali, che sono stati sollevati con riferimento alla capacità di uno Stato di gestire i dati personali di migliaia di persone influenti, che appartengono e rappresentano le istituzioni europee. Ovvero l'indisponibilità personale dei dati che viaggiano sul *cloud computing*, laddove tutto il nostro patrimonio informativo finisce per essere sottratto alla nostra indisponibilità e per risiedere in *server* posti al di fuori del nostro controllo diretto, e quindi potenzialmente esposti a violare la nostra *privacy*. Il problema, peraltro, riguarda non solo dati personali, ma soprattutto grandi banche dati di operatori telefonici, imprese, istituti di credito e di risparmio, che hanno un indubbio valore strategico.

6. Segue: il diritto all'oblio

Il costituzionalismo nella società tecnologica deve altresì confrontarsi con un'altra situazione giuridica che si manifesta in Internet: quella del diritto all'oblio (*right to be forgotten*). Da intendersi quale reviviscenza del vecchio diritto a essere lasciati soli (*right to be alone*), ovvero come «pretesa a riappropriarsi della propria storia personale»²⁵, e quindi una sorta di diritto all'autodeterminazione informativa, altrimenti come mezzo per ricostruire la dimensione sociale dell'individuo, evitando che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente²⁶. Per salvaguardare il diritto del soggetto al riconoscimento e godimento della propria attuale identità personale o morale, attraverso il diritto di vietare un travisamento dell'immagine sociale di un

²⁴ Sulla questione, v. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. Inf.*, n. 4/5, 2017 (ora in Id., *Liberté Egalité Internet*, cit., 211 ss.).

²⁵C. CHIOLA, *Appunti sul c.d. diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Percorsi Cost.*, n. 1, 2010, 39.

²⁶ Maggiori dettagli in T.E. FROSINI, *La tutela dei dati e il diritto all'oblio*, in *Rass. parl.*, n. 4, 2018, 497 ss.

oggetto, ovvero della propria personalità individuale, per evitare che si venga a diffondere *false light in the public eye*. Quindi, un diritto a governare la propria memoria.

Diritto all'oblio e diritto alla *privacy* possono ben rappresentare due facce di una stessa medaglia, che affondano nella dignità della persona la loro rilevanza costituzionale. Il diritto all'oblio, generato dalla giurisprudenza e consolidato dalla legislazione, ha dovuto fare i conti con Internet, la "rete delle reti", dove tutto ciò che è stato inserito nel *web* rimane come una memoria illimitata e senza tempo, ovvero un deposito di dati di dimensioni globali.

Certo, la notizia apparsa sul *web* non dura, al pari delle notizie sulla carta stampata, come la rosa di Ronsard, *l'espace d'un matin*, ma piuttosto assume forma durevole e incancellabile; chiunque la può leggere e rileggere, ovunque si trova nel mondo, e può utilizzarla come fonte di informazione. Ma la notizia non è un dato astratto alla *mercé* di tutti, perché riguarda la persona e la sua immagine in un dato momento storico; i dati personali, vale la pena ricordarlo, costituiscono una parte della espressione della personalità dell'individuo. Come ancora di recente, ha sostenuto la Corte di giustizia UE nella decisione cd. *Google Spain* (2014) e poi ha ribadito e confermato nella sentenza sul caso *Safe Harbour*, o altrimenti cd. *Schrems* (2015). Certo, si tratta di pronunce giurisdizionali che non si limitano solo ad affermare il diritto all'oblio ma anche, fra le altre questioni, il diritto alla *privacy* da applicare secondo il diritto europeo, anche nei confronti del mercato transnazionale dei dati, specie con gli Usa²⁷. Va senz'altro ricordata, inoltre, la pronuncia della Corte di Giustizia UE (causa C-507/17), sempre in materia di diritto all'oblio e nota come *Google vs. CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés)*, dove si può riscontrare una sorta di passo indietro nella tutela del diritto all'oblio e un passo in avanti per il motore di ricerca Google. Viene, infatti, a essere delimitato territorialmente il diritto all'oblio, circoscrivendo l'obbligo di deindicizzazione alle sole versioni del motore di ricerca corrispondenti a tutti gli Stati membri dell'Unione europea, senza che la deindicizzazione avvenga in tutte le versioni del motore di ricerca a livello globale²⁸. Ultima, per adesso, è la sentenza sempre della CGUE (causa C-18/18) riguardante *Facebook* (C-18/18), relativa alla pubblicazione su una pagina personale di foto e commenti ritenuti lesivi del diritto della personalità, che merita di essere qui quantomeno segnalata, anche perché presenta significativi rilievi in punto di riservatezza e diritto all'oblio²⁹.

Un cenno, infine, alla codificazione del diritto all'oblio nel Regolamento UE n. 2016/679 del 27 aprile 2016 (*General Data Protection Regulation: GDPR*). All'art. 17 è prevista la possibilità di richiedere la cancellazione dei dati esercitando così il diritto all'oblio: nei casi in cui i dati personali non siano più necessari rispetto alla finalità per cui erano stati originariamente trattati, ovvero nel caso in cui siano stati trattati illecitamente, oppure quando l'interessato abbia revocato il consenso o si sia opposto al loro trattamento. Vi è anche l'ipotesi in cui la cancellazione costituisca un obbligo giuridico che proviene dal diritto UE ovvero degli Stati membri. Sono previsti casi in cui il titolare del trattamento può opporre rifiuto alla cancellazione, come nel caso del rispetto all'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione³⁰. Certo, la regolamentazione europea è una significativa affermazione del diritto all'oblio, che da creazione giurisprudenziale

²⁷ Sulle sentenze della Corte Ue, v. i fascicoli monografici di *Dir. Inf.*, n. 4/5, 2014 (sul caso *Google Spain*) e *Dir. Inf.*, n. 4/5, 2015 (sul caso *Safe Harbour*), entrambi ospitano una raccolta di contributi che analizzano le varie problematiche derivanti dalle pronunce giurisdizionali. Con riferimento alla prima sentenza, cfr. A. RALLO, *El derecho al olvido en Internet. Google versus Espana*, Madrid, 2014.

²⁸ Sulla questione della cd. territorialità dell'oblio, v. ora G. BEVILACQUA, *La dimensione territoriale dell'oblio in uno spazio globale e universale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23, 2019.

²⁹ Con riferimento alla sentenza *Facebook*, ma anche alla precedente, v. O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 19, 2019.

³⁰ Per una prima analisi, v. S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 15, 2018.

transita alla codificazione normativa. Quasi una sorta di passaggio dal *common law* al *civil law*. Dimostrando, ancora una volta, come l'ordinamento della UE si sviluppi intorno all'uso combinato dei due grandi sistemi giuridici occidentali.

Una breve riflessione conclusiva sul diritto all'oblio, al di là delle oscillanti decisioni giurisprudenziali e della normazione ancora da "rodare" in punto di effettività. Deve essere consentito alla persona, a tutela della sua identità, di esercitare il proprio diritto di libertà informatica, che consiste nel potere disporre dei propri dati, ovvero delle notizie che lo riguardano, e quindi chiedere per ottenere sia il diritto all'*oblio* su ciò che non è più parte della sua identità personale, sia il diritto alla *contestualizzazione* del dato, e quindi della notizia, perché una verità non aggiornata non è una verità. Allora, è tra i principi fondamentali che va cercato il punto archimedeo del diritto all'oblio e i suoi derivati: in particolare, nella formula costituzionale non negoziabile della dignità dell'uomo, codificata e resa intangibile nelle costituzioni di democrazia liberale (nella Legge Fondamentale tedesca all'art. 1). È il principio fondamentale della dignità, infatti, che costituisce il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona: le particolari declinazioni della personalità umana, seppure siano autonomamente giustiziabili, sono riconducibili alla più generale espressione di dignità umana. Non vi può essere tutela dell'identità personale senza tutela della dignità, che si traduce nel diritto del singolo a vedere, comunque, rispettata la propria reputazione, il proprio buon nome, a non essere discriminato a causa dei propri orientamenti e dei propri stili di vita. È nella *privacy-dignity* che acquista rilievo il rispetto dell'identità di ogni persona, che non può e non deve essere trattata come se fosse un oggetto. La tutela della dignità dell'uomo passa (anche) attraverso il diritto all'oblio, ovvero il diritto a cancellare, ovvero a contestualizzare, i dati personali per vietare, come già detto, un travisamento dell'immagine sociale di un soggetto, per evitare che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente e possa ledere la propria dignità umana³¹.

Un rapido cenno va fatto riguardo a quello che potremmo chiamare "il rovescio della medaglia dell'oblio", e cioè il diritto a essere ricordati, ovvero a non essere dimenticati. Mi riferisco al problema sulla cd. "eredità digitale" (*digital inheritance*); e cioè sul destino dei dati posseduti e memorizzati in supporti e *online*³². E quindi, da una parte, chiavette, *tablet*, *smartphone*, dischi, *notebook*; dall'altra, documenti, video, foto, *blog*, *e-mail*, cinguettii, *social network* vari, conti correnti, che le grandi aziende della rete gestiscono per un numero davvero sterminato di utenti. Tutta questa identità digitale è ereditabile? Ovvero, la nostra vita digitale può e deve avere un futuro dopo di noi? Il tema è di sicuro rilievo e non può essere affrontato in questa sede. Mi limito soltanto a evidenziare come non ci siano ancora regole che sovrintendano la questione della "eredità digitale": anche negli Usa solo pochi Stati si sono dati una prima regolamentazione, sia pure non chiarissima. Per esempio, potrebbe non bastare l'esibizione del certificato di morte del congiunto nei confronti dei grandi *provider* del *web* per avere accesso alle informazioni. Una soluzione, tutta da studiare, è quella del "mandato *post mortem*": affidando chiavi di accesso e istruzioni chiare al fiduciario, possibilmente per iscritto, su cosa fare in caso di decesso: distruggere i dati in tutto o in parte o consegnarli a soggetti prescelti. Insomma, il problema è complesso e merita di essere studiato e analizzato in punto di diritto. Certo, è un ulteriore sviluppo del diritto di libertà informatica, che è quello di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale: per dimenticare, contestualizzare o ricordare.

³¹ Cfr. T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 103 ss.

³² Su cui, v. G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. Inf.*, n. 6, 2014, 891 ss; G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, Torino 2017.

7. Democrazia e società tecnologica

Il complesso e complicato rapporto fra Internet, ovvero ciò che si manifesta attraverso la Rete e in particolare i cd. *social*, e la democrazia, ovvero il modo e il metodo con il quale si organizza la società contemporanea, è ormai il tema che suscita larga attenzione e riflessione da parte degli studiosi delle scienze sociali. Divisi tra coloro che sostengono come e perché Internet può rafforzare la democrazia e gli oppositori, che vedono in Internet una minaccia per la tenuta democratica degli Stati³³. Altrimenti, c'è stato chi, addirittura, ha imputato a Internet la responsabilità di avere destabilizzato il sistema rappresentativo e avere favorito l'avvento del populismo (digitale)³⁴. Piaccia oppure no, siamo in presenza di una nuova forma di democrazia, che ha già ricevuto diverse denominazioni: democrazia "elettronica" (ma questo termine definisce lo strumento e non l'agente); "virtuale" (ma in tal modo l'indicazione politica ne risulta indebolita); "continua" (per il suo carattere di *referendum* perenne); ovvero ancora "nuova democrazia di massa" (con riferimento all'antica democrazia diretta)³⁵. La questione di fondo può essere così formulata: l'impatto politico delle tecnologie informatiche su quei fragili sistemi complessi che sono le democrazie contemporanee favorirebbe la costruzione di un *agorà* o di un totalitarismo elettronici? La dialettica dei giudizi sulla nuova forma di democrazia è però fondata su un presupposto comune di discussione: il superamento, o piuttosto l'aggiornamento dell'attuale democrazia di tipo rappresentativo-parlamentare³⁶.

Personalmente, ritengo che con Internet possa cogliersi un'opportunità per migliorare le forme della democrazia, specialmente in termini di partecipazione politica³⁷. Certo, non credo però che questo approccio debba passare attraverso modi di esaltazione acritici e pertanto ignorare alcuni dubbi applicativi di Internet su alcune procedure di funzionamento della democrazia. Sul punto, si può ricorrere a corsi e ricorsi storici. Ieri era il video potere, che rischiava di minare le fondamenta della democrazia, secondo un'opinione che all'epoca si era diffusa, oggi le stesse critiche e riserve vengono rivolte al cd. *Internet power*. Credo, infatti, che anche il timore di una possibile "dittatura del web" sia eccessiva, e che si riduca, come nel caso della televisione, in una paura poco fondata. E che semmai la politica, o più in generale le forme applicative delle procedure democratiche, potrebbe invece uscirne rafforzata, rinvigorita, rilanciata.

La rivoluzione tecnologica ha operato incisivamente sull'organizzazione politica della società occidentale, e ancora di più lo farà negli anni a venire. Ha creato le condizioni perché si venisse a formare una nuova democrazia di massa, come è stata chiaramente definita³⁸, distinta e distante

³³ Su queste questioni, v. S. COLEMAN, *Can the Internet Strengthen Democracy?* Polity Press, Cambridge 2017; v. altresì, da ultimo, P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2019, 71 ss.

³⁴ Da ultimo, M. BARBERIS, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano 2020, il quale, tra l'altro, afferma: «Internet moltiplica i pregiudizi sino al parossismo, ma la rivoluzione digitale è la causa principale, benchè non l'unica, del populismo odierno» (137).

³⁵ Per le varie definizioni citate nel testo, v. nell'ordine i seguenti studi: L.K. GROSSMAN, *The Electronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, New York 1995; L. SCHEER, *La democrazia virtuale*, tr. it., Genova 1997; AA.VV., *La démocratie continue*, sous la direction de D. Rousseau, Paris-Bruxelles 1995; V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo* [1997], nuova ed. con prefaz. di A. Jellamo e postfaz. di F. Riccobono, Macerata 2010 (Id., *La democrazia informatica non è autoritaria, ma di massa*, in *Telèma*, n. 14, 1998, 105 ss.).

³⁶ V. I. BUDGE, *The new Challenge of Direct Democracy*, Polity Press, Cambridge 1996. Con considerazioni in chiaroscuro, M. AINIS, *Democrazia digitale*, in *Rass. parl.*, n. 2, 2013, 263 ss. Da ultimo, i contributi di M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2019, 811 ss.; A. VENANZONI, *La matrice spezzata: ripensare la democrazia all'epoca di Internet*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2020, 61 ss. V. altresì quanto sostenuto da G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Padova 2020, 51 ss.

³⁷ Ho argomentato questa mia posizione in T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, cit.

³⁸ Così, V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, cit., 23 ss.

dai regimi di massa della prima metà del Novecento, in cui l'individuo singolo rimaneva in una soggezione psicologica recettiva e passiva con un totale obnubilamento delle libertà personali. Quelle stesse libertà che invece si esaltano e valorizzano nella nuova democrazia di massa. Che «non è tuttavia una destinazione fatale e irreversibile della società odierna. Essa è soltanto una direttiva di marcia dell'umanità, segnata dall'impronta della civiltà tecnologica che le imprime il procedimento. [...] In essa si realizza con apparente paradosso una nuova forma di libertà individuale, un accrescimento della socialità umana che si è allargata sull'ampio orizzonte del nuovo circuito delle informazioni, un potenziamento, dunque, dell'energia intellettuale e operativa del singolo vivente nella comunità»³⁹.

Per il tramite della tecnologia mutano sempre più gli assetti istituzionali conosciuti e come il processo democratico venga a essere profondamente influenzato dal modo in cui circolano le informazioni, laddove cioè la disponibilità di queste da parte di tutti i cittadini appare come un prerequisito di quel processo. È questo il punto, credo: la libera circolazione delle informazioni può produrre la formazione di una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità. La democrazia, e la sua forma, si prospetta in una forma diversa da quella che era nei secoli precedenti: mutano i significati di rappresentanza e di sovranità, avanza una nuova democrazia di massa, che rompe le cerchie chiuse delle *élites* al potere, obbligando per così dire i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentanti, nelle nuove forme assunte dalla tecnopolitica⁴⁰. Per avviare così un processo di "orizzontalizzazione della politica", e quindi non una mera subordinazione a decisioni imposte dall'alto, per così dire, ma piuttosto un modo per concorrere – orizzontalmente, per l'appunto – alle scelte nell'interesse della nazione e del bene comune (*common good*), quale principio della libertà.

Oggi, sebbene con qualche incertezza, stiamo assistendo alle trasformazioni della cd. democrazia elettorale - quella fondata sul meccanismo del voto - in seguito allo sviluppo tecnologico delle società contemporanee. Per adesso, le trasformazioni riguardano essenzialmente le tecniche di votazione, ovvero sul come si vota. La scheda elettorale cartacea sulla quale si appone, con matita copiativa, la propria scelta politica è prossima a essere messa da parte. È già in fase di utilizzazione in diverse parti del mondo⁴¹, il cosiddetto voto elettronico, che prevede l'effettuazione del voto per il tramite dei *computers*. Anziché porre un segno con la matita sulla scheda elettorale, si potrà pigiare il tasto di una tastiera del *computer*, nel cui video verrebbe riprodotta la scheda elettorale elettronica, ed esprimere così il proprio voto e la propria preferenza politica. Questa tecnica di votazione - che si presenta semplice da realizzarsi nel caso del voto per i *referendum*, dovendo scegliere solo tra un sì o un "no" - consentirebbe di avere i risultati elettorali in brevissimo tempo una volta chiuse le votazioni, e di evitare defatiganti calcoli e scrutini peraltro sempre soggetti al rischio di brogli elettorali. La votazione *online* potrebbe altresì essere utilizzata, con semplificazione e razionalizzazione, per le primarie con le quali si

³⁹*Ibidem*, 34.

⁴⁰ Sulla questione, v. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 1997; Id., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e Privacy: quali regole?* Atti del convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali, Roma 1998, 12 ss., il quale, con riferimento a Internet, la definisce come «una forma che la democrazia può assumere, è una opportunità per rafforzare la declinante partecipazione politica. E' un modo per modificare i processi di decisione democratica». Sugli sviluppi in punto di rappresentanza politica, v. ora R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2019, 789 ss.

⁴¹ Sulla diffusione del voto elettronico nel mondo, v. ora, esaurientemente, L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa-M. Bassini, cit., 427 ss.

selezionano i candidati alle cariche elettive. Aniché sparpagliati banchetti in giro per il territorio per la raccolta di voti, con rischi sempre più diffusi di brogli e pasticci di computo finale, basterebbe un'organizzazione sul *web*, dove chiamare a raccolta *online* coloro i quali volessero esprimere la loro preferenza per le candidature.

Ma gli scenari futuri della democrazia elettorale non si arrestano al voto elettronico. Infatti, si potrebbe inoltre prevedere il voto attraverso il proprio *home computer*, oppure addirittura attraverso il televisore con l'ausilio del telecomando. Certo, questa tecnica di votazione "casalinga" se da un lato potrebbe ridurre l'astensionismo (oltre alle spese elettorali), dall'altro lato però imporrebbe la fissazione di tutta una serie di garanzie (anche di carattere tecnico) per la salvaguardia della libertà di voto. Che anche - e forse soprattutto - nell'epoca della politica "tecnologizzata" e "globalizzata" rimane sempre un valore costituzionale da custodire gelosamente⁴². Ma di fronte al futuro dobbiamo mostrarci ottimisti e concorrere a un rinnovato progresso della civiltà. Allora, ben venga la nuova democrazia tecnologica del XXI secolo, che si fonda sulla libera iniziativa individuale, sulla responsabilità del cittadino come persona, sulla sua facoltà di scelta e di decisione. Il voto individuale viene a essere protetto e potenziato nella sua collocazione telematica, che elimina le manipolazioni, gli errori e i brogli dei sistemi cartacei, che consente una possibilità di scelta con il voto disgiunto, o alternativo, o di riserva, che può essere controllato e calcolato con l'ausilio del *computer*. È una democrazia non delegante ma partecipativa, che manifesta una nuova forma di libertà segnata dalla partecipazione del cittadino alla vita della collettività in forma di partecipazione al potere politico. Nasce così una «libera repubblica dell'informazione automatizzata [che] equivale, per la sua funzionalità di comunicazione e quindi anche di suggerimenti, di rivelazioni, di accordi e di deleghe, a una nuova forma democratica di società: essa instaura le condizioni tecniche per l'attuazione pratica di un regime politico della democrazia di massa»⁴³.

8. Internet, la libertà e la legge

Si è sviluppato, *around the World*, tutto un attivismo parlamentare intenzionato a regolamentare Internet, a volere cioè codificare una *Internet Bill of Rights*. Ha iniziato il Brasile con la legge n. 12.965 del 23 aprile 2014, cd. *Marco Civil*, con l'obiettivo di volere garantire la neutralità del *web*, «che è fondamentale per mantenere la natura libera e aperta di Internet», come ebbe a dire la ex presidente Dilma Rousseff. Una legge di ben 32 articoli con un fitto elenco di «principi, garanzie, diritti e doveri per l'uso di Internet in Brasile» e con tante *chicche*, una fra queste quella fissata all'articolo 6, che recita: «Nell'interpretare la presente Legge si tiene conto, oltre che dei fondamenti, principi e obiettivi contemplati, della natura di Internet, dei suoi particolari usi e costumi e della sua importanza per la promozione dello sviluppo umano, economico, sociale e culturale». Un bel rompicapo per l'interprete (e per il controllo di costituzionalità...). Evidentemente presi dalla furia per il metodo comparativo *per analogia*, anche il Parlamento italiano, ovvero la Camera dei deputati e la sua ex Presidente, ha voluto provare a emulare il legislatore brasiliano. Una commissione mista (parlamentari e non) ha redatto la *Dichiarazione dei diritti in Internet*, della cui forza giuridica è lecito dubitare. Per carità, tanti bei principi declinati in 14 punti, e un "Preambolo" dalle belle intenzioni che si chiude con l'affermazione perentoria: «Una Dichiarazione dei diritti di Internet è strumento indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale». Sorge un

⁴² Su cui, v. C. MARCHESE, *Il diritto di voto e la partecipazione politica. Studio di diritto comparato*, Napoli 2019.

⁴³ Così, V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, cit., 33.

dubbio, che rampolla dalla dottrina del liberalismo: è davvero opportuno che lo Stato legiferi con la presunzione di volere regolamentare lo spazio aperto e libero di Internet? Sia pure fissando diritti e garanzie, che comunque ci sono già, ovvero sono ermeneuticamente desumibili, in Costituzione e nei Trattati europei? Internet, ovvero il *cyberspace*, va valutato come un ordinamento giuridico autonomo: «*cyberspace is a distinct place for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between cyberspace and the real world*». Ancora, il *cyberspace* diventa «*an important forum for the development of new connections between individuals and mechanism of self-governance*». Un diritto spontaneo, quindi. Un diritto pari a quello della *lex mercatoria*, con la quale si regolavano i rapporti commerciali nel medioevo. Una *lex informatica*, dunque; che può avvalersi di una *co-regulation*, in cui le poche ed essenziali leggi statali ed europee si verrebbero a integrare con una politica di *self-regulation* da parte degli utenti di internet. Una sorta di applicazione del principio di sussidiarietà, in cui la *co-regulation* dello Stato può venire in sussidio alla *self-regulation* degli utenti, quando questi la evocano ovvero quando la necessitano. Semmai, se proprio una legge andasse fatta, sarebbe quella che garantisce il *wi-fi* disponibile e gratuito per tutti, in modo tale da consentire il diritto di accesso a Internet, preconditione per l'esercizio della cittadinanza digitale.

Occorre, infine, fare riferimento a un dibattito, che si è animato sulla stampa internazionale, relativamente alla possibilità di varare una *Magna Carta* per l'era digitale. Ne ha parlato di recente anche il sociologo inglese Anthony Giddens, auspicando l'approvazione di una sorta di Codice unico sull'intelligenza artificiale, che regoli *privacy*, equità e bene comune⁴⁴. L'idea è quella di riunire i *leader* politici in un vertice mondiale per elaborare un quadro comune per lo sviluppo etico dell'intelligenza artificiale in tutto il mondo. E per regolamentare il potere dei colossi del *web*. Mi sembra una proposta troppo ambiziosa e difficilmente realizzabile. Continuo a ritenere che Internet debba svolgersi come un diritto spontaneo. È stato scritto che «Internet è il più grande esperimento di anarchia della storia»⁴⁵, e quindi un disordine ordinato. Non sembra un ossimoro; la *self-regulation* agisce proprio in funzione di un ordinamento nel disordine della rete, dove ogni utente è in condizione di potere regolare le proprie situazioni a seconda delle esigenze e delle peculiarità.

Certo, siamo agli inizi; e quindi la struttura giuridica di Internet fatica financo nella elaborazione teorica. Perché ancora siamo privi non tanto e non solo di certezze, ammesso che ce ne possano essere, ma di sicure traiettorie entro le quali abbozzare un sistema giuridico. Si procede per intuizioni, scavando nell'interpretazione dei concetti giuridici e provando così ad attribuire nuove letture, nuovi modelli. Come scriveva, sia pure in altra epoca, Tullio Ascarelli: «nell'attuale crisi di valori, il mondo chiede ai giuristi piuttosto nuove idee che sottili interpretazioni»⁴⁶. *Legal problem solving*: la missione del giurista, sia esso produttore di leggi o applicatore/interprete delle stesse ovvero esegeta delle norme, è quello di risolvere problemi. E uno dei nuovi problemi intorno al quale si interroga il giurista negli ultimi anni, è quello della tecnologia e la sua ricaduta in punto di diritto, nello scenario di un nuovo liberalismo giuridico e quindi di un rinnovato costituzionalismo.

Un cenno, poi, occorre farlo con riferimento al tema delle *fake news*, che sono come la calunnia nell'aria rossiniana: «un venticello [...] prende forza a poco a poco, vola già di loco in loco». Si tratta, quindi, delle notizie false e tendenziose, che circolano sulla rete Internet e che potrebbero ingannare il consumatore, oppure informare scorrettamente e mendacemente il cittadino. Sono stati invocati addirittura rischi per la democrazia e si è auspicato di sottoporre Internet a regole di garanzia sulla qualità delle notizie, magari certificate da un'Autorità indipendente. Le notizie false

⁴⁴ A. GIDDENS, *Una Magna Carta per l'era digitale*, in *la Repubblica* del 15 maggio 2018.

⁴⁵ E. SCHMIDT e J. COHEN, *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, tr. it., Milano 2013, XI.

⁴⁶ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952, 344.

ci sono sempre state (e sempre ci saranno) in tutti i settori della comunicazione, pubblica e privata, sulla stampa e sulla rete. In quest'ultima, poi, tenuto conto che si viene ad ampliare la libertà di espressione, che permette maggiore trasparenza e quindi consente un maggiore disvelamento della verità contro ogni censura. Sulla rete c'è concorrenza e pluralismo, in punto di offerta di informazioni⁴⁷. Sul punto, soccorrono le parole del giudice Oliver W. Holmes, nella famosa *dissenting opinion* sul caso *Abrams vs. United States* (1919): «il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati»⁴⁸. Una voce forte e chiara del costituzionalismo di ieri, che vale ancora e soprattutto per il costituzionalismo di oggi, cioè quello nella società tecnologica.

Chiudo con una chiosa di attualità. Nell'epoca dell'illuminismo, era “la filosofia in soccorso de' governi” – per citare Gaetano Filangieri⁴⁹ – nell'epoca della contemporaneità è la tecnologia che soccorre i governi e pure i governati. Chi ha sempre creduto negli aspetti prevalentemente benefici della tecnologia non si meraviglia. Chi, invece, ha ritenuto che l'innovazione tecnologia fosse una sorta di epidemia in grado di azzerare i rapporti umani e di distruggere le fondamenta della democrazia si dovrebbe ricredere. Con la tecnologia si possono esercitare diritti e libertà costituzionali, anche e soprattutto durante una situazione di emergenza (sanitaria) che restringe e comprime gli spazi individuali e collettivi⁵⁰.

⁴⁷ Sul punto, F. DONATI, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di Internet*; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, entrambi in *Percorsi Cost.*, n. 1, 2014, 31 ss e 45 ss.; T.E. FROSINI, *No news is fake news*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, n. 4, 2017, V ss.

⁴⁸ O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, a cura di C. Geraci, Milano 1975, 105.

⁴⁹ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione (1780-1788)*, a cura di V. Frosini, 2 tomi, Roma, 1984.

⁵⁰ Il riferimento è alla pandemia del Covid-19, su cui v. T.E. FROSINI, *Internet ai tempi del coronavirus*, in *Diritto di Internet*, n. 2, 2020, 3 ss.

OMAR CARAMASCHI

Tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica: quali spazi per un costituzionalismo “tecnologico” (o “digitale”)?

SOMMARIO: 1. Il territorio e la sovranità dello Stato di fronte alle sfide globali. – 2. Il costituzionalismo moderno tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica. – 3. Il costituzionalismo “tecnologico” (o “digitale”).

1. Il territorio e la sovranità dello Stato di fronte alle sfide globali

Uno dei principali effetti della cd. globalizzazione è stato di mettere in crisi il modello (in realtà, solo appunto un modello) di Stato autoreferenziale e chiuso a qualsiasi ingerenza esterna, sfilacciando il tradizionale collegamento biunivoco ed esclusivo tra diritto e sovranità¹.

In questo quadro, peraltro, le maggiori sofferenze sono venute ad affliggere la nozione di territorio giuridicamente inteso, ossia – alla Kelsen – come proiezione spaziale della sovranità. V'è, non a caso, un consenso piuttosto diffuso circa il sopravvenuto appannamento del significato classico di siffatta nozione, e la perdita del suo ruolo determinante nel bagaglio concettuale del giurista d'oggi²: insomma, come è stato efficacemente rilevato, una vera e propria “crisi di senso”³.

Le cause di questa crisi⁴ sono ravvisate soprattutto in tre fattori: l'allontanamento tra i luoghi della politica e quelli in cui si viene a formare il diritto, la tensione tra il principio di “mondialità” del mercato e quello di territorialità legato allo Stato, nonché l'effetto dirompente dell'avvento della Rete determinato dalla sua portata globale⁵.

Più particolarmente, il territorio non sarebbe più il luogo privilegiato in cui i diversi interessi vengono governati dalla politica, dal momento che questi sfuggono sempre più dall'ambito strettamente localizzabile. Così, si assiste ad un aumento di regole giuridiche che condizionano la realtà statuale, decise tuttavia «all'interno di reti transnazionali di governance deterritorializzata», sottratte alla conoscibilità e alla controllabilità politica dei soggetti incisi.

Si sarebbe, in altri termini, pervenuti ad una situazione in cui i “poteri reali” si trovano ormai

¹ Sul fenomeno della globalizzazione e sull'incidenza di questa sulla sovranità dello Stato, in particolare nella dottrina italiana, v. U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002, spec. 14 ss. e A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, spec. 3 ss. Nella letteratura straniera, in prospettiva filosofica e sociologica, v., *ex multis*, J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002, spec. 38 ss.; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, 13 ss.; O. HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, Bologna, 2007, spec. 13 ss.; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2010, spec. 3 ss.

² Così, in senso critico, si esprime G. DE VERGOTTINI, *Garanzia delle identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*, XVII Colloquio biennale Associazione Italiana di Diritto Comparato, Brescia 12-14 maggio 2005, Torino, 2006, spec. 7, secondo cui l'idea che concetti quali «sovranità, territorio, gerarchia di ordinamenti e fonti, siano da considerarsi non più determinanti nell'analisi dei fenomeni giuridici appare del tutto discutibile».

³ Cfr. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2017, 14 ss., nonché il richiamo di quest'ultimo a S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, 1/2003, 114 ss.

⁴ In questo senso cfr. R. BIN, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, in P. CARTA, F. CORTESE (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico: esperienze, lessico, prospettive*, Padova, 2008, 157 ss. il quale afferma che «[d]ei tre ingredienti che costituiscono la sovranità, il territorio è indubbiamente quello che soffre con maggiore evidenza gli effetti della globalizzazione: il mondo globale è la negazione della delimitazione fisica di un territorio, e invece il territorio è la dimensione fondamentale che organizza il diritto costituzionale».

⁵ Cfr. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., 14 ss.

collocati nello spazio globale, risultando così «inafferrabili e distanti», con «una dislocazione del Politico nel mondo dell'economia globalizzata, che fa venire meno la coincidenza fra luoghi del diritto e luoghi della politica»⁶.

Quanto alle reti digitali, se potrebbe apparire ancora incerto l'esito del loro effetto sulla creazione di un nuovo ordine "spaziale" anche in rapporto allo Stato-nazione, parrebbe, d'altro canto, indubbio la messa in discussione di concetti intrinsecamente legati alla nozione giuridica di territorio, quali, ad es-, quelli di "vicino" e "lontano" sempre più difficilmente connessi a precisi parametri territoriali⁷.

Per converso, non manca chi mette in luce come l'ambito tecnico digitale non sia ancora in grado di prescindere del tutto da un certo ancoraggio territoriale e, pertanto, di funzionare in maniera totalmente svincolata dalla giurisdizione nazionale: e ciò in forza del fatto che la Rete poggia in gran parte su una serie di infrastrutture localizzate proprio nel territorio degli Stati, come «punti di interscambio, dorsali nazionali, reti regionali e locali»⁸. In questo senso, ci sarebbe un territorio anche per la rete, mentre ciò che risulterebbe manchevole è invece una disciplina che garantisca, a livello globale, «i diritti fondamentali di informazione dei cittadini e le libertà degli utenti»⁹: situazione ben stigmatizzata col ritenere, in questo ambito, il diritto nazionale «virtualmente inutile» e il diritto internazionale «inconcludente»¹⁰.

2. Il costituzionalismo moderno tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica.

Quale che sia, però, lo scenario complessivo attuale e soprattutto quello in divenire, v'è certezza sul fatto che si sta assistendo a mutazioni rilevanti dei caratteri culturali e teorici del costituzionalismo moderno¹¹. Il rapido e incontrollabile processo di mondializzazione dei rapporti

⁶Ivi, spec. 14-15. Di «potere inafferrabile» parla anche M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2/2006, 1643 ss., spec. 1668 secondo il quale ciò deriverebbe dal fatto che la moltiplicazione dei livelli decisionali – dentro e fuori lo Stato – tenderebbe «a spostare all'infinito la sede della responsabilità».

⁷ Cfr. L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2017, spec. 20 ss., e ivi il richiamo a P. LÉVY, *Qu'est-ce que le virtuel?*, Paris, 1995, 18, ed a S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet*, in *Politeia*, XXII, 82/2006, 177 ss.

⁸L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto*, cit., spec. 20 ss., secondo cui, inoltre, si tratterebbe «di infrastrutture spesso di proprietà privata, che possono implicare poteri di controllo e limitazioni all'accesso; peraltro queste limitazioni sono disposte sia da regimi autoritari (ad esempio la Cina), sia da regole interne (come nel caso delle reti per le transazioni finanziarie all'ingrosso che non sono accessibili a non membri)».

⁹*Ibidem*, con un rimando, per ulteriori approfondimenti, a T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2011.

¹⁰ In questi termini P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA. VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Salerno 22-24 novembre 2012), Napoli, 2014, spec. 17.

¹¹ Il riferimento al costituzionalismo "moderno" è da intendersi come proposto da Gaetano Azzariti, il quale lo identifica con i caratteri fondamentali – emersi dalle rivoluzioni settecentesche – della limitazione del potere e della tutela dei diritti (v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, XI e *passim*, nonché *Id.*, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, spec. 303 ss.). Altri, poi, adottano differenti locuzioni come costituzionalismo "post-moderno" (M.R. FERRARESE, *Il costituzionalismo puntiforme e l'invisibilità dei poteri globali*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 2/2018, spec. 1 ss.) o "contemporaneo", al fine di evidenziarne l'evoluzione e, quindi, di ricomprendervi l'ampliamento di quei principi fondamentali "moderni" ad opera dello Stato costituzionale democratico-sociale del secondo '900 (cfr. S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) *Rassegna*, 5/2015, 4 ss.). Anche altri fanno riferimento al costituzionalismo "contemporaneo" per indicarne l'ambizione ad unire i due modelli settecenteschi di costituzione, ossia le costituzioni-

giuridici riguarda ormai tangibilmente anche i rapporti di tipo costituzionale: l'apertura ai «grandi spazi» non risparmia più nessun ambito delle relazioni umane, divenendo pertanto, determinante per quanto riguarda il futuro delle costituzioni¹², col superamento della dimensione esclusivamente statale del diritto (lo «statualismo»), e l'affermazione di diversi paradigmi, in quanto è piuttosto la «costellazione di credenze condivise da un gruppo» ad essere interessata¹³.

Meno chiara appare invece al momento la dimensione del processo a causa della mancanza di univocità dei processi costituzionali connessi alla mondializzazione, sia per l'indeterminatezza dell'assetto dei poteri globali, sia per l'incertezza degli effetti più direttamente collegati al ruolo del costituzionalismo¹⁴. La stessa globalizzazione dei rapporti giuridici se, da un lato, sembra favorire la diffusione planetaria dei valori fondativi e delle ragioni del costituzionalismo moderno, dall'altro, potrebbe rendere vaghi gli ambiti entro cui le determinazioni costituzionali devono esprimere in maniera completa e assoluta la propria capacità ordinante.

Tanto più che, se la crisi del costituzionalismo «nazionale» viene individuata principalmente, nell'indebolimento della sua specifica forza normativa provocata, a sua volta, da una notevole deterritorializzazione delle forme del potere, non sembra esserne conseguita la totale scomparsa delle organizzazioni statali o il venir meno della necessità di regolare tali strutture di potere anche in ambito nazionale. Laddove gli stessi processi di mondializzazione non paiono disconoscere radicalmente la dimensione statale, operando piuttosto per una sua immersione in un «*pluriversum*»¹⁵, sicché gli Stati, usciti, è vero, da un artificiale assolutismo ed ora partecipi di una

garanzia e costituzioni-indirizzo (cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 126 ss.; F. VIOLA, *Costituzione e Costituzionalismi*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Valori Costituzionali. Per i sessant'anni della Costituzione Italiana*, Milano, 2010, 111 ss.). Non manca, per di più, anche l'apporto della filosofia giuridica, la quale ha elaborato il concetto di «neocostituzionalismo», su cui v., *ex multis*, M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 14/2000, 147-162; G. MESSINA, *Il neocostituzionalismo*, in *Democrazia e Diritto*, 1-2/2011, 384-425; nonché anche l'apporto di un costituzionalista come G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 117-146.

¹² Cfr. G. AZZARITI, *La costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo*, in G. AZZARITI, S. DELLAVALLE (a cura di), *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, 2014, spec. 24, secondo il quale si tratterebbe di una discontinuità rispetto al passato, nonostante il fenomeno dell'intensificarsi dei processi di internazionalizzazione e interdipendenza dei sistemi politico-costituzionali – benché spesso si sostiene sia recente o risulti essere un'assoluta novità – rappresenti un fenomeno progressivo, e ben risalente nel tempo. L'A. richiama così le (alquanto) note e profetiche previsioni schmittiane sulla fine «dell'epoca della statualità» e la ricerca di un diritto dei «grandi spazi», che rendono essenziale occuparsi con «visione complessiva e globale» dei problemi politici, giuridici e costituzionali. Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, (Premessa del 1963), in Id., *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica* (a cura di G. Miglio e P. Schiera), Bologna, 1972, spec. 90.

¹³ Sul concetto di paradigma v. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), Torino, 1999, 219 ss.

¹⁴ Secondo G. AZZARITI, *La costituzione come norma*, cit., 20 ss., il costituzionalismo ha storicamente teso ad affermarsi su un fondamento molto probabilmente utopico, ossia l'aspirazione a limitare il sovrano, ma allo stesso tempo imponendosi come «utopia normativa», e, in quanto cogente e coerente, come «utopia concreta». Non manca chi oggi arriva a conclusioni tragiche per la storia del costituzionalismo, ad esempio L. CARLASSARE, *Le trasformazioni del diritto costituzionale*, in Id. (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del Convegno di Ferrara 2-3 maggio 1997, Padova, 1998, 30: «l'obiettivo del costituzionalismo è quello di sottoporre il potere a regole, possiamo, dopo duecent'anni, considerarlo raggiunto? [...] A me sembra che, gradatamente, si verifichi un processo inverso: il potere non solo resiste, ma reagisce in forme sempre più efficaci, affinando le tecniche per sfuggire alle regole, ai controlli, ai freni. Mi sembra insomma che l'ottica originaria delle Costituzioni, nate per la tutela dei diritti e delle libertà, si stia oggi rovesciando; che le si voglia modificare, se non rifare [...], ripensandole non più schierate dalla parte della libertà, bensì soprattutto in vista del rafforzamento del potere». In una prospettiva meno pessimista v., Id., *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012.

¹⁵ Cfr. G. AZZARITI, *La costituzione come norma*, cit., 25. Secondo l'A. ciò dovrebbe portare alla ricerca di una normatività «superiore» diversa dal passato, a condizione che questa sia ancora in grado di ordinare la dimensione statale, nonostante agisca entro «un fascio complesso di poteri e di diritti, i quali operano entro lo Stato ma anche al di fuori di esso».

costellazione postnazionale¹⁶, non hanno rinunciato ad un proprio peculiare ruolo nell'arena globale¹⁷.

Ma lo stesso costituzionalismo, pur così storicamente legato alla dimensione statocentrica e già slabbrato dalla sempre più fitta sovrapposizione e mutuo condizionamento tra i vari livelli sui quali la sovranità sembra spalmata¹⁸, non pare perciò aver esaurito il suo ruolo equilibratore e razionalizzante, ma sembra attendere piuttosto una sua globale riconfigurazione.

Non si tratta, peraltro, di fenomeni inediti, se è vero che «lo stesso paradigma statale, già a partire dal secondo Dopoguerra, è parso mostrare, per così dire, la corda (non solo, quindi, come realtà territoriale, ma come spazio ideale di un sistema di potere)»¹⁹. Infatti, non soltanto i confini statuali starebbero divenendo sempre più labili – tanto che anche gli Stati, per così dire, più recalcitranti avrebbero ormai sempre meno strumenti per opporsi alla circolazione globale del costituzionalismo –, ma (specialmente) il graduale e continuo ampliamento del catalogo dei diritti e delle tutele di indipendenza, dovuto in gran parte all'adesione a strumenti di salvaguardia internazionali²⁰, sembrerebbe preannunciare una dislocazione delle Carte costituzionali nazionali soltanto sulla «prima linea per la tutela dei diritti, in attesa di ottenere, alla bisogna, più sicuro conforto a livello globale»²¹.

Così che, anche consentendo sul fatto che la globalizzazione porti con sé una valenza “antisovrana”²², un tale movimento oppositivo non sarebbe riconoscibile invece nei confronti del costituzionalismo, tanto che non sono mancate suggestive proposte orientate alla sostituzione del concetto di sovranità con quello di costituzionalismo, o, addirittura, alla completa abolizione di quella stessa nozione che sarebbe divenuta (ormai) inutile all'interno di un immaginato diritto costituzionale globale²³.

Dovrebbe, certo, come già accennato, identificarsi pienamente questo nuovo costituzionalismo, comprendendo quanto siano ormai allentate le relazioni giuridiche tra fatti e luoghi²⁴. Di talché,

¹⁶ Riprendendo la celebre espressione di J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, cit.

¹⁷ Tra alcuni studi sociologici sulla globalizzazione, cfr. S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, *passim*.

¹⁸ Sul punto v. G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, 2003, 657 ss.

¹⁹P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 73-74.

²⁰ Per un approfondimento v. P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in AA. VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, cit., 11 ss.

²¹P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 73-74. Secondo l'A., tuttavia, «non sarebbe quello dei diritti l'unico settore in cui il costituzionalismo starebbe “esondando” fuori dagli argini nazionali: si pensi, esemplarmente, alla materia lavoristica o a quella ambientale, la cui efficace trattazione è ormai resa possibile solo su reti di cooperazione internazionale».

²² Nella riflessione costituzionalistica italiana, v. in modo particolare M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto Costituzionale* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/archivio-della-rivista-di-diritto-costituzionale-1996-2009>), 1996, 124-188, spec. 165 ss.

²³ Di “diritto costituzionale globale” parlano, nella letteratura italiana, R. BIN, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, cit., 157 ss. e A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 4/2012, 829-853. Nello stesso senso (e con più ampia diffusione) troviamo chi fa riferimento al “diritto costituzionale internazionale”; v., *ex multis*, A. PETERS, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 3/2006, 579-610; B. FASSBENDER, *International Constitutional Law: Written or Unwritten?*, in *Chinese Journal of International Law*, vol. 15, 2016, 489-515; M. GOLDONI, *Introduction to the material study of global constitutional law*, in *Global Constitutionalism*, vol. 8, 1/2019, 71-93; T. KLEINLEIN, A. PETERS, *International Constitutional Law*, in *Oxford Bibliographies Online: International Law*, Oxford, 2017. Non mancano tuttavia anche riferimenti ad un più generale “diritto pubblico globale” rispetto al quale v. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, ovvero ad un (ancora) più vasto “diritto costituzionale cosmopolitico” su cui v. Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

²⁴ Cfr. G. D'IGNAZIO, *Ordine e disordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale*, in

nel processo di denazionalizzazione e deterritorializzazione quanto del diritto che delle comunità nazionali²⁵, emerge con sempre più forza la necessità di non considerare le costituzioni nazionali come “tetto” di chiusura degli ordinamenti giuridici statali²⁶. Il diritto non occupa più uno spazio predeterminato e limitato all’interno dello Stato, bensì si muove nell’ambito di un costituzionalismo via via più dinamico e gradualmente aperto a diritti orientativamente universali²⁷, determinando, contestualmente, un (deciso) ridimensionamento della legislazione e una distanza più marcata da essa²⁸.

In questo modo, potrebbe giungersi al superamento di quella concezione limitativa del diritto (e del costituzionalismo) collegati allo Stato, volta a preferire una rappresentazione monopolistica e autosufficiente della regolamentazione giuridica²⁹. D’altro canto, potrebbe sostenersi che il costituzionalismo non sia intrinsecamente – o comunque in maniera esclusiva e biunivoca – legato con lo Stato-nazione³⁰, anche ricavando ciò dal celebre art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, nel cui contesto l’accento non cade sullo Stato-nazione di matrice vestfaliana, bensì su “*toute société*”, in cui si vogliono assicurare il godimento e la garanzia dei diritti fondamentali. Con l’espressione “*société*” possono, dunque, volersi indicare anche – tra gli altri³¹ – «una rete mondiale di organizzazioni non governative», «*forum* democratici su scale

Diritto pubblico comparato ed europeo, 2/2013, spec. 428. Sull’ultimo aspetto cfr. anche M.R. FERRARESE, *Diritto globale e “dislocazioni” giuridiche. A partire dal volume di S. Cassese*, in *Pol. dir.*, 3/2001, 389 ss.

²⁵ In generale sulla denazionalizzazione del diritto v. P. CARROZZA, *Nazione (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XVI, Torino, 1994, 126 ss.; sul venir meno del legame tra diritto e territorio v. R. MICHAELS, *Territorial Jurisdiction after Territoriality*, in M. BULTERMAN, P.J. SLOT (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, The Hague, 2004, 105 ss.; G. HANDL, J. ZEKOLL, P. ZUMBANSEN (eds.), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden-Boston, 2012.

²⁶ Cfr. M.R. FERRARESE, *Quanto globale è il costituzionalismo cosiddetto globale*, in E. PACIOTTI (a cura di), *Diritti umani e costituzionalismo globale*, Roma, 2011, spec. 161, secondo cui il costituzionalismo attuale avrebbe modificato l’assetto costituzionale, il quale era fondato «sulla centralità dei documenti costituzionali nazionali: questi costituivano, per così dire, il “tetto” che chiudeva il senso della comunicazione giuridica in ogni Stato».

²⁷ T. SERRA, nella recensione al libro di M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 1/2011, 4, evidenzia la funzionalità dei diritti umani in quanto legittimano il diritto globale e «evitano la sua disumanizzazione all’ombra dell’impresa tecnico-scientifica», richiamando il pensiero di A. SUPIOT, *Homo juridicus: Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, 2005. In maniera critica, invece, si esprime F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *AA.VV., Studi in onore di G. Ferrara*, v. III, Torino, 2005, spec. 325-328.

²⁸ Cfr. G. D’IGNAZIO, *Ordine e disordine*, cit., 428 ss.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 75-76, secondo cui, comunque, il costituzionalismo realizzerebbe dello Stato-nazionale «la versione “liberale” per antonomasia, operando sulla sua interna struttura attraverso la formula della separazione dei poteri». Sul punto si sofferma anche M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 163, il quale rileva come dalla crisi della sovranità interna dello Stato non deriverebbe in maniera necessaria anche la crisi della Costituzione, mentre invece lo sfaldamento di quella esterna priverebbe addirittura la Costituzione del suo oggetto. Tuttavia, secondo P. Costanzo una simile ricostruzione potrebbe sì valere con riferimento alla Costituzione come fonte ordinante, ma lo sarebbe meno con riguardo alla categoria del “costituzionalismo” come «allusiva piuttosto a valori, che, come si suggerisce nel testo, potrebbero essere essi stessi ad emarginare il “limite” della sovranità statale per l’effetto congiunto di fenomeni implosivi e delle pressioni provenienti dalle reti esterne». Per quanto invece riguarda la percorribilità del concetto di Costituzione con riferimento ad organizzazioni politiche non statuali (e quindi non sovrane) cfr. A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2010, 4 ss., secondo cui si assisterebbe ad una costituzionalizzazione, sia pure in forme originali, di ordinamenti sovranazionali. Ancora più in generale, di un cambiamento di paradigma, verso un costituzionalismo non più statocentrico, ragionano anche A. HAMANN, H. RUIZ FRABRI, *Réseaux transnationaux et constitutionnalisme*, in H. RUIZ FRABRI, M. ROSENFELD (a cura di), *Repenser le constitutionnalisme à l’âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, 2011, 187 ss.

³¹ *Amplius* si rimanda all’elenco di “nuovi soggetti sovrani” (G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può*

geografiche differenti», «movimenti sociali antimondialisti ed altermondialisti» o ancora le «proteste dei c.d. *indignados* di tutti i Paesi»³².

La circostanza che questi fenomeni appena descritti (come altri della cui trattazione si è rimandato ad altra sede) non siano ancora sufficientemente consolidati – essendo molto probabilmente destinati a restare allo “stato fluido” – non può certo giustificare critiche radicali, se non a costo di restare «più o meno consapevolmente aggrappati ad un sovranismo *d’antan*, trascurandosi, svalutandosi o rigettandosi, invece, la dimensione di un costituzionalismo universale»³³, con ciò tuttavia non intendendosi in alcun modo fare riferimento a soluzioni utopistiche proprie del cosmopolitismo istituzionale³⁴, dato che, al momento, è (ancora) agli attori attuali, gli Stati, che occorre fare riferimento³⁵.

E purtuttavia non si può non considerare che una qualche forma di lacerazione degli Stati è già avvenuta – sebbene non per tutti alla stessa maniera – sicché si dovrebbe ragionare non già di “estinzione”, quanto piuttosto di «una ridefinizione della sovranità statale di fronte alla tecnologia globale di Rete, la quale [...] passa, all’evidenza, per l’abbandono di una nozione *hard* di sovranità (che vede lo Stato come fine e non come mezzo, coniugato, per solito, a regimi illiberali) a favore di una nozione *soft* (che vede lo Stato come lo strumento per tutelare i diritti, secondo la visione propria del costituzionalismo)»³⁶.

Così, in maniera pressoché analoga, anche i poteri e i diritti, che appaiono progressivamente più sfuggenti e dispersi nello spazio globale sconfinato, necessiterebbero di essere identificati in maniera precisa per essere poi regolati – i primi – e garantiti – gli altri³⁷. In definitiva, queste trasformazioni, che riguardano direttamente il soggetto (la sovranità) e gli oggetti (i poteri e i diritti) che il costituzionalismo si pone l’obiettivo di regolare, rendono evidenti le mutazioni dei presupposti del costituzionalismo moderno, ma non determinano, con ciò, il venir meno delle ragioni fondanti di questo³⁸.

3. Il costituzionalismo “tecnologico” (o “digitale”)

Riallacciandosi a quanto detto a proposito della centralità del fattore tecnologico-digitale e della Rete, vi è chi ha immaginato, dopo il costituzionalismo “liberale” e “democratico” – e in

sopravvivere? cit., 50-51).

³² P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 75-76.

³³ *Ivi*, 76-77.

³⁴ Cfr. D. ARCHIBUGI, *Cosmopolitismo. Teoria e prassi della democrazia nell’età globale*, in C. ALTINI (a cura di), *Democrazia. Storia e teoria di un’esperienza filosofica e politica*, Bologna, 2011, 375 ss., il quale richiama un’opinione di L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, 1995. Per approfondimenti sulle diverse declinazioni del cosmopolitismo v., in modo particolare, H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, spec. 173 ss., E. BROWN, P. KLEINGELD, *Cosmopolitanism*, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponibile alla pagina web plato.stanford.edu/entries/cosmopolitanism/, e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁵ Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., spec. 77. L’A. infatti si chiede, come sia possibile «dubitare, infatti, che determinate linee di comportamento politico, essenziali per combattere la povertà e stabilizzare la finanza, possano inverarsi solo se concertate tra [gli Stati]?».

³⁶ *Ivi*, 71-72.

³⁷ Cfr. G. AZZARITI, *La costituzione come norma*, cit., 26. Sul punto v. anche M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 103 ss.

³⁸ Cfr. G. AZZARITI, *La costituzione come norma*, cit., 26, secondo il quale queste trasformazioni del costituzionalismo moderno rendono «ben più complesso il suo compito, e forse anche più elevata la sua utopia. Mutamenti che non conducono necessariamente a esiti di dissoluzione delle ragioni del costituzionalismo; anzi, in qualche misura le rafforzano».

attesa di un ipotizzabile costituzionalismo “globale” – un costituzionalismo “tecnologico”³⁹.

Si è così fatto riferimento ad un «nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto»⁴⁰, in tal modo rispondendo ad una delle principali sfide cui è sottoposto il costituzionalismo contemporaneo in ambito tecnologico, ossia quella di offrire protezione ai diritti dell’individuo, nonché di contribuire ad un loro rafforzamento, appunto in un contesto, come l’attuale, profondamente trasformato dall’avvento della tecnologia.

Pertanto, un simile costituzionalismo “tecnologico” dovrebbe svolgere la sua azione su un duplice livello.

A livello istituzionale: con l’imporre ai parlamenti nazionali di intervenire sullo sviluppo e sull’impiego (quindi non solo sul finanziamento) delle varie tecnologie nell’ambito di un dibattito pubblico, aperto e continuo con la comunità scientifica, svolgendo così un ruolo di contrappeso democratico rispetto alle spinte “tecnocratiche”⁴¹.

A livello individuale ed interpersonale: con l’individuare «un quadro di principi orientati alla razionalità globale [così da] dar vita ad una nuova “cittadinanza tecnologica”, accrescendo le probabilità di sopravvivenza individuale e collettiva»⁴².

La “missione” basilare di un tale costituzionalismo, pertanto, sarebbe quella di coniugare la tutela dei diritti della “nuova civiltà digitale”⁴³ con la limitazione della (sempre più ampia) divergenza tra controllo politico-democratico e avanzamento tecnologico, vale a dire, soprattutto con riguardo a questo secondo aspetto, che il costituzionalismo, specie in questa veste “tecnologica”, dovrebbe rovesciare quel processo globale nel quale la *governance* sta indebolendo le strutture del tradizionale *government*, così da «recuperare una nuova possibilità per la politica di governare il corso degli eventi e di collegare il destino della democrazia alla comprensione e alla gestione della tecnologia nel quadro di una nuova razionalizzazione della società, alternativa alla razionalità burocratica weberiana»⁴⁴.

Un simile tema, relativo alle risposte del diritto costituzionale alle sfide poste dalla tecnologia digitale, ha trovato spazi di dibattito in dottrina laddove si è discusso anche di costituzionalismo “digitale”⁴⁵.

³⁹*Ivi*, 81.

⁴⁰Così, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 7.

⁴¹Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., spec. 81.

⁴²*Ibidem*, nonché i richiami *ivi* presenti, quanto alla “cittadinanza tecnologica”, a A.D. ZIMMERMAN, *Toward a More Democratic Ethic of Technological Governance*, in *Science, Technology, & Human Values* (<https://journals.sagepub.com/home/sth>), vol. 20, 1/1995, 86 ss., nonché a L. GALLINO, *Tecnologia e democrazia*, Torino, 2007, spec. 165. Di “cittadini elettronici” parla invece G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, in *Pol. dir.*, 3/2011, 367-378, spec. 367.

⁴³Cfr. G. GHIDINI, D. MANCA, A. MASSOLO, *La nuova civiltà digitale. L’anima doppia della tecnologia*, Milano 2020. Quanto ai “nuovi” diritti da v. T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in questi stessi scritti, spec. 3 il quale, in un’ottica di ripensamento e rielaborazione delle categorie del costituzionalismo e con particolare riferimento ad Internet, individua tre principali diritti ossia il diritto di accesso, il diritto alla *privacy* e il diritto all’oblio.

⁴⁴Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., spec. 80.

⁴⁵Sul tema, v. in particolare E. CELESTE, *Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology’s challenges*, in *HIIG Discussion Paper Series* (<https://www.hiig.de/en/hiig-discussion-paper-series/>), 2018; *Id.*, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, 1/2019, 76-99; C. PADOVANI, M. SANTANIello, *Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system*, in *the International Communication Gazette* (<https://journals.sagepub.com/loi/gazb>), vol. 80, 4/2018, 295-301; D. REDEKER, L. GILL, U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, *ivi*, 302-319; N. SUZOR, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media + Society* (<https://journals.sagepub.com/home/sms>), July-September 2018, 1-11. Sul costituzionalismo digitale anche

Quest'ultimo andrebbe letto come una declinazione del costituzionalismo moderno, attraverso la quale gli attuali principi e valori costituzionali tenderebbero ad adattarsi alle particolari caratteristiche della "società digitale", nonché come un doppio strumento in grado sia di opporre "controazioni normative" alle alterazioni degli equilibri costituzionali determinati dalla tecnologia digitale, sia di offrire i relativi principi, valori ed ideali⁴⁶.

Allo stesso tempo vi è chi tratta il costituzionalismo digitale come «*a common term to connect a constellation of initiatives that have sought to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet*»⁴⁷, mostrando così come la dottrina e la letteratura in argomento non ci consegnino un quadro unitario sul concetto stesso di costituzionalismo "digitale", in particolare su due aspetti quali la sua finalità e gli strumenti normativi in grado di sostanziare tale approccio teorico.

Quanto al compito, a chi ritiene che il costituzionalismo digitale debba limitare in particolare il potere privato⁴⁸, si oppone chi, invece, propone sì una limitazione, ma tanto del potere pubblico che di quello privato⁴⁹, in ragione proprio del fatto che il costituzionalismo digitale farebbe riferimento ad un contesto in cui agli Stati-nazionali si affiancano attori privati in grado, finanche, di minacciare la tutela dei diritti fondamentali⁵⁰. Si tratterebbe così di slegare il concetto di costituzionalismo dalla dimensione esclusivamente statale⁵¹, in modo tale da includervi anche quella "privatistica" e poterlo così riadattare al contesto digitale, in particolare riadeguandone le funzioni principali – ossia la protezione dei diritti fondamentali e la limitazione dei poteri – ad un contesto più ampio rispetto all'originario ambito statale⁵².

nell'ottica di "digital/electronic constitutions" v., tra gli altri, F. AMORETTI, *Electronic constitution: A Braudelian perspective*, in ID. (ed.), *Electronic Constitution: Social, Cultural, and Political Implications*, Hershey-New York, 2009, 1-19; G. TEUBNER, *Societal constitutionalism: Alternatives to state-centred constitutional theory?*, in C. JOERGES, I.J. SAND, G. TEUBNER (eds.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Oxford-Portland, 2004, 3-28.

⁴⁶E. CELESTE, *Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology's challenges*, cit., spec. 6-7 e 15, secondo cui il costituzionalismo digitale «shares the foundational values, the overall aims of the [modern constitutionalism], but it focuses on the specific context affected by the advent of digital technology. Being digital constitutionalism an ism, one could define it as the ideology which aims to establish and to ensure the existence of a normative framework for the protection of fundamental rights and the balancing of powers in the digital environment».

⁴⁷Cfr. D. REDEKER, L. GILL, U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, cit., spec. 303.

⁴⁸In particolare v. P. SCHIFF BERMAN, *Cyberspace and the State action debate: the cultural value of applying constitutional norms to "private" regulation*, in *University of Colorado Law Review* (<https://lawreview.colorado.edu/>), vol. 71, 2000, 1263 ss.; N. SUZOR, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, cit., spec. 2-4; B. FITZGERALD, *Software as discourse? A constitutionalism for information society*, in *Alternative Law Journal* (<https://journals.sagepub.com/home/aljb>), vol. 24, 3/1999, 144 ss.; ID., *Software as discourse? The challenge for information law*, in *European Intellectual Property Review*, vol. 22, 2/2000, 47 ss.

⁴⁹D. REDEKER, L. GILL, U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, cit., spec. 304.

⁵⁰Cfr. E. CELESTE, *Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology's challenges*, cit., spec. 15-16.

⁵¹Sul problema teorico di scindere i concetti di costituzionalismo (nonché di costituzione) e di Stato v., tra gli altri, F. RIMOLI, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, 2/2012, 357-402, spec. 396; M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion?*, in *Jus Politicum. Revue de droit politique* (<http://juspoliticum.com/la-revue>), vol. 19, 2018, 7-18, spec. 10-11; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View*, in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN, S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, New York, Routledge, 157-169, spec. 161; O. DIGGELMAN, T. ALTWICKER, *Is there Something Like a Constitution of International law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (<https://www.zaerv.de/>), vol. 68, 2008, 623-650, spec. 642.

⁵²Cfr. E. CELESTE, *Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology's challenges*,

Allo stesso modo non vi è accordo circa gli strumenti normativi attraverso cui concretare tali obiettivi del costituzionalismo digitale: così, piuttosto variamente, si è discusso dell'utilizzo del diritto privato (in particolare del diritto di proprietà intellettuale, del diritto contrattuale o del diritto alla *privacy*) per limitare la capacità auto-regolativa degli attori privati⁵³, della possibilità di servirsi in taluni contesti, come quello statunitense, dello stesso diritto costituzionale statale⁵⁴, ovvero di applicare taluni fondamentali principi, mutuati dal diritto costituzionale, al diritto privato⁵⁵. Vi è un ulteriore strumento, rilevante tanto per la propria portata quanto per il fatto di cogliere uno degli aspetti (se non il fondamentale) della società digitale, rappresentato da documenti e Carte dei diritti di internet, che merita alcune autonome considerazioni⁵⁶.

Come condivisibilmente rilevato, essendo la dimensione di internet quella globale anche la regolamentazione giuridica dello stesso non può che essere identicamente globale⁵⁷; tuttavia, la predisposizione di un apparato normativo di portata planetaria che possa regolare l'uso di internet non è ottenibile attraverso una (solo immaginata) "costituzione globale", quanto piuttosto per il tramite della «lenta definizione di Carte internazionali di principi elaborate dai diversi attori non necessariamente istituzionali, ma anche espressione della società civile globale»⁵⁸.

Tali Carte rappresenterebbero, quindi, al tempo stesso un limite e un'opportunità. Da un lato, infatti, difficilmente ad esse potrebbe attribuirsi un carattere "costituzionale", nel senso della prescrittività propria del diritto costituzionale, rischiando, inoltre, le stesse Carte d'indebolire il valore prescrittivo delle Costituzioni nazionali senza ottenere in proprio un vero e proprio rafforzamento, almeno fintanto che non assumeranno carattere vincolante, ad esempio attraverso un loro recepimento in trattati internazionali, o non verranno sostenute anche da soggetti internazionali sovrani⁵⁹. Dall'altro, esse consentono, in una certa misura, ricalibrare il costituzionalismo tecnologico o digitale: se si vuole riprendere, attraverso questo approccio teorico, il concetto moderno di costituzionalismo – quindi orientato ad assicurare non solo i diritti ma anche a limitare il potere – occorre comprendere che la costruzione di una "democrazia informatica" (o "virtuale") è possibile a condizione che la "costituzionalizzazione della rete" non venga intesa come semplice predisposizione di Carte dei diritti, ma solo se, anche grazie a queste, si determinerà «uno slittamento del baricentro del potere informatico dagli Stati e dalle *corporations* ai diritti dei cittadini e a favore della libertà degli utenti»⁶⁰.

cit., spec. 15-16.

⁵³ Cfr. B. FITZGERALD, *Software as discourse? A constitutionalism for information society*, cit., 144 ss.; ID., *Software as discourse? The challenge for information law*, cit., 47 ss.

⁵⁴ Cfr. P. SCHIFF BERMAN, *Cyberspace and the State action debate: the cultural value of applying constitutional norms to "private" regulation*, cit., spec. 1293 ss.

⁵⁵ Cfr. N. SUZOR, *The Role of the Rule of Law in Virtual Communities*, in *Berkeley Technology Law Journal* (<https://btlj.org/>), vol. 24, 4/2010, 1817-1886, spec. 1833 ss.

⁵⁶ Per una ampia panoramica di questi documenti v., su tutti, D. REDEKER, L. GILL, U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, cit., 308-310; C. PADOVANI, M. SANTANIELLO, *Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system*, cit., 295-301.

⁵⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, spec. 121 ss.

⁵⁸ Cfr. G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, cit., spec. 375-376. In argomento v. il fascicolo monografico di *Pol. dir.*, 3/2010 (a cura di F. Amoretti) *Diritti e sfera pubblica nell'era digitale*, e ivi i contributi di S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, 337-352 e F. AMORETTI, E. GARGIULO, *Dall'appartenenza materiale all'appartenenza virtuale? La cittadinanza elettronica fra processi di costituzionalizzazione della rete e dinamiche di esclusione*, 353-390, spec. 380 ss.

⁵⁹ Cfr. G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, cit., spec. 375-376.

⁶⁰ *Ivi*, spec. 373 e 378.

FRANCESCO RIMOLI
**Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica:
i rischi del cittadino telematico**

SOMMARIO: 1. Il problema – 2. La disintermediazione nel contesto sistemico – 3. Cittadino telematico, neointermediazione, società digitale – 4. La libertà di essere controllati – 5. Democrazie senza partiti.

1. Il problema

Il tema della “disintermediazione” nel processo democratico di questo inizio di secolo appare, al di là di ogni scivolamento semantico del termine, mutuato dal lessico economico-finanziario nonché dalle attività commerciali¹, trasferito in quello politico-istituzionale e sovente abusato nel vortice dei *media* con un uso improbabile, di importanza cruciale per comprendere le trasformazioni di questi ultimi decenni nella comunicazione politica e nelle dinamiche della democrazia contemporanea.

L'illusione, talora ingenua e sincera ma più spesso strumentalmente alimentata, di poter superare tramite le nuove tecnologie informatiche del *web* i tradizionali moduli (e i limiti) della democrazia rappresentativa, del paradigma partitico, dei numerosi corollari istituzionali che a questi si legano, nonché della stessa funzione comunicativa del giornalismo professionale, rischia oggi di diventare uno dei supporti più pericolosi per l'involuzione autoritaria, e forse neototalitaria, delle società complesse, inducendo una sorta di semplificazione riduzionistica che costituisce in fondo la versione aggiornata delle pulsioni antiparlamentari proprie dei processi di affermazione dei regimi veterototalitari tristemente noti all'esperienza del Novecento.

Se è vero infatti che a tale tendenza hanno concorso le gravi carenze manifestate ormai da lungo tempo dal sistema dei partiti, e più in generale da una classe politica sempre più imbecille, impreparata e incapace di comprendere non solo la realtà circostante, ma infine anche se stessa e il proprio ruolo, è altresì innegabile che il fenomeno in esame, sempre più diffusamente evidenziabile, finisce con il diventare un moltiplicatore di queste carenze, generando un paradigma (ormai relativamente) nuovo in cui la selezione delle *élites* dirigenti si riduce a una sorta di *reality show* nel quale si perde pressoché totalmente il senso profondo della scelta delle *policies* e ancor prima dei rappresentanti politici, già da tempo alquanto fragile nella coscienza individuale e collettiva di quest'epoca.

Ciò peraltro non impedisce che, a livello sistemico, si sia prodotta (anche piuttosto rapidamente) una complessiva sostituzione di *élites* di altra natura, infine affatto prive di alcuna legittimazione politica, a quelle che, in un modello realmente democratico, dovrebbero costituire – con il relativo, adeguato grado di *accountability* – il fulcro della decisione e dell'esercizio della sovranità popolare. In altre parole, sull'indebolimento della rappresentanza e della relativa mediazione politica, aggravato dalla crisi economica di questi ultimi decenni, prosperano le tecnocrazie, proliferano i poteri occulti, si espandono in modo incontrollato gli interessi globalizzati dei grandi gruppi economico-finanziari, ben poco compensati dalle teorie della *corporate social responsibility*².

¹ Un quadro sintetico dei significati del termine in tale ambito è dato da P. STRINGA, *Che cos'è la disintermediazione*, Carocci, Roma, 2017.

² Sul tema già C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberalismo* (2011), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2012, 157 ss.; ID., *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 41 ss. e 79 ss.

Accanto a un meccanismo apparentemente democratico per più versi ridotto a una più o meno divertente finzione, insomma, continua a crescere un coacervo di sottosistemi dissimulati e conflittuali, che potrebbero trovare, in prospettiva, un plausibile referente politico funzionalmente adeguato in una compiuta affermazione di un paradigma politico autoritario con cui venire a patti nella salvaguardia di propri interessi, e la cui ulteriore involuzione in senso totalitario sarebbe assai favorita dall'enorme evoluzione delle tecniche di sorveglianza e controllo (legittimatesi con la logica securitaria imperante dai primi anni del nuovo secolo), ossia dallo stesso evolversi delle tecnologie informatiche che sta accompagnando l'intero processo³. In una fase di transizione come questa (ma in fondo, ogni fase è di transizione!), il paradigma digitale si sta sviluppando accanto a quello tradizionale, da tutti ritenuto in crisi ma tuttora operante, seppur sempre più come simulacro di se stesso⁴.

Se la tematica dei *big data* e del potere digitale delle reti è oggi diventata una delle linee di indagine più rilevanti per la comprensione dei fenomeni in atto nella metamorfosi delle democrazie⁵, e se queste ultime si vanno involvendo, seppur con modi e tempi diversi, verso quell'assetto "illiberale" che ne rappresenta il lato oscuro (e in fondo una sostanziale negazione)⁶, la configurazione, progressiva ma inarrestabile, di una nuova forma di cittadino, che potremmo definire "telematico"⁷, sfuggente e superficialmente apolide dal punto di vista culturale, raramente cosciente di sé e della propria manipolabilità eppure attivo (talora iperattivo) sulla scena del consumo come su quella politica (con sempre maggiori affinità tra le due), sembra essere uno dei tratti più inquietanti della recente evoluzione dei paradigmi democratici, foriera di mutamenti profondi nella stessa dimensione cognitiva ed epistemica della realtà sociale e individuale, con conseguenze per sé imprevedibili rispetto agli scenari di un futuro non lontano⁸.

³ Sul tema, tra molti, D. LYONS, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana* (2001), tr. it. Feltrinelli, Milano, 2002; ID., *Massima sicurezza. Sorveglianza e "guerra al terrorismo"* (2003), tr. it. R.Cortina, Milano, 2005; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004 (da cui è estratto ID., *Iperdemocrazia: come cambia la sovranità democratica con il web*, Laterza, Roma-Bari, 2013), spec. 164 ss.; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

⁴ Sia consentito il rinvio a F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi, Modena, 2018, 54 ss..

⁵ Si veda, tra molti, il noto studio di M. CASTELLS, *Comunicazione e potere* (II ed., 2013), tr. it. Università Bocconi Editore, Milano, 2017.

⁶ Per tale locuzione si veda già F. ZACHARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, n.6, 22 ss.; di recente, A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2019; per l'esperienza della Turchia, L. DE GRAZIA, *Constitutional coup e democrazie illiberali: l'esempio della Turchia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2018, 380 ss. Mauro Barberis afferma che sono vere democrazie solo quelle liberali, e che "le democrazie illiberali dei vari Orbán e Putin, anzi, sono eredi dirette di fascismi e comunismi. Con una differenza: che pretendono di essere democrazie, appunto illiberali, e che quindi i loro leader siano scelti dal popolo" (M. BARBERIS, *op. cit.*, 43): in realtà, anche nei totalitarismi citati, almeno in una prima fase, la derivazione popolare del potere del *leader* fu centrale, e forse si potrebbe opinare sul fatto che siano democrazie solo quelle liberali, esistendo un quadro storico-tipologico assai più complesso (sul quale, per tutti, L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Laterza, Roma-Bari, 2004; G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993; R.A. DAHL, *Prefazione alla teoria democratica* [1956], tr. it. Ed. di Comunità, Milano, 1994; ID., *La democrazia e i suoi critici* [1989], tr. it., Ed. Riuniti, Roma, 1997). Al di là del problema definitorio, però, il rischio è che il paradigma della democrazia illiberale diventi, in prospettiva, quello funzionalmente più idoneo all'ambiente globale sul piano sistemico, e dunque il più diffusivo.

⁷ Sia permesso sul punto il rinvio a F. RIMOLI, *La democrazia e la sua crisi*, in F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO, A. GIANELLI, M.P. PATERNÒ, F. RIMOLI, G.M. SALERNO, *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 207 ss.

⁸ La dottrina più attenta ha peraltro già da molto tempo posto in luce i tratti salienti del problema qui affrontato: si vedano già A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Diritto e Società*, 1995, 399 ss.; P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet* (14.10.1996), leggibile all'Uurl <http://www.interlex.it/inforum/costanzo.htm>. Più recentemente, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n.2/2011; G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, ivi, 2/2011; EAD., *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012; M. VILLONE, *Internet e la politica*, in M. VILLONE et al. (a cura di), *Nuovi*

2. La disintermediazione nel contesto sistemico.

In questo quadro, si perdono certamente alcune delle categorie tradizionali della scienza politica e – forse in misura ancora maggiore – di quella costituzionalistica: il paradigma della rappresentanza deve piuttosto confrontarsi con quello, connesso ma ben distinto, della capacità rappresentativa degli eletti rispetto a una società di elettori che sempre più difficilmente può essere compresa e incanalata entro quei modelli integrativi che ispirarono la nostra come altre costituzioni coeve. In altri termini, non si tratta qui soltanto di rilevare una sorta di preferenza verso le nuove modalità di espressione della propria opinione o, in casi particolari, del proprio voto, ma di cogliere una ben più profonda trasformazione, che investe la possibilità stessa di una mediazione agita nelle forme della rappresentanza tradizionale. Detto altrimenti, i fenomeni cui recentemente abbiamo assistito – poche migliaia di cittadini-iscritti a un partito (o movimento) che con il loro voto orientano, almeno in apparenza perché non esistono controlli effettivi, le scelte del partito stesso, che è al momento il maggiore in Parlamento, e dunque condizionano indirettamente l'intero Governo – sono solo un aspetto contingente della metamorfosi in atto. Le più che fondate perplessità in ordine all'effettiva trasparenza dell'intero paradigma che in tali meccanismi decisionali si afferma, giacché a fronte di una proclamata visibilità del procedimento la gestione dei dati effettivi è rimessa agli algoritmi proprietari di una società privata, sono soltanto una parte del problema. Questo sta piuttosto nel fondato dubbio che tali dinamiche non siano il mero frutto dell'espandersi della comunicazione “digitale”, peraltro ormai diffusa e pervadente nella comunicazione sociale *tout court*, ma il segno di un'inarrestabile obsolescenza delle tecniche di rappresentanza ereditate dalla tradizione liberale ottocentesca e adeguate progressivamente con l'estensione del suffragio nel secolo scorso alle esigenze della nuova società di massa, nonché con la progressiva affermazione della forma-partito quale cardine, nel bene e nel male, dell'intero modello statale⁹.

Oggi – è difficile ammetterlo, ma si deve affrontare il dato di realtà – il problema che si pone non è più quello dell'efficace immissione nella dinamica istituzionale dei ceti sociali meno abbienti, ossia di ottenere quel tipo di integrazione la cui carenza, nel primo dopoguerra, aprì le porte all'avvento dei regimi totalitari, ma quello di rendere quelle che potremmo definire, con un po' di fantasia, le “sinapsi” del sottosistema politico-istituzionale capaci di rispondere in tempi rapidi alle esigenze sempre più pressanti dell'ambiente. Piuttosto, il tema è quello – ampiamente trattato, sovente abusato – del populismo, oggi inteso in una sua nuova versione “digitale”, rispetto alla quale si manifestano e si sovrappongono tutti i rischi dell'una e dell'altra dimensione¹⁰.

mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?, Aracne, Roma, 2012, 565 ss.; si vedano inoltre i saggi contenuti in M. NISTICÒ-P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁹ In una letteratura immensa sul tema, si rileggano il classico studio di M. DUVERGER, *I partiti politici* (1951), tr. it. Ed. di Comunità, Milano, 1961 (spec. 430 ss.), nonché i saggi di W.E. WRIGHT, *Due modelli di partito: quello razionale-efficiente e quello della democrazia partitica* (1971), tr. it. parz. in G. SIVINI (a cura di), *Sociologia dei partiti politici*, il Mulino, Bologna, 1979, 117 ss.; G. SIVINI, *La sociologia dei partiti e lo Stato*, ivi, 13 ss.; per una lettura più recente del fenomeno partitico, E D'ALBERGO, *Sociologia della politica. Attori, strutture, interessi, idee*, Carocci, Roma, 2014, 105 ss.; P. RIDOLA, *op. cit.*, spec. 63 ss.; tra le trattazioni recenti, F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁰ Sul populismo digitale si veda M. BARBERIS, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2019, secondo il quale se la comunicazione politica tradizionale si svolgeva sulla stampa, e quella del Novecento si faceva sui media radiotelevisivi, quella populista è fatta sullo *smartphone* e sui *social media*: si genera, da tale combinazione, un salto delle mediazioni politiche tradizionali che dà a tutti “l'illusione di poter influire sulla politica”, e che però produce, più che una disintermediazione, un “cortocircuito tra istituzioni e media” (ivi, 38). Il populismo è comunque, nelle sue diverse accezioni, oggetto di numerosi studi specifici: oltre ai recentissimi volumi di P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Éditions du Seuil, Paris, 2020; N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia* (2019), tr. it. il Mulino, Bologna, 2020, e F. FUKUYAMA, *Identità. La ricerca*

In altre parole, il problema della rappresentanza, e più ampiamente della mediazione politica, si innesta oggi, né potrebbe essere altrimenti, su quello della complessiva idoneità funzionale del paradigma della democrazia tradizionale – che, almeno nell’esperienza storica occidentale, sulla rappresentanza si è fondata – a rispondere agli *inputs* che, in modo sempre più convulso e vorticoso, si manifestano nel contesto politico-sociale mettendo a dura prova l’intero assetto delle istituzioni, peraltro da tempo delegittimate da un pertinace assalto mediatico non privo di toni qualsiasi e alimentato da un certo giornalismo politico scandalistico ben recepito dai diversi movimenti anti-*establishment* che si sono negli ultimi due decenni generati¹¹. E peraltro, la stessa democrazia rappresentativa è fondata su un meccanismo elettivo che è evidentemente del tutto esposto agli incisivi condizionamenti delle strategie conformative esercitate dai manipolatori della comunicazione in rete¹².

Comunque, il disgregarsi progressivo della rappresentanza tradizionalmente intesa altro non è che una faccia della crisi complessiva del paradigma democratico novecentesco, quella stessa che comporta, sul piano della forma di governo, una comune tendenza al rafforzamento degli esecutivi, al depotenziamento dei Parlamenti, alla diffusa svalutazione delle dinamiche discorsive e più in generale a un atteggiamento antipolitico e antipartitico strategicamente fomentato nell’opinione pubblica: profili tutti, questi, che aggiornano e ripetono sinistramente ben noti tratti propedeutici all’affermazione dei regimi autoritari.

Ciò inquieta: dunque, la recente, schietta affermazione di un noto comunicatore, per il quale a breve l’esistenza della Rete e degli strumenti telematici di interconnessione renderanno inutili i parlamenti, più che una *boutade* sembra una cupa profezia¹³. Il vivace dibattito che ne è seguito su tutti i *media*, per lo più orientato verso toni di secca condanna o di ostentata indignazione, non è però riuscito a celare il fondamento di verità della prospettiva adombrata: il processo di involuzione antidemocratica che si sta svolgendo nelle società avanzate contemporanee passerà anche, con ogni probabilità, per un sostanziale esautoramento delle istituzioni parlamentari e per una crescente affermazione delle sintesi fittizie che la Rete, con il feticcio comunicativo costituito dai *social media*, sembra operare dinanzi all’illusorio crescere della percezione di partecipazione.

Poiché, in fondo, questo è il paradosso (a ben vedere tale però solo in apparenza): la narrazione partecipativa accompagna costantemente l’illusione di presenza che, in un’aggiornata forma del mito rousseauiano della democrazia diretta, è esaltata dai fautori della disintermediazione telematica. Ma tale illusione è, al contempo, il fondamento di legittimazione di quella che è invece, in realtà, una definitiva abdicazione a quella (pur infinitesimale) quota di sovranità che il cittadino esercita (o dovrebbe esercitare) con il voto tradizionale: giacché sia i meccanismi di ricezione della sua manifestazione di volontà (o di opinione), sia le sue capacità effettive di

della dignità e i nuovi populismi (2018), tr. it. Utet, Torino, 2019 (ed. Kindle); S. LEVITSKY-D. ZIBLATT, *Come muoiono le democrazie* (2018), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2019 (ed. Kindle), si vedano i già noti testi di E. LACLAU, *La ragione populista* (2005), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2008, e Y. MENY-Y. SUREL, *Populismo e democrazia* (2000), tr. it. il Mulino, Bologna, 2001; in ambito giuridico, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Democrazia, oggi* (Annuario AIC 2017 – Atti del XXXII Convegno annuale), Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 3 ss.; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, ivi, 57 ss.; sull’ambiguità e l’evanescenza del concetto, sempre alla ricerca di chiarimento perché assai variamente interpretato nella prassi politica, V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, ivi, 605 ss..

¹¹ Sul punto, tra molti, N. URBINATI, *op. cit.*, 100 ss.

¹² In tema G. DA EMPOLI, *Gli ingegneri del caos. Teoria e tecnica dell’Internazionale populista*, Marsilio, Venezia, 2019; M. BARBERIS, *op. cit.*, 48 ss.

¹³ Il riferimento è ovviamente all’affermazione resa da Davide Casaleggio in un’intervista al quotidiano *La verità* il 23 luglio 2018, e ripresa da tutti i giornali: si veda in proposito https://www.repubblica.it/politica/2018/07/23/news/casaleggio_parlamento_inutile-202476029/. Peraltro, si veda quanto scritto già in D. CASALEGGIO, *Tu sei Rete. La rivoluzione del business, del marketing e della politica attraverso le reti sociali*, Adagio Ebook, Milano, 2013.

percezione e valutazione dei problemi su cui è chiamato a pronunciarsi sono enormemente condizionati da una struttura iperelitaria di gestione dei dati, in cui l'intera questione è posta (ed eventualmente risolta) all'interno di un modello di profilazione individuale e collettiva che inesorabilmente orienta gli esiti del processo decisionale in modo tanto occulto quanto efficace. In questo senso, però, è vero che il fenomeno in esame non può essere concepito come una vera disintermediazione, ossia come l'eliminazione *tout court* di un anello della catena di comunicazione politica: tra il cittadino telematico (utente-consumatore, di prodotti commerciali come di politica, secondo un'intuizione già propria delle analisi politologiche statunitensi di metà Novecento)¹⁴ e il livello della politica agita c'è pur sempre una mediazione, costituita dal complesso insieme dei soggetti che gestiscono la Rete, che come detto sono percettori e gestori di dati il cui possesso fa crescere esponenzialmente il loro valore societario sui mercati finanziari; siamo allora piuttosto in presenza di una “neointermediazione”, che assume forme nuove e notevolmente problematiche¹⁵.

3. Cittadino telematico, neointermediazione, società digitale

Ovviamente, un tale problema supera ampiamente il dato contingente, e non si lega soltanto al carattere privato o (eventualmente) pubblico del soggetto che gestisce l'intero meccanismo: la semplificazione estrema del modello telematico modifica sostanzialmente l'intero contenuto di senso del paradigma politico, in una direzione che costituisce l'antitesi di quel confronto che la concezione discorsiva à la Habermas della democrazia pone alla base del processo deliberativo nella sfera pubblica¹⁶. Da molto tempo, ormai, politologi e giuristi si interrogano sulla trasformazione della funzione dei partiti nei regimi di democrazia avanzata, e sulla loro incapacità a mantenere il contatto con un elettorato che si rivela, di conseguenza, sempre più ondivago e infedele, con evidenti riflessi sulla stabilità stessa dei governi parlamentari e dei sistemi politici in cui operano¹⁷: qui, tuttavia, il problema rischia di prospettarsi in forma assai più radicale, giacché le dinamiche della neointermediazione proprie della democrazia telematica rendono superflui, insieme ai Parlamenti, gli stessi partiti, ridotti piuttosto a movimenti sostanzialmente proteiformi (nella migliore delle ipotesi), o affatto amorfi (nella peggiore), rivolti semplicemente a inseguire una vorticoso quotidianità di comunicazioni e caleidoscopici orientamenti a soli scopi di successo elettorale immediato e di gestione corrente del potere, rimanendo comunque ben lontani dalla funzione di integrazione, sintesi, e infine guida che avrebbero dovuto assumere nella visione complessiva di cui è permeato lo stesso articolo 49 della nostra Carta.

In effetti, al di là dei pur raffinati tentativi di ridefinizione della forma partito all'interno del contesto contemporaneo, per cui si sono di recente utilizzati anche gli strumenti della *network*

¹⁴ Si vedano per tutti i noti studi di A. DOWNS, *Teoria economica della democrazia* (1957), tr. it. il Mulino, Bologna, 1988; J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), tr. it. Etas-RCS, Milano, 1994.

¹⁵ Sul punto G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Meltemi, Milano, 2018, 87 ss.; Id., *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, n.3, 457 ss.; ma già S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., *passim*; per un quadro dei problemi giuridici che intervengono nella complessa dinamica gestionale della comunicazione via *web*, F. DELL' AVERSANA, *Le libertà economiche in internet competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014.

¹⁶ Il riferimento è ovviamente a J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992, III ed. 1994), tr. it. Laterza, Roma-Bari 2013, spec. 322 ss.

¹⁷ Si vedano, tra molti, D. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1997), tr. it. il Mulino, Bologna, 2010 (in particolare la postfazione del 2010, 267 ss.); P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo* (raccolta di saggi), Giappichelli, Torino, 2011; O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

*analysis*¹⁸, ciò che appare purtroppo evidente, all'osservatore che cerchi di superare le categorie consuete, è il fatto che il magmatico quadro dei movimenti che dal basso, in modo più o meno spontaneo, si manifestano in una comune tensione antiparlamentare e *lato sensu* (seppur con chiaro paradosso) antipolitica non riescano a trovare realmente nuove forme. Perché laddove non si dissolvano in una nebulosa ben presto superata dal vortice mediatico (fu il caso dei "girottondini" ispirati da un noto intellettuale e cineasta più di qualche anno fa), ma conseguano risultati consistenti sul piano elettorale, e dunque acquisiscano posizioni di governo (o almeno entrino in Parlamento), finiscono con il ripetere, in forma appena adattata, la struttura partitica tradizionale (è il caso del Movimento 5 Stelle, in cui peraltro la mistica della "piattaforma Rousseau" e l'ombra degli ispiratori carismatici che agiscono nel *backstage* colorano ogni dinamica interna di un tono al contempo giacobino e fittizio; su altra sponda, si vedrà in futuro che sorte avrà il movimento delle "sardine", protagonista "collaterale" delle ultime elezioni regionali in Emilia Romagna)¹⁹.

Superati il partito di massa, il partito-azienda e il partito personale (quest'ultimo invero non del tutto), resta però il problema di fondo: perché resta di fatto scoperta, secondo una lettura tradizionale, una funzione, che è appunto quella rivolta a operare un'efficace intermediazione tra comunità e apparato (per usare di termini ben noti), tra società civile e società politica, tra collettività e Stato. Fin qui, tuttavia, non si coglie alcunché di nuovo: si definisce cioè una carenza alla luce di una categoria funzionale (quella della mediazione/rappresentanza politica) che è stata tratto saliente, come detto, dell'evoluzione storica delle forme di Stato proprie della civiltà giuridica occidentale²⁰, ritenendo però che tale categoria permanga in sé immutata, in quanto necessaria all'esistenza stessa del paradigma democratico. Ora, non è questa la sede per ripercorrere le molte declinazioni che il concetto di democrazia ha avuto nel tempo, né per cogliere – è stato già fatto – quanto un certo tipo di democrazia, quella radicale di ascendenza rousseauiana che ama esprimersi nelle forme dirette, nasconda in sé di populistico e infine di totalitario²¹: lo stesso principio di maggioranza, che è strumento di fatto indispensabile per rendere il modello capace di decidere, è in sé ontologicamente dotato di una *hýbris* innegabile. Rimediano a ciò, si risponde, le democrazie liberali e soprattutto le costituzioni rigide, con il loro corollario di tutela giurisdizionale per cui le Corti costituzionali, dotate di poteri adeguati, garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali, e più ampiamente di tutti quei fini-valori, resi intangibili, che ispirano le stesse costituzioni liberaldemocratiche: eguaglianza e tutela delle minoranze, dignità umana e rispetto delle diversità, pluralismo e libertà di coscienza. Più in

¹⁸A.M. ZACCARIA, *La ricerca su forma di governo e sistema dei partiti nel quadro dell'esperienza italiana di network analysis. Nota metodologica*, in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Jovene, Napoli, 2014, XXIII ss.

¹⁹ Sull'evoluzione della struttura interna, con riferimento al contesto italiano recente, F. SCUTO, *op. cit.* (spec. 84 ss. su Partito Democratico e Movimento 5 Stelle); sui mutamenti del Movimento 5 Stelle, R. BIORCIO-P. NATALE, *Il Movimento 5 Stelle: dalla protesta al governo*, Mimesis, Milano, 2018.

²⁰ Si vedano su questo (vastissimo) tema, tra molti, S. ROSSI, *La rappresentanza nello Stato costituzionale. La rappresentazione degli interessi in Germania*, Giappichelli, Torino, 2002, spec. 1 ss., nonché il più recente studio di C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

²¹ Il riferimento è al noto studio di J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria* (1952), tr. it. il Mulino, Bologna, 2000, ma si vedano anche H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (II ed. 1965), tr. it. Ed. di Comunità, Torino, 1999, 79 ss., e R.A. DAHL, *Prefazione alla teoria democratica*, cit., 41 ss. sulla democrazia populista; sul tema, di recente, A. MULIERI, *Democrazia totalitaria. Una storia controversa del governo popolare*, Donzelli, Roma, 2019 (spec. 37 ss. sull'interpretazione di Talmon del pensiero illuminista e 174 ss. sul pensiero di Arendt in ordine alle teorie rousseauiane del "nemico comune").

generale, si dice, giustamente, tutte le istituzioni contromaggioritarie valgono a costituire un argine contro la tirannia delle maggioranze e le derive populiste²².

E tuttavia, l'affidamento della democrazia alle Corti, anche in un contesto multilivello in cui meccanismi e istituzioni parallele cooperino per la tutela di tali fini-valori, non sembra, in prospettiva, assicurare più di tanto. Al di là dell'annoso problema della loro legittimazione democratica, e di un “dialogo” che sovente si perde in una mal dissimulata contesa per una sorta di primazia, leggibile tra le righe di molte decisioni delle Corti europee, di Strasburgo e di Lussemburgo, come in quelle dei giudici costituzionali nazionali (si pensi al confine dei “controlimiti” che diventa talora, e non senza motivo, una sorta di trincea difensiva), è lo stesso meccanismo giudiziario (o paragiudiziario) che si rivela, al di là di ogni retorica, alquanto esile dinanzi a eventuali – e sempre possibili – spinte verso trasformazioni antidemocratiche che siano realmente sostenute da un'opinione pubblica a ciò spinta da un'informazione mediatica manipolata, fortemente orientata e profilata *individualmente*, atomizzata da quella sorta di colombario telematico che si è creato con la diffusione capillare di ogni tipo di *device* informatico (*pc, smartphone, tablet*) in cui ciascun singolo percepisce gli altri e se stesso sempre più in una realtà alterata, dimensionata a sua misura, nella quale tende a permanere perché la trova in fondo felicemente modellata sulle sue preferenze mediante dati carpi in modo sempre più occulto e penetrante da soggetti difficilmente individuabili e controllabili. In altre parole, allorché il cittadino telematico si fonde con l'uomo digitale (e ciò è sempre più visibile), ne sortisce un individuo la cui socializzazione è connotata in modo assolutamente diverso da quella che ha generato, nel tempo, le istituzioni e i partiti tradizionali: infine, un individuo immerso in un nuovo ambiente vitale, definito da alcuno come vita *onlife*²³.

4. *La libertà di essere controllati*

In tale contesto è evidente che anche la dimensione politica muta profondamente: la possibilità di tessere una rete di relazioni interindividuali asimmetriche, con pochi nodi di riferimento e innumerevoli terminazioni, è l'essenza del modello “neointermediato” di cui si è detto: in altre parole, più correttamente, è l'incubatrice di una nuova forma di intermediazione che non passa più tramite partiti e parlamenti, ma si muove, di pari passo con i meccanismi della sorveglianza, verso una di quelle forme di neototalitarismo di cui anche le fantasie distopiche degli scrittori del Novecento, da Orwell a Huxley, avevano avuto soltanto un vago sentore.

In realtà, come ben si è notato, l'attuale società vive in una sorta di *panopticon* benthamiano aggiornato e trasformato, in quanto sostanzialmente a prospettico²⁴. Di qui il (pur necessario)

²² Insiste molto sul punto M. BARBERIS, *op. cit.*, 167 ss., che ritiene contromaggioritari “non solo il potere giudiziario, corti costituzionali comprese, ma tutte le istituzioni oggetto del livore populista: presidente della Repubblica, agenzie indipendenti, organi sovranazionali” (ivi,168); sebbene per queste ultime si possa dubitare, perché in realtà esprimono sovente le volontà di un'altra maggioranza (e non è più solo un problema di “deficit democratico”, ma, nel caso europeo, di struttura stessa dell'Unione), il meccanismo contromaggioritario è ovviamente un fondamento delle democrazie liberali.

²³ Sul punto L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo* (2014), tr. it. R. Cortina, Milano, 2017, 47 ss.; con toni alquanto apocalittici ma non del tutto infondati, M. BARBERIS, *op. cit.*, 126-127, afferma che “l'uomo digitale sembra avviarsi a diventare disumano, o postumano: autocentrato, irrazionale, dissociato. Peggio ancora: portatore di risentimenti viscerali, ignoti persino a quella psicologia delle folle ottocentesca che aveva annunciato i totalitarismi novecenteschi”.

²⁴ Così BYUNG-CHUL HAN, *La società della trasparenza* (2012), tr. it. Nottetempo, Milano, 2014, 76-77: “il panottico digitale del XXI secolo è a prospettico, nella misura in cui non è sorvegliato da un centro unico, dall'onnipotenza dello sguardo dispotico... Il panottico digitale sussiste senza ottica prospettica. Questo ne determina l'efficienza. Il

tentativo di intervenire, a livello (almeno) sovranazionale²⁵, con una disciplina puntuale dell'acquisizione e della gestione dei dati sensibili, nonché tramite la creazione di organismi nazionali di tutela come il Garante per la protezione dei dati personali, istituito in Italia già dal 1996²⁶ al fine di ostacolare il più possibile l'uso strumentale di questi a fini di controllo e condizionamento dei singoli e in prospettiva delle stesse collettività, o l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, creata l'anno successivo per un controllo di tutti i profili inerenti al settore delle telecomunicazioni e delle reti²⁷. Ma ovviamente, anche questi strumenti, cui se ne aggiungono a livello europeo altri normativi già adottati²⁸, rischiano di essere insufficienti, dato che l'integrazione informatica globale che le grandi centrali di gestione di *big data* consentono sta nel tempo divenendo tale da rendere di fatto impossibile il controllo degli immensi flussi di dati trattati²⁹.

Si tratta, com'è ovvio, di un problema che trascende ampiamente la dimensione giuridica e quella politica, assurgendo a una prospettiva *tout court* filosofico-epistemologica³⁰. La stessa percezione della realtà e la sua conformazione finiscono inevitabilmente con l'essere condizionati dall'evolversi della tecnologia, da sempre "prodiga di promesse"³¹, ma anche, deve dirsi, di insidie. L'ormai evidente "iperpersonalizzazione" indotta dalla Rete, la progressiva creazione di un "corpo elettronico" accanto a quello fisico dell'individuo³², incide, prima che sulla politica, sull'autocomprensione stessa dei singoli e delle comunità, nonché sulla percezione della realtà ambientale: quel gioco di profilazione di cui si è detto tende a chiudere ogni individuo in una sorta di gabbia, tanto invisibile quanto in fondo confortevole perché disegnata a sua misura, a dispetto di ogni reale tutela della *privacy*³³. D'altronde, il desiderio di presenza (o di esistenza stessa) che

rischiamento a prospetto è più efficace del controllo prospettico, perché si può essere illuminati da ogni lato, dappertutto e da ciascuno"; sul tema sia permesso anche il rinvio a F. RIMOLI, *Sorveglianza tecnocratica e integrazione politica*, in F. RIMOLI-G.M. SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Carocci, Roma, 2006, 123 ss.

²⁵ A livello eurounitario è stato istituito nel 2004 un Garante europeo per la protezione dei dati (ora disciplinato dal Regolamento UE 2018/1725), che controlla il trattamento dei dati personali da parte di istituzioni, organi e amministrazioni dell'Unione, svolgendo attività di consulenza e collaborazione con i singoli Stati e controllando le nuove tecnologie di settore.

²⁶ Con la legge 31 dicembre 1996, n.675, poi disciplinato con il Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n.196, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n.101).

²⁷ Con la legge 31 luglio 1997, n.243; sulle autorità amministrative indipendenti in Italia, tra molti, si veda la sintesi di F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2011.

²⁸ Si pensi ovviamente anzitutto alla *General Data Protection Regulation* (GDPR), ossia al regolamento UE n.2016/679, entrato in vigore nel maggio 2018, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati: per un'ampia disamina di tale testo normativo si veda il volume di L. CALIFANO-C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; in tema anche F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018; G. D'ACQUISTO-M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017; a livello nazionale, la materia è disciplinata dal d.lgs. 30 giugno 2003, n.196 (Codice per la protezione dei dati personali), modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n.101.

²⁹ Una rapida ma efficace sintesi sui profili generali di un tema estremamente complesso e irto di difficoltà tecniche per il giurista è in M. DELMASTRO-A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, il Mulino, Bologna, 2019; si veda anche C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia* (2016), tr. it. Bompiani, Milano, 2017.

³⁰ Sul punto delle trasformazioni indotte a livello di percezione cognitiva dall'evolversi delle tecnologie informatiche e della c.d. "Intelligenza Artificiale", tra molti, R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, il Mulino, Bologna, 2019, spec. 297 ss.

³¹ Come sottolinea S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., V.

³² Ivi, 181 ss.

³³ Ivi, 139 ss.

spontaneamente nasce nell’utente, mosso da un’illusoria sensazione di protagonismo e di dominio, entro questo ambiente virtuale finisce con il renderlo sempre più manipolabile, opera una sorta di ipnosi che lo isola e al contempo lo connette con una miriade di altri individui nella sua stessa condizione, rendendolo altresì permeabile a ogni possibile sollecitazione subliminale, sia essa di natura commerciale, etico-relazionale o politica³⁴. Se nel paradigma contrattualista hobbesiano si cedeva al sovrano visibile libertà in cambio di sicurezza, in quello della società digitale si cede a un sovrano invisibile (e forse inesistente come tale) riservatezza per una nuova forma di presenza che diventa infine essa stessa “esistenza” in rete.

Come ben si è detto, “il soggetto di prestazione è libero dall’istanza di dominio esterna”, ed è infine “signore e imprenditore di se stesso”; ma ciò “non conduce a una libertà reale e a un’assenza di costrizione, perché il soggetto di prestazione sfrutta se stesso”, e “l’auto-sfruttamento è più efficace dello sfruttamento da parte di un terzo, perché si accompagna al sentimento della libertà”. Dunque, “questa dialettica della libertà sta alla base della stessa società del controllo”; e poiché “la sovraesposizione alla luce di una persona massimizza l’efficienza economica”, ne deriva che “il cliente trasparente è il nuovo detenuto, anzi è l’*homo sacer* del panottico digitale”³⁵. E ciò vale anche, ovviamente, per il cliente di offerta politica.

Si genera, infine, una versione aggiornata di quella “folla solitaria” di cui David Riesman scriveva già alla metà del secolo scorso: l’uomo-massa eterodiretto, ottuso dal conformismo anche nelle sue spinte (pseudo)rivoluzionarie, spinto da una spasmodica ricerca di successo e consenso sociale, esposto fino al parossismo alle rozze dinamiche della rete (dal “cyberbullismo” alle *fake news*), ma in realtà ideologicamente amorfo e incline a considerare la politica – e il mondo stesso – come un oggetto di consumo³⁶. Tutti elementi che oggi si percepiscono, moltiplicati, nel cittadino (e ancor prima nell’uomo) telematico, nella sua tendenza ad acquisire le diverse forme di linguaggio *politically correct* che la Rete media: non solo quelle “buoniste” e autoreferenziali proprie di certi ceti sociali agiati, narcisisticamente ripiegati sulla contemplazione delle proprie preclare qualità civiche, di fatto chiusi nel proprio *status* e infine incapaci di vedere la realtà circostante, ma anche quelle, ormai sempre più diffuse, dei cosiddetti *haters*, che sfogano e propagano rabbia e che riflettono, in un modo caotico che pure tende a generare una sorta di conformismo rovesciato, il grande disagio sociale della nostra epoca³⁷.

Peraltro, è opportuno sottolineare che tale condizionamento incide su *tutti* coloro che hanno a che fare con i nuovi strumenti di comunicazione, quale che sia il loro livello culturale o sociale, nonché la loro natura strutturale, ossia che si tratti di soggetti privati o pubblici, singoli o gruppi

³⁴ Su quest’ultimo piano, si è detto correttamente, “ogni cittadino sviluppa le proprie convinzioni nell’autonomia autoreferenziale della rete e facendo al tempo stesso – sempre grazie al web – cortocircuito con centinaia di migliaia di naviganti. Il cittadino-utente si muove in apparente autonomia, ma in realtà è vincolato alle forme e agli spazi che l’algoritmo consente. Un individualismo di massa, autocentrato e acefalo, ma, al tempo stesso, iperconnesso. Un modello esistenziale – e mentale – come la società e la politica non avevano mai conosciuto”: così M. CALISE-F. MUSELLA, *op. cit.*, VIII; sulla manipolazione occulta prodotta dalla Rete, tra molti, un esempio in F.ROMEO, “*Memi*” e *libertà di scelta*, in F. RIMOLI-G.M. SALERNO (a cura di), *op. cit.*, 235 ss.

³⁵ Così, acutamente, BYUNG-CHUL HAN, *op. cit.*, 81-82; il riferimento è ovviamente al concetto di *homo sacer* esaminato da G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005.

³⁶ Il riferimento è al noto studio di D. RIESMAN, *La folla solitaria* (1950, n.ed.1961), tr. it. il Mulino, 1999, spec. 243 ss. per i profili inerenti alla politica; come nota BYUNG-CHUL HAN, *op. cit.*, 82, nella società della trasparenza non si costituisce una comunità vera, ma solo “assembramenti o molteplicità casuali di individui isolati, di *ego* che perseguono un interesse comune o si riuniscono attorno a un marchio (*brand communities*)”, ben diversi da assemblee capaci di un *noi* e di un comune agire politico.

³⁷ Sulla funzione politica conformativa del *politically correct*, seppur misurata in un contesto alquanto specifico come quello svedese, si veda J. FRIEDMAN, *PC Worlds. Political Correctness and Rising Elites at the End of Hegemony* (2018), tr. it. *Politicamente corretto. Il conformismo morale come regime*, Meltemi, Milano, 2018.

organizzati, piccole società commerciali, grandi *corporations* o vere e proprie istituzioni³⁸, in forme diverse ma sempre insidiose: così, sembra opinabile la lettura di chi ritiene che il populismo digitale, avente come tratto peculiare l'uso distorto di un lessico della democrazia preso alla lettera³⁹ e piegato a un uso strumentale in cui, infine, la sovranità si fa appartenere non al popolo tutto, ma a un "popolino"⁴⁰ che di fatto si presume più vulnerabile alla manipolazione in quanto succube della propria ignoranza, sia un pericolo solo per quest'ultimo, quasi che invece l'intellettuale o l'uomo erudito possano opporre la propria superiore conoscenza a tali influssi nefasti⁴¹. In realtà, se il sistema comunicativo è quello adombrato, nessuno può sentirsi immune dai suoi effetti: ovviamente, l'utente più colto sarà profilato diversamente in rete, e finirà con l'appartenere a un'*enclave* digitale diversa da quella dell'utente illetterato, ma i meccanismi di condizionamento – e le stesse dinamiche di disprezzo, se non di odio – che agiscono sul secondo saranno altrettanto efficaci sul primo, poiché blandiranno altri aspetti della sua personalità (primi tra tutti, il già detto narcisismo autoreferenziale e quel certo grado di supponenza che ne consegue) rendendolo inesorabilmente parte di una fazione tra le altre, *target* tra gli altri delle più diverse manovre⁴². Non solo. Alle tecniche di profilazione si aggiunge la perversa dinamica della comunicazione tramite *blog* e *social* (*Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e così via, con sempre nuove entrate), per cui si produce ciò che Barberis definisce un "tribalismo", ove "ognuno tende istintivamente a comunicare solo con la propria 'tribù', di cui condivide a priori le opinioni, evitando di esporsi a smentite provenienti da 'tribù' diverse": il che genera presto frammentazione e polarizzazione dell'opinione, fenomeni tipici del populismo digitale, in sé incline a ogni forma di radicalizzazione⁴³.

³⁸ Poiché, ovviamente, anche le istituzioni pubbliche (statali, sovrastatali, infrastatali) sono pienamente coinvolte nel paradigma della comunicazione digitale, con problematiche affatto nuove: si vedano in proposito i saggi contenuti nel volume di D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

³⁹ Ovviamente, nel quadro di un *framing* complessivo, che consente una distorsione di concetti già sufficientemente diffusi: sulla funzione dei *frames* nella comunicazione sociale M. CASTELLS, *op. cit.*, 193 ss., che distingue tre processi nelle relazioni tra media e individui nell'invio e ricezione di notizie: *agenda-setting* (definizione delle questioni prioritarie), *priming* (estensione del precedente, e teso a usare le definite priorità come metro per la valutazione dei governi), e *framing* (inteso come processo con cui si selezionano e sottolineano alcuni aspetti di eventi o temi, tracciando tra loro connessioni ed elaborando interpretazioni); quest'ultimo è "un meccanismo fondamentale nell'attivazione della mente perché lega direttamente la struttura di una narrazione veicolata dai media alle reti neurali cerebrali". Può essere voluto o casualmente prodotto dal mittente, ma "fornisce sempre una connessione diretta tra il messaggio, il cervello ricevente e l'azione che ne consegue" (ivi, 196). Per un'altra accezione dell'effetto *priming* nei meccanismi cognitivi associativi, pure utile ai fini del nostro discorso, D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci* (2011), tr. it. A. Mondadori, Milano, 2012, cap.IV (ed. Kindle), che inserisce tale meccanismo comportamentale all'interno di quello che definisce il "sistema 1" (quello emotivo-istintivo), come distinto dal "sistema 2" (razionale-riflessivo), lo stesso su cui si basa parte del successo del populismo secondo M. BARBERIS, *op. cit.*, 134 ss.

⁴⁰ Così argomenta M. BARBERIS, *op. cit.*, 18 ss., che si appella altresì al *framing* per sostenere la sua tesi: "perché il popolino possa qualificarsi come popolo, e in suo nome si possano insultare le élite, denigrare le istituzioni e mandare in rovina lo Stato, occorre un secolare effetto-cornice democratico. Occorre ripetere per trecento anni che il popolo è sovrano perché qualcuno possa poi immaginarsi che diventi sovrano il popolino" (ivi, 84).

⁴¹ Lo stesso autore (ivi, 139) si mostra poi peraltro ben consapevole dell'influenza che la società digitale esercita anche sui ceti intellettuali: "uno studioso, ma forse ogni essere umano, dovrebbe sempre chiedersi: le opinioni che a me paiono ovvie non saranno invece, molto spesso, solo quelle della bolla mediatica o della tribù cui appartengo?"

⁴² Peraltro, l'ormai copiosa letteratura in tema di intelligenza artificiale mette in luce come certi algoritmi siano in sé strutturalmente discriminanti, e in tal senso incostituzionali: sul punto di recente A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: quale futuro per le libertà?*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 2/2019, 63 ss.; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, ivi, 101 ss..

⁴³ Così M. BARBERIS, *op. cit.*, 138-139, che elenca quattro fattori distorsivi (*bias* cognitivi) che viziano la comunicazione: oltre al tribalismo, la conferma (e disconferma), per cui tendiamo ad accettare solo ciò che corrobora

Detto altrimenti, nella democrazia digitale non si creerà mai un popolo, ma una miriade di “popolini”, di microfazioni tra loro separate, sempre più autoreferenziali e sempre più mosse da pregiudizi nei confronti della diversità delle altre; ma tale frammentazione è del tutto funzionale a un sistema sociale fondato sulla (ir)relazionalità digitalizzata, e la sua puntuale profilazione in altrettanti segmenti, contendibili, permeabili e vulnerabili, è agevolmente operata tramite le tecniche consentite dall’acquisizione massiva di dati, in un panottico digitale da cui non si può fuggire, perché non c’è più un muro che separi un interno da un esterno, e a cui ci si consegna volontariamente, “svelando ed esponendo se stessi” in un perverso rovesciamento di una libertà che infine “si rivela controllo”⁴⁴.

Dati questi termini, la differenza di formazione tra i diversi soggetti è assorbita e per così dire compensata da messaggi perfettamente “mirati” verso individui e microgruppi, sul piano del *marketing* del consumo come su quello della conformazione della domanda e dell’offerta politica (che non altro non è che un particolare tipo di prodotto): così, se al destinatario culturalmente meno provveduto si faranno arrivare notizie (al limite, *fake news*, teorie complottiste, terrapiattiste o antiscientiste)⁴⁵ che, per esempio, lo spaventino rispetto a rischi di tipo economico-finanziario, o relativi alla sicurezza, o al pericolo sanitario derivante da un’immigrazione incontrollata, si potrà altresì raggiungere quello più istruito e convinto della propria capacità critica alimentando il suo sempre dissimulato ma mai superato disprezzo sociale per quel “popolino” che questi ritiene affatto privo di strumenti per la comprensione della realtà, incrementando così quello stesso senso di divisione che funge poi da supporto per ogni ulteriore strategia manipolativa, ovvero sottovalutando artatamente gli stessi rischi che si sono volutamente esagerati nei messaggi destinati al primo.

Detto altrimenti: i contenuti sono diversi, ma il metodo e l’esito sono gli stessi. Si creano percezioni di rischio (o di minaccia *tout court*)⁴⁶ con obiettivi precisi, che si basano sulla puntuale definizione dei caratteri dei destinatari dei messaggi medesimi. Alla narrazione delle destre populiste, conservatrici e autoritarie, fondata sulle logiche securitarie della paura del diverso, del migrante, dell’aggressore e del ladro⁴⁷ alla luce di un’istanza identitaria sovente esasperata a fini strategici⁴⁸, si oppone un’altra narrazione affatto speculare del populismo di sinistra, esasperatamente conformista e per tal via altrettanto illiberale, che si fonda su logiche a ben vedere egualmente securitarie (seppur in altro senso) orientate sulla paura dell’oppositore populista, dell’antimigrante, dell’aggressore dei (presunti) beni collettivi e comuni. O magari, come nell’esperienza italiana recente, si affaccia una terza prospettiva, fondata su una caleidoscopica mistura di fattori assai diversi (antiparlamentarismo, mitologia della decrescita felice, filoneismo politico e misoneismo tecnologico, leaderismo carismatico, movimentismo), che ha finora trovato

la nostra opinione preesistente; il conformismo, per cui ci si adegua, e in modo convinto, all’opinione della maggioranza; l’euristica della disponibilità, per cui sovrastimiamo possibilità a noi più familiari rispetto a quelle che lo sono meno (ivi, 138-141).

⁴⁴ Così BYUNG-CHUL HAN, *op. cit.*, 83; sulle tecniche del *profiling* politico M. CASTELLS, *op. cit.*, 263 ss.

⁴⁵ Per un esempio dell’uso mediatico di notizie manipolate o false in campagna elettorale, M. CASTELLS, *op. cit.*, 281 ss.

⁴⁶ Peraltro, il fenomeno migratorio è perfettamente idoneo a rappresentare, anche in senso simbolico, una delle concretizzazioni della paura profonda di deprivazione (dell’agiatezza, della salute, della stessa incolumità) che aleggia sulla civiltà occidentale: sul punto il noto studio di Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza* (1996), tr. it., il Mulino, Bologna, 1999, spec. 99 ss.; ID., *Paura liquida* (2006), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2009; una distinzione tra pericolo, rischio e minaccia, F. BATTISTELLI, *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Donzelli, Roma, 2016, 33 ss.

⁴⁷ Sul tema, di recente, ancora F. BATTISTELLI, *La rabbia e l’imbroglio. La costruzione sociale dell’immigrazione*, Mimesis, Milano, 2019

⁴⁸ Si tratta peraltro di un fenomeno diffuso ovunque: sul punto, tra molti, F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., cap.XII (ed. Kindle).

il suo punto di forza nella propria liquidità, nel proprio polimorfismo e nella propria deideologizzata capacità trasformistica (sebbene tali caratteristiche possano infine rendere il tutto – le ultime vicende sembrano provarlo – assai fragile). Ma in tutto questo, che senso può avere ancora la mediazione tradizionale, la rappresentanza politica, la forma partito?

5. Democrazie senza partiti

Se quanto fin qui detto è vero, lo è altrettanto però il fatto che, come ben si rileva, la comunicazione in rete non è priva di mediazione, e che la partecipazione diretta che, sul piano politico, si pretenderebbe derivarne è invece affatto illusoria: in rete si produce per lo più una comunicazione di tipo nuovo, che Castells definisce “autocomunicazione di massa” (*many-to-many*), in cui la produzione del messaggio è autogenerata, la definizione dei destinatari autodiretta, e il reperimento di specifici contenuti dal *web* autoselezionato; tale forma coesiste peraltro con le più tradizionali modalità della comunicazione interpersonale (*one-to-one*) e di massa (di solito *one-to-many*)⁴⁹. Peraltro, quest’ultima forma, con l’avvento della rete e dei *blog*, sembra diventata “più vicina all’“autismo elettronico” che a una vera e propria comunicazione”, e genera un tipo di messaggio che, postato su *Internet*, “a prescindere dalle intenzioni dell’autore, diventa una bottiglia che galleggia nell’oceano della comunicazione globale, un messaggio sempre suscettibile di essere ricevuto e rielaborato in modi inaspettati”⁵⁰. Ma come incide tutto questo sulla dinamica della rappresentanza politica? Ovviamente, l’impatto è palese, e investe tutte le forme fin qui elaborate della mediazione, particolarmente di quella partitica: se è vero che siamo ancora in una fase di passaggio, che vede coesistere generazioni non avvezze all’uso delle tecnologie informatiche con quelle dei cosiddetti “nativi” digitali, c’è da credere che nell’arco di pochi decenni queste ultime saranno diventate prevalenti, e con esse si diffonderà in via pressoché esclusiva quel tipo di informazione/percezione che vive nel *web*, che sovrappone reale e virtuale, che agisce in forma alienata il proprio Io tramite un continuo scambio tra l’una e l’altra dimensione.

In tale inquietante (ma realistica) prospettiva, anche la comunicazione politica non potrà più in alcun modo servirsi degli strumenti consueti, né potrà giovare delle dinamiche di riflessività, confronto e discorsività di cui si è detto a proposito della democrazia pluralista, dovendo usare di strumenti e linguaggi affatto diversi, e adeguati alla società digitale. È questa invero una realtà già attuale, in cui il *feedback* che i politici ottengono dalla Rete rispetto alle loro scelte o esternazioni è continuo, istantaneo e sempre fluttuante, sia in senso positivo che negativo, producendo effetti comunque rilevanti sui loro comportamenti immediati⁵¹.

Di fatto, si sta procedendo non solo verso quella frammentazione e segmentazione competitiva e oppositiva di cui molti parlano (che è ormai già acquisita, ed è ben diversa dal vero pluralismo)⁵², ma verso una sorta di moltiplicazione di “piani-mondo” che proliferano come in un frattale, e che orientano ciascun soggetto (individuo o “tribù” digitale) verso una realtà propria, autogenerata e

⁴⁹ Così M. CASTELLS, *op. cit.*, 60.

⁵⁰ Ivi, 75.

⁵¹ Si vedano in proposito, entro una letteratura specifica in continua espansione, i recenti saggi di G. MAZZOLENI-R. BRACCIALE, *La politica pop online. I meme e le nuove sfide della comunicazione politica*, il Mulino, Bologna, 2019; M. CACCIOTTO, *Il nuovo marketing politico. Vincere le elezioni e governare al tempo della politica veloce*, il Mulino, Bologna, 2019; G. GIANANTE, *La comunicazione politica online. Come usare il web per costruire consenso e stimolare la partecipazione*, Carocci, Roma, 2014; su profili più specifici, GIUS. ERGES, *Internet quale strumento di propaganda e organi costituzionali. Primi appunti sparsi*, in D. CHINNI (a cura di), *op. cit.*, 141 ss.

⁵² Almeno se inteso come teoria dei gruppi e della partecipazione: si veda in merito R. EISFELD, *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo* (1972), tr. it. il Mulino, Bologna, 1976, 137 ss..

autoriproduttiva, capace di isolare e al contempo (in apparenza almeno) di proteggere, ma in fondo despazializzata e detemporalizzata, e dunque aterritoriale e astorica, facile preda di ogni impulso ambientale rispetto a ogni tipo di comportamento. Ciò inoltre si lega – né potrebbe essere altrimenti – al complessivo paradigma sistemico-funzionale che oggi domina gli assetti globali, retto da matrici affatto anonime e autopoietiche, reti ricche di nodi ma proprio per ciò affatto acentriche, in cui i *media* intersistemici (potere, denaro, e lo stesso diritto globalizzato) agiscono come catalizzatori di processi integrativi in senso funzional-strutturale⁵³. Questi, tuttavia, elidono quasi del tutto la dimensione individuale, rendendo i singoli una sorta di monadi al contempo iperconnesse e isolate, solo funzionalmente considerate (come consumatori, elettori, utenti mediatici, produttori di forza lavoro) nel sottosistema di riferimento, ma mai intesi nella loro complessiva personalità e libertà.

Dinanzi a ciò, dunque, devono ripensarsi tutte le categorie politiche e giuridiche, da quella di partito a quella di soggetto di diritto e di diritto soggettivo; se la prospettiva di una nuova disgregata (ir)relazionalità è veritiera, restano purtroppo solo parole utopiche quelle con cui filosofi, giuristi e politologi cercano di risvegliare coscienze che ritengono assopite, e che invece sono ormai strutturalmente – forse irreversibilmente – trasformate: per restare agli esempi dell’attualità, i movimenti (presunti) spontanei che propugnano un ritorno alla mitezza (“gentilezza”) politica convivono con i rigurgiti di un mai scomparso antisemitismo, che inducono alla sinistra ricomparsa di scritte identificative e stigmatizzanti sulle abitazioni di famiglie ebraiche. Due mondi che coesistono in forma oppositiva da sempre, ma che oggi agiscono su piani paralleli alimentati dalla civiltà digitale.

Non si tratta allora solo del fenomeno populista, che è solo l’espressione tangibile di queste metamorfosi, certo oggi rafforzato e strutturalmente modificato da questo tipo di comunicazione su *smartphone* o *tablet*⁵⁴, che rende possibile una pur fittizia relazione diretta e costante tra il *leader* e il suo uditorio popolare in una forma di “rappresentanza diretta”⁵⁵, dà a tutti un’illusione di presenza e di potenza, e spinge infine a scegliere politici improvvisati, di orgogliosa mediocrità ma ben dotati di visibilità in rete, per assolvere compiti che richiederebbero invece quell’esperienza e quella competenza specifica che sono invece oggi affatto ignorate se non addirittura derise e denigrate come sospette. Si tratta, piuttosto, di una radicale mutazione di senso del vivere, individuale e associato, in cui anche le forme della mediazione politica si dissolvono perché sono funzionalmente obsolete: la dimensione del ‘politico’ rientra ormai in una realtà virtuale, e anche i politici – che sono ben reali – sono trascinati in una dimensione ludico-digitale in cui il vorticare di messaggi, la possibilità di un (apparente) dialogo diretto tra loro stessi e con i potenziali elettori, nonché il complessivo eccesso di informazioni (vere e false) da cui si è tutti travolti ottunde qualsiasi ponderata comprensione della direzione verso cui si procede⁵⁶.

⁵³ Non è possibile qui approfondire il tema: il lessico concettuale è comunque mutuato da N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984, tr. it. il Mulino, Bologna, 1990; Id., *Organizzazione e decisione* (2000), tr. it. B. Mondadori, Milano, 2005; per profili specifici veda anche, seppur con tesi non sempre condivisibili, G. TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, a cura di L. Zampino, Mimesis, Milano, 2015.

⁵⁴ È la condivisibile tesi di fondo del saggio di M. BARBERIS, *op. cit., passim*, che infine propone tra i possibili rimedi (ivi, 182 ss.) un uso “mirato” di Internet destinato a frenare la deriva populista, sulla cui efficacia tuttavia è lecito dubitare, nonché una serie di limitazioni, tra cui il divieto di impiego dei *social* a chi ricopra cariche di governo o comunque istituzionali, ma non a chi si trovi all’opposizione: il che però lascia più di qualche perplessità (ivi, 196 ss.).

⁵⁵ Sul punto N. URBINATI, *op. cit.*, 251 ss., che esamina due casi esemplari di “rappresentanza diretta” come il Movimento 5 Stelle in Italia e *Podemos* in Spagna.

⁵⁶ Sul tema F. PACINI, *Una modesta proposta: il politico virtuale. Prime note sull’intelligenza artificiale come provocazione in tema di rappresentanza politica*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 2/2019, 115 ss.

Di ciò non si può far altro che prendere atto, senza cadere tuttavia nell'errore di un'aprioristica e misoneistica demonizzazione della rete, che in sé è solo una delle nuove prospettive aperte dall'evoluzione tecnologica (al pari di quelle ormai praticabili, per fare solo un altro esempio ricco di problematiche, in campo biomedico). Come tutti i progressi della conoscenza tecnica, essa è infine inarrestabile, giacché tutto ciò che diventa possibile fare, prima o poi, in qualche luogo e in qualche modo si farà. L'alternativa – forse nemmeno del tutto efficace, dato il progredire della rete globale e l'esistenza già attuale di un *deep web* – sarebbe quella di un controllo rigido dell'accesso a *Internet*, simile a quello presente in Cina o in altri contesti autoritari: ma significherebbe buttare via il bambino con l'acqua sporca del bagnetto.

Piuttosto, sarebbe opportuno riconoscere pragmaticamente che la stessa democrazia, che non ha connotati categoriali così rigidi come da taluno si ritiene, dev'essere riletta alla luce delle nuove forme di comunicazione: purtroppo, non è più realmente praticabile (ammesso che lo sia mai stato), soprattutto in prospettiva, il paradigma discorsivo-deliberativo di tipo habermasiano, cui si oppongono, oltre alle forti tensioni provocate dalla crescente radicalizzazione culturale (alimentate anche dal fattore del fondamentalismo religioso, sempre più plausibile anche in Europa a seguito dei flussi immigratori), le esigenze di rapidità decisionale prodotte dall'ormai piena – e forse irreversibile – interpenetrazione sistemica tra sottosistemi politici ed economico-finanziari. Parimenti, non sembra più sostenibile una funzione dei corpi intermedi, e dei partiti in particolare, del tipo di quella immaginata alla metà dello scorso secolo dai Costituenti italiani: ideologie e strutture si sono ormai dissolte in una nebulosa fluida, in quella dimensione di "liquidità" di cui fin troppo si sente parlare, e che tuttavia si traduce, sul piano politico corrente, in quella proteiforme e cangiante prospettiva "postideologica" che consente, oggi più che mai, alleanze variabili, opportunismi estremi, sapienti trasformismi, generando però fragilità di contenuti, instabilità governativa, confusione comunicativa (e non è un caso che – seppure con un'evidente incoerenza, peraltro irrilevante in una postideologia – si richieda una rimozione del divieto costituzionale di mandato imperativo proprio da coloro che di tale dimensione postideologica si sono massimamente giovati)⁵⁷. In altre parole, gli stessi partiti tradizionali sono in questa fase ben lontani dal poter costituire, quali *gatekeepers* della democrazia, un argine al dilagare dei populismi⁵⁸, preferendo piuttosto ragionare in termini di opportunità contingenti, con alleanze variabili e assai inclini al trasformismo.

Ma infine, cosa deve dirsi a proposito della mediazione politica e della rappresentanza? Ovviamente, anche questi aspetti sono direttamente investiti dai mutamenti in atto: una mediazione politica che non segua il cangiante contesto comunicativo sarebbe comunque inadeguata ai tempi. La disintermediazione di cui si parla – almeno quella che si intende come negazione di una mediazione concepita nel senso della rappresentanza politica tradizionale – nella società della comunicazione digitale e dei *social* è in sé inevitabile, ed espone a tutti i rischi accennati, generando tuttavia un nuovo tipo di mediazione, extrapartitica, eppure con riflessi politici tutt'altro che irrilevanti.

Nondimeno, ciò rientra nell'entropica evoluzione dei paradigmi sociopolitici di questo inizio di secolo, in cui però le democrazie "illiberali" (eufemismo per connotare regimi più o meno apertamente autoritari), capaci di scelte rapide, incentrate sugli esecutivi e sui loro vertici ben più

⁵⁷ Sul tema, di recente, F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n.1/2020.

⁵⁸ Sul punto S. LEVITSKY-D. ZIBLATT, *op. cit.*, cap.1: "un test essenziale per le democrazie non è la frequenza con cui emergono i demagoghi, ma la capacità dei dirigenti politici, e in particolare dei partiti politici, di fare in modo che non conquistino il potere, tenendoli fuori dalle candidature dei partiti principali, rifiutando di appoggiarli o schierarsi con loro e quando necessario facendo causa comune con i rivali per sostenere quei candidati che danno garanzie di affidabilità democratica".

che sui Parlamenti, mistura di leaderismi carismatici, modernismi comunicativi e anacronistici sovranismi, sembrano oggi essere alle porte anche nei Paesi occidentali di consolidato liberalismo politico. Il che si spiega pensando al fatto che esse sono l'*output* di impulsi ambientali cogenti, ormai sviluppati a livello globale perché tutti interconnessi: dagli Stati Uniti di Donald Trump alla Gran Bretagna di Boris Johnson, dal Brasile di Jair Bolsonaro alla Cina di Xi Jinping (ove si è trovata una formidabile combinazione di capitalismo e autoritarismo politico), il quadro, seppur con ovvie peculiarità locali, è tristemente univoco, né sembra esserci un rimedio adeguato, ossia un'alternativa funzionale efficiente praticabile a breve termine. Quindi, la scelta sembra porsi – e ciò riguarda purtroppo anche l'Italia e l'Unione europea – tra questo tipo di trasformazione e una sostanziale emarginazione del singolo Paese dai circuiti economico-finanziari, tale da generare squilibri sociali profondi, e, comunque, esiziali involuzioni autoritarie. Il populismo, come tale ben noto da almeno un secolo (e forse fin dal pensiero antico, che ben conosceva i demagoghi)⁵⁹, altro non è che uno degli strumenti con cui anche tali Paesi si preparano ad assorbire tali profondi mutamenti, che si vanno integrando a livello sistemico in una nuova, ennesima metamorfosi autoritaria, e probabilmente totalitaria, delle forme del governare⁶⁰. Nella sua versione digitale, il populismo è solo la forma tecnologicamente avanzata, allegramente colorata e un po' ludica di un altro suicidio annunciato della democrazia.

⁵⁹ Non a caso già Aristotele poneva la *demokratía* quale forma degenerata della *politía* (*Politica*, 1319 b, 33 ss., tr. it. di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 1993, 209 ss.): sul punto S. GASTALDI, *Introduzione alla storia del pensiero politico antico*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 160 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma, 2011, 27 ss.

⁶⁰ D'altronde, come ben scrivono S. LEVITSKY-D. ZIBLATT, *op. cit.*, cap.1, “ormai è raro che il potere venga conquistato attraverso un *golpe* militare o comunque con la forza. Quasi tutti i Paesi tengono regolarmente elezioni. Dalla fine della Guerra Fredda a oggi, a determinare la morte di una democrazia non sono quasi mai generali e soldati, ma gli stessi governi eletti... Oggi il tracollo della democrazia comincia nelle urne”. Fenomeno certo non nuovo, dato il percorso seguito dai totalitarismi europei del Novecento, e tuttavia non meno inquietante.

FRANCESCO RIMOLI
**Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica:
i rischi del cittadino telematico**

SOMMARIO: 1. Il problema – 2. La disintermediazione nel contesto sistemico – 3. Cittadino telematico, neointermediazione, società digitale – 4. La libertà di essere controllati – 5. Democrazie senza partiti.

1. Il problema

Il tema della “disintermediazione” nel processo democratico di questo inizio di secolo appare, al di là di ogni scivolamento semantico del termine, mutuato dal lessico economico-finanziario nonché dalle attività commerciali¹, trasferito in quello politico-istituzionale e sovente abusato nel vortice dei *media* con un uso improbabile, di importanza cruciale per comprendere le trasformazioni di questi ultimi decenni nella comunicazione politica e nelle dinamiche della democrazia contemporanea.

L'illusione, talora ingenua e sincera ma più spesso strumentalmente alimentata, di poter superare tramite le nuove tecnologie informatiche del *web* i tradizionali moduli (e i limiti) della democrazia rappresentativa, del paradigma partitico, dei numerosi corollari istituzionali che a questi si legano, nonché della stessa funzione comunicativa del giornalismo professionale, rischia oggi di diventare uno dei supporti più pericolosi per l'involuzione autoritaria, e forse neototalitaria, delle società complesse, inducendo una sorta di semplificazione riduzionistica che costituisce in fondo la versione aggiornata delle pulsioni antiparlamentari proprie dei processi di affermazione dei regimi veterototalitari tristemente noti all'esperienza del Novecento.

Se è vero infatti che a tale tendenza hanno concorso le gravi carenze manifestate ormai da lungo tempo dal sistema dei partiti, e più in generale da una classe politica sempre più imbecille, impreparata e incapace di comprendere non solo la realtà circostante, ma infine anche se stessa e il proprio ruolo, è altresì innegabile che il fenomeno in esame, sempre più diffusamente evidenziabile, finisce con il diventare un moltiplicatore di queste carenze, generando un paradigma (ormai relativamente) nuovo in cui la selezione delle *élites* dirigenti si riduce a una sorta di *reality show* nel quale si perde pressoché totalmente il senso profondo della scelta delle *policies* e ancor prima dei rappresentanti politici, già da tempo alquanto fragile nella coscienza individuale e collettiva di quest'epoca.

Ciò peraltro non impedisce che, a livello sistemico, si sia prodotta (anche piuttosto rapidamente) una complessiva sostituzione di *élites* di altra natura, infine affatto prive di alcuna legittimazione politica, a quelle che, in un modello realmente democratico, dovrebbero costituire – con il relativo, adeguato grado di *accountability* – il fulcro della decisione e dell'esercizio della sovranità popolare. In altre parole, sull'indebolimento della rappresentanza e della relativa mediazione politica, aggravato dalla crisi economica di questi ultimi decenni, prosperano le tecnocrazie, proliferano i poteri occulti, si espandono in modo incontrollato gli interessi globalizzati dei grandi gruppi economico-finanziari, ben poco compensati dalle teorie della *corporate social responsibility*².

¹ Un quadro sintetico dei significati del termine in tale ambito è dato da P. STRINGA, *Che cos'è la disintermediazione*, Carocci, Roma, 2017.

² Sul tema già C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo* (2011), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2012, 157 ss.; ID., *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 41 ss. e 79 ss.

Accanto a un meccanismo apparentemente democratico per più versi ridotto a una più o meno divertente finzione, insomma, continua a crescere un coacervo di sottosistemi dissimulati e conflittuali, che potrebbero trovare, in prospettiva, un plausibile referente politico funzionalmente adeguato in una compiuta affermazione di un paradigma politico autoritario con cui venire a patti nella salvaguardia di propri interessi, e la cui ulteriore involuzione in senso totalitario sarebbe assai favorita dall'enorme evoluzione delle tecniche di sorveglianza e controllo (legittimatesi con la logica securitaria imperante dai primi anni del nuovo secolo), ossia dallo stesso evolversi delle tecnologie informatiche che sta accompagnando l'intero processo³. In una fase di transizione come questa (ma in fondo, ogni fase è di transizione!), il paradigma digitale si sta sviluppando accanto a quello tradizionale, da tutti ritenuto in crisi ma tuttora operante, seppur sempre più come simulacro di se stesso⁴.

Se la tematica dei *big data* e del potere digitale delle reti è oggi diventata una delle linee di indagine più rilevanti per la comprensione dei fenomeni in atto nella metamorfosi delle democrazie⁵, e se queste ultime si vanno involvendo, seppur con modi e tempi diversi, verso quell'assetto "illiberale" che ne rappresenta il lato oscuro (e in fondo una sostanziale negazione)⁶, la configurazione, progressiva ma inarrestabile, di una nuova forma di cittadino, che potremmo definire "telematico"⁷, sfuggente e superficialmente apolide dal punto di vista culturale, raramente cosciente di sé e della propria manipolabilità eppure attivo (talora iperattivo) sulla scena del consumo come su quella politica (con sempre maggiori affinità tra le due), sembra essere uno dei tratti più inquietanti della recente evoluzione dei paradigmi democratici, foriera di mutamenti profondi nella stessa dimensione cognitiva ed epistemica della realtà sociale e individuale, con conseguenze per sé imprevedibili rispetto agli scenari di un futuro non lontano⁸.

³ Sul tema, tra molti, D. LYONS, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana* (2001), tr. it. Feltrinelli, Milano, 2002; ID., *Massima sicurezza. Sorveglianza e "guerra al terrorismo"* (2003), tr. it. R.Cortina, Milano, 2005; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004 (da cui è estratto ID., *Iperdemocrazia: come cambia la sovranità democratica con il web*, Laterza, Roma-Bari, 2013), spec. 164 ss.; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

⁴ Sia consentito il rinvio a F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi, Modena, 2018, 54 ss..

⁵ Si veda, tra molti, il noto studio di M. CASTELLS, *Comunicazione e potere* (II ed., 2013), tr. it. Università Bocconi Editore, Milano, 2017.

⁶ Per tale locuzione si veda già F. ZACHARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, n.6, 22 ss.; di recente, A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2019; per l'esperienza della Turchia, L. DE GRAZIA, *Constitutional coup e democrazie illiberali: l'esempio della Turchia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2018, 380 ss.. Mauro Barberis afferma che sono vere democrazie solo quelle liberali, e che "le democrazie illiberali dei vari Orbán e Putin, anzi, sono eredi dirette di fascismi e comunismi. Con una differenza: che pretendono di essere democrazie, appunto illiberali, e che quindi i loro leader siano scelti dal popolo" (M. BARBERIS, *op. cit.*, 43): in realtà, anche nei totalitarismi citati, almeno in una prima fase, la derivazione popolare del potere del *leader* fu centrale, e forse si potrebbe opinare sul fatto che siano democrazie solo quelle liberali, esistendo un quadro storico-tipologico assai più complesso (sul quale, per tutti, L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Laterza, Roma-Bari, 2004; G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993; R.A. DAHL, *Prefazione alla teoria democratica* [1956], tr. it. Ed. di Comunità, Milano, 1994; ID., *La democrazia e i suoi critici* [1989], tr. it., Ed. Riuniti, Roma, 1997). Al di là del problema definitorio, però, il rischio è che il paradigma della democrazia illiberale diventi, in prospettiva, quello funzionalmente più idoneo all'ambiente globale sul piano sistemico, e dunque il più diffusivo.

⁷ Sia permesso sul punto il rinvio a F. RIMOLI, *La democrazia e la sua crisi*, in F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO, A. GIANELLI, M.P. PATERNÒ, F. RIMOLI, G.M. SALERNO, *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 207 ss.

⁸ La dottrina più attenta ha peraltro già da molto tempo posto in luce i tratti salienti del problema qui affrontato: si vedano già A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Diritto e Società*, 1995, 399 ss.; P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet* (14.10.1996), leggibile all'Uurl <http://www.interlex.it/inforum/costanzo.htm>. Più recentemente, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n.2/2011; G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, ivi, 2/2011; EAD., *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012; M. VILLONE, *Internet e la politica*, in M. VILLONE et al. (a cura di), *Nuovi*

2. La disintermediazione nel contesto sistemico.

In questo quadro, si perdono certamente alcune delle categorie tradizionali della scienza politica e – forse in misura ancora maggiore – di quella costituzionalistica: il paradigma della rappresentanza deve piuttosto confrontarsi con quello, connesso ma ben distinto, della capacità rappresentativa degli eletti rispetto a una società di elettori che sempre più difficilmente può essere compresa e incanalata entro quei modelli integrativi che ispirarono la nostra come altre costituzioni coeve. In altri termini, non si tratta qui soltanto di rilevare una sorta di preferenza verso le nuove modalità di espressione della propria opinione o, in casi particolari, del proprio voto, ma di cogliere una ben più profonda trasformazione, che investe la possibilità stessa di una mediazione agita nelle forme della rappresentanza tradizionale. Detto altrimenti, i fenomeni cui recentemente abbiamo assistito – poche migliaia di cittadini-iscritti a un partito (o movimento) che con il loro voto orientano, almeno in apparenza perché non esistono controlli effettivi, le scelte del partito stesso, che è al momento il maggiore in Parlamento, e dunque condizionano indirettamente l'intero Governo – sono solo un aspetto contingente della metamorfosi in atto. Le più che fondate perplessità in ordine all'effettiva trasparenza dell'intero paradigma che in tali meccanismi decisionali si afferma, giacché a fronte di una proclamata visibilità del procedimento la gestione dei dati effettivi è rimessa agli algoritmi proprietari di una società privata, sono soltanto una parte del problema. Questo sta piuttosto nel fondato dubbio che tali dinamiche non siano il mero frutto dell'espandersi della comunicazione “digitale”, peraltro ormai diffusa e pervadente nella comunicazione sociale *tout court*, ma il segno di un'inarrestabile obsolescenza delle tecniche di rappresentanza ereditate dalla tradizione liberale ottocentesca e adeguate progressivamente con l'estensione del suffragio nel secolo scorso alle esigenze della nuova società di massa, nonché con la progressiva affermazione della forma-partito quale cardine, nel bene e nel male, dell'intero modello statale⁹.

Oggi – è difficile ammetterlo, ma si deve affrontare il dato di realtà – il problema che si pone non è più quello dell'efficace immissione nella dinamica istituzionale dei ceti sociali meno abbienti, ossia di ottenere quel tipo di integrazione la cui carenza, nel primo dopoguerra, aprì le porte all'avvento dei regimi totalitari, ma quello di rendere quelle che potremmo definire, con un po' di fantasia, le “sinapsi” del sottosistema politico-istituzionale capaci di rispondere in tempi rapidi alle esigenze sempre più pressanti dell'ambiente. Piuttosto, il tema è quello – ampiamente trattato, sovente abusato – del populismo, oggi inteso in una sua nuova versione “digitale”, rispetto alla quale si manifestano e si sovrappongono tutti i rischi dell'una e dell'altra dimensione¹⁰.

mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?, Aracne, Roma, 2012, 565 ss.; si vedano inoltre i saggi contenuti in M. NISTICÒ-P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁹ In una letteratura immensa sul tema, si rileggano il classico studio di M. DUVERGER, *I partiti politici* (1951), tr. it. Ed. di Comunità, Milano, 1961 (spec. 430 ss.), nonché i saggi di W.E. WRIGHT, *Due modelli di partito: quello razionale-efficiente e quello della democrazia partitica* (1971), tr. it. parz. in G. SIVINI (a cura di), *Sociologia dei partiti politici*, il Mulino, Bologna, 1979, 117 ss.; G. SIVINI, *La sociologia dei partiti e lo Stato*, ivi, 13 ss.; per una lettura più recente del fenomeno partitico, E D'ALBERGO, *Sociologia della politica. Attori, strutture, interessi, idee*, Carocci, Roma, 2014, 105 ss.; P. RIDOLA, *op. cit.*, spec. 63 ss.; tra le trattazioni recenti, F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁰ Sul populismo digitale si veda M. BARBERIS, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2019, secondo il quale se la comunicazione politica tradizionale si svolgeva sulla stampa, e quella del Novecento si faceva sui media radiotelevisivi, quella populista è fatta sullo *smartphone* e sui *social media*: si genera, da tale combinazione, un salto delle mediazioni politiche tradizionali che dà a tutti “l'illusione di poter influire sulla politica”, e che però produce, più che una disintermediazione, un “cortocircuito tra istituzioni e media” (ivi, 38). Il populismo è comunque, nelle sue diverse accezioni, oggetto di numerosi studi specifici: oltre ai recentissimi volumi di P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Éditions du Seuil, Paris, 2020; N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia* (2019), tr. it. il Mulino, Bologna, 2020, e F. FUKUYAMA, *Identità. La ricerca*

In altre parole, il problema della rappresentanza, e più ampiamente della mediazione politica, si innesta oggi, né potrebbe essere altrimenti, su quello della complessiva idoneità funzionale del paradigma della democrazia tradizionale – che, almeno nell’esperienza storica occidentale, sulla rappresentanza si è fondata – a rispondere agli *inputs* che, in modo sempre più convulso e vorticoso, si manifestano nel contesto politico-sociale mettendo a dura prova l’intero assetto delle istituzioni, peraltro da tempo delegittimate da un pertinace assalto mediatico non privo di toni qualunque e alimentato da un certo giornalismo politico scandalistico ben recepito dai diversi movimenti anti-*establishment* che si sono negli ultimi due decenni generati¹¹. E peraltro, la stessa democrazia rappresentativa è fondata su un meccanismo elettivo che è evidentemente del tutto esposto agli incisivi condizionamenti delle strategie conformative esercitate dai manipolatori della comunicazione in rete¹².

Comunque, il disgregarsi progressivo della rappresentanza tradizionalmente intesa altro non è che una faccia della crisi complessiva del paradigma democratico novecentesco, quella stessa che comporta, sul piano della forma di governo, una comune tendenza al rafforzamento degli esecutivi, al depotenziamento dei Parlamenti, alla diffusa svalutazione delle dinamiche discorsive e più in generale a un atteggiamento antipolitico e antipartitico strategicamente fomentato nell’opinione pubblica: profili tutti, questi, che aggiornano e ripetono sinistramente ben noti tratti propedeutici all’affermazione dei regimi autoritari.

Ciò inquieta: dunque, la recente, schietta affermazione di un noto comunicatore, per il quale a breve l’esistenza della Rete e degli strumenti telematici di interconnessione renderanno inutili i parlamenti, più che una *boutade* sembra una cupa profezia¹³. Il vivace dibattito che ne è seguito su tutti i *media*, per lo più orientato verso toni di secca condanna o di ostentata indignazione, non è però riuscito a celare il fondamento di verità della prospettiva adombrata: il processo di involuzione antidemocratica che si sta svolgendo nelle società avanzate contemporanee passerà anche, con ogni probabilità, per un sostanziale esautoramento delle istituzioni parlamentari e per una crescente affermazione delle sintesi fittizie che la Rete, con il feticcio comunicativo costituito dai *social media*, sembra operare dinanzi all’illusorio crescere della percezione di partecipazione.

Poiché, in fondo, questo è il paradosso (a ben vedere tale però solo in apparenza): la narrazione partecipativa accompagna costantemente l’illusione di presenza che, in un’aggiornata forma del mito rousseauiano della democrazia diretta, è esaltata dai fautori della disintermediazione telematica. Ma tale illusione è, al contempo, il fondamento di legittimazione di quella che è invece, in realtà, una definitiva abdicazione a quella (pur infinitesimale) quota di sovranità che il cittadino esercita (o dovrebbe esercitare) con il voto tradizionale: giacché sia i meccanismi di ricezione della sua manifestazione di volontà (o di opinione), sia le sue capacità effettive di

della dignità e i nuovi populismi (2018), tr. it. Utet, Torino, 2019 (ed. Kindle); S. LEVITSKY-D. ZIBLATT, *Come muoiono le democrazie* (2018), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2019 (ed. Kindle), si vedano i già noti testi di E. LACLAU, *La ragione populista* (2005), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2008, e Y. MENY-Y. SUREL, *Populismo e democrazia* (2000), tr. it. il Mulino, Bologna, 2001; in ambito giuridico, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Democrazia, oggi* (Annuario AIC 2017 – Atti del XXXII Convegno annuale), Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 3 ss.; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, ivi, 57 ss.; sull’ambiguità e l’evanescenza del concetto, sempre alla ricerca di chiarimento perché assai variamente interpretato nella prassi politica, V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, ivi, 605 ss.

¹¹ Sul punto, tra molti, N. URBINATI, *op. cit.*, 100 ss.

¹² In tema G. DA EMPOLI, *Gli ingegneri del caos. Teoria e tecnica dell’Internazionale populista*, Marsilio, Venezia, 2019; M. BARBERIS, *op. cit.*, 48 ss.

¹³ Il riferimento è ovviamente all’affermazione resa da Davide Casaleggio in un’intervista al quotidiano *La verità* il 23 luglio 2018, e ripresa da tutti i giornali: si veda in proposito https://www.repubblica.it/politica/2018/07/23/news/casaleggio_parlamento_inutile-202476029/. Peraltro, si veda quanto scritto già in D. CASALEGGIO, *Tu sei Rete. La rivoluzione del business, del marketing e della politica attraverso le reti sociali*, Adagio Ebook, Milano, 2013.

percezione e valutazione dei problemi su cui è chiamato a pronunciarsi sono enormemente condizionati da una struttura iperelitaria di gestione dei dati, in cui l'intera questione è posta (ed eventualmente risolta) all'interno di un modello di profilazione individuale e collettiva che inesorabilmente orienta gli esiti del processo decisionale in modo tanto occulto quanto efficace. In questo senso, però, è vero che il fenomeno in esame non può essere concepito come una vera disintermediazione, ossia come l'eliminazione *tout court* di un anello della catena di comunicazione politica: tra il cittadino telematico (utente-consumatore, di prodotti commerciali come di politica, secondo un'intuizione già propria delle analisi politologiche statunitensi di metà Novecento)¹⁴ e il livello della politica agita c'è pur sempre una mediazione, costituita dal complesso insieme dei soggetti che gestiscono la Rete, che come detto sono percettori e gestori di dati il cui possesso fa crescere esponenzialmente il loro valore societario sui mercati finanziari; siamo allora piuttosto in presenza di una “neointermediazione”, che assume forme nuove e notevolmente problematiche¹⁵.

3. Cittadino telematico, neointermediazione, società digitale

Ovviamente, un tale problema supera ampiamente il dato contingente, e non si lega soltanto al carattere privato o (eventualmente) pubblico del soggetto che gestisce l'intero meccanismo: la semplificazione estrema del modello telematico modifica sostanzialmente l'intero contenuto di senso del paradigma politico, in una direzione che costituisce l'antitesi di quel confronto che la concezione discorsiva à la Habermas della democrazia pone alla base del processo deliberativo nella sfera pubblica¹⁶. Da molto tempo, ormai, politologi e giuristi si interrogano sulla trasformazione della funzione dei partiti nei regimi di democrazia avanzata, e sulla loro incapacità a mantenere il contatto con un elettorato che si rivela, di conseguenza, sempre più ondivago e infedele, con evidenti riflessi sulla stabilità stessa dei governi parlamentari e dei sistemi politici in cui operano¹⁷: qui, tuttavia, il problema rischia di prospettarsi in forma assai più radicale, giacché le dinamiche della neointermediazione proprie della democrazia telematica rendono superflui, insieme ai Parlamenti, gli stessi partiti, ridotti piuttosto a movimenti sostanzialmente proteiformi (nella migliore delle ipotesi), o affatto amorfi (nella peggiore), rivolti semplicemente a inseguire una vorticoso quotidianità di comunicazioni e caleidoscopici orientamenti a soli scopi di successo elettorale immediato e di gestione corrente del potere, rimanendo comunque ben lontani dalla funzione di integrazione, sintesi, e infine guida che avrebbero dovuto assumere nella visione complessiva di cui è permeato lo stesso articolo 49 della nostra Carta.

In effetti, al di là dei pur raffinati tentativi di ridefinizione della forma partito all'interno del contesto contemporaneo, per cui si sono di recente utilizzati anche gli strumenti della *network*

¹⁴ Si vedano per tutti i noti studi di A. DOWNS, *Teoria economica della democrazia* (1957), tr. it. il Mulino, Bologna, 1988; J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), tr. it. Etas-RCS, Milano, 1994.

¹⁵ Sul punto G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Meltemi, Milano, 2018, 87 ss.; Id., *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, n.3, 457 ss.; ma già S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., *passim*; per un quadro dei problemi giuridici che intervengono nella complessa dinamica gestionale della comunicazione via *web*, F. DELL' AVERSANA, *Le libertà economiche in internet competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014.

¹⁶ Il riferimento è ovviamente a J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992, III ed. 1994), tr. it. Laterza, Roma-Bari 2013, spec. 322 ss.

¹⁷ Si vedano, tra molti, D. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1997), tr. it. il Mulino, Bologna, 2010 (in particolare la postfazione del 2010, 267 ss.); P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo* (raccolta di saggi), Giappichelli, Torino, 2011; O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

*analysis*¹⁸, ciò che appare purtroppo evidente, all'osservatore che cerchi di superare le categorie consuete, è il fatto che il magmatico quadro dei movimenti che dal basso, in modo più o meno spontaneo, si manifestano in una comune tensione antiparlamentare e *lato sensu* (seppur con chiaro paradosso) antipolitica non riescano a trovare realmente nuove forme. Perché laddove non si dissolvano in una nebulosa ben presto superata dal vortice mediatico (fu il caso dei "girotondini" ispirati da un noto intellettuale e cineasta più di qualche anno fa), ma conseguano risultati consistenti sul piano elettorale, e dunque acquisiscano posizioni di governo (o almeno entrino in Parlamento), finiscono con il ripetere, in forma appena adattata, la struttura partitica tradizionale (è il caso del Movimento 5 Stelle, in cui peraltro la mistica della "piattaforma Rousseau" e l'ombra degli ispiratori carismatici che agiscono nel *backstage* colorano ogni dinamica interna di un tono al contempo giacobino e fittizio; su altra sponda, si vedrà in futuro che sorte avrà il movimento delle "sardine", protagonista "collaterale" delle ultime elezioni regionali in Emilia Romagna)¹⁹.

Superati il partito di massa, il partito-azienda e il partito personale (quest'ultimo invero non del tutto), resta però il problema di fondo: perché resta di fatto scoperta, secondo una lettura tradizionale, una funzione, che è appunto quella rivolta a operare un'efficace intermediazione tra comunità e apparato (per usare di termini ben noti), tra società civile e società politica, tra collettività e Stato. Fin qui, tuttavia, non si coglie alcunché di nuovo: si definisce cioè una carenza alla luce di una categoria funzionale (quella della mediazione/rappresentanza politica) che è stata tratto saliente, come detto, dell'evoluzione storica delle forme di Stato proprie della civiltà giuridica occidentale²⁰, ritenendo però che tale categoria permanga in sé immutata, in quanto necessaria all'esistenza stessa del paradigma democratico. Ora, non è questa la sede per ripercorrere le molte declinazioni che il concetto di democrazia ha avuto nel tempo, né per cogliere – è stato già fatto – quanto un certo tipo di democrazia, quella radicale di ascendenza rousseauiana che ama esprimersi nelle forme dirette, nasconda in sé di populistico e infine di totalitario²¹: lo stesso principio di maggioranza, che è strumento di fatto indispensabile per rendere il modello capace di decidere, è in sé ontologicamente dotato di una *hýbris* innegabile. Rimediano a ciò, si risponde, le democrazie liberali e soprattutto le costituzioni rigide, con il loro corollario di tutela giurisdizionale per cui le Corti costituzionali, dotate di poteri adeguati, garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali, e più ampiamente di tutti quei fini-valori, resi intangibili, che ispirano le stesse costituzioni liberaldemocratiche: eguaglianza e tutela delle minoranze, dignità umana e rispetto delle diversità, pluralismo e libertà di coscienza. Più in

¹⁸A.M. ZACCARIA, *La ricerca su forma di governo e sistema dei partiti nel quadro dell'esperienza italiana di network analysis. Nota metodologica*, in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Jovene, Napoli, 2014, XXIII ss.

¹⁹ Sull'evoluzione della struttura interna, con riferimento al contesto italiano recente, F. SCUTO, *op. cit.* (spec. 84 ss. su Partito Democratico e Movimento 5 Stelle); sui mutamenti del Movimento 5 Stelle, R. BIORCIO-P. NATALE, *Il Movimento 5 Stelle: dalla protesta al governo*, Mimesis, Milano, 2018.

²⁰ Si vedano su questo (vastissimo) tema, tra molti, S. ROSSI, *La rappresentanza nello Stato costituzionale. La rappresentazione degli interessi in Germania*, Giappichelli, Torino, 2002, spec. 1 ss., nonché il più recente studio di C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

²¹ Il riferimento è al noto studio di J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria* (1952), tr. it. il Mulino, Bologna, 2000, ma si vedano anche H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (II ed. 1965), tr. it. Ed. di Comunità, Torino, 1999, 79 ss., e R.A. DAHL, *Prefazione alla teoria democratica*, cit., 41 ss. sulla democrazia populista; sul tema, di recente, A. MULIERI, *Democrazia totalitaria. Una storia controversa del governo popolare*, Donzelli, Roma, 2019 (spec. 37 ss. sull'interpretazione di Talmon del pensiero illuminista e 174 ss. sul pensiero di Arendt in ordine alle teorie rousseauiane del "nemico comune").

generale, si dice, giustamente, tutte le istituzioni contromaggioritarie valgono a costituire un argine contro la tirannia delle maggioranze e le derive populiste²².

E tuttavia, l'affidamento della democrazia alle Corti, anche in un contesto multilivello in cui meccanismi e istituzioni parallele cooperino per la tutela di tali fini-valori, non sembra, in prospettiva, rassicurare più di tanto. Al di là dell'annoso problema della loro legittimazione democratica, e di un “dialogo” che sovente si perde in una mal dissimulata contesa per una sorta di primazia, leggibile tra le righe di molte decisioni delle Corti europee, di Strasburgo e di Lussemburgo, come in quelle dei giudici costituzionali nazionali (si pensi al confine dei “controlimiti” che diventa talora, e non senza motivo, una sorta di trincea difensiva), è lo stesso meccanismo giudiziario (o paragiudiziario) che si rivela, al di là di ogni retorica, alquanto esile dinanzi a eventuali – e sempre possibili – spinte verso trasformazioni antidemocratiche che siano realmente sostenute da un'opinione pubblica a ciò spinta da un'informazione mediatica manipolata, fortemente orientata e profilata *individualmente*, atomizzata da quella sorta di colombario telematico che si è creato con la diffusione capillare di ogni tipo di *device* informatico (*pc, smartphone, tablet*) in cui ciascun singolo percepisce gli altri e se stesso sempre più in una realtà alterata, dimensionata a sua misura, nella quale tende a permanere perché la trova in fondo felicemente modellata sulle sue preferenze mediante dati carpi in modo sempre più occulto e penetrante da soggetti difficilmente individuabili e controllabili. In altre parole, allorché il cittadino telematico si fonde con l'uomo digitale (e ciò è sempre più visibile), ne sortisce un individuo la cui socializzazione è connotata in modo assolutamente diverso da quella che ha generato, nel tempo, le istituzioni e i partiti tradizionali: infine, un individuo immerso in un nuovo ambiente vitale, definito da alcuno come vita *onlife*²³.

4. *La libertà di essere controllati*

In tale contesto è evidente che anche la dimensione politica muta profondamente: la possibilità di tessere una rete di relazioni interindividuali asimmetriche, con pochi nodi di riferimento e innumerevoli terminazioni, è l'essenza del modello “neointermediato” di cui si è detto: in altre parole, più correttamente, è l'incubatrice di una nuova forma di intermediazione che non passa più tramite partiti e parlamenti, ma si muove, di pari passo con i meccanismi della sorveglianza, verso una di quelle forme di neototalitarismo di cui anche le fantasie distopiche degli scrittori del Novecento, da Orwell a Huxley, avevano avuto soltanto un vago sentore.

In realtà, come ben si è notato, l'attuale società vive in una sorta di *panopticon* benthamiano aggiornato e trasformato, in quanto sostanzialmente a prospettico²⁴. Di qui il (pur necessario)

²² Insiste molto sul punto M. BARBERIS, *op. cit.*, 167 ss., che ritiene contromaggioritari “non solo il potere giudiziario, corti costituzionali comprese, ma tutte le istituzioni oggetto del livore populista: presidente della Repubblica, agenzie indipendenti, organi sovranazionali” (ivi,168); sebbene per queste ultime si possa dubitare, perché in realtà esprimono sovente le volontà di un'altra maggioranza (e non è più solo un problema di “deficit democratico”, ma, nel caso europeo, di struttura stessa dell'Unione), il meccanismo contromaggioritario è ovviamente un fondamento delle democrazie liberali.

²³ Sul punto L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo* (2014), tr. it. R. Cortina, Milano, 2017, 47 ss.; con toni alquanto apocalittici ma non del tutto infondati, M. BARBERIS, *op. cit.*, 126-127, afferma che “l'uomo digitale sembra avviarsi a diventare disumano, o postumano: autocentrato, irrazionale, dissociato. Peggio ancora: portatore di risentimenti viscerali, ignoti persino a quella psicologia delle folle ottocentesca che aveva annunciato i totalitarismi novecenteschi”.

²⁴ Così BYUNG-CHUL HAN, *La società della trasparenza* (2012), tr. it. Nottetempo, Milano, 2014, 76-77: “il panottico digitale del XXI secolo è a prospettico, nella misura in cui non è sorvegliato da un centro unico, dall'onnipotenza dello sguardo dispotico... Il panottico digitale sussiste senza ottica prospettica. Questo ne determina l'efficienza. Il

tentativo di intervenire, a livello (almeno) sovranazionale²⁵, con una disciplina puntuale dell'acquisizione e della gestione dei dati sensibili, nonché tramite la creazione di organismi nazionali di tutela come il Garante per la protezione dei dati personali, istituito in Italia già dal 1996²⁶ al fine di ostacolare il più possibile l'uso strumentale di questi a fini di controllo e condizionamento dei singoli e in prospettiva delle stesse collettività, o l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, creata l'anno successivo per un controllo di tutti i profili inerenti al settore delle telecomunicazioni e delle reti²⁷. Ma ovviamente, anche questi strumenti, cui se ne aggiungono a livello europeo altri normativi già adottati²⁸, rischiano di essere insufficienti, dato che l'integrazione informatica globale che le grandi centrali di gestione di *big data* consentono sta nel tempo divenendo tale da rendere di fatto impossibile il controllo degli immensi flussi di dati trattati²⁹.

Si tratta, com'è ovvio, di un problema che trascende ampiamente la dimensione giuridica e quella politica, assurgendo a una prospettiva *tout court* filosofico-epistemologica³⁰. La stessa percezione della realtà e la sua conformazione finiscono inevitabilmente con l'essere condizionati dall'evolversi della tecnologia, da sempre "prodiga di promesse"³¹, ma anche, deve dirsi, di insidie. L'ormai evidente "iperpersonalizzazione" indotta dalla Rete, la progressiva creazione di un "corpo elettronico" accanto a quello fisico dell'individuo³², incide, prima che sulla politica, sull'autocomprensione stessa dei singoli e delle comunità, nonché sulla percezione della realtà ambientale: quel gioco di profilazione di cui si è detto tende a chiudere ogni individuo in una sorta di gabbia, tanto invisibile quanto in fondo confortevole perché disegnata a sua misura, a dispetto di ogni reale tutela della *privacy*³³. D'altronde, il desiderio di presenza (o di esistenza stessa) che

rischiamento a prospetto è più efficace del controllo prospettico, perché si può essere illuminati da ogni lato, dappertutto e da ciascuno"; sul tema sia permesso anche il rinvio a F. RIMOLI, *Sorveglianza tecnocratica e integrazione politica*, in F. RIMOLI-G.M. SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Carocci, Roma, 2006, 123 ss.

²⁵ A livello eurounitario è stato istituito nel 2004 un Garante europeo per la protezione dei dati (ora disciplinato dal Regolamento UE 2018/1725), che controlla il trattamento dei dati personali da parte di istituzioni, organi e amministrazioni dell'Unione, svolgendo attività di consulenza e collaborazione con i singoli Stati e controllando le nuove tecnologie di settore.

²⁶ Con la legge 31 dicembre 1996, n.675, poi disciplinato con il Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n.196, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n.101).

²⁷ Con la legge 31 luglio 1997, n.243; sulle autorità amministrative indipendenti in Italia, tra molti, si veda la sintesi di F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2011.

²⁸ Si pensi ovviamente anzitutto alla *General Data Protection Regulation* (GDPR), ossia al regolamento UE n.2016/679, entrato in vigore nel maggio 2018, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati: per un'ampia disamina di tale testo normativo si veda il volume di L. CALIFANO-C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; in tema anche F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018; G. D'ACQUISTO-M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017; a livello nazionale, la materia è disciplinata dal d.lgs. 30 giugno 2003, n.196 (Codice per la protezione dei dati personali), modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n.101.

²⁹ Una rapida ma efficace sintesi sui profili generali di un tema estremamente complesso e irto di difficoltà tecniche per il giurista è in M. DELMASTRO-A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, il Mulino, Bologna, 2019; si veda anche C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia* (2016), tr. it. Bompiani, Milano, 2017.

³⁰ Sul punto delle trasformazioni indotte a livello di percezione cognitiva dall'evolversi delle tecnologie informatiche e della c.d. "Intelligenza Artificiale", tra molti, R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, il Mulino, Bologna, 2019, spec. 297 ss.

³¹ Come sottolinea S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., V.

³² Ivi, 181 ss.

³³ Ivi, 139 ss.

spontaneamente nasce nell’utente, mosso da un’illusoria sensazione di protagonismo e di dominio, entro questo ambiente virtuale finisce con il renderlo sempre più manipolabile, opera una sorta di ipnosi che lo isola e al contempo lo connette con una miriade di altri individui nella sua stessa condizione, rendendolo altresì permeabile a ogni possibile sollecitazione subliminale, sia essa di natura commerciale, etico-relazionale o politica³⁴. Se nel paradigma contrattualista hobbesiano si cedeva al sovrano visibile libertà in cambio di sicurezza, in quello della società digitale si cede a un sovrano invisibile (e forse inesistente come tale) riservatezza per una nuova forma di presenza che diventa infine essa stessa “esistenza” in rete.

Come ben si è detto, “il soggetto di prestazione è libero dall’istanza di dominio esterna”, ed è infine “signore e imprenditore di se stesso”; ma ciò “non conduce a una libertà reale e a un’assenza di costrizione, perché il soggetto di prestazione sfrutta se stesso”, e “l’auto-sfruttamento è più efficace dello sfruttamento da parte di un terzo, perché si accompagna al sentimento della libertà”. Dunque, “questa dialettica della libertà sta alla base della stessa società del controllo”; e poiché “la sovraesposizione alla luce di una persona massimizza l’efficienza economica”, ne deriva che “il cliente trasparente è il nuovo detenuto, anzi è l’*homo sacer* del panottico digitale”³⁵. E ciò vale anche, ovviamente, per il cliente di offerta politica.

Si genera, infine, una versione aggiornata di quella “folla solitaria” di cui David Riesman scriveva già alla metà del secolo scorso: l’uomo-massa eterodiretto, ottuso dal conformismo anche nelle sue spinte (pseudo)rivoluzionarie, spinto da una spasmodica ricerca di successo e consenso sociale, esposto fino al parossismo alle rozze dinamiche della rete (dal “cyberbullismo” alle *fake news*), ma in realtà ideologicamente amorfo e incline a considerare la politica – e il mondo stesso – come un oggetto di consumo³⁶. Tutti elementi che oggi si percepiscono, moltiplicati, nel cittadino (e ancor prima nell’uomo) telematico, nella sua tendenza ad acquisire le diverse forme di linguaggio *politically correct* che la Rete media: non solo quelle “buoniste” e autoreferenziali proprie di certi ceti sociali agiati, narcisisticamente ripiegati sulla contemplazione delle proprie preclare qualità civiche, di fatto chiusi nel proprio *status* e infine incapaci di vedere la realtà circostante, ma anche quelle, ormai sempre più diffuse, dei cosiddetti *haters*, che sfogano e propagano rabbia e che riflettono, in un modo caotico che pure tende a generare una sorta di conformismo rovesciato, il grande disagio sociale della nostra epoca³⁷.

Peraltro, è opportuno sottolineare che tale condizionamento incide su *tutti* coloro che hanno a che fare con i nuovi strumenti di comunicazione, quale che sia il loro livello culturale o sociale, nonché la loro natura strutturale, ossia che si tratti di soggetti privati o pubblici, singoli o gruppi

³⁴ Su quest’ultimo piano, si è detto correttamente, “ogni cittadino sviluppa le proprie convinzioni nell’autonomia autoreferenziale della rete e facendo al tempo stesso – sempre grazie al web – cortocircuito con centinaia di migliaia di naviganti. Il cittadino-utente si muove in apparente autonomia, ma in realtà è vincolato alle forme e agli spazi che l’algoritmo consente. Un individualismo di massa, autocentrato e acefalo, ma, al tempo stesso, iperconnesso. Un modello esistenziale – e mentale – come la società e la politica non avevano mai conosciuto”: così M. CALISE-F. MUSELLA, *op. cit.*, VIII; sulla manipolazione occulta prodotta dalla Rete, tra molti, un esempio in F.ROMEO, “*Memi*” e *libertà di scelta*, in F. RIMOLI-G.M. SALERNO (a cura di), *op. cit.*, 235 ss.

³⁵ Così, acutamente, BYUNG-CHUL HAN, *op. cit.*, 81-82; il riferimento è ovviamente al concetto di *homo sacer* esaminato da G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005.

³⁶ Il riferimento è al noto studio di D. RIESMAN, *La folla solitaria* (1950, n.ed.1961), tr. it. il Mulino, 1999, spec. 243 ss. per i profili inerenti alla politica; come nota BYUNG-CHUL HAN, *op. cit.*, 82, nella società della trasparenza non si costituisce una comunità vera, ma solo “assembramenti o molteplicità casuali di individui isolati, di *ego* che perseguono un interesse comune o si riuniscono attorno a un marchio (*brand communities*)”, ben diversi da assemblee capaci di un *noi* e di un comune agire politico.

³⁷ Sulla funzione politica conformativa del *politically correct*, seppur misurata in un contesto alquanto specifico come quello svedese, si veda J. FRIEDMAN, *PC Worlds. Political Correctness and Rising Elites at the End of Hegemony* (2018), tr. it. *Politicamente corretto. Il conformismo morale come regime*, Meltemi, Milano, 2018.

organizzati, piccole società commerciali, grandi *corporations* o vere e proprie istituzioni³⁸, in forme diverse ma sempre insidiose: così, sembra opinabile la lettura di chi ritiene che il populismo digitale, avente come tratto peculiare l'uso distorto di un lessico della democrazia preso alla lettera³⁹ e piegato a un uso strumentale in cui, infine, la sovranità si fa appartenere non al popolo tutto, ma a un "popolino"⁴⁰ che di fatto si presume più vulnerabile alla manipolazione in quanto succube della propria ignoranza, sia un pericolo solo per quest'ultimo, quasi che invece l'intellettuale o l'uomo erudito possano opporre la propria superiore conoscenza a tali influssi nefasti⁴¹. In realtà, se il sistema comunicativo è quello adombrato, nessuno può sentirsi immune dai suoi effetti: ovviamente, l'utente più colto sarà profilato diversamente in rete, e finirà con l'appartenere a un'*enclave* digitale diversa da quella dell'utente illetterato, ma i meccanismi di condizionamento – e le stesse dinamiche di disprezzo, se non di odio – che agiscono sul secondo saranno altrettanto efficaci sul primo, poiché blandiranno altri aspetti della sua personalità (primi tra tutti, il già detto narcisismo autoreferenziale e quel certo grado di supponenza che ne consegue) rendendolo inesorabilmente parte di una fazione tra le altre, *target* tra gli altri delle più diverse manovre⁴². Non solo. Alle tecniche di profilazione si aggiunge la perversa dinamica della comunicazione tramite *blog* e *social* (*Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e così via, con sempre nuove entrate), per cui si produce ciò che Barberis definisce un "tribalismo", ove "ognuno tende istintivamente a comunicare solo con la propria 'tribù', di cui condivide a priori le opinioni, evitando di esporsi a smentite provenienti da 'tribù' diverse": il che genera presto frammentazione e polarizzazione dell'opinione, fenomeni tipici del populismo digitale, in sé incline a ogni forma di radicalizzazione⁴³.

³⁸ Poiché, ovviamente, anche le istituzioni pubbliche (statali, sovrastatali, infrastatali) sono pienamente coinvolte nel paradigma della comunicazione digitale, con problematiche affatto nuove: si vedano in proposito i saggi contenuti nel volume di D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

³⁹ Ovviamente, nel quadro di un *framing* complessivo, che consente una distorsione di concetti già sufficientemente diffusi: sulla funzione dei *frames* nella comunicazione sociale M. CASTELLS, *op. cit.*, 193 ss., che distingue tre processi nelle relazioni tra media e individui nell'invio e ricezione di notizie: *agenda-setting* (definizione delle questioni prioritarie), *priming* (estensione del precedente, e teso a usare le definite priorità come metro per la valutazione dei governi), e *framing* (inteso come processo con cui si selezionano e sottolineano alcuni aspetti di eventi o temi, tracciando tra loro connessioni ed elaborando interpretazioni); quest'ultimo è "un meccanismo fondamentale nell'attivazione della mente perché lega direttamente la struttura di una narrazione veicolata dai media alle reti neurali cerebrali". Può essere voluto o casualmente prodotto dal mittente, ma "fornisce sempre una connessione diretta tra il messaggio, il cervello ricevente e l'azione che ne consegue" (ivi, 196). Per un'altra accezione dell'effetto *priming* nei meccanismi cognitivi associativi, pure utile ai fini del nostro discorso, D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci* (2011), tr. it. A. Mondadori, Milano, 2012, cap.IV (ed. Kindle), che inserisce tale meccanismo comportamentale all'interno di quello che definisce il "sistema 1" (quello emotivo-istintivo), come distinto dal "sistema 2" (razionale-riflessivo), lo stesso su cui si basa parte del successo del populismo secondo M. BARBERIS, *op. cit.*, 134 ss.

⁴⁰ Così argomenta M. BARBERIS, *op. cit.*, 18 ss., che si appella altresì al *framing* per sostenere la sua tesi: "perché il popolino possa qualificarsi come popolo, e in suo nome si possano insultare le élite, denigrare le istituzioni e mandare in rovina lo Stato, occorre un secolare effetto-cornice democratico. Occorre ripetere per trecento anni che il popolo è sovrano perché qualcuno possa poi immaginarsi che diventi sovrano il popolino" (ivi, 84).

⁴¹ Lo stesso autore (ivi, 139) si mostra poi peraltro ben consapevole dell'influenza che la società digitale esercita anche sui ceti intellettuali: "uno studioso, ma forse ogni essere umano, dovrebbe sempre chiedersi: le opinioni che a me paiono ovvie non saranno invece, molto spesso, solo quelle della bolla mediatica o della tribù cui appartengo?"

⁴² Peraltro, l'ormai copiosa letteratura in tema di intelligenza artificiale mette in luce come certi algoritmi siano in sé strutturalmente discriminanti, e in tal senso incostituzionali: sul punto di recente A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: quale futuro per le libertà?*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 2/2019, 63 ss.; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, ivi, 101 ss..

⁴³ Così M. BARBERIS, *op. cit.*, 138-139, che elenca quattro fattori distorsivi (*bias* cognitivi) che viziano la comunicazione: oltre al tribalismo, la conferma (e disconferma), per cui tendiamo ad accettare solo ciò che corrobora

Detto altrimenti, nella democrazia digitale non si creerà mai un popolo, ma una miriade di “popolini”, di microfazioni tra loro separate, sempre più autoreferenziali e sempre più mosse da pregiudizi nei confronti della diversità delle altre; ma tale frammentazione è del tutto funzionale a un sistema sociale fondato sulla (ir)relazionalità digitalizzata, e la sua puntuale profilazione in altrettanti segmenti, contendibili, permeabili e vulnerabili, è agevolmente operata tramite le tecniche consentite dall’acquisizione massiva di dati, in un panottico digitale da cui non si può fuggire, perché non c’è più un muro che separi un interno da un esterno, e a cui ci si consegna volontariamente, “svelando ed esponendo se stessi” in un perverso rovesciamento di una libertà che infine “si rivela controllo”⁴⁴.

Dati questi termini, la differenza di formazione tra i diversi soggetti è assorbita e per così dire compensata da messaggi perfettamente “mirati” verso individui e microgruppi, sul piano del *marketing* del consumo come su quello della conformazione della domanda e dell’offerta politica (che non altro non è che un particolare tipo di prodotto): così, se al destinatario culturalmente meno provveduto si faranno arrivare notizie (al limite, *fake news*, teorie complottiste, terrapiattiste o antiscientiste)⁴⁵ che, per esempio, lo spaventino rispetto a rischi di tipo economico-finanziario, o relativi alla sicurezza, o al pericolo sanitario derivante da un’immigrazione incontrollata, si potrà altresì raggiungere quello più istruito e convinto della propria capacità critica alimentando il suo sempre dissimulato ma mai superato disprezzo sociale per quel “popolino” che questi ritiene affatto privo di strumenti per la comprensione della realtà, incrementando così quello stesso senso di divisione che funge poi da supporto per ogni ulteriore strategia manipolativa, ovvero sottovalutando artatamente gli stessi rischi che si sono volutamente esagerati nei messaggi destinati al primo.

Detto altrimenti: i contenuti sono diversi, ma il metodo e l’esito sono gli stessi. Si creano percezioni di rischio (o di minaccia *tout court*)⁴⁶ con obiettivi precisi, che si basano sulla puntuale definizione dei caratteri dei destinatari dei messaggi medesimi. Alla narrazione delle destre populiste, conservatrici e autoritarie, fondata sulle logiche securitarie della paura del diverso, del migrante, dell’aggressore e del ladro⁴⁷ alla luce di un’istanza identitaria sovente esasperata a fini strategici⁴⁸, si oppone un’altra narrazione affatto speculare del populismo di sinistra, esasperatamente conformista e per tal via altrettanto illiberale, che si fonda su logiche a ben vedere egualmente securitarie (seppur in altro senso) orientate sulla paura dell’oppositore populista, dell’antimigrante, dell’aggressore dei (presunti) beni collettivi e comuni. O magari, come nell’esperienza italiana recente, si affaccia una terza prospettiva, fondata su una caleidoscopica mistura di fattori assai diversi (antiparlamentarismo, mitologia della decrescita felice, filoneismo politico e misoneismo tecnologico, leaderismo carismatico, movimentismo), che ha finora trovato

la nostra opinione preesistente; il conformismo, per cui ci si adegua, e in modo convinto, all’opinione della maggioranza; l’euristica della disponibilità, per cui sovrastimiamo possibilità a noi più familiari rispetto a quelle che lo sono meno (ivi, 138-141).

⁴⁴ Così BYUNG-CHUL HAN, *op. cit.*, 83; sulle tecniche del *profiling* politico M. CASTELLS, *op. cit.*, 263 ss.

⁴⁵ Per un esempio dell’uso mediatico di notizie manipolate o false in campagna elettorale, M. CASTELLS, *op. cit.*, 281 ss.

⁴⁶ Peraltro, il fenomeno migratorio è perfettamente idoneo a rappresentare, anche in senso simbolico, una delle concretizzazioni della paura profonda di deprivazione (dell’agiatezza, della salute, della stessa incolumità) che aleggia sulla civiltà occidentale: sul punto il noto studio di Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza* (1996), tr. it., il Mulino, Bologna, 1999, spec. 99 ss.; ID., *Paura liquida* (2006), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2009; una distinzione tra pericolo, rischio e minaccia, F. BATTISTELLI, *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Donzelli, Roma, 2016, 33 ss.

⁴⁷ Sul tema, di recente, ancora F. BATTISTELLI, *La rabbia e l’imbroglio. La costruzione sociale dell’immigrazione*, Mimesis, Milano, 2019

⁴⁸ Si tratta peraltro di un fenomeno diffuso ovunque: sul punto, tra molti, F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., cap.XII (ed. Kindle).

il suo punto di forza nella propria liquidità, nel proprio polimorfismo e nella propria deideologizzata capacità trasformistica (sebbene tali caratteristiche possano infine rendere il tutto – le ultime vicende sembrano provarlo – assai fragile). Ma in tutto questo, che senso può avere ancora la mediazione tradizionale, la rappresentanza politica, la forma partito?

5. Democrazie senza partiti

Se quanto fin qui detto è vero, lo è altrettanto però il fatto che, come ben si rileva, la comunicazione in rete non è priva di mediazione, e che la partecipazione diretta che, sul piano politico, si pretenderebbe derivarne è invece affatto illusoria: in rete si produce per lo più una comunicazione di tipo nuovo, che Castells definisce “autocomunicazione di massa” (*many-to-many*), in cui la produzione del messaggio è autogenerata, la definizione dei destinatari autodiretta, e il reperimento di specifici contenuti dal *web* autoselezionato; tale forma coesiste peraltro con le più tradizionali modalità della comunicazione interpersonale (*one-to-one*) e di massa (di solito *one-to-many*)⁴⁹. Peraltro, quest’ultima forma, con l’avvento della rete e dei *blog*, sembra diventata “più vicina all’“autismo elettronico” che a una vera e propria comunicazione”, e genera un tipo di messaggio che, postato su *Internet*, “a prescindere dalle intenzioni dell’autore, diventa una bottiglia che galleggia nell’oceano della comunicazione globale, un messaggio sempre suscettibile di essere ricevuto e rielaborato in modi inaspettati”⁵⁰. Ma come incide tutto questo sulla dinamica della rappresentanza politica? Ovviamente, l’impatto è palese, e investe tutte le forme fin qui elaborate della mediazione, particolarmente di quella partitica: se è vero che siamo ancora in una fase di passaggio, che vede coesistere generazioni non avvezze all’uso delle tecnologie informatiche con quelle dei cosiddetti “nativi” digitali, c’è da credere che nell’arco di pochi decenni queste ultime saranno diventate prevalenti, e con esse si diffonderà in via pressoché esclusiva quel tipo di informazione/percezione che vive nel *web*, che sovrappone reale e virtuale, che agisce in forma alienata il proprio Io tramite un continuo scambio tra l’una e l’altra dimensione.

In tale inquietante (ma realistica) prospettiva, anche la comunicazione politica non potrà più in alcun modo servirsi degli strumenti consueti, né potrà giovare delle dinamiche di riflessività, confronto e discorsività di cui si è detto a proposito della democrazia pluralista, dovendo usare di strumenti e linguaggi affatto diversi, e adeguati alla società digitale. È questa invero una realtà già attuale, in cui il *feedback* che i politici ottengono dalla Rete rispetto alle loro scelte o esternazioni è continuo, istantaneo e sempre fluttuante, sia in senso positivo che negativo, producendo effetti comunque rilevanti sui loro comportamenti immediati⁵¹.

Di fatto, si sta procedendo non solo verso quella frammentazione e segmentazione competitiva e oppositiva di cui molti parlano (che è ormai già acquisita, ed è ben diversa dal vero pluralismo)⁵², ma verso una sorta di moltiplicazione di “piani-mondo” che proliferano come in un frattale, e che orientano ciascun soggetto (individuo o “tribù” digitale) verso una realtà propria, autogenerata e

⁴⁹ Così M. CASTELLS, *op. cit.*, 60.

⁵⁰ Ivi, 75.

⁵¹ Si vedano in proposito, entro una letteratura specifica in continua espansione, i recenti saggi di G. MAZZOLENI-R. BRACCIALE, *La politica pop online. I meme e le nuove sfide della comunicazione politica*, il Mulino, Bologna, 2019; M. CACCIOTTO, *Il nuovo marketing politico. Vincere le elezioni e governare al tempo della politica veloce*, il Mulino, Bologna, 2019; G. GIANANTE, *La comunicazione politica online. Come usare il web per costruire consenso e stimolare la partecipazione*, Carocci, Roma, 2014; su profili più specifici, GIUS. ERGES, *Internet quale strumento di propaganda e organi costituzionali. Primi appunti sparsi*, in D. CHINNI (a cura di), *op. cit.*, 141 ss.

⁵² Almeno se inteso come teoria dei gruppi e della partecipazione: si veda in merito R. EISFELD, *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo* (1972), tr. it. il Mulino, Bologna, 1976, 137 ss..

autoriproduttiva, capace di isolare e al contempo (in apparenza almeno) di proteggere, ma in fondo despazializzata e detemporalizzata, e dunque aterritoriale e astorica, facile preda di ogni impulso ambientale rispetto a ogni tipo di comportamento. Ciò inoltre si lega – né potrebbe essere altrimenti – al complessivo paradigma sistemico-funzionale che oggi domina gli assetti globali, retto da matrici affatto anonime e autopoietiche, reti ricche di nodi ma proprio per ciò affatto acentriche, in cui i *media* intersistemici (potere, denaro, e lo stesso diritto globalizzato) agiscono come catalizzatori di processi integrativi in senso funzional-strutturale⁵³. Questi, tuttavia, elidono quasi del tutto la dimensione individuale, rendendo i singoli una sorta di monadi al contempo iperconnesse e isolate, solo funzionalmente considerate (come consumatori, elettori, utenti mediatici, produttori di forza lavoro) nel sottosistema di riferimento, ma mai intesi nella loro complessiva personalità e libertà.

Dinanzi a ciò, dunque, devono ripensarsi tutte le categorie politiche e giuridiche, da quella di partito a quella di soggetto di diritto e di diritto soggettivo; se la prospettiva di una nuova disgregata (ir)relazionalità è veritiera, restano purtroppo solo parole utopiche quelle con cui filosofi, giuristi e politologi cercano di risvegliare coscienze che ritengono assopite, e che invece sono ormai strutturalmente – forse irreversibilmente – trasformate: per restare agli esempi dell’attualità, i movimenti (presunti) spontanei che propugnano un ritorno alla mitezza (“gentilezza”) politica convivono con i rigurgiti di un mai scomparso antisemitismo, che inducono alla sinistra ricomparsa di scritte identificative e stigmatizzanti sulle abitazioni di famiglie ebraiche. Due mondi che coesistono in forma oppositiva da sempre, ma che oggi agiscono su piani paralleli alimentati dalla civiltà digitale.

Non si tratta allora solo del fenomeno populista, che è solo l’espressione tangibile di queste metamorfosi, certo oggi rafforzato e strutturalmente modificato da questo tipo di comunicazione su *smartphone* o *tablet*⁵⁴, che rende possibile una pur fittizia relazione diretta e costante tra il *leader* e il suo uditorio popolare in una forma di “rappresentanza diretta”⁵⁵, dà a tutti un’illusione di presenza e di potenza, e spinge infine a scegliere politici improvvisati, di orgogliosa mediocrità ma ben dotati di visibilità in rete, per assolvere compiti che richiederebbero invece quell’esperienza e quella competenza specifica che sono invece oggi affatto ignorate se non addirittura derise e denigrate come sospette. Si tratta, piuttosto, di una radicale mutazione di senso del vivere, individuale e associato, in cui anche le forme della mediazione politica si dissolvono perché sono funzionalmente obsolete: la dimensione del ‘politico’ rientra ormai in una realtà virtuale, e anche i politici – che sono ben reali – sono trascinati in una dimensione ludico-digitale in cui il vorticare di messaggi, la possibilità di un (apparente) dialogo diretto tra loro stessi e con i potenziali elettori, nonché il complessivo eccesso di informazioni (vere e false) da cui si è tutti travolti ottunde qualsiasi ponderata comprensione della direzione verso cui si procede⁵⁶.

⁵³ Non è possibile qui approfondire il tema: il lessico concettuale è comunque mutuato da N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984, tr. it. il Mulino, Bologna, 1990; Id., *Organizzazione e decisione* (2000), tr. it. B. Mondadori, Milano, 2005; per profili specifici veda anche, seppur con tesi non sempre condivisibili, G. TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, a cura di L. Zampino, Mimesis, Milano, 2015.

⁵⁴ È la condivisibile tesi di fondo del saggio di M. BARBERIS, *op. cit., passim*, che infine propone tra i possibili rimedi (ivi, 182 ss.) un uso “mirato” di Internet destinato a frenare la deriva populista, sulla cui efficacia tuttavia è lecito dubitare, nonché una serie di limitazioni, tra cui il divieto di impiego dei *social* a chi ricopra cariche di governo o comunque istituzionali, ma non a chi si trovi all’opposizione: il che però lascia più di qualche perplessità (ivi, 196 ss.).

⁵⁵ Sul punto N. URBINATI, *op. cit.*, 251 ss., che esamina due casi esemplari di “rappresentanza diretta” come il Movimento 5 Stelle in Italia e *Podemos* in Spagna.

⁵⁶ Sul tema F. PACINI, *Una modesta proposta: il politico virtuale. Prime note sull’intelligenza artificiale come provocazione in tema di rappresentanza politica*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 2/2019, 115 ss.

Di ciò non si può far altro che prendere atto, senza cadere tuttavia nell'errore di un'aprioristica e misoneistica demonizzazione della rete, che in sé è solo una delle nuove prospettive aperte dall'evoluzione tecnologica (al pari di quelle ormai praticabili, per fare solo un altro esempio ricco di problematiche, in campo biomedico). Come tutti i progressi della conoscenza tecnica, essa è infine inarrestabile, giacché tutto ciò che diventa possibile fare, prima o poi, in qualche luogo e in qualche modo si farà. L'alternativa – forse nemmeno del tutto efficace, dato il progredire della rete globale e l'esistenza già attuale di un *deep web* – sarebbe quella di un controllo rigido dell'accesso a *Internet*, simile a quello presente in Cina o in altri contesti autoritari: ma significherebbe buttare via il bambino con l'acqua sporca del bagnetto.

Piuttosto, sarebbe opportuno riconoscere pragmaticamente che la stessa democrazia, che non ha connotati categoriali così rigidi come da taluno si ritiene, dev'essere riletta alla luce delle nuove forme di comunicazione: purtroppo, non è più realmente praticabile (ammesso che lo sia mai stato), soprattutto in prospettiva, il paradigma discorsivo-deliberativo di tipo habermasiano, cui si oppongono, oltre alle forti tensioni provocate dalla crescente radicalizzazione culturale (alimentate anche dal fattore del fondamentalismo religioso, sempre più plausibile anche in Europa a seguito dei flussi immigratori), le esigenze di rapidità decisionale prodotte dall'ormai piena – e forse irreversibile – interpenetrazione sistemica tra sottosistemi politici ed economico-finanziari. Parimenti, non sembra più sostenibile una funzione dei corpi intermedi, e dei partiti in particolare, del tipo di quella immaginata alla metà dello scorso secolo dai Costituenti italiani: ideologie e strutture si sono ormai dissolte in una nebulosa fluida, in quella dimensione di "liquidità" di cui fin troppo si sente parlare, e che tuttavia si traduce, sul piano politico corrente, in quella proteiforme e cangiante prospettiva "postideologica" che consente, oggi più che mai, alleanze variabili, opportunismi estremi, sapienti trasformismi, generando però fragilità di contenuti, instabilità governativa, confusione comunicativa (e non è un caso che – seppure con un'evidente incoerenza, peraltro irrilevante in una postideologia – si richieda una rimozione del divieto costituzionale di mandato imperativo proprio da coloro che di tale dimensione postideologica si sono massimamente giovati)⁵⁷. In altre parole, gli stessi partiti tradizionali sono in questa fase ben lontani dal poter costituire, quali *gatekeepers* della democrazia, un argine al dilagare dei populismi⁵⁸, preferendo piuttosto ragionare in termini di opportunità contingenti, con alleanze variabili e assai inclini al trasformismo.

Ma infine, cosa deve dirsi a proposito della mediazione politica e della rappresentanza? Ovviamente, anche questi aspetti sono direttamente investiti dai mutamenti in atto: una mediazione politica che non segua il cangiante contesto comunicativo sarebbe comunque inadeguata ai tempi. La disintermediazione di cui si parla – almeno quella che si intende come negazione di una mediazione concepita nel senso della rappresentanza politica tradizionale – nella società della comunicazione digitale e dei *social* è in sé inevitabile, ed espone a tutti i rischi accennati, generando tuttavia un nuovo tipo di mediazione, extrapartitica, eppure con riflessi politici tutt'altro che irrilevanti.

Nondimeno, ciò rientra nell'entropica evoluzione dei paradigmi sociopolitici di questo inizio di secolo, in cui però le democrazie "illiberali" (eufemismo per connotare regimi più o meno apertamente autoritari), capaci di scelte rapide, incentrate sugli esecutivi e sui loro vertici ben più

⁵⁷ Sul tema, di recente, F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n.1/2020.

⁵⁸ Sul punto S. LEVITSKY-D. ZIBLATT, *op. cit.*, cap.1: "un test essenziale per le democrazie non è la frequenza con cui emergono i demagoghi, ma la capacità dei dirigenti politici, e in particolare dei partiti politici, di fare in modo che non conquistino il potere, tenendoli fuori dalle candidature dei partiti principali, rifiutando di appoggiarli o schierarsi con loro e quando necessario facendo causa comune con i rivali per sostenere quei candidati che danno garanzie di affidabilità democratica".

che sui Parlamenti, mistura di leaderismi carismatici, modernismi comunicativi e anacronistici sovranismi, sembrano oggi essere alle porte anche nei Paesi occidentali di consolidato liberalismo politico. Il che si spiega pensando al fatto che esse sono l'*output* di impulsi ambientali cogenti, ormai sviluppati a livello globale perché tutti interconnessi: dagli Stati Uniti di Donald Trump alla Gran Bretagna di Boris Johnson, dal Brasile di Jair Bolsonaro alla Cina di Xi Jinping (ove si è trovata una formidabile combinazione di capitalismo e autoritarismo politico), il quadro, seppur con ovvie peculiarità locali, è tristemente univoco, né sembra esserci un rimedio adeguato, ossia un'alternativa funzionale efficiente praticabile a breve termine. Quindi, la scelta sembra porsi – e ciò riguarda purtroppo anche l'Italia e l'Unione europea – tra questo tipo di trasformazione e una sostanziale emarginazione del singolo Paese dai circuiti economico-finanziari, tale da generare squilibri sociali profondi, e, comunque, esiziali involuzioni autoritarie. Il populismo, come tale ben noto da almeno un secolo (e forse fin dal pensiero antico, che ben conosceva i demagoghi)⁵⁹, altro non è che uno degli strumenti con cui anche tali Paesi si preparano ad assorbire tali profondi mutamenti, che si vanno integrando a livello sistemico in una nuova, ennesima metamorfosi autoritaria, e probabilmente totalitaria, delle forme del governare⁶⁰. Nella sua versione digitale, il populismo è solo la forma tecnologicamente avanzata, allegramente colorata e un po' ludica di un altro suicidio annunciato della democrazia.

⁵⁹ Non a caso già Aristotele poneva la *demokratía* quale forma degenerata della *politía* (*Politica*, 1319 b, 33 ss., tr. it. di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 1993, 209 ss.): sul punto S. GASTALDI, *Introduzione alla storia del pensiero politico antico*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 160 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma, 2011, 27 ss.

⁶⁰ D'altronde, come ben scrivono S. LEVITSKY-D. ZIBLATT, *op. cit.*, cap.1, “ormai è raro che il potere venga conquistato attraverso un *golpe* militare o comunque con la forza. Quasi tutti i Paesi tengono regolarmente elezioni. Dalla fine della Guerra Fredda a oggi, a determinare la morte di una democrazia non sono quasi mai generali e soldati, ma gli stessi governi eletti... Oggi il tracollo della democrazia comincia nelle urne”. Fenomeno certo non nuovo, dato il percorso seguito dai totalitarismi europei del Novecento, e tuttavia non meno inquietante.

PAOLO PASSAGLIA

Ancora sul fondamento costituzionale di *Internet*. Con un ripensamento

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Rete e lo sviluppo della personalità. – 3. La Rete e l'eguaglianza sostanziale. – 4. *Internet*, algoritmi e pubblici poteri.

1. Introduzione

Lo sviluppo della tecnologia e, in particolare, di *Internet* ha avuto, come noto, un impatto profondo sui rapporti interpersonali e sul comportamento umano. L'ordinamento giuridico non poteva non essere interessato dai cambiamenti imposti e, di conseguenza, i giuristi, nei rispettivi ambiti di competenza, non potevano non interrogarsi su quale potesse essere l'incidenza delle nuove tecnologie sul diritto. Per i costituzionalisti, il primo e fondamentale interrogativo è stato, ovviamente, quello di collocare *Internet* nel tessuto costituzionale. La saldatura tra *Internet* e Costituzione è stata letta secondo molteplici prospettive, in un dibattito che, per oltre vent'anni, è stato particolarmente fecondo. Pasquale Costanzo ne è stato, per l'Italia, l'iniziatore e, da allora, è divenuto un punto di riferimento costante nella dialettica tra le varie posizioni che andavano emergendo¹. Avendo, chi scrive, potuto beneficiare grandemente dei suoi insegnamenti, si è ritenuto che fosse questa l'occasione più «naturale» per ritornare sul tema.

In queste pagine, tuttavia, non si passeranno in rassegna le varie tesi sostenute dagli studiosi italiani di diritto costituzionale. Assai più modestamente, si ripercorreranno gli esiti di riflessioni già svolte, per poi saggiarne la tenuta, sul piano della compatibilità con la Costituzione, alla luce della più recente evoluzione tecnologica. Il «ripensamento» di cui al titolo di questo contributo è infatti indice dell'avvertita esigenza di sottoporre a vaglio critico ciò che si riteneva acquisito: in questo senso, del resto, proprio Pasquale Costanzo, con il suo rivedere e riverificare le tesi da lui sostenute², ben dimostra come, nel diritto delle nuove tecnologie, nulla possa dirsi scontato e tutto debba essere costantemente sottoposto a nuove analisi, in parallelo con l'incedere delle acquisizioni scientifiche.

2. La Rete e lo sviluppo della personalità

La ricerca di un fondamento costituzionale per *Internet* è condizionata, chiaramente, dalla definizione che dello stesso si dia³. Se si pone l'accento sulla struttura tecnologica che è alla base

¹ Proporre una rassegna dei suoi scritti in materia è quanto mai arduo, vista la vastità della sua produzione. A titolo puramente evocativo, si ricorderanno, tra i contributi più risalenti, P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. informazione e informatica*, 1996, 831 ss.; ID., *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI – S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Padova, Cedam, 1999, 347 ss.; ID., voce *Internet (Diritto pubblico)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, UTET, 2000, 347 ss.

² Relativamente ai rapporti tra *Internet* e Costituzione, tra gli scritti più significativi possono citarsi P. COSTANZO, *Profili costituzionali di internet*, in E. TOSI (a cura di), *Diritto di internet e dell'e-business*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2003, tomo I, 53 ss.; ID., *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. BRUSCUGLIA – R. ROMBOLI, *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, a cura di T. CHECCOLI – C. MURGO – N. PIGNATELLI, Pisa, Plus, 2010, 5 ss.; ID., *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, Passigli Editore, 2013, 9 ss.; ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T. E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Le Monnier, 2017, 3 ss.

³ Sulla configurazione di *Internet* nell'ordinamento costituzionale italiano, il dibattito dottrinale, sviluppatosi a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, si è arricchito fino al punto che, oggi, risulta particolarmente ostica una

di *Internet*, diventa inevitabile evocare il concetto di «comunicazione», che, a sua volta, non può che collegarsi, in Italia, al primo comma dell'art. 15 della Costituzione, il quale, nel riconoscere l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza, non manca di inserire un inciso relativo ad «ogni altra forma di comunicazione». Un siffatto inciso non può non attagliarsi anche alla comunicazione via *Internet*. Il concetto di comunicazione, tuttavia, non è estraneo, come noto, neppure all'art. 21 della Costituzione, articolo che, anzi, viene generalmente letto come il principale baluardo di libertà nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa: la libertà di manifestazione del pensiero (nelle sue diverse declinazioni) vi è infatti protetta, al primo comma, in relazione a qualunque «mezzo di diffusione». Esclusa la praticabilità della rigida aderenza ai canoni ermeneutici suggeriti da un ipotetico richiamo all'*original intent*, sarebbe quanto mai arduo non ricomprendere *Internet* in questo inciso.

Non stupisce, alla luce di questi pur sommarissimi rilievi, che le due disposizioni costituzionali appena richiamate siano state quelle che la dottrina ha per prime utilizzato al fine di inquadrare da un punto di vista costituzionale il fenomeno *Internet*. Non stupisce neppure, però, che una certa quale inadeguatezza sia venuta via via emergendo con sempre maggiore evidenza: se, infatti, l'art. 15 si riferisce, tendenzialmente, ad una comunicazione basata su un'interazione del tipo «uno a uno» e se l'art. 21, per il suo tenore testuale e per l'interpretazione che se ne è data, si concentra essenzialmente su moduli comunicativi del tipo «uno a molti», *Internet* nasce e si sviluppa su paradigmi diversi, e segnatamente su quelli della comunicazione «molti a molti».

È vero che, almeno nella prima fase del suo sviluppo (quella che può definirsi del *web 1.0*), il modello della comunicazione «uno a molti» poteva ancora avere una validità euristica, sia pure con la riserva della necessità di prendere in considerazione la proliferazione degli «uno», cioè dei centri di diffusione. A far tempo dall'avvento del *web 2.0*, però, il velo si è squarciato sulle reali potenzialità del mezzo, rendendo attuali e, soprattutto, ordinarie le problematiche anche giuridiche connesse alla nuova forma di interazione comunicativa. Ed allora la saldatura dell'art. 15 con l'art. 21 della Costituzione è apparsa sempre più necessaria, ma, allo stesso tempo, sempre più insufficiente a coprire il caleidoscopio di forme espressive di cui *Internet* è andato popolandosi.

Il punto centrale del discorso sul fondamento costituzionale finisce per essere proprio il suddetto caleidoscopio, giacché il suo disvelarsi ha fatto risultare l'ancoraggio alla libertà di espressione attiva o passiva (in forma privata o pubblica: rispettivamente, art. 15 ed art. 21 della

selezione tra i molti contributi che sono stati proposti. Oltre i contributi menzionati alle note precedenti, v. A. CERRI, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. informazione e informatica*, 1996, 785 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Appunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in *Dir. informazione e informatica*, 1996, 393 ss.; V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. informazione e informatica*, 2000, 271 ss.; A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2001; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. informazione e informatica*, 2003, 487 ss.; G. CASSANO – A. CONTALDO, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, Giuffrè, 2009; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2011, n. 2, ed in *Politica del diritto*, 2011, 367 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2011, n. 2; S. NIGER, *Internet, democrazia e valori costituzionali* (2011), consultabile in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>); M. BETZU, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2012; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, Jovene, 2012; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, Laterza, 2012, spec. 378 ss.; O. POLLICINO – E. BERTOLINI – V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013; G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2013, n. 2; M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Atti del Convegno. Pisa, 21-22 novembre 2013, Torino, Giappichelli, 2014; A. MASERA – G. SCORZA, *Internet, i nostri diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2016; T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit.; P. PASSAGLIA – D. POLETTI (a cura di), *Nodi Virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole. A trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Atti del Convegno. Pisa, 7-8 ottobre 2016, Pisa, Pisa University Press, 2017; T.E. FROSINI, *Liberté, Égalité, Internet*, 2ª ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Costituzione) sempre più insufficiente, in quanto parziale, e di una parzialità non declinabile alla stregua di una *sineddoche*. Altrimenti detto, l'originaria impronta di mezzo di comunicazione di massa, diverso dai tradizionali (essenzialmente solo) in ragione del tipo di interazione comunicativa (potenziale, con il *web 1.0*, ed effettuale, con il *web 2.0*) ha progressivamente perso corrispondenza con la realtà di *Internet*, nella misura in cui sulla rete non ci si limita ad esprimersi o a prendere cognizione dell'altrui espressione, ma si fa o si può fare anche molto altro: si studia e si lavora, si fruisce di un servizio pubblico e si adempie ad obblighi, ci si riunisce e ci si associa, si esercita la libertà di iniziativa economica e si esplica la propria libertà sessuale. L'elenco è, come ovvio, puramente indicativo, per la semplice ragione che il novero delle attività che possono svolgersi su *Internet* è, per il presente, indeterminabile *a priori* e, *pro futuro*, addirittura inconoscibile, avuto riguardo all'impossibilità di prevedere con ragionevole approssimazione gli esiti dell'evoluzione tecnologica.

La progressiva dilatazione delle azioni, apprezzabile in primo luogo proprio sul piano tecn(olog)ico, ha portato il discorso a disegnare una traiettoria che, partendo da una definizione tecnica di *Internet*, ha finito per porre una particolare enfasi sull'impatto del mezzo sulla vita della persona⁴.

Si giunge per tal via ad evocare il principio personalista, ciò che, a sua volta, non può che preludere ad un richiamo all'art. 2 della Costituzione, il quale, proprio per la sua generalità, risulta essere il riferimento obbligato per inquadrare una qualunque sede per cui la molteplicità di atti posti in essere o che possono venir posti in essere (senza ovviamente trascurare la *qualità* degli stessi sul piano delle implicazioni per il diritto costituzionale) sia tale da giustificare (e, nel caso di *Internet*, la giustifica ampiamente) la definizione alla stregua di una dimensione nella quale l'individuo esplica la propria personalità.

A questo stadio dell'argomentazione, parrebbe di esser stati condotti verso una configurazione di *Internet* che ne sottolinei la «normalità», nel senso della possibilità di applicare ad *Internet* le regole generali che sono poste a presidio della libertà dell'individuo come singolo e dei suoi diritti e doveri nella vita di relazione. Una siffatta conclusione non sembra, tuttavia, da sottoscrivere, in quanto, se è vero che *Internet* è una sede, anzi una delle molteplici sedi, in cui si realizza la personalità dell'individuo, e se può essere vero (lo si ammette senza concederlo) che le «dinamiche realizzative» della personalità non sono ontologicamente diverse da quelle che caratterizzano altre sedi, non può in ogni caso trascurarsi che *Internet* presenta una particolarità insopprimibile, e cioè il fatto di non essere concretamente fruibile *ab omnibus*, ostandovi una serie di ostacoli (fattuali, ma talvolta anche in parte giuridici) di vario tipo, comunemente accomunati

⁴ Significative, in tal senso, sono state alcune statuizioni giurisprudenziali. Il punto di partenza dell'evoluzione della giurisprudenza «transnazionale» relativa ad *Internet* è probabilmente la sentenza sul caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, del 1997 (521 U.S. 844), con cui la Corte suprema statunitense ha sottolineato principalmente l'aspetto tecnologico, qualificando *Internet* come «un mezzo di comunicazione tra gli uomini di tutto il mondo unico e completamente nuovo», cui «gli individui possono avere accesso [...] da molte fonti diverse». Il legame con lo sviluppo di nuove dimensioni della personalità è stato invece al centro di decisioni più recenti, segnatamente quella del *Conseil constitutionnel* francese, secondo cui, «allo stato attuale dei mezzi di comunicazione, ed avuto riguardo allo sviluppo generalizzato dei servizi di comunicazione al pubblico *on line*, nonché all'importanza assunta da questi servizi per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione delle idee e delle opinioni», il diritto sancito dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 alla libera comunicazione delle idee e delle opinioni «implica la libertà di accesso a questi servizi» (*décision* n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009). Ancora più esplicita è stata la Corte suprema federale tedesca (decisione 24 gennaio 2013, III ZR 98/12), la quale ha rilevato che «*Internet* fornisce informazioni complete su tutto il mondo in forma di *files* di testo, immagini, video e audio»; «in *Internet*, quasi tutti i settori sono coperti e, da un punto di vista tematico, le diverse esigenze sono soddisfatte», al punto che «*Internet* ha cambiato il modo di vivere di una grande parte della popolazione, essendo divenuto uno strumento di una importanza decisiva per il modo di vivere di una grande parte della popolazione», di talché l'impossibilità di collegarsi ad *Internet* «ha un impatto significativo sulla vita quotidiana».

nella composita categoria del *digital divide*⁵. Altrimenti detto, pur non potendosi (né volendosi) negare l'importanza di *Internet* per lo sviluppo della personalità di un individuo, non può trascurarsi che una parte (ancora) consistente dei consociati non fruisce delle potenzialità del mezzo o ne fruisce in maniera estremamente limitata. Ciò è talvolta frutto di una libera determinazione individuale, ma talaltra – verrebbe da dire che si tratta dell'*id quod plerumque accidit* – è il portato di uno o più impedimenti, i quali possono essere di varia natura. In particolare, l'esclusione da *Internet* può essere l'effetto di una determinazione autoritativa correlata a determinate situazioni soggettive (ad esempio, lo stato di detenzione). L'esclusione da *Internet* può derivare anche da carenze infrastrutturali, che rendono impossibile la connessione in determinate aree o che la rendono difficile o talmente lenta da limitare drasticamente, di fatto, le possibilità di utilizzo del mezzo. L'esclusione può essere il frutto di difficoltà economiche, che impediscono ad un individuo di possedere o, almeno, di detenere per un tempo significativo apparecchi che consentano un (adeguato) accesso alla rete, avendo riguardo sia all'*hardware* che al *software*. Ancora, l'esclusione può essere collegata a problemi di ordine fisico, che precludono al soggetto la fruizione dei contenuti o di parte dei contenuti presenti in rete. Infine, l'esclusione può essere la conseguenza di un *deficit* culturale dell'individuo, che è privo delle conoscenze informatiche sufficienti per interfacciarsi con un *computer* e/o per avviare la navigazione.

Ora, tralasciando la prima delle fattispecie enucleate (quella che potrebbe definirsi come il *digital divide* autoritativo), appare abbastanza evidente che i casi prospettati, dal *digital divide* infrastrutturale a quello economico, da quello fisico a quello culturale, sono tutti pianamente riconducibili a quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», ostacoli la cui rimozione è dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione qualificata come compito della Repubblica.

3. La Rete e l'eguaglianza sostanziale

Alla luce di quanto si è venuti dicendo, nella ricerca di un ancoraggio costituzionale di *Internet*, l'art. 2 non può essere di per sé sufficiente: il richiamo congiunto all'art. 3, secondo comma, è troppo forte per poter essere collocato in secondo piano. Le due disposizioni formano, in realtà, un sistema inscindibile, giacché la dimensione virtuale di svolgimento della personalità non potrebbe in alcun caso sussistere se non ci fosse, a monte, l'opera di rimozione degli ostacoli da parte della Repubblica. A prima vista, potrebbe ritenersi che tale sistema normativo fosse necessitato soltanto in via transitoria, nel senso che, ferma restando la centralità dell'art. 2, l'importanza dell'art. 3, secondo comma, dovrebbe essere circoscritta alla fase attuale, in cui i pubblici poteri sono impegnati (o, almeno, dovrebbero esserlo) a rimuovere gli ostacoli suddetti,

⁵ In proposito, a titolo puramente indicativo, possono menzionarsi – con riguardo unicamente alla dottrina italiana – i lavori di V. BIANCHINI – A. DESIDERIO, *Atlante del divario digitale*, in *I quaderni speciali di Limes*, 2001, n. 1, suppl., 42 ss.; T. PUCCI, *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Informatica e diritto*, 2002, 119 ss.; G. ANZERA – F. COMUNELLO (a cura di), *Mondi digitali. Riflessioni e analisi sul Digital Divide*, Milano, Guerini Associati, 2005; M. DA BORMIDA – D. DOMENICI, *Software libero, copyleft e digital divide*, in *Dir. autore e nuove tecnologie*, 2006, n. 2, 143 ss.; L. SARTORI, *Il divario digitale. Internet e le nuove disuguaglianze sociali*, Bologna, il Mulino, 2006; E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, Giuffrè, 2008; S. BENTIVEGNA, *Disuguaglianze digitali. Le nuove forme di esclusione nella società dell'informazione*, Roma – Bari, Laterza, 2009; F. AMORETTI – E. GARGIULO, *Dall'appartenenza materiale all'appartenenza virtuale? La cittadinanza elettronica fra processi di costituzionalizzazione della rete e dinamiche di esclusione*, in *Politica del diritto*, 2010, 353 ss.

con la conseguenza che, nel momento in cui questi ostacoli fossero rimossi, il riferimento al principio di eguaglianza sostanziale perderebbe gran parte della sua pregnanza: una volta predisposte tutte le infrastrutture necessarie, una volta superati gli impedimenti di ordine economico ed una volta completata la c.d. alfabetizzazione informatica della popolazione, non resterebbe che far fronte agli impedimenti di ordine fisico, a proposito dei quali, peraltro, non sarebbe dato andare molto oltre ciò che la natura consente. A ben vedere, una lettura di questo tipo, fortemente influenzata dalle esperienze che hanno sin qui caratterizzato lo stato sociale, non può essere riproposta nell'ambito qui in discorso, per il semplice fatto che il postulato di *Internet* e della tecnologia che attorno ad esso gravita pare proprio essere quello di un dinamismo continuo, di una evoluzione destinata ad auto-alimentarsi, sino a prefigurare, per il medio termine, scenari oggi semplicemente impensabili. Sul piano infrastrutturale, ad esempio, il continuo aumento della velocità di connessione impone un'opera di costante adeguamento da parte dei pubblici poteri ed al contempo crea le condizioni perché gli strumenti attraverso cui *Internet* viene concretamente utilizzato conoscano un'obsolescenza precoce. Analogamente, l'alfabetizzazione informatica su vasta scala è raggiungibile solo in riferimento a tecnologie che non siano quelle di ultima generazione, non fosse altro perché tra l'impostazione di un programma di alfabetizzazione, la determinazione dei suoi contenuti e la sua concreta realizzazione intercorre un periodo di tempo sovente più che sufficiente a far emergere nuove tecnologie o, quanto meno, l'affinamento delle tecnologie esistenti che al momento dell'impostazione del programma non potevano essere presi in considerazione. Per altro verso, lo sviluppo tecnologico offre sempre maggiori possibilità di superamento degli impedimenti fisici, ciò che si traduce in un costante aggiornamento degli obiettivi perseguibili ad opera dei pubblici poteri.

In buona sostanza, stante anche la sua costante invocabilità, l'art. 3, secondo comma, non può essere un parametro contingente, ma deve essere assunto a fondamento alla stessa stregua dell'art. 2.

La possibilità per il singolo di esplicitare la propria personalità nella dimensione virtuale deve essere alimentata da un impegno costante da parte dei pubblici poteri, la cui azione deve caratterizzarsi per una pluralità di linee di azione, corrispondenti, per un verso, all'adeguamento dell'apparato tecnologico al progresso della scienza informatica (onde evitare che venga a crearsi un *digital divide* tra l'Italia e gli altri paesi) e, per l'altro, a politiche di sostegno volte a ridurre il *digital divide* interno nelle diverse forme in cui esso si manifesta. Come dire che il diritto di libertà (ma non solo) consistente nello svolgimento della propria personalità nel mondo virtuale non può prescindere da un generalizzato diritto a prestazione che chiama i pubblici poteri ad un intervento costante. Ecco quindi che il «riconoscere» ed il «garantire» di cui all'art. 2 della Costituzione si traducono, alla luce dell'art. 3, secondo comma, non già in una presa d'atto ed in una protezione *ex post* dei diritti, ma postulano un'azione positiva di creazione delle condizioni perché il riconoscimento sia effettivo e la garanzia sia il presupposto per l'esercizio dei diritti, e non solo la risposta al loro impedimento.

In questo quadro, diviene imprescindibile il dare un contenuto pretensivo al diritto a prestazione. Al riguardo, dal sistema degli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione, parrebbe non dovessero porsi questioni circa l'*an*, ma tutt'al più sul *quomodo* e sul *quantum*.

Il profilo del *quomodo* è stato, in realtà, già chiarito dalla Corte costituzionale, a far tempo dalla sentenza 21 ottobre 2004, n. 307, con cui si sono dichiarate infondate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto disposizioni istitutive di fondi speciali destinati ad incentivare l'acquisto e l'utilizzo di *personal computers*, da parte di giovani o di soggetti aventi determinati requisiti reddituali, mediante l'erogazione di contributi economici. Trattandosi di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, le censure riguardavano, per l'essenziale, la lesione di competenze legislative regionali che la disciplina aveva asseritamente prodotto. La risposta della

Corte è stata, però, nel senso che «la mera previsione di contributi finanziari, da parte dello Stato, erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all'età o al reddito e finalizzati all'acquisto di *personal computer* abilitati alla connessione ad *internet*, in un'ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica», integra un intervento che, nella misura in cui «non [è] accompagnato da alcuna disciplina sostanziale riconducibile a specifiche materie, non risulta invasivo di competenze legislative regionali». Esso, infatti, «corrisponde a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 della Costituzione». La Corte, in definitiva, ha assegnato all'impegno a favore dell'alfabetizzazione informatica e della eliminazione delle barriere (economiche) che si frappongono alla diffusione delle tecnologie informatiche (almeno tra i giovani) un ruolo tanto significativo da giustificare azioni da parte dei pubblici poteri che non siano astrette al rigoroso rispetto del riparto competenziale. Il discorso può essere agevolmente generalizzabile, attribuendo alla «Repubblica» il compito di assicurare ai singoli la fruizione di *Internet*. Ed in questo concorrere dei vari livelli di governo, non ordinabile in maniera rigida alla luce di una delimitazione per materia, un canone imprescindibile cui fare riferimento è la cooperazione, che sola può consentire di coordinare tale pluralità di azioni.

Assai più delicato appare, peraltro, il profilo del *quantum*, giacché in esso si confrontano, da un lato, l'importanza crescente della dimensione virtuale come sede di sviluppo della personalità e, dall'altro, la non illimitatezza (sia consentito l'eufemismo) delle risorse con cui far fronte alle sempre crescenti esigenze. Già da questa impostazione emerge l'indefettibilità di un bilanciamento tra interessi dei singoli e disponibilità finanziarie dei pubblici poteri. Il punto è che proprio l'art. 2 orienta l'interprete nel senso di limitare il bilanciamento a ciò che è effettivamente «bilanciabile» e di riconoscere carattere di pretesa «assoluta» a quanto costituisce il nucleo irriducibile dei diritti della personalità. In termini più concreti, la pretesa consistente nel poter fruire di *Internet* non è, in sé e per sé, comprimibile, ma è solo il modo attraverso cui di *Internet* può fruirsi ad esserlo, tra l'altro entro certi limiti: se non può accettarsi che categorie di persone – identificate su base geografica, anagrafica, di appartenenza sociale o di disponibilità economiche, etc. – siano pregiudizialmente escluse dal mondo virtuale, ciò non significa che non sia costituzionalmente ammissibile che una persona, in ragione delle concrete condizioni – geografiche, anagrafiche, sociali, economiche, etc. – in cui versi, possa trovarsi a fruire di *Internet* in forme deteriori rispetto ad altre. Così, non può pretendersi che la velocità della rete sia uniforme su tutto il territorio nazionale, dovendosi quindi accettare che, a seconda del territorio in cui ci si trovi, *Internet* sia fruibile con tempi di *download* e di *upload* dilatati, sia pure, ovviamente, sempre nei limiti dell'accettabilità. Del pari, non può pretendersi che i pubblici poteri rendano il servizio di connessione gratuito in qualunque parte del territorio (ed in particolare, presso qualunque domicilio), mentre può pretendersi che esistano *hotspots* gratuiti che siano raggiungibili da parte di chiunque senza eccessivo aggravio. Ancora, non è neppure ipotizzabile che i pubblici poteri si facciano carico di fornire a tutti l'*hardware* necessario per la connessione, mentre è più che ragionevole prospettare l'esistenza di sedi presso le quali chiunque possa accedere, da apparecchiature pubbliche, ad *Internet*. Analogamente, l'alfabetizzazione informatica deve essere perseguita (anche alla luce dell'art. 9 della Costituzione, come ricordato dalla Corte costituzionale nella precitata decisione), ma ciò non può implicare la sussistenza di un obbligo specifico invocabile da parte di tutti, bensì solo la predisposizione di condizioni che tale alfabetizzazione rendano possibile, come ad esempio la sua previsione nei *curricula* scolastici e l'organizzazione di corsi gratuiti (o a prezzo comunque «abbordabile») aperti a tutti. Infine, i pubblici poteri debbono, sì, prendersi cura di smussare gli ostacoli di ordine fisiologico all'accesso

alla rete, ma ciò senza che si possa richiedere che venga assicurato un accesso compiuto.

Non è questa la sede per operare una valutazione circa la reale corrispondenza della normazione di rango primario e secondario attualmente vigente né tanto meno delle *policies* adottate a livello amministrativo ai sopra accennati corollari ricavabili dal sistema degli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione. Certo è che l'ordinamento italiano pare, sul punto, piuttosto lontano dall'aver raggiunto un livello ottimale di corrispondenza tra *essere* e *dover essere*.

4. Internet, algoritmi e pubblici poteri

Sulla scorta di quanto si è venuti dicendo, appare chiaro che l'idea che *Internet* sia una dimensione che consenta all'individuo di esprimere la propria personalità è alla base del riconoscimento del fondamento costituzionale di tutte le azioni dei pubblici poteri che siano rivolte a rendere *Internet* accessibile. In altre parole, ed al di là della sua qualificazione formale in termini di diritto sociale, l'accesso ad *Internet* rappresenta un impegno per i pubblici poteri proprio perché la rete è uno strumento di concretizzazione dell'imperativo di cui all'art. 2 della Costituzione, pur essendo fortemente caratterizzata dagli elementi impeditivi che l'art. 3, secondo comma, della Costituzione disegna⁶.

Adottando questa impostazione, e ponendosi in un'ottica di stretto di diritto costituzionale, le peculiarità di *Internet* richiedono un inquadramento che vada ben oltre l'enucleazione delle condizioni che i pubblici poteri approntino per consentire un accesso generalizzato al mezzo da parte dei consociati. La peculiarità più significativa è, probabilmente, quella della apparente neutralità della rete⁷, che crea negli utenti l'idea di una libertà praticamente illimitata di scegliere i contenuti con i quali interfacciarsi. Questa idea, tuttavia, non può non essere vagliata

⁶ La configurazione dell'accesso ad *Internet* alla stregua di un diritto è oggetto, anch'essa, di un ampio dibattito in dottrina, un dibattito relativo, non tanto all'*an* della configurazione, bensì al tipo di diritto (di libertà, sociale, fondamentale, umano) che debba riconoscersi. In proposito, conviene rinviare, oltre che a molti degli scritti citati alle note precedenti, a P. COSTANZO, *L'accesso ad Internet in cerca d'autore*, in *Diritto Internet*, 2005, n. 3, 247 ss.; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso a internet come diritto umano*, in *Le Comunità internazionali*, 2010, 395 ss.; i contributi che figurano in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010 (Roma, 30 novembre 2010), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2012, n. 4; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, 17 ottobre 2012; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, Relazione presentata al convegno annuale del «Gruppo di Pisa» su «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», svoltosi a Trapani l'8 ed il 9 giugno 2012; C. CARUSO, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 28 aprile 2013;; G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso ad Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 6 marzo 2013;; T.E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in O. POLLICINO – E. BERTOLINI – V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 65 ss.; L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad Internet*, Relazione presentata al Secondo seminario annuale del «Gruppo di Pisa» con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche, Università di Roma Tre, 20 settembre 2013;; M.R. ALLEGRI – G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, Aracne, 2017; T.E. FROSINI, *Il diritto di accesso a Internet*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 41 ss.; G. DE MINICO, *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, Focus – I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo, n. 4 (14 settembre 2018).

⁷ Il concetto di «neutralità» è qui utilizzato in un'accezione più lata e a-tecnica rispetto a quella con cui generalmente si identifica la *net neutrality*, e cioè la «parità di trattamento dei dati veicolati in rete e la facoltà degli utenti di acceder[vi] liberamente» (così F. DONATI, *Net neutrality e zero rating nel nuovo assetto delle comunicazioni elettroniche*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 185).

criticamente, giacché, con l'evoluzione della scienza informatica, appare sempre più chiaro che la discrasia tra la teoria e la realtà va aumentando, sino al punto di potersi domandare se la libertà della rete non stia divenendo una illusione.

Lo sviluppo degli algoritmi conduce, in effetti, ad una crescente manipolazione degli utenti, una manipolazione sempre più subdola, sia perché le difficoltà nel coglierla aumentano in parallelo con l'incedere del progresso tecnologico sia perché vanno raffinandosi grandemente le tecniche attraverso le quali si realizza. Gli utenti vengono «dolcemente guidati» verso percorsi della rete disegnati su misura alla luce dei loro desideri, delle loro abitudini, dei loro sentimenti.

Mentre una persona sta formando la sua personalità sulla rete, i suoi dati vengono registrati. E questi dati vengono utilizzati per costruire l'orizzonte della sua formazione, con il che l'accesso ad *Internet* degli utenti è, in realtà, l'accesso a contenuti ed a modelli di comportamento che sono preconfezionati.

Per dirla in termini più espliciti, *Internet* è stato concepito, ed è tuttora percepito, come un mezzo per aumentare esponenzialmente i contenuti informativi e formativi a disposizione di un individuo, un mezzo per ampliare il suo mondo. Ma un tale ampliamento non è necessariamente sinonimo di potenziamento della libertà. Sempre più si avverte il rischio che *Internet* possa diventare come la libertà cantata da Giorgio Gaber più di quarant'anni fa: «*Te la mettono lì, la libertà è alla portata di tutti, come la chitarra. Ognuno suona come vuole e tutti suonano come vuole la libertà*»⁸.

Ogni volta in cui si apre il *browser*, si convive con *banners* pubblicitari, più o meno invasivi. Da questo punto di vista, la rete non è ontologicamente diversa rispetto alla televisione o anche rispetto alle strade: la nostra vita è infatti segnata da un frequente, inevitabile contatto con la pubblicità. La rete, però, ha un'arma in più: l'*advertisement* è specificamente rivolto all'utente, che viene così bombardato di informazioni su prodotti e servizi strettamente correlati a ciò che ha recentemente acquistato o che ha ricercato sul *web*. Il controllo del e l'influenza sull'utente-consumatore sono quindi esponenzialmente più efficaci, perché più subdoli, rispetto alla classica *réclame* televisiva o al cartellone pubblicitario. Ne discende che, a causa di questi metodi di manipolazione che *Internet* offre, i processi decisionali individuali finiscono per essere condizionati e finanche modificati negli esiti, il che si traduce inevitabilmente in una restrizione della libertà di scelta tale da far temere che la libertà, nel mondo virtuale, stia di fatto evaporando.

Con la libertà incanalata verso uno stato asfittico, anche il confronto dialettico rischia una rarefazione significativa, dovuta all'inevitabile allontanamento di tutto quanto non rientri tra le scelte prioritarie dell'utente. Le pubblicità, i suggerimenti, i commenti che sono ritagliati sulle inclinazioni manifestate dai singoli attraverso la navigazione, gradualmente rafforzati dall'effetto della ripetizione, creano le cc.dd. «*filter bubbles*»⁹, vale a dire un isolamento intellettuale che discende dalle selezioni, operate dagli algoritmi, di informazioni e di punti di vista che, presumibilmente, l'utente vuole conoscere: l'effetto è quello dell'allontanamento e della tendenziale esclusione delle informazioni non gradite e dei punti di vista non condivisi. Una tale dinamica riduce drasticamente la dialettica in favore di una polarizzazione sociale, in cui gruppi di utenti individuati per affinità si chiudono al loro interno, dissolvendo il confronto con gruppi di diverse inclinazioni o, addirittura, acuendo, nella reciproca incomprensione, le ragioni di conflitto.

Queste considerazioni – velate, certo, di pessimismo, ma probabilmente non scevre di tratti di realismo – non possono non avere una ricaduta pesante sull'inquadramento costituzionale di *Internet*. In effetti, gli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione possono, sì, porsi alla

⁸ Il brano citato conclude il monologo dal titolo *L'America*, di G. Gaber – S. Luporini, in *Libertà obbligatoria*, del 1976.

⁹ L'espressione è di E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, London, Penguin, 2012.

stregua di un valido fondamento del diritto ad *Internet*, e sono tali da poter imporre ai pubblici poteri la realizzazione di politiche tese alla generalizzazione tendenziale dell'accesso alla rete. Ma tutto questo vale sul presupposto che *Internet* dischiuda, effettivamente, una dimensione ulteriore nella quale l'individuo possa formare la sua personalità e possa farlo esprimendosi liberamente.

Se i convincimenti e le decisioni personali vengono ad essere «guidati» – per non arrivare a dire «predeterminati» – dagli algoritmi, la libertà di esprimere la propria personalità si tramuta in qualcosa che non è ontologicamente lontano da un «lavaggio del cervello». La protezione costituzionale riconosciuta ad *Internet* diviene, allora, ovviamente incompatibile con un mezzo di comunicazione che, nel momento in cui promette nuove dimensioni di libertà, di fatto costruisce gabbie sempre più solide entro cui la mente si rinchiede. Si tratta di un aspetto cruciale di cui tener conto allorché si ragiona di azioni dei pubblici poteri relative all'utilizzo di *Internet*, giacché il rafforzamento delle possibilità di accesso alla Rete non possono essere scisse dalla protezione contro queste «gabbie della mente», altrimenti qualunque politica posta in essere al fine di incentivare l'utilizzo della Rete finisce per tradursi in una sorta di complicità con gli *stakeholders* privati che mirano ad influenzare le condotte degli individui.

Big data e intelligenza artificiale, cioè i principali strumenti attraverso i quali i suddetti *stakeholders* perseguono i loro obiettivi, sono elementi che non possono essere ignorati, anche perché hanno un enorme potenziale per favorire il progresso economico e sociale¹⁰. Ma non possono essere ignorati soprattutto per le loro potenzialità negative, e cioè, appunto, il loro potere di condizionamento e di controllo dei comportamenti personali¹¹.

È, in definitiva, compito della Repubblica, o meglio dei pubblici poteri, ivi inclusi quelli di livello sovranazionale, quello di trovare forme di disciplina del fenomeno *Internet* che prendano in adeguata considerazione la sua struttura tecnologica, onde riuscire a prevenire (e possibilmente ad evitare) la «dittatura dell'algoritmo»¹². Perché un quadro normativo è, effettivamente, indispensabile per far sì che le sempre più avanzate tecnologie vengano orientate ed utilizzate in forme tali che siano compatibili con la compiuta auto-determinazione degli individui, e ciò non solo da un punto di vista teorico ma anche – e soprattutto – in termini concreti.

Al fine di giustificare azioni che promuovano l'utilizzo dell'*Internet*, i pubblici poteri non possono trascurare il loro compito primario di escludere che venga a radicarsi un *Internet* nel quale gli utenti, nell'esercizio apparente della loro libertà di navigazione, siano in realtà soggetti ad un penetrante controllo sia delle loro condotte che delle loro menti.

Questo compito, che ai pubblici poteri deve essere assegnato, è, ad un tempo, la vera frontiera operativa del diritto di *Internet* ed un nuovo tipo di azioni positive, che non mira semplicemente (si fa per dire) a consentire l'accesso generalizzato alla rete, ma che si traduce – ancor prima che nell'accesso – nel dotare gli individui delle competenze idonee a poter fruire delle tecnologie più innovative senza esserne dominati. È, questo, l'unico modo che per consentire agli utenti della rete di godere dell'evoluzione tecnologica senza esserne schiavi. Il principio personalista sancito dall'art. 2 della Costituzione è stato concepito proprio per assicurarsi che, sulle macerie

¹⁰ Cfr., già, V. MAYER-SCHÖNBERGER – K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Boston – New York, Eamon Dolan – Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

¹¹ Sul tema, v., di recente, anche per i dovuti orientamenti bibliografici, F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, Giappichelli, 2018 (ivi anche contributi di vari autori su molteplici aspetti delle tematiche che sono state in questa sede soltanto evocate).

¹² L'espressione è divenuta, ormai, di uso corrente, grazie soprattutto a C. STEINER, *Automate This: How Algorithms Took Over Our Markets, Our Jobs, and the World*, London, Portfolio, 2013, e, in Italia, a S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 33 ss. Per una analisi dell'incidenza degli algoritmi sulla vita anche quotidiana, v., da ultimo, P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018.

dell'esperienza dittatoriale, gli individui venissero trattati come fini e mai come mezzi: il rafforzamento delle cognizioni necessarie ad un uso consapevole di *Internet* è una estrinsecazione chiara ed inequivoca di questa massima kantiana. In ragione di ciò, lo sviluppo di un inquadramento normativo basato sugli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione dovrebbe partire, con ogni probabilità, proprio da questo tipo di preoccupazioni. Prima che sia troppo tardi

Consulta Online

PAOLO PASSAGLIA

Ancora sul fondamento costituzionale di *Internet*. Con un ripensamento

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Rete e lo sviluppo della personalità. – 3. La Rete e l'eguaglianza sostanziale. – 4. *Internet*, algoritmi e pubblici poteri.

1. Introduzione

Lo sviluppo della tecnologia e, in particolare, di *Internet* ha avuto, come noto, un impatto profondo sui rapporti interpersonali e sul comportamento umano. L'ordinamento giuridico non poteva non essere interessato dai cambiamenti imposti e, di conseguenza, i giuristi, nei rispettivi ambiti di competenza, non potevano non interrogarsi su quale potesse essere l'incidenza delle nuove tecnologie sul diritto. Per i costituzionalisti, il primo e fondamentale interrogativo è stato, ovviamente, quello di collocare *Internet* nel tessuto costituzionale. La saldatura tra *Internet* e Costituzione è stata letta secondo molteplici prospettive, in un dibattito che, per oltre vent'anni, è stato particolarmente fecondo. Pasquale Costanzo ne è stato, per l'Italia, l'iniziatore e, da allora, è divenuto un punto di riferimento costante nella dialettica tra le varie posizioni che andavano emergendo¹. Avendo, chi scrive, potuto beneficiare grandemente dei suoi insegnamenti, si è ritenuto che fosse questa l'occasione più «naturale» per ritornare sul tema.

In queste pagine, tuttavia, non si passeranno in rassegna le varie tesi sostenute dagli studiosi italiani di diritto costituzionale. Assai più modestamente, si ripercorreranno gli esiti di riflessioni già svolte, per poi saggiarne la tenuta, sul piano della compatibilità con la Costituzione, alla luce della più recente evoluzione tecnologica. Il «ripensamento» di cui al titolo di questo contributo è infatti indice dell'avvertita esigenza di sottoporre a vaglio critico ciò che si riteneva acquisito: in questo senso, del resto, proprio Pasquale Costanzo, con il suo rivedere e riverificare le tesi da lui sostenute², ben dimostra come, nel diritto delle nuove tecnologie, nulla possa dirsi scontato e tutto debba essere costantemente sottoposto a nuove analisi, in parallelo con l'incedere delle acquisizioni scientifiche.

2. La Rete e lo sviluppo della personalità

La ricerca di un fondamento costituzionale per *Internet* è condizionata, chiaramente, dalla definizione che dello stesso si dia³. Se si pone l'accento sulla struttura tecnologica che è alla base

¹ Proporre una rassegna dei suoi scritti in materia è quanto mai arduo, vista la vastità della sua produzione. A titolo puramente evocativo, si ricorderanno, tra i contributi più risalenti, P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. informazione e informatica*, 1996, 831 ss.; ID., *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI – S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Padova, Cedam, 1999, 347 ss.; ID., voce *Internet (Diritto pubblico)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, UTET, 2000, 347 ss.

² Relativamente ai rapporti tra *Internet* e Costituzione, tra gli scritti più significativi possono citarsi P. COSTANZO, *Profili costituzionali di internet*, in E. TOSI (a cura di), *Diritto di internet e dell'e-business*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2003, tomo I, 53 ss.; ID., *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. BRUSCUGLIA – R. ROMBOLI, *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, a cura di T. CHECCOLI – C. MURGO – N. PIGNATELLI, Pisa, Plus, 2010, 5 ss.; ID., *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, Passigli Editore, 2013, 9 ss.; ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T. E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Le Monnier, 2017, 3 ss.

³ Sulla configurazione di *Internet* nell'ordinamento costituzionale italiano, il dibattito dottrinale, sviluppatosi a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, si è arricchito fino al punto che, oggi, risulta particolarmente ostica una

di *Internet*, diventa inevitabile evocare il concetto di «comunicazione», che, a sua volta, non può che collegarsi, in Italia, al primo comma dell'art. 15 della Costituzione, il quale, nel riconoscere l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza, non manca di inserire un inciso relativo ad «ogni altra forma di comunicazione». Un siffatto inciso non può non attagliarsi anche alla comunicazione via *Internet*. Il concetto di comunicazione, tuttavia, non è estraneo, come noto, neppure all'art. 21 della Costituzione, articolo che, anzi, viene generalmente letto come il principale baluardo di libertà nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa: la libertà di manifestazione del pensiero (nelle sue diverse declinazioni) vi è infatti protetta, al primo comma, in relazione a qualunque «mezzo di diffusione». Esclusa la praticabilità della rigida aderenza ai canoni ermeneutici suggeriti da un ipotetico richiamo all'*original intent*, sarebbe quanto mai arduo non ricomprendere *Internet* in questo inciso.

Non stupisce, alla luce di questi pur sommarissimi rilievi, che le due disposizioni costituzionali appena richiamate siano state quelle che la dottrina ha per prime utilizzato al fine di inquadrare da un punto di vista costituzionale il fenomeno *Internet*. Non stupisce neppure, però, che una certa quale inadeguatezza sia venuta via via emergendo con sempre maggiore evidenza: se, infatti, l'art. 15 si riferisce, tendenzialmente, ad una comunicazione basata su un'interazione del tipo «uno a uno» e se l'art. 21, per il suo tenore testuale e per l'interpretazione che se ne è data, si concentra essenzialmente su moduli comunicativi del tipo «uno a molti», *Internet* nasce e si sviluppa su paradigmi diversi, e segnatamente su quelli della comunicazione «molti a molti».

È vero che, almeno nella prima fase del suo sviluppo (quella che può definirsi del *web 1.0*), il modello della comunicazione «uno a molti» poteva ancora avere una validità euristica, sia pure con la riserva della necessità di prendere in considerazione la proliferazione degli «uno», cioè dei centri di diffusione. A far tempo dall'avvento del *web 2.0*, però, il velo si è squarciato sulle reali potenzialità del mezzo, rendendo attuali e, soprattutto, ordinarie le problematiche anche giuridiche connesse alla nuova forma di interazione comunicativa. Ed allora la saldatura dell'art. 15 con l'art. 21 della Costituzione è apparsa sempre più necessaria, ma, allo stesso tempo, sempre più insufficiente a coprire il caleidoscopio di forme espressive di cui *Internet* è andato popolandosi.

Il punto centrale del discorso sul fondamento costituzionale finisce per essere proprio il suddetto caleidoscopio, giacché il suo disvelarsi ha fatto risultare l'ancoraggio alla libertà di espressione attiva o passiva (in forma privata o pubblica: rispettivamente, art. 15 ed art. 21 della

selezione tra i molti contributi che sono stati proposti. Oltre i contributi menzionati alle note precedenti, v. A. CERRI, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. informazione e informatica*, 1996, 785 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Appunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in *Dir. informazione e informatica*, 1996, 393 ss.; V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. informazione e informatica*, 2000, 271 ss.; A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2001; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. informazione e informatica*, 2003, 487 ss.; G. CASSANO – A. CONTALDO, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, Giuffrè, 2009; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2011, n. 2, ed in *Politica del diritto*, 2011, 367 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2011, n. 2; S. NIGER, *Internet, democrazia e valori costituzionali* (2011), consultabile in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>); M. BETZU, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2012; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, Jovene, 2012; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, Laterza, 2012, spec. 378 ss.; O. POLLICINO – E. BERTOLINI – V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013; G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2013, n. 2; M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Atti del Convegno. Pisa, 21-22 novembre 2013, Torino, Giappichelli, 2014; A. MASERA – G. SCORZA, *Internet, i nostri diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2016; T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit.; P. PASSAGLIA – D. POLETTI (a cura di), *Nodi Virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole. A trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Atti del Convegno. Pisa, 7-8 ottobre 2016, Pisa, Pisa University Press, 2017; T.E. FROSINI, *Liberté, Égalité, Internet*, 2ª ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Costituzione) sempre più insufficiente, in quanto parziale, e di una parzialità non declinabile alla stregua di una *sineddoche*. Altrimenti detto, l'originaria impronta di mezzo di comunicazione di massa, diverso dai tradizionali (essenzialmente solo) in ragione del tipo di interazione comunicativa (potenziale, con il *web 1.0*, ed effettuale, con il *web 2.0*) ha progressivamente perso corrispondenza con la realtà di *Internet*, nella misura in cui sulla rete non ci si limita ad esprimersi o a prendere cognizione dell'altrui espressione, ma si fa o si può fare anche molto altro: si studia e si lavora, si fruisce di un servizio pubblico e si adempie ad obblighi, ci si riunisce e ci si associa, si esercita la libertà di iniziativa economica e si esplica la propria libertà sessuale. L'elenco è, come ovvio, puramente indicativo, per la semplice ragione che il novero delle attività che possono svolgersi su *Internet* è, per il presente, indeterminabile *a priori* e, *pro futuro*, addirittura inconoscibile, avuto riguardo all'impossibilità di prevedere con ragionevole approssimazione gli esiti dell'evoluzione tecnologica.

La progressiva dilatazione delle azioni, apprezzabile in primo luogo proprio sul piano tecn(olog)ico, ha portato il discorso a disegnare una traiettoria che, partendo da una definizione tecnica di *Internet*, ha finito per porre una particolare enfasi sull'impatto del mezzo sulla vita della persona⁴.

Si giunge per tal via ad evocare il principio personalista, ciò che, a sua volta, non può che preludere ad un richiamo all'art. 2 della Costituzione, il quale, proprio per la sua generalità, risulta essere il riferimento obbligato per inquadrare una qualunque sede per cui la molteplicità di atti posti in essere o che possono venir posti in essere (senza ovviamente trascurare la *qualità* degli stessi sul piano delle implicazioni per il diritto costituzionale) sia tale da giustificare (e, nel caso di *Internet*, la giustifica ampiamente) la definizione alla stregua di una dimensione nella quale l'individuo esplica la propria personalità.

A questo stadio dell'argomentazione, parrebbe di esser stati condotti verso una configurazione di *Internet* che ne sottolinei la «normalità», nel senso della possibilità di applicare ad *Internet* le regole generali che sono poste a presidio della libertà dell'individuo come singolo e dei suoi diritti e doveri nella vita di relazione. Una siffatta conclusione non sembra, tuttavia, da sottoscrivere, in quanto, se è vero che *Internet* è una sede, anzi una delle molteplici sedi, in cui si realizza la personalità dell'individuo, e se può essere vero (lo si ammette senza concederlo) che le «dinamiche realizzative» della personalità non sono ontologicamente diverse da quelle che caratterizzano altre sedi, non può in ogni caso trascurarsi che *Internet* presenta una particolarità insopprimibile, e cioè il fatto di non essere concretamente fruibile *ab omnibus*, ostandovi una serie di ostacoli (fattuali, ma talvolta anche in parte giuridici) di vario tipo, comunemente accomunati

⁴ Significative, in tal senso, sono state alcune statuizioni giurisprudenziali. Il punto di partenza dell'evoluzione della giurisprudenza «transnazionale» relativa ad *Internet* è probabilmente la sentenza sul caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, del 1997 (521 U.S. 844), con cui la Corte suprema statunitense ha sottolineato principalmente l'aspetto tecnologico, qualificando *Internet* come «un mezzo di comunicazione tra gli uomini di tutto il mondo unico e completamente nuovo», cui «gli individui possono avere accesso [...] da molte fonti diverse». Il legame con lo sviluppo di nuove dimensioni della personalità è stato invece al centro di decisioni più recenti, segnatamente quella del *Conseil constitutionnel* francese, secondo cui, «allo stato attuale dei mezzi di comunicazione, ed avuto riguardo allo sviluppo generalizzato dei servizi di comunicazione al pubblico *on line*, nonché all'importanza assunta da questi servizi per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione delle idee e delle opinioni», il diritto sancito dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 alla libera comunicazione delle idee e delle opinioni «implica la libertà di accesso a questi servizi» (*décision* n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009). Ancora più esplicita è stata la Corte suprema federale tedesca (decisione 24 gennaio 2013, III ZR 98/12), la quale ha rilevato che «*Internet* fornisce informazioni complete su tutto il mondo in forma di *files* di testo, immagini, video e audio»; «in *Internet*, quasi tutti i settori sono coperti e, da un punto di vista tematico, le diverse esigenze sono soddisfatte», al punto che «*Internet* ha cambiato il modo di vivere di una grande parte della popolazione, essendo divenuto uno strumento di una importanza decisiva per il modo di vivere di una grande parte della popolazione», di talché l'impossibilità di collegarsi ad *Internet* «ha un impatto significativo sulla vita quotidiana».

nella composita categoria del *digital divide*⁵. Altrimenti detto, pur non potendosi (né volendosi) negare l'importanza di *Internet* per lo sviluppo della personalità di un individuo, non può trascurarsi che una parte (ancora) consistente dei consociati non fruisce delle potenzialità del mezzo o ne fruisce in maniera estremamente limitata. Ciò è talvolta frutto di una libera determinazione individuale, ma talaltra – verrebbe da dire che si tratta dell'*id quod plerumque accidit* – è il portato di uno o più impedimenti, i quali possono essere di varia natura. In particolare, l'esclusione da *Internet* può essere l'effetto di una determinazione autoritativa correlata a determinate situazioni soggettive (ad esempio, lo stato di detenzione). L'esclusione da *Internet* può derivare anche da carenze infrastrutturali, che rendono impossibile la connessione in determinate aree o che la rendono difficile o talmente lenta da limitare drasticamente, di fatto, le possibilità di utilizzo del mezzo. L'esclusione può essere il frutto di difficoltà economiche, che impediscono ad un individuo di possedere o, almeno, di detenere per un tempo significativo apparecchi che consentano un (adeguato) accesso alla rete, avendo riguardo sia all'*hardware* che al *software*. Ancora, l'esclusione può essere collegata a problemi di ordine fisico, che precludono al soggetto la fruizione dei contenuti o di parte dei contenuti presenti in rete. Infine, l'esclusione può essere la conseguenza di un *deficit* culturale dell'individuo, che è privo delle conoscenze informatiche sufficienti per interfacciarsi con un *computer* e/o per avviare la navigazione.

Ora, tralasciando la prima delle fattispecie enucleate (quella che potrebbe definirsi come il *digital divide* autoritativo), appare abbastanza evidente che i casi prospettati, dal *digital divide* infrastrutturale a quello economico, da quello fisico a quello culturale, sono tutti pianamente riconducibili a quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», ostacoli la cui rimozione è dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione qualificata come compito della Repubblica.

3. La Rete e l'eguaglianza sostanziale

Alla luce di quanto si è venuti dicendo, nella ricerca di un ancoraggio costituzionale di *Internet*, l'art. 2 non può essere di per sé sufficiente: il richiamo congiunto all'art. 3, secondo comma, è troppo forte per poter essere collocato in secondo piano. Le due disposizioni formano, in realtà, un sistema inscindibile, giacché la dimensione virtuale di svolgimento della personalità non potrebbe in alcun caso sussistere se non ci fosse, a monte, l'opera di rimozione degli ostacoli da parte della Repubblica. A prima vista, potrebbe ritenersi che tale sistema normativo fosse necessitato soltanto in via transitoria, nel senso che, ferma restando la centralità dell'art. 2, l'importanza dell'art. 3, secondo comma, dovrebbe essere circoscritta alla fase attuale, in cui i pubblici poteri sono impegnati (o, almeno, dovrebbero esserlo) a rimuovere gli ostacoli suddetti,

⁵ In proposito, a titolo puramente indicativo, possono menzionarsi – con riguardo unicamente alla dottrina italiana – i lavori di V. BIANCHINI – A. DESIDERIO, *Atlante del divario digitale*, in *I quaderni speciali di Limes*, 2001, n. 1, suppl., 42 ss.; T. PUCCI, *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Informatica e diritto*, 2002, 119 ss.; G. ANZERA – F. COMUNELLO (a cura di), *Mondi digitali. Riflessioni e analisi sul Digital Divide*, Milano, Guerini Associati, 2005; M. DA BORMIDA – D. DOMENICI, *Software libero, copyleft e digital divide*, in *Dir. autore e nuove tecnologie*, 2006, n. 2, 143 ss.; L. SARTORI, *Il divario digitale. Internet e le nuove disuguaglianze sociali*, Bologna, il Mulino, 2006; E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, Giuffrè, 2008; S. BENTIVEGNA, *Disuguaglianze digitali. Le nuove forme di esclusione nella società dell'informazione*, Roma – Bari, Laterza, 2009; F. AMORETTI – E. GARGIULO, *Dall'appartenenza materiale all'appartenenza virtuale? La cittadinanza elettronica fra processi di costituzionalizzazione della rete e dinamiche di esclusione*, in *Politica del diritto*, 2010, 353 ss.

con la conseguenza che, nel momento in cui questi ostacoli fossero rimossi, il riferimento al principio di eguaglianza sostanziale perderebbe gran parte della sua pregnanza: una volta predisposte tutte le infrastrutture necessarie, una volta superati gli impedimenti di ordine economico ed una volta completata la c.d. alfabetizzazione informatica della popolazione, non resterebbe che far fronte agli impedimenti di ordine fisico, a proposito dei quali, peraltro, non sarebbe dato andare molto oltre ciò che la natura consente. A ben vedere, una lettura di questo tipo, fortemente influenzata dalle esperienze che hanno sin qui caratterizzato lo stato sociale, non può essere riproposta nell'ambito qui in discorso, per il semplice fatto che il postulato di *Internet* e della tecnologia che attorno ad esso gravita pare proprio essere quello di un dinamismo continuo, di una evoluzione destinata ad auto-alimentarsi, sino a prefigurare, per il medio termine, scenari oggi semplicemente impensabili. Sul piano infrastrutturale, ad esempio, il continuo aumento della velocità di connessione impone un'opera di costante adeguamento da parte dei pubblici poteri ed al contempo crea le condizioni perché gli strumenti attraverso cui *Internet* viene concretamente utilizzato conoscano un'obsolescenza precoce. Analogamente, l'alfabetizzazione informatica su vasta scala è raggiungibile solo in riferimento a tecnologie che non siano quelle di ultima generazione, non fosse altro perché tra l'impostazione di un programma di alfabetizzazione, la determinazione dei suoi contenuti e la sua concreta realizzazione intercorre un periodo di tempo sovente più che sufficiente a far emergere nuove tecnologie o, quanto meno, l'affinamento delle tecnologie esistenti che al momento dell'impostazione del programma non potevano essere presi in considerazione. Per altro verso, lo sviluppo tecnologico offre sempre maggiori possibilità di superamento degli impedimenti fisici, ciò che si traduce in un costante aggiornamento degli obiettivi perseguibili ad opera dei pubblici poteri.

In buona sostanza, stante anche la sua costante invocabilità, l'art. 3, secondo comma, non può essere un parametro contingente, ma deve essere assunto a fondamento alla stessa stregua dell'art. 2.

La possibilità per il singolo di esplicitare la propria personalità nella dimensione virtuale deve essere alimentata da un impegno costante da parte dei pubblici poteri, la cui azione deve caratterizzarsi per una pluralità di linee di azione, corrispondenti, per un verso, all'adeguamento dell'apparato tecnologico al progresso della scienza informatica (onde evitare che venga a crearsi un *digital divide* tra l'Italia e gli altri paesi) e, per l'altro, a politiche di sostegno volte a ridurre il *digital divide* interno nelle diverse forme in cui esso si manifesta. Come dire che il diritto di libertà (ma non solo) consistente nello svolgimento della propria personalità nel mondo virtuale non può prescindere da un generalizzato diritto a prestazione che chiama i pubblici poteri ad un intervento costante. Ecco quindi che il «riconoscere» ed il «garantire» di cui all'art. 2 della Costituzione si traducono, alla luce dell'art. 3, secondo comma, non già in una presa d'atto ed in una protezione *ex post* dei diritti, ma postulano un'azione positiva di creazione delle condizioni perché il riconoscimento sia effettivo e la garanzia sia il presupposto per l'esercizio dei diritti, e non solo la risposta al loro impedimento.

In questo quadro, diviene imprescindibile il dare un contenuto pretensivo al diritto a prestazione. Al riguardo, dal sistema degli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione, parrebbe non dovessero porsi questioni circa l'*an*, ma tutt'al più sul *quomodo* e sul *quantum*.

Il profilo del *quomodo* è stato, in realtà, già chiarito dalla Corte costituzionale, a far tempo dalla sentenza 21 ottobre 2004, n. 307, con cui si sono dichiarate infondate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto disposizioni istitutive di fondi speciali destinati ad incentivare l'acquisto e l'utilizzo di *personal computers*, da parte di giovani o di soggetti aventi determinati requisiti reddituali, mediante l'erogazione di contributi economici. Trattandosi di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, le censure riguardavano, per l'essenziale, la lesione di competenze legislative regionali che la disciplina aveva asseritamente prodotto. La risposta della

Corte è stata, però, nel senso che «la mera previsione di contributi finanziari, da parte dello Stato, erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all'età o al reddito e finalizzati all'acquisto di *personal computer* abilitati alla connessione ad *internet*, in un'ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica», integra un intervento che, nella misura in cui «non [è] accompagnato da alcuna disciplina sostanziale riconducibile a specifiche materie, non risulta invasivo di competenze legislative regionali». Esso, infatti, «corrisponde a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 della Costituzione». La Corte, in definitiva, ha assegnato all'impegno a favore dell'alfabetizzazione informatica e della eliminazione delle barriere (economiche) che si frappongono alla diffusione delle tecnologie informatiche (almeno tra i giovani) un ruolo tanto significativo da giustificare azioni da parte dei pubblici poteri che non siano astrette al rigoroso rispetto del riparto competenziale. Il discorso può essere agevolmente generalizzabile, attribuendo alla «Repubblica» il compito di assicurare ai singoli la fruizione di *Internet*. Ed in questo concorrere dei vari livelli di governo, non ordinabile in maniera rigida alla luce di una delimitazione per materia, un canone imprescindibile cui fare riferimento è la cooperazione, che sola può consentire di coordinare tale pluralità di azioni.

Assai più delicato appare, peraltro, il profilo del *quantum*, giacché in esso si confrontano, da un lato, l'importanza crescente della dimensione virtuale come sede di sviluppo della personalità e, dall'altro, la non illimitatezza (sia consentito l'eufemismo) delle risorse con cui far fronte alle sempre crescenti esigenze. Già da questa impostazione emerge l'indefettibilità di un bilanciamento tra interessi dei singoli e disponibilità finanziarie dei pubblici poteri. Il punto è che proprio l'art. 2 orienta l'interprete nel senso di limitare il bilanciamento a ciò che è effettivamente «bilanciabile» e di riconoscere carattere di pretesa «assoluta» a quanto costituisce il nucleo irriducibile dei diritti della personalità. In termini più concreti, la pretesa consistente nel poter fruire di *Internet* non è, in sé e per sé, comprimibile, ma è solo il modo attraverso cui di *Internet* può fruirsi ad esserlo, tra l'altro entro certi limiti: se non può accettarsi che categorie di persone – identificate su base geografica, anagrafica, di appartenenza sociale o di disponibilità economiche, etc. – siano pregiudizialmente escluse dal mondo virtuale, ciò non significa che non sia costituzionalmente ammissibile che una persona, in ragione delle concrete condizioni – geografiche, anagrafiche, sociali, economiche, etc. – in cui versi, possa trovarsi a fruire di *Internet* in forme deteriori rispetto ad altre. Così, non può pretendersi che la velocità della rete sia uniforme su tutto il territorio nazionale, dovendosi quindi accettare che, a seconda del territorio in cui ci si trovi, *Internet* sia fruibile con tempi di *download* e di *upload* dilatati, sia pure, ovviamente, sempre nei limiti dell'accettabilità. Del pari, non può pretendersi che i pubblici poteri rendano il servizio di connessione gratuito in qualunque parte del territorio (ed in particolare, presso qualunque domicilio), mentre può pretendersi che esistano *hotspots* gratuiti che siano raggiungibili da parte di chiunque senza eccessivo aggravio. Ancora, non è neppure ipotizzabile che i pubblici poteri si facciano carico di fornire a tutti l'*hardware* necessario per la connessione, mentre è più che ragionevole prospettare l'esistenza di sedi presso le quali chiunque possa accedere, da apparecchiature pubbliche, ad *Internet*. Analogamente, l'alfabetizzazione informatica deve essere perseguita (anche alla luce dell'art. 9 della Costituzione, come ricordato dalla Corte costituzionale nella precitata decisione), ma ciò non può implicare la sussistenza di un obbligo specifico invocabile da parte di tutti, bensì solo la predisposizione di condizioni che tale alfabetizzazione rendano possibile, come ad esempio la sua previsione nei *curricula* scolastici e l'organizzazione di corsi gratuiti (o a prezzo comunque «abbordabile») aperti a tutti. Infine, i pubblici poteri debbono, sì, prendersi cura di smussare gli ostacoli di ordine fisiologico all'accesso

alla rete, ma ciò senza che si possa richiedere che venga assicurato un accesso compiuto.

Non è questa la sede per operare una valutazione circa la reale corrispondenza della normazione di rango primario e secondario attualmente vigente né tanto meno delle *policies* adottate a livello amministrativo ai sopra accennati corollari ricavabili dal sistema degli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione. Certo è che l'ordinamento italiano pare, sul punto, piuttosto lontano dall'aver raggiunto un livello ottimale di corrispondenza tra *essere* e *dover essere*.

4. Internet, algoritmi e pubblici poteri

Sulla scorta di quanto si è venuti dicendo, appare chiaro che l'idea che *Internet* sia una dimensione che consenta all'individuo di esprimere la propria personalità è alla base del riconoscimento del fondamento costituzionale di tutte le azioni dei pubblici poteri che siano rivolte a rendere *Internet* accessibile. In altre parole, ed al di là della sua qualificazione formale in termini di diritto sociale, l'accesso ad *Internet* rappresenta un impegno per i pubblici poteri proprio perché la rete è uno strumento di concretizzazione dell'imperativo di cui all'art. 2 della Costituzione, pur essendo fortemente caratterizzata dagli elementi impeditivi che l'art. 3, secondo comma, della Costituzione disegna⁶.

Adottando questa impostazione, e ponendosi in un'ottica di stretto di diritto costituzionale, le peculiarità di *Internet* richiedono un inquadramento che vada ben oltre l'enucleazione delle condizioni che i pubblici poteri approntino per consentire un accesso generalizzato al mezzo da parte dei consociati. La peculiarità più significativa è, probabilmente, quella della apparente neutralità della rete⁷, che crea negli utenti l'idea di una libertà praticamente illimitata di scegliere i contenuti con i quali interfacciarsi. Questa idea, tuttavia, non può non essere vagliata

⁶ La configurazione dell'accesso ad *Internet* alla stregua di un diritto è oggetto, anch'essa, di un ampio dibattito in dottrina, un dibattito relativo, non tanto all'*an* della configurazione, bensì al tipo di diritto (di libertà, sociale, fondamentale, umano) che debba riconoscersi. In proposito, conviene rinviare, oltre che a molti degli scritti citati alle note precedenti, a P. COSTANZO, *L'accesso ad Internet in cerca d'autore*, in *Diritto Internet*, 2005, n. 3, 247 ss.; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso a internet come diritto umano*, in *Le Comunità internazionali*, 2010, 395 ss.; i contributi che figurano in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010 (Roma, 30 novembre 2010), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2012, n. 4; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, 17 ottobre 2012; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, Relazione presentata al convegno annuale del «Gruppo di Pisa» su «I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», svoltosi a Trapani l'8 ed il 9 giugno 2012; C. CARUSO, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 28 aprile 2013;; G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso ad Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 6 marzo 2013;; T.E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in O. POLLICINO – E. BERTOLINI – V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 65 ss.; L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad Internet*, Relazione presentata al Secondo seminario annuale del «Gruppo di Pisa» con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche, Università di Roma Tre, 20 settembre 2013;; M.R. ALLEGRI – G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, Aracne, 2017; T.E. FROSINI, *Il diritto di accesso a Internet*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 41 ss.; G. DE MINICO, *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, Focus – I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo, n. 4 (14 settembre 2018).

⁷ Il concetto di «neutralità» è qui utilizzato in un'accezione più lata e a-tecnica rispetto a quella con cui generalmente si identifica la *net neutrality*, e cioè la «parità di trattamento dei dati veicolati in rete e la facoltà degli utenti di acceder[vi] liberamente» (così F. DONATI, *Net neutrality e zero rating nel nuovo assetto delle comunicazioni elettroniche*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 185).

criticamente, giacché, con l'evoluzione della scienza informatica, appare sempre più chiaro che la discrasia tra la teoria e la realtà va aumentando, sino al punto di potersi domandare se la libertà della rete non stia divenendo una illusione.

Lo sviluppo degli algoritmi conduce, in effetti, ad una crescente manipolazione degli utenti, una manipolazione sempre più subdola, sia perché le difficoltà nel coglierla aumentano in parallelo con l'incedere del progresso tecnologico sia perché vanno raffinandosi grandemente le tecniche attraverso le quali si realizza. Gli utenti vengono «dolcemente guidati» verso percorsi della rete disegnati su misura alla luce dei loro desideri, delle loro abitudini, dei loro sentimenti.

Mentre una persona sta formando la sua personalità sulla rete, i suoi dati vengono registrati. E questi dati vengono utilizzati per costruire l'orizzonte della sua formazione, con il che l'accesso ad *Internet* degli utenti è, in realtà, l'accesso a contenuti ed a modelli di comportamento che sono preconfezionati.

Per dirla in termini più espliciti, *Internet* è stato concepito, ed è tuttora percepito, come un mezzo per aumentare esponenzialmente i contenuti informativi e formativi a disposizione di un individuo, un mezzo per ampliare il suo mondo. Ma un tale ampliamento non è necessariamente sinonimo di potenziamento della libertà. Sempre più si avverte il rischio che *Internet* possa diventare come la libertà cantata da Giorgio Gaber più di quarant'anni fa: «*Te la mettono lì, la libertà è alla portata di tutti, come la chitarra. Ognuno suona come vuole e tutti suonano come vuole la libertà*»⁸.

Ogni volta in cui si apre il *browser*, si convive con *banners* pubblicitari, più o meno invasivi. Da questo punto di vista, la rete non è ontologicamente diversa rispetto alla televisione o anche rispetto alle strade: la nostra vita è infatti segnata da un frequente, inevitabile contatto con la pubblicità. La rete, però, ha un'arma in più: l'*advertisement* è specificamente rivolto all'utente, che viene così bombardato di informazioni su prodotti e servizi strettamente correlati a ciò che ha recentemente acquistato o che ha ricercato sul *web*. Il controllo del e l'influenza sull'utente-consumatore sono quindi esponenzialmente più efficaci, perché più subdoli, rispetto alla classica *réclame* televisiva o al cartellone pubblicitario. Ne discende che, a causa di questi metodi di manipolazione che *Internet* offre, i processi decisionali individuali finiscono per essere condizionati e finanche modificati negli esiti, il che si traduce inevitabilmente in una restrizione della libertà di scelta tale da far temere che la libertà, nel mondo virtuale, stia di fatto evaporando.

Con la libertà incanalata verso uno stato asfittico, anche il confronto dialettico rischia una rarefazione significativa, dovuta all'inevitabile allontanamento di tutto quanto non rientri tra le scelte prioritarie dell'utente. Le pubblicità, i suggerimenti, i commenti che sono ritagliati sulle inclinazioni manifestate dai singoli attraverso la navigazione, gradualmente rafforzati dall'effetto della ripetizione, creano le cc.dd. «*filter bubbles*»⁹, vale a dire un isolamento intellettuale che discende dalle selezioni, operate dagli algoritmi, di informazioni e di punti di vista che, presumibilmente, l'utente vuole conoscere: l'effetto è quello dell'allontanamento e della tendenziale esclusione delle informazioni non gradite e dei punti di vista non condivisi. Una tale dinamica riduce drasticamente la dialettica in favore di una polarizzazione sociale, in cui gruppi di utenti individuati per affinità si chiudono al loro interno, dissolvendo il confronto con gruppi di diverse inclinazioni o, addirittura, acuendo, nella reciproca incomprensione, le ragioni di conflitto.

Queste considerazioni – velate, certo, di pessimismo, ma probabilmente non scevre di tratti di realismo – non possono non avere una ricaduta pesante sull'inquadramento costituzionale di *Internet*. In effetti, gli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione possono, sì, porsi alla

⁸ Il brano citato conclude il monologo dal titolo *L'America*, di G. Gaber – S. Luporini, in *Libertà obbligatoria*, del 1976.

⁹ L'espressione è di E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, London, Penguin, 2012.

stregua di un valido fondamento del diritto ad *Internet*, e sono tali da poter imporre ai pubblici poteri la realizzazione di politiche tese alla generalizzazione tendenziale dell'accesso alla rete. Ma tutto questo vale sul presupposto che *Internet* dischiuda, effettivamente, una dimensione ulteriore nella quale l'individuo possa formare la sua personalità e possa farlo esprimendosi liberamente.

Se i convincimenti e le decisioni personali vengono ad essere «guidati» – per non arrivare a dire «predeterminati» – dagli algoritmi, la libertà di esprimere la propria personalità si tramuta in qualcosa che non è ontologicamente lontano da un «lavaggio del cervello». La protezione costituzionale riconosciuta ad *Internet* diviene, allora, ovviamente incompatibile con un mezzo di comunicazione che, nel momento in cui promette nuove dimensioni di libertà, di fatto costruisce gabbie sempre più solide entro cui la mente si rinchiede. Si tratta di un aspetto cruciale di cui tener conto allorché si ragiona di azioni dei pubblici poteri relative all'utilizzo di *Internet*, giacché il rafforzamento delle possibilità di accesso alla Rete non possono essere scisse dalla protezione contro queste «gabbie della mente», altrimenti qualunque politica posta in essere al fine di incentivare l'utilizzo della Rete finisce per tradursi in una sorta di complicità con gli *stakeholders* privati che mirano ad influenzare le condotte degli individui.

Big data e intelligenza artificiale, cioè i principali strumenti attraverso i quali i suddetti *stakeholders* perseguono i loro obiettivi, sono elementi che non possono essere ignorati, anche perché hanno un enorme potenziale per favorire il progresso economico e sociale¹⁰. Ma non possono essere ignorati soprattutto per le loro potenzialità negative, e cioè, appunto, il loro potere di condizionamento e di controllo dei comportamenti personali¹¹.

È, in definitiva, compito della Repubblica, o meglio dei pubblici poteri, ivi inclusi quelli di livello sovranazionale, quello di trovare forme di disciplina del fenomeno *Internet* che prendano in adeguata considerazione la sua struttura tecnologica, onde riuscire a prevenire (e possibilmente ad evitare) la «dittatura dell'algoritmo»¹². Perché un quadro normativo è, effettivamente, indispensabile per far sì che le sempre più avanzate tecnologie vengano orientate ed utilizzate in forme tali che siano compatibili con la compiuta auto-determinazione degli individui, e ciò non solo da un punto di vista teorico ma anche – e soprattutto – in termini concreti.

Al fine di giustificare azioni che promuovano l'utilizzo dell'*Internet*, i pubblici poteri non possono trascurare il loro compito primario di escludere che venga a radicarsi un *Internet* nel quale gli utenti, nell'esercizio apparente della loro libertà di navigazione, siano in realtà soggetti ad un penetrante controllo sia delle loro condotte che delle loro menti.

Questo compito, che ai pubblici poteri deve essere assegnato, è, ad un tempo, la vera frontiera operativa del diritto di *Internet* ed un nuovo tipo di azioni positive, che non mira semplicemente (si fa per dire) a consentire l'accesso generalizzato alla rete, ma che si traduce – ancor prima che nell'accesso – nel dotare gli individui delle competenze idonee a poter fruire delle tecnologie più innovative senza esserne dominati. È, questo, l'unico modo che per consentire agli utenti della rete di godere dell'evoluzione tecnologica senza esserne schiavi. Il principio personalista sancito

¹⁰ Cfr., già, V. MAYER-SCHÖNBERGER – K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Boston – New York, Eamon Dolan – Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

¹¹ Sul tema, v., di recente, anche per i dovuti orientamenti bibliografici, F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, Giappichelli, 2018 (ivi anche contributi di vari autori su molteplici aspetti delle tematiche che sono state in questa sede soltanto evocate).

¹² L'espressione è divenuta, ormai, di uso corrente, grazie soprattutto a C. STEINER, *Automate This: How Algorithms Took Over Our Markets, Our Jobs, and the World*, London, Portfolio, 2013, e, in Italia, a S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 33 ss. Per una analisi dell'incidenza degli algoritmi sulla vita anche quotidiana, v., da ultimo, P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018.

dall'art. 2 della Costituzione è stato concepito proprio per assicurarsi che, sulle macerie dell'esperienza dittatoriale, gli individui venissero trattati come fini e mai come mezzi: il rafforzamento delle cognizioni necessarie ad un uso consapevole di *Internet* è una estrinsecazione chiara ed inequivoca di questa massima kantiana. In ragione di ciò, lo sviluppo di un inquadramento normativo basato sugli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione dovrebbe partire, con ogni probabilità, proprio da questo tipo di preoccupazioni. Prima che sia troppo tardi

Consulta Online

GIOVANNA DE MINICO
Internet: Rules and Anarchy. The test of algorithms*

Summary: 1. The terms of the discussion. – 2. A constitutional basis for the Internet? – 3. The guarantees of modern constitutionalism in lieu of an *ad hoc* constitutional basis. – 4. The debate on the best regulation of the Internet. – 5. The algorithms between rules and anarchy. – 6. The Regulation 2016/679: a sufficient framework for the algorithms? – 7. Fair and biased algorithms? – 8. The new approach of the Italian Boldrini Committee. – 8.1. Contents of the Committee's Declaration. – 8.2. Legal status of the Declaration. – 9. Concluding remarks.

1. *The terms of the discussion*

This essay aims to address the following basic question, namely whether the Internet should remain the reign of anarchy¹ or the field of a new regulatory approach. The second option raises the question as to the sources of the rules designed to regulate the Net.

Preliminarily, the focus will be concentrated on the necessity to constitutionalize the Internet. Subsequently, we will proceed to identify the most suitable regulation, which could take the form of a supranational "Bill of Rights" for the Internet.

The proposal of this Bill prompts further questions: which legislative body should write this Bill? What should the relationship be between binding rules and the policies of self-regulation? What kind of content would be appropriate or necessary for the Bill? Should the Bill give greater weight to fundamental rights than to economic interests? Which value could be assigned to the Bill?

To answer these questions, I will not simply tackle a single freedom concerning netizens. This article's analysis will instead focus on the basic need that fundamental rights, normally protected by national constitutions, should receive universal protection regardless of territorial boundaries, in accordance with the a-territorial nature of the Internet. Therefore, rather than focusing on specific rights, whether they be freedom of expression, communication, or the right to access the Internet², this article intends to propose the essentials of a statute for fundamental rights, one that is sufficiently general to encompass every freedom, regardless of its specific features. This statute should also be supranational so that every freedom is consistently protected regardless of the variances in national legal systems. This would also ensure equality of treatment.

The above questions refer to the necessity of general regulations that extend beyond both national boundaries and the sectional interests prevailing in any given moment. A comprehensive view of the possible answers will support the assertion that all technical issues concerning the Internet cannot be left to the invisible hand of a market-oriented technological development, rather, it should be goal-oriented towards achieving a common good³. Should this happen, the Internet would finally be a unique and effective opportunity for everyone to pursue personal growth and participation in the virtual political process. Such an outcome, however, can only be

¹J. P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, February 8, in *Electronic Frontier Foundation* (<https://www.eff.org/de/cyberspace-independence>). See R. RADU, *Negotiating Internet Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 45.

²Let me allow to refer to G. DE MINICO, *New Social Rights and Internet: Which Policies Combine Them*, in *International Community Law Review* (I), 2013, 15(3). For a wide overview on specific rights, see M. BOARDMAN, *Digital Copyright Protection and Graduated Response: A Global Perspective*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* (<https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/>), 2011, 33(2), 235-243.

³Concerning Internet as a 'global public good', see M. R. CANAZZA, *The Internet as a global public good and the role of governments and multilateral organizations in global internet governance*, in *Meridiano* 47, 2018, 19, 2-3.

ensured through clear choices made by policymakers and netizens. If this outcome has already occurred or is going to happen, we can't anticipate now but we will look at it later.

2. A constitutional basis for the Internet?

The fact that Internet is not expressly envisaged in most Constitutional texts poses the issue whether it would be necessary to update those Constitutions that ignore the Net at all⁴.

As a starting point, two Constitutions - namely the Italian and American ones - will be discussed, as they already entail norms protecting traditional media - radio, television, and newspapers - yet at the same time lack specific rules for online media such as Internet blogs and social network websites⁵.

More specifically, art. 15 and 21 of the Italian Constitution (freedom of communication and speech, respectively⁶) do not refer to the Internet at all. This is easily explained considering that the constitutional formulas have remained unchanged since 1948. Recently, there has been considerable debate among scholars⁷ and decision makers about the necessity of introducing new *ad hoc* constitutional provisions⁸.

It can be argued against the thesis of a formal revision that any new formula would be focused on the existing technology and could not easily cover the inevitable and unforeseeable future development.

This would expose any constitutional innovation to the risk of premature obsolescence: a detailed provision might be adequate today, but useless, or even harmful, tomorrow. It should be further noted that the real focus of Internet regulation is found - as it will be explained more extensively later - in the identification of a supranational rule-maker. A national Constitution, applicable within the territory of a single State, might be an obstacle in the broader perspective of a discipline that encompasses a number of States with different legislative histories, experiences, and economic and social interests. From this point of view, a specific and detailed provision might not be the right answer.

An alternative is found in a broad interpretation of the existing constitutional provisions, in order that they may be applied to the new virtual reality.

This approach would be made easier by the inherent flexibility of many Constitutional provisions. This is the case of art. 15 and 21 of the Italian Constitution, which grant protection to the above named media, but also refer respectively to "every other form of communication" (Art. 15) and "any other means of communication" (Art. 21).

⁴Concerning the transformations that Internet brings in Constitutions E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a New Systematic Theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019, 33(1), 76-99.

⁵ Only two Constitutions dealt with new media through explicit provisions, see *Syntagma* [SYN.][Constitution] 5a, co. 2 (Greece) and *Constitucion de República del Ecuador* [C.R.] art. 16. Concerning freedom of expression in the two Constitutions O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech*, in *European Law Journal*, 2020, 25, 156-157.

⁶ On the connection between free speech and the Internet F. MOSTERT, *Free speech and internet regulation*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, 14(8), 607-612.

⁷ S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti e quali vincoli* [*The word in the net. What rights and what constraints*], Bari, Editori Laterza, 2014.

⁸ See for what concerns the Leg. XVII the 'disegno di legge costituzionale, A.S. 1317, 17/2/2014, modifica all'articolo 21 della Costituzione, [hereinafter Project of constitutional law 1317/2014]' and also the 'disegno di legge costituzionale, A.S. 1561, 10/7/2014, introduzione dell'articolo 34 bis della Costituzione, [hereinafter Project of constitutional law 1561/2014]'. In doctrine, see O. POLLICINO, *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)*. 2015, March 13, and G. DE MINICO, *A proposito dei disegni di legge di revisione costituzionale, A.S. 1561 e 1317, I Commissione del Senato, Leg. XVII, 10/3/2015*.

A similar example is given by the First Amendment of the U.S. Constitution⁹. In fact, the Supreme Court has encompassed the defense of the Internet within the constitutional safeguards of freedom of speech, and no reform of the Amendment has been deemed necessary¹⁰.

To avoid any misunderstanding, it is important to clarify that the extension of the same constitutional protection to rights and liberties offline and online does not imply an automatic transfer of the offline discipline, as a whole, into the world of virtual reality. The extension considered here is limited to the basic constitutional guarantees of rights and liberties, while a different sub-constitutional regulation may remain to be provided for in detail.

Therefore, offline media regulations cannot as such be made applicable online. Should this happen, the Internet would lose its uniqueness. Furthermore, an unfettered Internet is essential to the circulation of ideas which is a basic instrument of economic and social growth. As a consequence, regulations should be kept at a minimum level, as we shall see later.

3. The guarantees of modern constitutionalism in lieu of an ad hoc constitutional basis

The heritage of constitutionalism provides two basic safeguards for fundamental offline rights, valid also for liberties online. To examine these measures, we will use the Italian Constitution as a starting point to then discuss them at a supranational level.

In the Italian Constitution these measures consist in both the “riserva di legge”¹¹ and the “riserva di giurisdizione”¹².

A) The first, named the law clause, is a binding way of allocating regulatory work between primary and secondary rules, in force of which the Constitution entrusts in whole or in part the regulation concerning a given matter to the law adopted by Parliament.

As a consequence the Government will be enabled to adopt a more specific secondary regulation only after the legislator has enacted the general norms and steering guidelines, to which the secondary rule must conform.

Therefore, a preliminary necessity is to test the constitutional compatibility of the rules enacted by the legislator. This compatibility will depend on the completeness of the legislative discipline, which in turn will define the scope of the secondary rules.

In the matters concerning the copyright and Internet, the legislative Decree n. 44/2010¹³ doesn't seem to comply with this principle. In fact, the Decree says little about online copyright, leaving the regulatory onus on the competent Independent Authority (Authority for the Guarantee

⁹ On the elasticity of the text and the discretionary power Justice Harlan stated: “I do not see why Congress should not be able as well to exercise its ‘discretion’ by enacting statutes so as in effect to dilute equal protection and due process decisions of this Court.”, in *Katzenbach v. Moran*, 384 U.S. 641, 669 (1966). See also J. VARAT, V. AMAR, *Constitutional law: cases and materials*, New York, Foundation Press, 2016, 1184.

¹⁰ Supreme Court, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

¹¹ For the purpose of this essay, it will be sufficient to make reference to G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto* [The constitutional system of the law sources], Torino, Giappichelli, 1984, 84-87; also L. CARLASSARE, *I regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità* [The rules of the Government and the legality principle], Padova, Cedam, 1966, 223; and E. CHELI, 1977. *Potere regolamentare e struttura costituzionale* [Regulation power and Constitutional structure], Milano, Giuffrè, 1977, 50.

¹² To our purpose we just quote V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992, 176 ff.; A. PACE, *Problematichette delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, 176 ff.; F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, Giappichelli, 1998.

¹³ See the Legislative Decree, March 15th, 2010, n. 44, at *G.U.* 29 March 2910, n. 73.

of Communications). In the absence of a specific legislative foundation¹⁴, the Authority has assumed the power of closing websites or requiring that some contents be cancelled, following a summary assessment of their illicit nature¹⁵. A strong doubt arises, because the Authority's decision is a secondary source, and therefore in virtue of the "law clause" is not allowed to introduce an original innovation in the legal system without an adequate foundation in a primary source.

Consequently, the compliance of the Legislative Decree 44/2010 with the law clause and the hierarchy principle was challenged before our Constitutional Court. Although the Supreme Judge, having adopted a formal judgment of inadmissibility, didn't define the merit of the issue, he did affirm a very important principle useful to my aim, namely that: "Occorre preliminarmente osservare che le disposizioni censurate non attribuiscono espressamente ad AGCOM un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"¹⁶ [Preliminarily it must be noted that the challenged norms do not explicitly give to the AGCOM a regulatory power concerning the topic of copyright on the electronic communications network]¹⁷. From my point of view¹⁷, the Court's statement would not in principle exclude that the lack of lawful basis of the Authority's regulatory power could determine the invalidation by the hand of the administrative judge of the Deliberation 680 for breach of the law clause. However, it must be noted that recently the administrative Judge has deemed this De- liberation valid despite the lack of a legal basis¹⁸.

At the supra-national level – including both the Court of Justice and the European Court of Human Rights, whose understanding of the rule of law doesn't entirely overlap¹⁹– the "rule of

¹⁴ In more general terms for what concerns the specific title of regulatory power entrusted to the Independent Authorities see P. CARETTI P. (edited by), *I poteri normativi delle autorità indipendenti, Osservatorio sulle fonti. 2003-2004*, Torino, Giappichelli, 2005; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 61; G. DEMINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2005; P. BILANCIA P. (edited by), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012; F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁵ Deliberation n. 680/13/CONS.

¹⁶ See Constitutional Court, decision n. 247/2017, in part. Cons. 4.2. For an in depth analysis of the case before the Constitutional Court see M. AVVISATI, *Diritto d'autore in rete e Costituzione: concerto tra le fonti?*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2014, 3,1-24. For a lively debate among scholars on the Court's decision one can listen to the program "Presi per il web", on Radio Radicale, at 19.30, on December 6th, 2015, with interventions of I. ADINOLFI, G. DE MINICO, A. GAMBINO, M. OROFINO and O. POLLICINO.

¹⁷ Scholars have drawn opposite conclusions from the ruling of the decision. For some of them, the Court would have held, by way of an obiter dictum, that the norms under review were not attributing to the Authority a regulatory power on the subject matter. Hence the Administrative Tribunal could have annulled the regulation because of the lack by the Authority of the necessary power. On this point see G. DEMINICO, *Diritto di accesso e copyright: la parola va al Tar, il Il Sole 24 Ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 2015, December 6; A. GAMBINO, *Regolamento Agcom, diritto d'autore e Corte costituzionale*, 2015, December 8, and F. SARZANA, *Corte Costituzionale ed AGCOM: inammissibile la richiesta del TAR, ma l'AGCOM non ha poteri regolamentari sul diritto d'autore*, in *Nova Il Sole 24 Ore* (<https://nova.ilsole24ore.com/>), 2015, December 4. Others believe on the contrary that the Court would have found a basis for the regulatory power of the Authority by means of a systematic interpretation of the provisions O. POLLICINO, M. BASSINI, *Le parole contano, ovvero "tanto rumore per nulla". Sulla (prevista) inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della base giuridica del Regolamento AGCOM#ddaonline*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2015, December 4; P. COSTANZO, *Quale tutela del diritto d'autore in internet? (Osservazioni a margine della sentenza n. 247 del 2015 della corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, 2343 ff.

¹⁸ Tar Lazio (Administrative Tribunal Lazio), Decision. n. 04101/2017.

¹⁹ On the well known different opinions of the two judges see R. LAWSON, *Confusion and conflict? Diverging interpretation of the ECHR in Strasbourg and Luxembourg?*, in *The Dynamics of the protection of human rights in Europe: essays in Honour of Henry G. Schermers*, edited by R. Lawson, M. De Bloijs, Netherlands, Kluwer, 1994; P.

law”²⁰ concept corresponds to the Italian law clause, albeit with some differences. In the perspective of the rule of law the secondary normative sources of EU law are usually allowed a much wider discretionary power in comparison with the room acknowledged to the Italian secondary sources. Consequently, the decisions from a public authority (containing general and abstract provisions) are allowed to intervene, and not only the Assembly’s legislative acts²¹.

Therefore, at the supra-national level the form of the normative act (whether parliamentary or governmental) is not as important as “how” the act is expressed. It is requested to be at least “adequately accessible”²² and “formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct.”²³

In addition to the first limit, the previous legislative intervention, the rule of law entails further substantial limits to the policymaker: namely the parameters of necessity and proportionality. The respect of both these criteria doesn’t constitute an incontrovertible issue with certain and objective outcomes; instead the binding contents of the above criteria depend on the margin of discretionary appreciation of the European judge²⁴.

The second limit (necessity) is a one-way approach, requiring the sacrifice of a right to be accepted only if it cannot be avoided. Conversely, the sacrifice cannot be accepted if an alternative in which that same right remains uncompromised is viable²⁵.

To clearly explain what the necessity consists of we can refer to a famous Court of Justice Decision, known as *Digital Rights Ireland*²⁶, which invalidated the entire Directive 2006/24 on Data retention. In order to prevent terrorism, the Directive allowed a massive collection of data of all

VANDIJK, F. VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on human rights*, Netherlands, Kluwer, 1998, 21; A. ROSAS, *The European Court of Justice in context: forms and patterns of Judicial dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1(2).

²⁰ The literature concerning the “rule of law” is unlimited. For present comparative purposes, it is sufficient to refer to scholarly contributions based on recent case law developments; with regard to the European Charter of Fundamental rights see, among others: F. FABBRINI, *Fundamental rights in Europe: challenges and transformations in comparative perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2014; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union law: Text and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 256-258; S. PEERS, *Taking Rights away? Derogations and limitations*, in *The EU Charter of fundamental rights: politics, law and policy*, edited by S. Peers, A. Ward, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004, 141; and D. TRIANTAFYLLOU, *The European charter of fundamental rights and the “rule of law”: restriction in fundamental rights by reference*, in *Common Market Law Review*, 2002, 39(1), 53-64.

As for the European Convention on Human Rights see D. HARRIS, M. O’BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 345-349; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 402 ff.

²¹ *Silver v. United Kingdom*, 5 Eur. H.R. Rep. at 372. *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 271(47) (1979). For a wide case law survey of the Court of Justice referring to the content of the “provide for by law” requirement (art. 52, par. 1, CH) see *The EU Charter of fundamental rights: politics, law and policy*, edited by S. Peers, A. Ward, quoted.

²² See ECHR, *Silver v. United Kingdom*, 5 Eur. H.R. Rep. 372 (87) (1980).

²³ See ECHR, *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 245, 271 (49) (1980).

²⁴ On this issue, see, with further references Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Cambridge, Intersentia, 2002, and A. LEGG, *The margin of appreciation doctrine in international human rights law: deference and proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012

²⁵ The distinction between the necessity and the proportionality principles is easy to be drawn at the conceptual level, but it gives rise to difficulties in practice, also because “the case law often makes no clear attempt to separate them”, see *The EU Charter of fundamental rights: politics, law and policy*, quoted, 1480.

²⁶ Court of Justice (Grand Chamber), 8 April 2014, in C-293/12 and C-594/12, at interesting reflections on this issue can be found in O. LYNKEY, *The foundations of EU data protection law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 65. Lastly, the content of this decision was adopted in Advocate General’s Opinions in Case C-623/17 *Privacy International*, Joined Cases C-511/18 *La Quadrature du Net and Others* and C-512/18 *French Data Network and Others*; and Case C-520/18 *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others*.

persons using electronic communications services, including those persons who were not, even indirectly, in a situation liable to give rise to criminal prosecutions.

The judge gave a clear-cut answer. While acknowledging the demand of public security and the necessity of modern investigation techniques, the Court affirmed that “such an objective of general interest, however fundamental it may be, does not, in itself, justify a retention measure such as that established by Directive 2006/24 being considered to be necessary for the purpose of that fight” (Consid. 51).

It is not without significance that in the reasoning of the Supreme Court the principle of necessity is mentioned 35 times and that its infringement, together with the breach of proportionality, led to the Directive’s invalidation.

The third limit, proportionality, is the real test for the reasonableness of any legal provision. Costs and benefits must be assessed in order to check that a proper balance has been found between the interests embodied in the protected rights and those on which the legislative restriction is founded. The goal is to prevent limitations to those which do not grant any significant and corresponding advantage to the competing interests²⁷.

An example of regulation which does not comply with the aforesaid principles may be found in the French Law Hadopi 2²⁸, which prevents internet users who visit websites suspected to infringe copyright laws from accessing the net. The law fails on at least three different grounds. Firstly, it balances heterogeneous values: a fundamental right (to access the net) vs. an economic interest (copyright). Secondly, it charges the former (the fundamental right) with excessive and disproportionate bounds. Finally, the restrictions applied were not proved to be necessary.

Indeed, also this new version of Hadopi is unsatisfactory because of its non-compliance with the recalled principles, even if its excessive and disproportionate sanctions are now not inflicted by an Independent Authority but by a judge.

Turning now to the second constitutional safeguard we find the jurisdictional clause – known in the Italian doctrine as “riserva di giurisdizione”²⁹ – which is an expression of the principle of divided powers³⁰ which entrusts the power of judicial review solely upon the judiciary.

²⁷ Court of Justice, Case C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM) v Netlog NV* (16 February 2012), para. 51. For a specific reference to data retention and electronic communications see the above quoted Court of Justice (Grand Chamber) (8 April 2014), in particular, the paragraphs n. 46, 69 e 70, in which the Court recalls its previous decisions and finds in the violation of proportionality one of the conclusive reasons for the invalidity of Data Retention Directive (2002/58). Just some scholars T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, Oxford European Union Law Library, 2007, chapters 3-5. This principle shouldn’t be confused with the limit concerning the “essential core” of the fundamental rights. This road map requires the legislator to respect the untouchable core of the right as his first duty. Only after having complied with it, the legislator would be able to shrink the residual part of the liberties in coherence with the proportionality mandates. As noted by P. CRAIG, *The Lisbon Treaty: law, politics, and treaty reform*, Oxford, Oxford University Press, 2’10, 224, the Court has often merged the doctrine of proportionality with that of the “essential core”.

²⁸ This version completes Hadopi1 Law n. 2009-1311, on October 28th, 2009 concerning the penal protection of literary and artistic property on the internet Loi n. 2009-1311 du 28 Octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet), by substituting Hadopi (the independent authority created by Hadopi 1) with the judge, who has the power to sanction Internet users. This change of authority was imposed by the Conseil Constitutionnel (2009-580 DC, 10 June 2009) in that: “eu égard à la nature de la liberté garantie par l’article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d’auteur et de droits voisins”. [“seeing the nature of liberty guaranteed by article 11 of the 1789 Declaration, the legislator could not, regardless of the guarantees framing the sanctionary decisions, give these powers to an administrative authority to protect the rights of copyright owners and related rights.” My translation].

²⁹ For the references see note 9.

³⁰ This concept indicates a more or less rigid division of power between the Legislative, the Executive and the Judiciary aimed at the essential checks and balances required by democracy. For a supra-national analysis beyond

It means that limitations of constitutional rights and liberties require an authoritative act adopted by an independent judge deciding according to a due process of law³¹.

The jurisdictional clause is present also at the international level. In the European Court of Human Rights' decisions, for instance, it is found in the weaker form of due process.³²In fact the European Convention on Human Rights (especially, Articles. 5-6) does not require EU Member States to confer power, as detailed above, only to a judge, allowing that it be entrusted also to different authorities, provided that their decisions are based upon a fair hearing and an adequate motivation.

We have illustrated the constitutional safeguards of liberties which cannot in any circumstance be sacrificed in either world, virtual or real. However, we wish to stress the point that the substantial equivalence of guarantees between rights off and online does not entail the automatic extension to the latter of specific regulations enacted for the former.

The basic principle that every regulation must be tailored to the specificity technicalities of the means was construed in the American experience. We have already referred to the well known decision *Reno v. ACLU*, in which the Justice Stevens delivered the Court's opinion, clearly acknowledging the Internet's "uniqueness" and its non-coincidence with traditional media, and calling for regulations independent from those intended for *broadcast*³³.

We think that we can draw from *Reno* one more basic assumption: it is necessary to draw for Internet a specific regulation to be in all cases maintained at a *minimum* level, because the net is an irreplaceable instrument for individual growth and the fostering of informative fluxes. This entitles it to protection against heavy authoritative intervention.

4. The debate on the best regulation of the Internet

The forgoing remarks have reached the medium conclusion that there is no necessity for a formal modification of the Constitutions; at the same time they don't rule out a different need, namely that of an "Internet Bill of Rights"³⁴.

A conclusive and satisfactory answer cannot be found in the interpretation broad as it may be of some constitutional provisions written at a time when there was no awareness of this new reality.

specific States, see C. MOELLERS, *The three branches: a comparative model of separation of powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 150.

³¹ The constitutionality of the Italian Legislative Decree 44/2010, above quoted, was challenged, not only for its alleged infringement of the law clause, but also upon the allegation that it did not comply with the "riserva di giurisdizione". As we have said the Constitutional Court did not decide the case on the merits, so this controversial point is still open and could be represented before the Court in the future.

³² The ECHR has developed its own substantive requirements for a "tribunal." In particular, the body must have the power of decision; operate on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner; determine matters within its competence; motivate its decisions and be independent and impartial. See M. KUIJER, *The Blindfold of Lady Justice: Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen, Wolf Legal Productions, 2004, 175.

³³ Just to sum up: in that case the heart of the matter was represented by the transferability to the net of the content limitations enforced on television in protected time slots so as to safeguard juvenile public. Such limitations would result in an unjustified and disproportionate restriction of the right of adults to access the so-called hard content of the net. This is because the structure of the net does not lend itself to time-differentiated access, as it is the case with television. Therefore, the provisions of the Communications Decency Act 1996 banning patently offensive speeches (Lipschultz, 2008) on the net were deemed unconstitutional.

³⁴ Among the most significant voices, see L. LESSIG, *Reading the Constitution in Cyber-space*, in *Emory Law Journal*, 1996, 45(3), 7-18.

The global situation does indeed urge a proper “Internet Bill of Rights”. In doing so, another question is then raised: who is the constituent power of the Internet? In other words: which Authority shall be legitimated³⁵ to write the fundamental Charter of the Internet?

The hypothesis of one or more national States assuming such a role must be rejected because the a-territorial nature of the Internet would be incompatible with an Authority entrusted with powers constrained within State boundaries³⁶.

The features of the Internet require, as stated above, that only a supranational legislator should be called upon to write its Constitution. Even so, one question remains open: should it rather be the community of Internet ‘surfers’ through self-regulation, or should such a legislator be an international body through an authoritative hard-law regulation?

A) In this former model a State leaves all initiative to private bodies, and gets involved only when self-regulation, although necessary, is missing. This form of self-regulation takes place within the limits of the freedom of negotiation. As long as no problem arises, the State does not directly intervene. Nevertheless, the fact itself that the public authority may act turns its absence in-to a potential presence, on the assumption that ‘if nothing is done State action will follow’³⁷.

This self-regulation model may be defined as “independent” from the law, since the law is entirely lacking, even as a minimal framework for the *inter partes* negotiation³⁸. It appears to be a historically regressive model³⁹. That is because private stakeholders, left by themselves, have shown time and again that they pursue only egotistical interests⁴⁰. Therefore, the achievement of the common good depends on chance, whenever it happens to correspond with private interests and it has frequently proven to be unable to build the consensus necessary to condense and shape the common good in a supranational synthesis⁴¹.

B) On the contrary, the latter model consists in a supranational and binding authority that could fall easily under the influence of strong national States, the interests of which only occasionally coincide with a broader common good. In brief, international organizations tend to reproduce, albeit on a smaller scale, the basic flaw of world politics; at best a system of interactions between autonomous nation-States may occur.

Therefore, I propose a median hypothesis coherent with the order which links binding sources and self-regulation. First, the legislative power should be vested in a public supranational authoritative body, based on legal and binding provisions, which also defines the nature and scope of its powers.

“Some scholars have suggested that this new form of law should receive a new name:

³⁵ R. W. RIJGERSBERG, *The State of Interdependence. Globalization, Internet and Constitutional Governance*, Hague, Asser Press, 2019, 49-68 and 213-230.

³⁶ C. REED, *Making laws for cyberspace*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 30-34.

³⁷ See R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, Oxford University, 1999, 126.

³⁸ The name “independent” was my intellectual creation launched in my previous work G. DEMINICO, *A Hard Look at Self-Regulation in the UK*, in *European Business Law Review*, 2006, 17(1), 211, in order to stress it to operate out of a legal framework like a *use prater legem*.

³⁹ The example of financial markets can show that when objective values are at stake, such as the good name of single markets, the trust in a free trade economy and the safety of private savings, the English legislature did no longer rely on one-sided regulation. It deeply changed self regulatory models with the purpose of making public regulatory powers prevail.

⁴⁰ J. KAY, J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in *Deregulation or reregulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, edited by G. Majone, London, Pinter, 1990, 239, where the authors underline that the private bodies “may claim that their objective are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate”.

⁴¹ See G. TEUBNER, *Constitutional fragments. Social constitutionalism and globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 66.

‘cosmopolitan law’ or ‘world law’”⁴².

Second, the decision-making process of such a body should encompass a strong representation of private interests concerning the Internet such as entrepreneurs, web surfers, and consumers. Opposing stakeholders should discuss basic issues before a public authority, which is able to make a final decision after the different views have been listened to and fully taken into account. The problems of standing and those concerning the choice of interests to be admitted to such a procedure have been extensively explored by the American doctrine, which could be a reference on this point⁴³.

We find a complex relationship between binding law and consensual law⁴⁴. A binding framework should be set defining the respective roles of law and self-regulation. Not only will the former have to give a foundation to the competence of the latter, but the law will also have to provide guidelines for the substantive regulation to be adopted, and to outline the structural features⁴⁵ of the private regulator so that adequate representativeness and the democratic nature of its decision-making processes remain assured⁴⁶.

These restrictions are especially justified when self-regulation tends to bind a wider community than the one strictly represented by the self-regulator, i.e. when- ever private self-regulation aims towards *erga omnes* effectiveness⁴⁷.

Conclusively, in a correct order, law comes first, self-regulation follows. If the order is inverted, the inherently secondary nature of self-regulation with respect to the law will be merely fictitious. Self-regulation will be applied as a fully source of law. Damages to the constitutional architecture will be inevitable.

Nevertheless, it may happen that the correct relationship between heteronomy and autonomy⁴⁸ may be found. But such an order does not seem to be wholly accepted in every State.⁴⁹ From such an approach could follow the entrusting of the rules on fundamental freedoms on line to the economic powers operating on Internet, that is to say by an uncontrolled self-regulation by the "management of private interest"⁵⁰.

This kind of outcome would expose the net to the danger of a neo-corporative and selfish involution, given the absence of a heteronomous guide towards the common good.

⁴² J. KU, J. YOO J., *Globalization and Sovereignty*, *Berkeley Journal of International Law*, 31, 2013, 212.

⁴³ See, e.g. S.G. BREYER, R. B. STEWART, C. R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, M. E. HERZ, *Administrative law and regulatory policy*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017, 869-881; M. SHAPIRO, *Past, Present, Future*, in *Virginia Law Review*, 1986, 72, 447; see also R. J. PIERCE Jr., *Rulemaking and the Administrative Procedure Act*, in *Tulsa Law Review*, 1996, 32, 185; and see B. SCHWARTZ, *Adjudication and the Administrative Procedure Act*, *ibid.*, 203.

⁴⁴ G. DEMINICO, *A hard look at self-regulation in the UK*, quoted, 197-200.

⁴⁵ L. B. SOLUM, *Models of Internet Governance*, in *Internet governance*, edited by L. A. Bygrave, J. Bing, Oxford, Oxford University Press, 2011, 61-69; S. BEATTIE, *Community, space and online censorship*, Burlington, Ashgate, 2009, chapter 5.

⁴⁶ R. H. WEBER, *Shaping Internet governance: regulatory challenges*, Heidelberg, Springer, 2009, 105. Also J. GOLDSMITH, T. WU, *Who controls the Internet?*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 17.

⁴⁷ J. BLACK, *Constitutionalizing self-regulation*, quoted, 26. With specific reference to the Internet topic see J. CAVE, *Policy and regulatory requirements for a future internet*, in *Research Handbook on governance of the Internet*, edited by I. Brown, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 161.

⁴⁸ See C. MARSDEN, *Internet co-regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 58.

⁴⁹ For opposite approaches consult G8 Summit, *G8 Declaration renewed commitment for freedom and democracy*, May 26-27, 2011, Deauville, France.

⁵⁰ The expression belongs to W. STREECK, P. C. SCHMITTER, *Community, market, State and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in *Private interest government*, edited by W. Streeck, P.C. Schmitter, London, Sage, 1985, 16.

5. The algorithms between rules and anarchy

The 'algorithm'⁵¹ object is the floor to verify which of the two regulatory alternatives previously examined, self-regulation or binding regulation, is more suitable and well-tailored to the equality end.

A few lines just to highlight the relationship law/algorithms: the latter are tools to predict the future developments of human behaviors, and they have as fuel the ongoing bulk collection of data, Big Data⁵². We unknowingly leave our data during our negotiations, querying the search engines or participating to virtual meetings on the net. Therefore, the algorithms work on increasing quantities of raw data which are interpreted by virtue of parameters assigned by men to the machine. These data are processed according to their specific logic and are expected to anticipate the predictive assessments on which conducts could likely occur.

The most common use of algorithms is to make decisions about credit, employment, education,

⁵¹ Assuming the impossibility to synthesize in a footnote the vast literature concerning the algorithms, we shall only recall the more outstanding voices: MAYER- SCHONBERGER, V., CUKIER, K. 2013. *Big Data*, Hartcourt Publishing Company; CITRON DK. 2008. 'Technological Due Process'. *Wash. U. L. Rev.* 85(6),1249; CITRON DK, PASQUALE F. 2014. 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions'. *Wash. L. Rev.* 89,1; CRAWFORD K, SCHULTZ J. 2014. 'Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms'. *B.C. L. Rev.* 55,93; BYGRAVE LA. 2001. 'Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling'. *Computer L. & Security Rep.* 17(1),17; ANANNY M, CRAWFORD K. 2016. 'Seeing without Knowing: Limitations of the Transparency Ideal and its Application to Algorithmic Accountability'. *New Media & Soc.* 1; DESAI DR, KROLL JA. 2017. 'Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law'. *Harv. J.L. & Tech.* 31,1; HILDEBRANDT M. 2012. 'The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era'. In *Digital Enlightenment Yearbook*, edited by J. Bus (ed.), 41; RICHARDS NM, KING JH. 2014. 'Big Data Ethics'. *Wake Forest L. Rev.* 49,393; KROLL JA, HUEY J, BAROCAS S, FELTEN EW, REIDENBERG JR, ROBINSON DG, YU H. 2017. 'Accountable Algorithms'. *U. Pa. L. Rev.* 165, 633; KIM P. 2017. 'Auditing Algorithms for Discrimination'. *U. Pa. L. Rev. Online* 166,189; NICHOLSONPRICE II W. 2017. 'Regulating Black Box Medicine'. *Mich. L. Rev.* 116,421; SCHWARTZ P. 1992. 'Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer'. *Hastings L.J.* 43,1321.

In the Italian doctrine, see S. GAETANO, *La decisione amministrativa tra vincolatezza, discrezionalità ed intelligenza artificiale: la prospettiva per la pubblica amministrazione di una responsabilità da «algoritmo»*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 2018, 2, 44; A.I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2019, 4; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Il Foro Amministrativo*. 2018, 1598; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019; G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, al sito della *Giustizia amministrativa (http://www.giustizia-amministrativa.it/)*; 2020; L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale [Administrative activity and Artificial Intelligence]*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, 65; M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, A. PAJNO, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista [Artificial Intelligence: emerging problems and challenges for the jurist]*, in *Rivista di BioDiritto (http://rivista.biodiritto.org/)*, 2019, 205; I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi? [Automation, Artificial Intelligence and Public Administration: Old Conceptual Categories for Solving New Problems?]*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 643; D.U. GALETTA, J.C. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0.? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, 2019, 60; B. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Pisa, Edizioni ETS, 2018; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto (http://rivista.biodiritto.org/)*, 2019, 1; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, edited by F. Pizzetti, Torino, Giappichelli, 2018; and G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*. In *Politica del Diritto*, 2019, 2; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2020, 1.

⁵² Let us recall our recent essay for deep analysis between the BD and the legal categories *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 89-117.

police investigations and other fields⁵³. So, it will be a machine, the algorithm, to decide whether a mortgage can be allowed or denied, or to quantify the price of insurance, and to drive the consumers' purchasing attitudes. Among the advantages of the algorithms, one can underline their power of enhancing overall government and public service efficiency, "of optimizing bureaucratic processes and providing real-time feedback and predicting outcomes"⁵⁴.

The European Union law has addressed the algorithms with the EU Regulation 2016/679⁵⁵ from the perspective of the individuals, i.e. the recipients of the automated algorithmic decision-making. In fact, the GDPR has delivered a catalogue of individual rights especially in the articles 12, 13 and 22.

With the algorithm, the perennial clash between antagonist values is at stake: on the one side, the *privacy* of the data subject and on the opposite, the human ambition to let future conducts be regulated by a machine⁵⁶. Now this debate can entail the prevalence of one or the other, or better a measure of balanced coexistence, which is the solution selected by the GDPR.

To understand what is at stake, it is worth to briefly pinpoint the changing identity of the right to *privacy*.

Born as a right to be left alone⁵⁷, the technological evolution translated it in the digital scenario as the right of the data subject to monitor and control one's data in order that the virtual image be brought to match one's internal forum: i.e. a right to digital self-determination⁵⁸.

This right has now put off its old cloth for a new one when it has faced the algorithm. To give an idea of its actual *status*, we have to think about it in terms of the right of the individual to take part in the procedure of prognosis *ex ante*. This fundamental right is no longer based on the informed consent, because it would provide an insufficient protection; on the contrary *privacy* appears as the individual's claim to play as chief-actor in the procedure leading to the predictive analysis of his conduct, so that he will be able to verify the algorithm's outcomes.

Then this right, if compared to a geometric figure, composes now a triangle: at one corner there is the data subject, on the other the data controller and at the top a new subject intervening into the relation, the community.

Looking beyond the individual right, we face a collective liberty. This feature is not meant to refer to the different nature of the owner, but rather to a different play field: the collective ground. The effects of the predictive analyses are widespread over the entire social category involved by the algorithmic decision-making, and the predictive outcomes become the basis of future public policies affecting it. In short, *privacy* has left the individual dimension to drift into a collective landscape⁵⁹.

We argue this process only partially corresponds to how the GDPR was intended to work.

⁵³ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law* 2017, 7(4), 243–244.

⁵⁴ B. LEPRI, N. OLIVER, E. F. LETOUZE, A.P. PENTLAND, P. VINCK, *Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-Making Processes*, in *Philosophy & Technology*, 2018, 31, 611–612.

⁵⁵ REGULATION (EU) 2016/679 Of 27 April 2016 On The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data, And Repealing Directive 95/46/EC (from here GDPR).

⁵⁶ M.E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*, in *Berkeley TechLaw Journal*, 2019, 34, 189.

⁵⁷ Clearly see S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 5, 193–220, also at.

⁵⁸ The necessary reference is to an Italian Scholar, S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, chapters 2 and 3, for his anticipation of a *privacy* moving towards the digital landscape.

⁵⁹ M.F. De Tullio, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 139–140.

6. The Regulation 2016/679: sufficient framework for the Algorithms?

The GDPR is based on two legs: the first constituted by the new fundamental rights of the data subject, the other by the accountability regime. The answer of GDPR does not appear totally satisfying because it is sufficiently well set on the side of rights, less on the side of accountability⁶⁰.

It is time to delve into the European Regulation.

The fact that a binding discipline has been adopted scores a point for the regulatory thesis rather than the anarchy. Actually the European legislator has chosen to roll out a list of rights which may be activated by the data subject instead of leaving this issue to the self-regulation of the private bodies. As every law it presents lights and shadows. It is easy to note that in some part the text is not remarkable in clearness; it creates loopholes denying *de facto* the effectiveness of the rights, and it leaves too much room to Member States' discretionary power. At the same time the GDPR is an undeniable cornerstone in the direction of the new *privacy* if compared with the previous EU's Data Protection Directive (DPD)⁶¹.

The underlying fear is that the machine may decide instead of the human mind. We are running the serious risk of a new capitalism, moving from the dominance of the profit concentrated in few hands, to the dominance of the obscure technology, unfettered by any democratic control. This eventuality has attracted the European attention, in fact the GDPR, art. 22, par.1, has been keen to place narrow limits to employ of algorithms. So we can affirm that a new category of the algorithmic based act has arisen which complies with a legal framework. These limits refer to a precise relationship between the individual and the machine, aiming to avoid the dominance of the machine over the human mind. If an "automated individual decision-making" is allowed, art. 22 provides a caveat, setting out a series of rights for the data subject.

Firstly he has the right not to be submitted to a decision "solely based on an automated processing". This wording could mean either a right to object to such decisions, or a general prohibition of a decision-making only algorithmic based. To this regard the 29 WP⁶² has chosen the latter interpretation giving a preferential protection to the data subject. So the authority utilizing the algorithms will have to justify in which one of the three exceptional situations provided by art. 22 the case *de quo* falls.

We have given only an example of a legal gap remedied by the soft law of 29WP to the advantage of human rights; this is not the sole omission since the GDPR is not so prescriptive as it should be. In fact its text resembles more to a Directive than to a Regulation.

Coming back to the features of art. 22, it composes the new statute of the *privacy*, as illustrated below. It is a *minimum* standard which cannot be downgraded, but only upgraded, by the State. To be more precise, art. 22 - joined with articles 13 and 14 - recognizes the core right: to be immediately informed about "the *existence* of automated decision-making". Nevertheless, this provision sets out just a mere declaration of the right without specifying its content.

After having been notified about the start of an algorithmic procedure, the data subject should have the right to open the black box of the algorithm. At least he should have access to the information concerning the kind of input uploaded in the machine, the score assigned to each component, the criteria of evaluation, "the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject" (art. 13, par. 2, lett. f). He should be informed about the "factors taken into account for the decision-making process, and [...] their

⁶⁰ The accountability profile will not be dealt with in this essay because it falls out of the present investigation.

⁶¹ See for all L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'right to an Explanation' is Probably not the Remedy you are Looking for*, in *Duke L. & Tech. Rev.* (<https://dltr.law.duke.edu/>), 2017, 16,17, 44.

⁶² A29 WP, GUIDELINES ON AUTOMATED INDIVIDUAL DECISION-MAKING AND PROFILING, 17/EN. WP 251rev.01 (Feb. 6, 2018), 20.

respective 'weight' in an aggregate level."⁶³. He should be told how a profile used in the algorithmic decision-making is built, "including any statistics used in the analysis"⁶⁴. In other words he is entitled to such a disclosure that lets him retrace the path of the algorithm and reconstruct the final decision affecting him.

Art. 22 further provides the right of the data subject to human involvement in the algorithmic decision-making. This means that a person must be present, in order that the objections of the data subject may be listened to and taken into account, for the purpose of modifying the initial automated decision if it was unfair, biased or wrong. In other words, a decision-maker, both public and private, utilizing the algorithm doesn't satisfy this requirement by having a human rubber-stamp on algorithmic decisions; but "it must do more, for example, with a human oversight who has the authority to modify substantially the decision"⁶⁵. So the right to be heard excludes that the human intervention could be reduced to a contact by email; it must consist at least in a person to whom the data subject could expose in an adversary way his point of view.

In the attempt to normalize this bundle of rights, the GDPR puts the rights relating to the *privacy* of the data subject in the same field of other antagonistic values, for example, trade secrets. No *a priori* superiority⁶⁶ is accorded to one to the prejudice of another. The reason of the equivalence is to be found in the compliance of GDPR with the European Charter, that has denied the existence of a legal hierarchy of fundamental rights.

It follows that one can deduce useful suggestions to solve the said conflict also from the part of the GDPR which is not binding. The Recital 63 could offer a tool when it indicates that the trade secret may not extend so far as to justify the refusal of any information about the algorithms. On the other hand, the right to disclosure cannot reach the source code, but only the features and the specific logic of the employed algorithms. In this balancing *querelle* a wide discretion is vested upon the INAs, who are charged to define an equilibrate measure of coexistence without useless sacrifice of one right to the advantage of the opposite one, as claimed by the former European Data Protection Supervisor⁶⁷. To delve deeper, the right to access the algorithmic logic must be guaranteed as much as possible, but its extension is variable: it shortens or lengthens according to the recipient of the explanation. If the information is addressed to the data subject, the communication will extend to the logic of the algorithm functioning, but without reaching the source code. On the contrary, if the conflict of rights arises in court, the judge will have the authority to open the source code and conduct the judicial review over it. This enlargement of powers takes place because the trade secret is a weaker value than the correct functioning of justice and therefore it must step back.

In this clash of rights there is a clear distance between a regulated object and an unregulated one. In USA the matter falls under FOIA⁶⁸ that includes trade secrets among several exceptions to transparency. Consequently, the companies can oppose this secret as a binding bar to disclosure requested by the claimer, regardless its private or public nature.

We believe this issue should be analyzed from the perspective of the basic assumptions of a

⁶³ A29WP, GUIDELINES ON AUTOMATED INDIVIDUAL DECISION-MAKING, at 31.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ M.E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*. quoted, 201.

⁶⁶ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, quoted, 23.

⁶⁷ See P. HUSTINX, *Additional EDPS Comments on Data Protection Reform Package*, Bruxelles, 15 March, 2013, 21-22, in which the author reminds us that the European Data Protection Supervisor suggested that a more concise balance rule should be adopted, "taking into account that there are many situations that cannot be foreseen and that need to be assessed in concreto on a case-by-case basis".

⁶⁸ *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C (<https://www.justice.gov/oip/freedom-information-act-5-usc-552>), § 552, as amended by public law no. 104-231, 110 STAT. 3048, (b) (2012), exemption at n. 4.

legal order. First of all, according to a common rule of legal interpretation, in case of doubt transparency should prevail. Furthermore, it must be taken into account that a system requirement mandates openness as a tool to hold the government accountable to its citizens.

Some USA Scholars⁶⁹ have reasoned that the consequence of this regulatory uncertainty has entailed that trade secret protection prevails over the right to knowledge. If the code, although belonging to a private owner, is used to perform a public function, it should be attracted into the public discipline: “[t]his governmental function requires that companies submit to the same transparency requirements as other government agencies, ensuring transparency”⁷⁰.

Unfortunately, this statement has remained a scholarly position; indeed, the absence of a rule has played in favour of private companies, which have hidden their decisions affecting people behind the alibi of trade secrets.

By contrast, in the EU the GDPR, shadows apart, has offered a key for a correct interpretation: the trade secret cannot be an alibi to refuse any information to the data subject or to the judge. One can say that the GDPR could have done more, affirming the superiority of fundamental rights over economic liberties. However, in this case the GDPR would have illegally overcome the equivalence stated in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as said before.

Further ambiguities may be found in the GDPR as to the existence of the right to explanation, which is not so certain as it should be. Some Scholars⁷¹ have denied this right because the GDPR does not explicitly mention it in the text, relegating it in the Recital 71. Others have not hesitated to qualify this reasoning as wrong because Recital 71 states that “suitable safeguards [...] should include specific information to the data subject and the right to obtain human intervention, to express his or her point of view, to obtain an explanation of the decision reached after such assessment and to challenge the decision”⁷².

From our point of view three reasons could support the existence of the right in discussion.

The first reason is related to the value of the recitals, which offer a helpful tool to the judge in front of unclear provisions. Dismissing the right to explanation because the recitals do not have a binding nature would be too formalistic, and “less attentive to the Court of Justice case law which regularly uses recitals as an interpretative aid”⁷³ before provisions too much vague. It is just the case of the right to explanation.

The second reason is found in the consideration that the right to explanation is the final benefit of the rights previously and explicitly accorded by the text. Therefore, the right of the data subject to contest or state his point of view could not be fully exercised without a broad and clear motivation on which the automated decision-making has been adopted⁷⁴.

⁶⁹ We refer to D.S. LEVINE, *Secrecy and Unaccountability: Trade Secrets in Our Public Infrastructure*, in *Fla. L. Rev.*, 2007, 59, 135 “When private firms provide public infrastructure, commercial trade secrecy should be discarded (at least in its pure form) and give way to more transparency and accountability.”, at 140; see also D.K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Wash. L. Rev.*, 2014, 89(1), 26.

⁷⁰ AM. CARLSON AM., *The Need for Transparency in the Age of Predictive Sentencing Algorithms*, 2017, in *Iowa L. Rev.* 103, 329.

⁷¹ S. WACHTE, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7(2), 76.

⁷² M.E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*, quoted, 13.

⁷³ M. BRKAN, *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-making in the Framework of the GDPR and Beyond*, in *SSRN Electronic Journal*, 2017, 16.

⁷⁴ As clearly stated by the french Constitutional Court in its decision no. 2018-765 DC, § 70-71: “la décision administrative individuelle doit mentionner explicitement qu’elle a été adoptée sur le fondement d’un algorithme et les principales caractéristiques de mise en œuvre de ce dernier doivent être communiquées à la personne intéressée, à sa demande. Il en résulte que, lorsque les principes de fonctionnement d’un algorithme ne peuvent être communiqués sans porter atteinte à l’un des secrets ou intérêts énoncés au 2° de l’article L. 311-5 du code des relations entre le public et l’administration, aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif

Among these rights, there is the right to challenge an automated decision before a judge. Hence the issue of how much we are entitled to know about any automated system is strictly connected to the final access to a court: “[h]iding the inner workings of an algorithm from public view might seem preferable, to avoid anyone gaming the system. But without transparency, how can decisions be probed and challenged?”⁷⁵.

The third and key reason is grounded on a fundamental principle: the democratic roots of the entire European architecture. This entails that every public power, not only the representative one, must be at the service of the will of the citizens; consequently, in order to comply with this requirement the power must always remain in plain sight, so as to submit itself to the ongoing citizens’ control.

The lack of motivation prevents the data subject to check how the public power has used the algorithms having effects on him. Should this case occur, we would have an updated version of the arbitrary and unmotivated oppression of individual rights and liberties of which the history of modern democracies delivers many examples.

As mentioned above, the algorithmic decision-making in Europe can be complex, subject to error, bias and discrimination, in addition to triggering dignity concerns. It is however a welcoming kick off if it is compared with the lack or regulatory uncertainty in the American system, where the policy maker’s silence or opacity is already expression of a precise policy: leave the conflict between men and the machine to the private interest government.⁷⁶ Consequently, the satisfaction of the common good is unlikely, depending on its remote and occasional coincidence with the private interests⁷⁷.

de cet algorithme. D’autre part, la décision administrative individuelle doit pouvoir faire l’objet de recours administratifs, conformément au chapitre premier du titre premier du livre quatrième du code des relations entre le public et l’administration. L’administration sollicitée à l’occasion de ces recours est alors tenue de se prononcer sans pouvoir se fonder exclusivement sur l’algorithme. La décision administrative est en outre, en cas de recours contentieux, placée sous le contrôle du juge, qui est susceptible d’exiger de l’administration la communication des caractéristiques de l’algorithme. [...] En dernier lieu, le responsable du traitement doit s’assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d’une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu’ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement”. [“an individual administrative decision must explicitly mention that it has been adopted on the basis of an algorithm and the main characteristics of implementing the latter must be communicated to the person in question, upon their request. It follows that, when the principles of the functioning of an algorithm cannot be communicated without infringing on one of the secrets or interests set out under Section 2° of Article L. 311-5 of the Code of the Relationship Between the Public and the Administration, no individual decision shall be made on the exclusive basis of this algorithm. On the other hand, the individual administrative decision must be subject to administrative recourse, in compliance with the first chapter of the first title of the fourth book of the Code of the Relationship Between the Public and the Administration. The administration sought for this recourse is then required to decide without being exclusively based on the algorithm. Furthermore, the administrative decision, in the event of a dispute, is placed under the judge’s review, who may require the administration to disclose the characteristics of the algorithm. [...] Lastly, the data processor must ensure managing the algorithmic processing and its changes in order to be able to explain, in detail and in an intelligible format, to the person in question how the data processing has been implemented to him/her. It results that, as an exclusive basis for an individual administrative decision, algorithms likely to revise by themselves the rules to which they apply cannot be used, without the oversight and validation of the data processor.”].

⁷⁵ S. OLHEDE, P.J. WOLFE, *When Algorithms go Wrong, Who is Liable?*, in *Significance*, 2017, 14, 8-9.

⁷⁶ Just to use a definition due to W. STREECK, P.C. SCHIMTTER, *Community, market, state and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in *Private interest government: beyond market and state*, edited by W. Streeck, P.C. Schimtter, London, Sage, 1985.

⁷⁷ J. KAY, J. VIKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, edited by G. Majone, London, Thomson Learning, 2019, 239.

7. Fair and biased algorithms?

Another unregulated or less regulated aspect of the algorithms is their use in the police trial or predictive analysis, during which the algorithmic-based risk tools serve to “support inform decisions on managing offenders according to their risk profiles”. The algorithm allows shorter terms of jail if public safety is safeguarded. But there is an undeniable con, namely, the danger to influence in an unequal direction the predictive evaluations if based on biased and discriminatory algorithmics.

A good kickstart to improve the fairness and effectiveness of risk tools is a reference to the famous case, *Loomis*, held in the American courts.⁷⁸

The COMPAS software is the focus of this case; it was used to assess the risk of recidivism of the petitioner, L. Eric Loomis, in order to assist the judge in determining the alternative measures to criminal punishment.

We can synthesize the defense of *Loomis* as follows: the algorithm was based on biased assumptions; it violated the defendant’s right to be sentenced upon accurate information, because the proprietary nature of COMPAS prevented him from assessing its accuracy⁷⁹ and it was nevertheless *de facto* employed to determine his punishment.

The judge rejected the first ground of appeal, not because he recognized *Compass*’s fairness, but because he claimed the decision was taken as if *Compass* had never entered the courtroom.

In response to the second ground of appeal, the judge stated that COMPAS didn’t violate the defendant’s right to due process, because the proprietary nature of COMPAS didn’t prevent defendant to see inside COMPAS at least up to certain operating level of the algorithm. The Court denied the incidence of COMPAS on the final decision, because it would have reached the same conviction and quantum of punishment also without COMPAS.

We believe that the ruling is more meaningful for its indications of judicial policy than for the concrete reasoning which is instead exposed to critics. The judge opens a space to the algorithm in the proceedings, but with heavy caveats. The fundamental condition is that the algorithm can help only to determine the alternative penalties to imprisonment; it must not intervene in the guilty/not guilty judgment, but only in the evaluation of the danger of recidivism. It must apply only to minor crimes.

And the last condition is that: “Providing information to sentencing courts on the limitations and cautions attendant with the use of COMPAS risk assessments will enable courts to better assess the accuracy of the assessment and the appropriate weight to be given to the risk score”.⁸⁰

The dark points of this reasoning emerge in the comparison with a similar case of another Supreme Court, which is more consistent between premises and conclusions than the Supreme Court of Wisconsin.

For scientific clarity it must be said that COMPAS is just one of the many algorithms used in pretrial to predict recidivism. It was passed under the X-rays by a Study of Propublica.⁸¹ The study concluded that COMPAS discriminated against Blacks because its algorithm produced a much higher false positive rate for Blacks than Whites, meaning that it overpredicted high risk for

⁷⁸ Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016.

⁷⁹ *Id.*, para. 34, 13.

⁸⁰ *Id.* para. 66, 28.

⁸¹J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in *Propublica* (<https://www.propublica.org/>), 2016, May 23.

Blacks⁸². What had COMPAS done to deserve such a negative opinion? Compass had underestimated the recidivism of Whites and overestimated that of Blacks, which instead proved to be wrong because of the evidence that Blacks had committed fewer crimes than the Whites.

This prediction error was due to the fact that Blacks are over-represented in the criminal rankings and therefore their data are more present as raw material on which the algorithmic machine works to deduce future behavioral predictions.

In force of the COMPAS assessment tool the Blacks are almost twice as likely as Whites to be labeled a higher risk but they actually do not re-offend. It makes the opposite mistake regarding Whites: they are much more likely than blacks to be labeled lower risk but go on to commit more crimes.

The basic flaw is in the gathering of data concerning people who have already committed crimes. Among them, black people are a majority. Therefore, a result of excessive recidivism against black people is consequential. This architecture could be defined 'a vicious circle' and be visualized as a dog biting its tail, because it continues to condemn those who have already made mistakes extending to the future a presumption of guilt. While those who have not made a mistake are out of COMPAS, which chooses for this category a presumption of innocence, excluding any later wrongdoing.

The case based on COMPAS is useful for us to reflect in more general terms on how to design an algorithm in such a way that its result could be fair and balanced. Two reliable considerations arise from Compass: a) even though an algorithm is not based on discriminatory assumptions, it cannot be excluded that it may lead to discriminatory outcomes; b) if an algorithm moves from a discriminatory basis, its outcome will be inevitably unequal and unfair.

We are interested in a closer look at the first hypothesis.

It occurs when the elements included in the algorithm arise from questionnaires that are inherently more suitable for the white population rather than the black people, because they assume the postal code, friendships, eating habits, faith, education received, family environment as detrimental elements. A high score is given as a symptom of recidivism, only because it is not taken into account that their meaning changes according to the ethnic group to which they refer.

In the Propublica report it is said that "Northpointe's core product is a set of scores derived from 137 questions that are either answered by defendants or pulled from criminal records. Race is not one of the questions. The survey asks defendants such things as: 'Was one of your parents even sent to jail or prison?' 'How many of your friends/acquaintances are taking drugs illegally?' and 'How often did you get in fights while at school?' The questionnaire also asks people to agree or disagree with statements such as 'A hungry person has a right to steal' and 'If people make me angry or lose my temper, I can be dangerous'⁸³.

Thus these absolute and static models are automatically used regardless of the person to whom they are applied, and with an automatic transfer they end up assigning typical labels and legal assessments which will then result to be prejudicial.

We have to add one further consideration: minority groups, such as Black people, do not receive the levels of representation in validation studies typically granted to White populations. Moreover, some studies have shown that specific instruments demonstrate for particular minority samples a predictive accuracy which is recurrently poorer compared with White populations.

Therefore, whereas a particular tool has performed well on its training sample, it doesn't necessarily work well on another sample lacking a validation *ad hoc*. Its good performance is

⁸² M. HAMILTON, *The biased algorithm evidence of disparate impact of Hispanics*, in *American Criminal Law Review*, 2019, 56(4), 1557.

⁸³J. ANGIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, *Machine Bias*, quoted.

menaced by the potential for risk-relevant differences in offenders and in the features of the study design.

As to the relation between the algorithm and its use in a process, we can argue that in the absence of rules that impose validation of the algorithm and prescribe construction architectures modulated according to the characteristics of the social or ethnic group to which they apply, the judicial system is faced with an alternative.

a) The entrance of the algorithms in the process is allowed provided that they have been previously validated, i.e. tested to a changing social sample, as the Canadian Court did. In this event both parties should be allowed to see inside the machine, open to a full-court adversarial proceeding. In other words, we affirm that the key remedy to the black box discrimination is transparency, as some Scholars say: “[A] system whose workings are mysterious; we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other”. If the problem of algorithmic discrimination is likely to lay in manipulations, then indeed peering inside the black box seems the answer⁸⁴.

b) If the algorithms are taken in the process as non-opening black boxes, they will function as insidious evidence of danger and guilt, because they assign these labels on the basis of the absolute presumption that ‘what happened will continue to occur in the future’.

This second hypothesis is a shortcut that sends the justice system centuries back, relegating it in a medieval darkness. Indeed, this kind of algorithm non governed by a binding discipline determines an algorithmic anarchy. It involves the reproduction of injustices, already heavy on minorities, with the aggravating circumstance that discrimination does not reveal itself, because it is hidden under a ‘patina of fairness’⁸⁵.

The algorithmic anarchy has replaced the intuitive predictive investigation because it prides itself of being based on mathematical models, which are claimed to be immune from all-too-human bias. But we are arguing that this assumption is unwarranted.

In fact the algorithmic predictions boasting their ‘patina of legality’ may be more dangerous for fundamental freedoms than the old predictive analyses based on the convictions of the judge. This is because the appearance of objectivity of modern predictions could generate a presumption of fairness difficult to overcome. If the correctness of the algorithmic outcome is assumed as a starting point, the judge will hardly have any evidence to the contrary.

Similarly, it is not comforting to say that the judge might not stick to the algorithm, taking it as any other factor in the trial, because *de facto* once the algorithm comes into the trial it exercises a decisive influence on the judge’s conviction. In order not to follow it the judge should rely on a contrary evidence supported by scientific authority as the algorithm pretends to have. We could draw a parallel between two forms of ‘capture’: the judges are captured by algorithms like the Independent Authorities have been captured by the regulated.

For example, in the Loomis case the judge stated that regardless of the algorithmic outcome, he would have pronounced the same decision against Loomis. But nobody can demonstrate that this statement is true; the entrance of COMPAS into the courtrooms remains an undeniable fact and no one can behave as COMPAS had been left out.

Certainly, more correct and respectful of the presumption of innocence is the attitude held by the Canadian Supreme Court which in the *Ewert case* decided for the unreliability of algorithms, whose validity had not been previously tested⁸⁶. The Court ruled out their use for judicial purposes

⁸⁴ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2015, 3. His thought has been retaken by A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan Law Review*, 115, 2017, 1023-1039.

⁸⁵ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, quoted, 15.

⁸⁶ *Ewert v. Canada*, 2018 S.C.R. 30, para. 66 (S.C.C. June 13, 2018).

unless the algorithms were accompanied by the evidence excluding their unfairness, otherwise they should be *tamquam non esset*. The Canadian Supreme Court, ruling in Ewert's favor, determined that without evidence of the algorithm being free of cultural bias, it was unjust to use this tool on indigenous inmates.

In sum, to be fair and equal, the algorithms must be regulated, and the crucial rule is that equal situations deserve the same treatment, and different situations must receive a differentiated discipline. "Substantive equality requires more than simply equal treatment" as treating groups identically may itself produce inequalities⁸⁷.

Given a regulatory anarchy, algorithms supported by a claim of universality, objectivity and neutrality will be more unfair in substance than medieval prejudices and beliefs. In a political environment which claims to pay attention to social policies, these machines will perpetuate the age-old injustices already afflicting the weaker classes and minority ethnic groups. The sole but aggravating difference would be that the algorithm will hide behind an apparent legality.

8. The new approach of the Italian Boldrini Committee

It is time now to analyze the Italian experience of the Boldrini Committee with the view to assess whether its proposal, the Declaration of Internet Rights, may represent a regulatory framework complying with the indispensable requirements of equality and legality. The satisfaction of such requirements constitutes the conditions for an effective exercise of fundamental rights in the Net.

On July 28th, 2014 the President of the Italian Chamber of Deputies, Laura Boldrini, opened the works of the Committee she had established to draw a Declaration of Internet Rights⁸⁸.

Preliminarily, one must note that neither the law nor the Regulation of the Chamber of Deputies gave to the President the power to nominate a Committee of study in a composition of both Deputies and experts. However, it was the exercise of a legitimate faculty aimed at soliciting from the decision-maker a future regulation of the Internet oriented towards the normative framework laid down in the Declaration⁸⁹.

For this reason, we cannot agree with the criticism⁹⁰ made against the legitimacy of the Committee's work, which was not intended to compete with the Parliamentary committees, lacking the correspondent legal powers. Its power was merely one of moral suasion towards the Legislator.

It was the first time in Italy⁹¹ that in a Parliamentary framework a Committee was given the task

⁸⁷ Ewert v. Canada, 2018 S.C.R. 30, para. 54.

⁸⁸ The whole documentation and official meetings of this Committee are found in the website of Chamber of Deputies (<http://www.camera.it/leg17/1179>).

⁸⁹ See the speech given by the President L. Boldrini during the first meeting of the Committee on July 28th, 2014: "Certo, si tratterebbe di forme di regolamentazione diverse dal canonico modello normativo, costituito esclusivamente da regole e sanzioni; si tratterebbe invece, a mio avviso - ma è un aspetto su cui vorrei aprire un confronto - di favorire, alla luce delle caratteristiche proprie della materia, un approccio più orientato ad individuare principi generali entro i quali bilanciare i diversi diritti in gioco". ["These should be, in my opinion, forms of regulation which are different from the usual normative model based exclusively on rules and penalties. They should favor instead - but I want to open a discussion on this - an approach, taking into account the characteristics of the subject, more directed at determining the general principles within which to balance the various rights that are in play."] (*My translation*).

⁹⁰ For them see L. NANNIPIERI, *Sulla Dichiarazione dei diritti in Internet. Alcune notazioni critiche*, in *Informatica e diritto*, 2014, 23(2), 127-128.

⁹¹ So it was underlined during, the 10th annual meeting of the IGF on the theme "Evolution of Internet Governance: Empowering Sustainable Development", in João Pessoa, Brazil, on November 10 to 13, 2015, where the

to elaborate a Declaration of Rights for the Internet⁹². This is true but we have to remember that the Committee was able to rely on and refer back to previous proposals which the Berkman Centre at Harvard University counted to a total of 87⁹³.

If we apply to the Italian Bill of Rights the classification used by the Berkman Centre, its author cannot be defined neither completely public nor completely private. It was drafted by a mixed organ composed both by representatives from each political group in the House of Deputies and by experts.

The latter, chosen on the basis of their political neutrality, mitigated and counter balanced the political orientation of the former.

The author despite having a national character didn't write the Charter following the model of Bills of national origin. Instead, it shared with the Charters originating from international subjects contents which went much beyond narrow national borders⁹⁴. Proof of this is the entire set of values and rights which followed the corpus of principles shared by the international community on the theme of fundamental rights. This was of course also necessary because of the borderless nature of Internet.

The mixed origin of the author, public and private, meant the Charter did not draw a framework in which private interests would prevail. Examples of the latter model⁹⁵ are those Charters focused mainly on the rights of the users or of the Over the Top, while the Italian Bill focuses on the fundamental rights of the citizens and addresses the indispensable limits of the public powers to safeguard the essential content of liberties.

Furthermore, its decisional process was not concluded in the closed rooms of those in power. In fact, before the final approval as the Declaration of Rights it underwent a reasonably extended phase of public consultation.

This top-down origin of the Declaration represents in Italy the first significant example of a political document brought to public consultation. It must be noted that the rules of this consultation were not narrowly formulated as to the 'who', the 'how' and the value of the observations. Many criticized the process arguing that precise rules should have been defined and set out before the consultation began. This criticism may be answered considering that the widest and most spontaneous participation possible was sought, whereas an excess of rules would have had a chilling effect on it. In my opinion, a defect in the procedure may be found, in the fact that once the consultation was over, the Committee did not adequately explain for each suggestion or objection the reasons for taking it into account or rejecting it, as the American experience of notice and comment should have taught us to do. This was due to

the short time allotted to the Committee and the huge amount of observations produced by

Italian proposal for an Internet Bill of Rights was presented as topic of an entire workshop session, whose I took part with a speech.

⁹² For the final English version of this Document look at the official website (http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissio.ne_internet/testo_definitivo_inglese.pdf).

⁹³ L. GILL, D. REDEKER, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, Berkman Center Research Publication, 2015, November 9: in this study the Bills are classified according to their author, content, and their value, the latter is meant whether the bill was binding or not.

⁹⁴ Just to give the most significant examples: Council Of Europe, *Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles*; Civil Society and the Trade Union Advisory Committee to the OECD, *Seoul Declaration to the OECD Ministerial Conference on the future of the Internet economy*; Internet Governance Forum (United Nations), *Internet Rights & Principles Dynamic Coalition* (<http://internetrightsandprinciples.org/wpcharter/>).

⁹⁵ L. GILL, D. REDEKER, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, quoted, 11: "These documents identify corporations as the central locus of power and users—rather than citizens or another constituent community—as primary rights- holders. We see this in examples such as the *Bill of Rights for Users of the Social Web*, presented at the 2007 Data Sharing Summit in the 2010 Social Network Users' Bill of Rights, a document triggered by major *privacy* policy changes at Facebook and Google that year".

the public consultation, rather than an intentional unwillingness by the Committee.

The Bill did follow a top-down approach, but the public consultation was very important because the outcomes were taken into proper consideration, though they did not formally exceed the nature of non-binding opinions. However, one must admit that the participation of a public body, the Committee, and of private citizens, through the consultation, was not equal, which is to say that the two parties did not contribute to the decision in an even way.

We can say that the *iter* of the Italian Bill presents its own uniqueness: indeed, it has not followed the steps of the *Marco Civil*; which has anticipated our bill in time because the latter, born from public consultation, has already been turned into a formal legislative act⁹⁶.

8.1. Contents of the Committee's Declaration

In adopting a constituent approach⁹⁷, the Declaration provides a 'frame-work regulation' regarding the Internet Governance and the digital Liberties. So, its structure imitates a real Constitution, even if there is no reference to a territorial State, in accordance with the a-territorial nature of the Internet, and if the document lacks a binding value, due to the a-parliamentary nature of its Author, as seen above. Indeed, the act stands on the very two pillars of French post-revolutionary constitutionalism (1789): powers and freedoms. The focus of the Declaration is concentrated on the subordination of the powers to the rights, because the powers exist if and to the extent that they recognize the fundamental freedoms and implement the social rights. Therefore, these two entities, powers and rights, are not aligned on the same playing field: the former may not be conceived as *legibus soluti*, being susceptible of constraints in order to protect the liberties. This special relation encompasses the hard core of the modern Constitutionalism⁹⁸.

As to the powers: the Declaration dictates that the Internet governance – however shaped – shall obey to the principles of democracy and representation. These ones shall be specified – in accordance with Teubner's scientific heritage⁹⁹ – through the imposition of a multistakeholder composition and a representative legitimation for economic actors and online social subjects¹⁰⁰. Therefore it would be useless to look in the Declaration for further details concerning both the concepts of multistakeholderism and the standing of legitimation. The act has preferred not to chill the ongoing international debate, leaving to it the task to achieve the widest possible consent on the subject. At the moment, though, this appears still far in the future¹⁰¹.

⁹⁶ Law No. 12.965, April 23rd 2014, establishes the principles, guarantees, rights and obligations for the use of Internet in Brazil (preliminary works).

⁹⁷ Concerning this particular aspect let me refer to my speech during the presentation of the final test of the Declaration to the public on July 28th, 2015; on that occasion I talked about the "constitutional spirit" of the Declaration in order to distinguish its constitutional substantive value from its incontestable soft law status (<http://webtv.camera.it/evento/8233>).

⁹⁸ See G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2016, 248, where the Author states that "il costituzionalismo democratico nasce per dividere il potere e assicurare i diritti".

⁹⁹ See G. TEUBNER, *Constitutional fragments. Social constitutionalism and globalization*, quoted, 56.

¹⁰⁰ It is not a coincidence that the Internet Governance Forum of Joao Pessoa, that had to draw the governance of the net, hadn't gone beyond very promising but non concluding debates on this topic.

¹⁰¹ On the different models of multistakeholderism see A. DORIA, *Use [and Abuse] of Multistakeholderism in the Internet*, in *The Evolution of Global Internet Governance. Principles and Policies in the Making*, edited by R. Roxana, J. M. Chenou, R. H. Weber., Berlin, Springer, 2014, 116. For the Author these models can be reduced into two: "(1) those that uphold the belief in a structure with equivalent stakeholders who participate on an equal footing; and (2) those that uphold the belief that one stakeholder is more equal than the other stakeholders and that the primary stakeholder discharges their duty by consulting the other stakeholders before making decisions." On the contrary, from the point of view of J. WAZ e P. WEISER, *Internet governance: the role of multistakeholder organizations*, in *Journal of Telecommunication & High Technology Law* (<http://www.jthtl.org/index.php>), (10)2 2012, 336: "The term does not

On the contrary, the pillar of liberties is the one to which the Declaration devotes almost all its articles. These ones can be classified in two categories: general rules, applicable to every right at stake, and specific rules, concerning the single subjective entitlements. The dispositions of the first category are not perfectly in line with the rule of law and the due process principle, illustrated before. Indeed, there is no general statement requiring that freedoms are only limited in favor of an equally ranked value and in accordance with the necessity and proportionality principles. Instead, this balancing test is provided only for some liberties on separate basis. We have already criticized this drafting technique, focused on single cases rather than on general rules; indeed, we have voiced our remarks both in the Commission and in scientific contexts¹⁰².

Neither is the due process clause provided in general terms. Rather, it is established only occasionally. For example, it supports in the art. 11, co. 3 “Right to be forgotten”, stating that: “Where a request to be removed from search engines is granted, any person may appeal the decision before the courts to ensure that the public interest in the information is preserved”; but not also in art. 1, in which it was expected to be mentioned in line with its nature of the general provision.

Concerning the single rights, a basic premise is to be made: the listing is only exemplifying, and not comprehensive. Therefore, the freedoms which are not expressly stated are not necessarily excluded. We can think, for example, to the right to be forgotten. In these cases, the Commission was simply not able to reach an agreement.

‘How’ the Bill has established a framework for the Internet is not a methodological issue. Which is to say that it relates not to the procedure – which has been already described earlier – but to the values met by the Declaration.

The ‘equality-legality’ pair has become the cornerstone of the whole architecture of the Bill, as explained in the very preamble of the Declaration¹⁰³. Such choice was only viable because the Bill had refused to entrust its own genesis to the private powers. Indeed, these ones would have acted in an egoistic way, bending the rules to their individual and lucrative interests. This does not mean that its rules are the best possible ones. Rather, more simply, the Author of the Bill has managed to avoid being ‘captured’ by the strongest stakeholders.

One could think about how the right to net neutrality has been designed (art. 4). This one has been endowed with the dignity of a fundamental right¹⁰⁴, while even the EU Regulation on the Digital Single Market¹⁰⁵ had fallen short traditional economic vocation to a new one, belonging to

lend itself to simple definition, and its application will vary from case to case, but one would generally expect to see at least two things in a “multistakeholder” organization: (i) representation (or, at a minimum, openness to representation) from a diversity of economic and social interests (and not limited to a single economic perspective), and (ii) a representational role for civil society, generally defined as relevant stakeholders other than government and industry”.

¹⁰²Let me refer to my intervention during the Committee’s meeting, October 8th, 2014 (http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_inter_net/files/000/000/003/resoconto_commissione_8ottobre.pdf).

¹⁰³ Its preamble states: “This Declaration of Internet Rights is founded on the full recognition of the liberty, equality, dignity and unique diversity of each individual. Preserving these rights is crucial to ensuring the democratic functioning of institutions and avoiding the predominance of public and private powers that may lead to a society of surveillance, control and social selection”.

¹⁰⁴ Art. 4 (*Net neutrality*) - 1. Every person has the right that the data he/she transmits and receives over the Internet be not subject to discrimination, restrictions or interference based upon the sender, recipient, type or content of the data, the device used, applications or, in general, the legitimate choices of individuals.

2. *The right to neutral access to the Internet in its entirety is a necessary condition for the effectiveness of the fundamental rights of the person.*” (The italic is mine).

¹⁰⁵ Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users’ rights

the field of individual liberties. In other words, what is served by the equal access is not the ISPs' freedom of economic enterprise, but the enjoyment of everyone's right to be informed. Indeed, the latter would suffer an excessive upstream constraint if some contents arrived to us with better quality and speed, because we would be forced to choose these privileged contents over the slower ones¹⁰⁶.

It would be superfluous to recall here what already set out above, we will limit to add only some reflections concerning the regulatory source of this right. Its source was not identified in the self-regulation negotiated between the ISPs and the ICPs. Indeed, entrusting the regulation to a contract would downgrade the web from a common good to a commodity, tradable in exchange of the highest market price. In that case, those who already dominate the online band market would be able to attract the largest flow of byte and impede the access to newcomers, who cannot afford to pay the same price¹⁰⁷. Concerning this point, the Declaration has not been as clear as it has been in the statement of the right to net neutrality. Indeed, it has not mandated a public act to be the source of every operator's right to non-discrimination – in comparison with its competitor – as to the breadth and quality of the band, regardless of everyone's capability. Here the Declaration has lost its occasion to state a principle of equal treatment oriented towards the fundamental rights¹⁰⁸.

Also, the reference to another liberty in the Declaration, the right to access (art. 2)¹⁰⁹, confirms the centrality of the aforementioned pair. Here the Declaration has not limited itself to acknowledge this right. Indeed, the Bill has made its content near to a social right, which is to say that it has compelled the State to be proactive and lay down the broadband on the whole national territory, regardless of the digital citizen's residence and spending capability. Therefore, the band shall also cover the white zones, the ones where market fails, where the private hand will never be able to arrive because of economic disutility. Now, this means that the actualization of the right to access is instrumental to the exercise of fundamental liberties, but, to be concrete, needs the State to promptly fulfil its duty of service. The essential content of this right is the entitlement to an action coming from the State. And its connection with the substantial equality principle is evident since the rule includes among the beneficiaries of this right all those who experience conditions of digital divide, "including those created by gender, economic condition or a situation of personal vulnerability or disability". So, the access becomes a tool for substantial equality, because it is a lever for the public power to move the flow of wealth from the 'haves' to the 'have

relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union. The act dedicates to this topic the art. 3 "Safeguarding of open internet access", that doesn't explicitly refer to the concept of net neutrality.

¹⁰⁶ D.C. NUNZIATO, *Virtual freedom: net neutrality and free speech in the Internet age*, Stanford, Stanford University Press, 2009, 136 ff., identified the main focus of the net neutrality regulation in the free speech, rather than in competitive concerns. On the relationship between constitutional law and competition law, see G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 605 ff.

¹⁰⁷ The question is much debated in the juridical literature, and twists with the issue of the legitimacy of the zero rating. There are disagreeing claims about its admissibility T. WU. *Preface*, in *Net Neutrality Reloaded: Zero Rating, Specialized Service, Ad Blocking and Traffic Management. Annual Report of the UN IGF Dynamic Coalition on Net Neutrality*, edited by L. Belli, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2016; D. BRAKE, *Mobile Zero Rating: The Economic and Innovation Behind Free Data*, in *Information technology & innovation foundation* (<http://www2.itif.org/>), May, 2016, at. Among the Italian scholars, it is possible to call to M. Avvisati, *Autorità indipendenti, vigilanza e procedimento amministrativo. Il caso zero rating*, in *Politica del Diritto*, 2017, 505-542.

¹⁰⁸ Allow me to refer to my book G. DE MINICO, *Antiche libertà e Nuova frontiera digitale [Ancient freedoms and New digital frontier]*, Torino, Giappichelli, 2016, 195 ff.

¹⁰⁹ Let's reflect in particular on the 5 para. of the article 2: "Public institutions shall take the necessary measures to overcome all forms of digital divide, including those created by gender, economic condition or a situation of personal vulnerability or disability".

nots'. It becomes a booster which multiplies wealth¹¹⁰: those who are excluded from digitalisation won't have to bear the burdens of the access, but will be entitled to receive it as a social service, which is necessary because it allows them to fill the distance between the digital included and them.

Article 2 creates inequalities with the purpose of equalizing. Indeed, in times of economic scarcity, the universal service needs to be articulated in relative terms: the State cannot ensure everything to everyone, and so supplies the whole essential only to the needing ones. Article 2 provides different treatments based upon the spending capability of the beneficiary. Namely, the broadband provision shall be paid less than its market value by those who live in digital divide areas, while the same shall not be true for those who reside in areas with a full digital inclusion. Article 2, then, is a precept introducing benevolent asymmetries in rules. Indeed, it ensures a favorable discipline for those who had not been admitted, until that moment, to enjoy economic prosperity and social inclusion. So, it lets everyone take part to the benefits of e-society.

The circle is closed by a precept (art. 14) which rules the reciprocal relations among the regulatory sources of the Internet: the Declaration refers both to the binding sources – i.e. to the law, regardless of its national or supranational author – and to self-regulation, entrusted to the masters of the net, the Over the top.

And here the Declaration has struck, not effortlessly, a laudable compromise, because it has dictated a cogent order of intervention: laws first, and self-regulation afterwards. That way, the Bill has prevented the fundamental political choices over the net – i.e. the pair 'equality-legality' – from being sacrificed by the myopic and egotistical ideas of some well-founded and well-structured operators: "to prevent all forms of discrimination and to prevent the rules governing its use from being determined by those who hold the greatest vital tool for promoting individual and collective participation in democratic processes as well as substantive equality".

This discourse about the regulatory approach has made a *fil rouge* emerge: namely, between the content of the rights – only limitable by the Legislator and consistently with the proportionality and necessity principles – and their sources, which have to follow the principle of hierarchical prevalence of the imperative will over the contractual one. Indeed, such link corresponds to the idea that the economic liberties are a means to protect the fundamental liberties, but this relation can never be reversed.

8.2. Legal status of the Declaration

To remove any doubt as to the legal status of the Declaration let me clarify immediately that this document does not have legally binding effects, it has merely the same value of a political act.

Even more it is an act entailing a political engagement, since it has been approved on November 23rd, 2015, with a motion voted by a transversal majority in the Chamber of Deputies of the Italian Parliament.

As every motion¹¹¹ it has to be properly taken into account by the Executive power in its concrete political-administrative activity. Yet, being a political act, the Declaration will only stand

¹¹⁰ Clearly said by L. WAVERMAN, *Economic Impact of Broadband: An Empirical Study*, LEGC, London, 2009, February 22, 9: «The results from our study show that broadband – the ultimate melding of the telephone line [...] can have significant payoffs in terms of increasing productivity and economic growth».

¹¹¹ Although the concept of motion is out of my analysis, suffice it to affirm that the discussion on its natura is still open among the Italian scholars. For those who identify its nature in the control function see V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella prassi*, Milan, Giuffrè, 2012, 786; on the opposite side, there are those who stress the ability of the motion to define political directives, see for all L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, 168.

until its political sponsors will maintain their support. As to its juridical value, it cannot be enforced judicially, neither against a public subject, nor against a private one. Indeed, it does not generate any juridical obligation to be fulfilled.

At this point, it seems appropriate to mention that also the European Union Charter of fundamental rights used to have the same value as our Declaration, before being incorporated in the Lisbon Treaties. Indeed, many national¹¹² and European judges¹¹³ kept nevertheless assuming it as a criterion to interpret other binding juridical sources¹¹⁴.

In sum: despite the Declaration does not have a direct juridical relevance, an indirect and implicit legal value is not to be excluded. We are denying a legal *status* to the Declaration, but at the same time we may expect that it will be taken into account “in transparency” by those who will have to take legally binding decisions.

The Declaration as point of reference of a new culture of the Internet, as the Advocate general Mischo stated in referring to the value of E.C. “I know that the Charter is not legally binding, but it is worthwhile referring to it given that it constitutes the expression, at the highest level, of a democratically established political consensus on what must today be considered as the catalogue of fundamental rights guaranteed by the Community legal order”¹¹⁵.

At this point we can give a comprehensive evaluation of the Italian experience: what are its advantages and drawbacks?

As to the first ones, it may be noted that it is a flexible regulation, able to orientate Internet towards the fundamental values of democracy and equality, and “porous” to the private stakeholder’s self-regulation, without granting to the latter any prevalence over the binding sources. Among its disadvantages, we cannot include the scarce prescriptiveness of the language, even if such criticism was expressed during the press conference following the presentation of the Declaration¹¹⁶. Indeed, it would be contradictory of the Declaration to pursue a constituent intent

¹¹² In the Italian system we have to remember, among others, some basic decisions of our Constitutional Court nn. 135 e 445 /2002 and 393 e 394/2006. In particular, in the former the Supreme Judge underlined that the Charter had significance for “il suo carattere espressivo di principi costituzionali comuni”(for its feature able to express common constitutional principles). It is worthy to be mentioned also the Tribunal Constitucional Português, Acórdão n. 275/02.

¹¹³ At first the Court of Justice refused to refer to the Charter, despite of the several recalls its favour of the Advocate Generals; only in the 2006 the Court broke this silence, 27 June 2006, C-540/03, *European Parliament v. Council of E.U.*. On the contrary, the European Court of Human Rights, case of *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (Application no. 28957/95), 11 July 2012, in Cons. 100 didn’t hesitate to refer to the Charter clearly: “The Court would also note that Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women”. Sul tema più in generale, see P. COSTANZO, *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2016/I, 10 ff.

¹¹⁴ In the Italian doctrine about its value of parameter of interpretation, before its incorporation in the Lisbon Treaty, see A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 621; ID., *Sulla “giuridicità” della Carta europea dei diritti: c’è (ma per molti) non si vede*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, edited by G. F. Ferrari, Milano, Giuffrè, 2001, 257 ff.; L. LANZONI, *Tutela e limitazioni dei diritti dell’uomo nell’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, edited by M. Pedrazza Gorlero, Napoli, ESI, 2010, 369 ff.; C. SALAZAR, *Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2011, December 21

¹¹⁵ Opinion of Advocate General Mischio, delivered on September 20th, 2001, in Joined Cases C- 20/00 and C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd trading as Marine Harvest McConnell and Hydro Sea- food GSP Ltd, v. The Scottish Ministers*, in Cons. 126.

¹¹⁶ At Sala del Mappamondo-Palazzo Montecitorio (webtv) July 28th, 2015 the print conference was held with the topic of “*Declaration of Internet Rights*” in the presence of the President of the Chamber of Deputy, on. le Laura

while stating strict obligations and prohibitions. Conversely, just as any constitutional Charter, it has to be elastic enough to account for future situations, which may be unpredictable. This is especially true given that the Declaration is addressed to an ever-evolving reality: Internet.

However, we do find some drawbacks. Firstly, the one we have already mentioned while illustrating the single parts of the Declaration: namely, the due process and the rule of law are inadequately safeguarded. Nevertheless, the true defect does not lie in the Chart itself; it is rather to be found in the lack of attention to it by the political decision-maker. Indeed, some subsequent normative acts, which should have been consistent with the Declaration, have been drafted as if the Declaration had never existed.

We can consider the recent law on cyberbullying¹¹⁷ or the previous anti-terrorist legislation¹¹⁸.

This is not the place for an in-depth analysis of such acts, we will be satisfied with stating just one conclusion. In few words, the Declaration, which conditions the limitation of freedoms to a necessity principle, is not coherent with the counter-terrorism legislation, which allows derogations to liberties in consequence of an abstract danger (when necessity is still absent). Similarly, the Declaration, stating that liberties can only be restricted by a public and impartial authority, is in contradiction with the Law on cyberbullying. The latter unconditionally delegates this power to ISPs, which are allowed to obscure, delete or block the personal data without any adversary procedure and on a very short notice. Indeed, ISPs are *ex parte* subjects that have nothing in common with a public and impartial authority. Then, the disadvantage of the Declaration is not in the method or in the drafting, but in the fact that the political decision-maker is not willing to take it in consideration.

Moreover, this contradiction is not an isolated and only national case.

At the European level this contrast is clearly visible as to the safeguards of online fundamental rights. The adversarial dialogue between the Court of Justice and the Decision maker has not yet found an appropriate and shared balance.

Basically, while the former has deemed the guarantees of proportionality and precautionary applicable to the right to *privacy* in time of emergency¹¹⁹ - the recent Directive EU 2017/541 "on combating terrorism" goes in the opposite direction¹²⁰. Then, conclusively, the constituent process of the Internet is a desirable event, which is nevertheless far from becoming true. However, this does not reduce, but even strengthens, the value of the Boldrini Committee's Declaration as a political manifesto.

Boldrini, professor Stefano Rodotà and other components of the Committee of study, among who the author of this essay.

¹¹⁷ Law n. 71, 29th May 2017, *Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, at G.U. n. 127 del 03-06-2017.

¹¹⁸ Law Decree n. 7, 18th February 2015, coordinated with the Converted Law, 43, 17th April 2015, n. 43 at G.U. n. 91 del 20-04-2015). See in particular the art. 2. For what concerns the aspects related to terrorism allow me to refer to my book G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo [Constitution. Emergency and Terrorism]*, Jovene, Napoli, 2016, in part. chapter 2, § IV.

¹¹⁹ We refer to the above-mentioned Court of Justice, *Digital Rights Ireland Ltd* and also (Grand Chamber) *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, 6th October 2015, C- 362/14.

¹²⁰ The European Parliament and the Council of the European Union, Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017, on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA; in particular see the article 2. To remain on this dangerous contradiction expressed by the above Directive, let me quote my recent work *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice*, in *Osservatorio sulle fonti (www.osservatoriosullefonti.it)*, 2017, 2. at. See also G. DEMINICO, *Every Day's Terrorism*, in *Virtual Freedoms - Terrorism - The Law*, edited by G. De Minico, O. Pollicino, London-Turin, Routledge-Giappichelli, 2014, 10-14.

9. Concluding remarks

The opinion according to which the net may remain totally unfettered cannot be accepted. We have explained the reasons for which a “Bill of Rights” tailored to the Internet and entrusted to a supranational legislator needs to be put in place.

However, the complex interaction among competing interests make it difficult to strike an effective balance allowing the internet to maintain its full potential of innovation. This essay has been focused on the perspective of the offline constitutional acquis of democratic countries being transported online, in order that a better protection of fundamental rights and liberties be achieved, and equal opportunities for all be provided for.

We must be aware that the same nature of the net as an instrument of global communication fostering participation and spreading information and knowledge is drawing a different answer in those countries where democracy is under pressure.

In such cases an answer is easily found appealing to the values of democracy and acknowledging the pre-eminence of rights and liberties. But it is much more difficult to cope with the shift in public opinion arising from terrorism. One must admit that the internet may be a powerful instrument also in the hands of criminals. Legislators are under pressure to put the internet under stricter regulations in order to fulfill a growing demand of security. The constitutional principles essentially construed by the Courts that we have recalled in this essay should be considered the strongest barrier to be found against a dangerous shift.

It is obvious that political decision-makers cannot easily reject the prevailing views of the public opinion, which will sooner or later be translated into votes. This suggests that rights and freedoms on the net cannot find their defense solely in a Court of Justice, but require that the argument be brought also in politics.

The algorithm has offered a case study to test the regulatory alternatives, self-regulation or binding regulation. Which of them has proved to be more suitable and well-tailored to reach the equality objective? Our reasoning has shown that the algorithmic anarchy reproduces the already heavy injustices on minorities, with the aggravating circumstance that discrimination does not appear as such, being hidden behind a ‘patina of fairness’. On the opposite side, the algorithm, kept under the policy-maker control, could level the different fortunes of who is ahead and who is left behind in the social competition. Therefore, a binding discipline, although held to a *minimum*, will be able to guide technology towards a fair and widespread common good in compliance with a democratic institutional framework.

GIOVANNA DE MINICO
Internet: Rules and Anarchy. The test of algorithms*

Summary: 1. The terms of the discussion. – 2. A constitutional basis for the Internet? – 3. The guarantees of modern constitutionalism in lieu of an *ad hoc* constitutional basis. – 4. The debate on the best regulation of the Internet. – 5. The algorithms between rules and anarchy. – 6. The Regulation 2016/679: a sufficient framework for the algorithms? – 7. Fair and biased algorithms? – 8. The new approach of the Italian Boldrini Committee. – 8.1. Contents of the Committee's Declaration. – 8.2. Legal status of the Declaration. – 9. Concluding remarks.

1. *The terms of the discussion*

This essay aims to address the following basic question, namely whether the Internet should remain the reign of anarchy¹ or the field of a new regulatory approach. The second option raises the question as to the sources of the rules designed to regulate the Net.

Preliminarily, the focus will be concentrated on the necessity to constitutionalize the Internet. Subsequently, we will proceed to identify the most suitable regulation, which could take the form of a supranational "Bill of Rights" for the Internet.

The proposal of this Bill prompts further questions: which legislative body should write this Bill? What should the relationship be between binding rules and the policies of self-regulation? What kind of content would be appropriate or necessary for the Bill? Should the Bill give greater weight to fundamental rights than to economic interests? Which value could be assigned to the Bill?

To answer these questions, I will not simply tackle a single freedom concerning netizens. This article's analysis will instead focus on the basic need that fundamental rights, normally protected by national constitutions, should receive universal protection regardless of territorial boundaries, in accordance with the a-territorial nature of the Internet. Therefore, rather than focusing on specific rights, whether they be freedom of expression, communication, or the right to access the Internet², this article intends to propose the essentials of a statute for fundamental rights, one that is sufficiently general to encompass every freedom, regardless of its specific features. This statute should also be supranational so that every freedom is consistently protected regardless of the variances in national legal systems. This would also ensure equality of treatment.

The above questions refer to the necessity of general regulations that extend beyond both national boundaries and the sectional interests prevailing in any given moment. A comprehensive view of the possible answers will support the assertion that all technical issues concerning the Internet cannot be left to the invisible hand of a market-oriented technological development, rather, it should be goal-oriented towards achieving a common good³. Should this happen, the Internet would finally be a unique and effective opportunity for everyone to pursue personal growth and participation in the virtual political process. Such an outcome, however, can only be

¹J. P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, February 8, in *Electronic Frontier Foundation* (<https://www.eff.org/de/cyberspace-independence>). See R. RADU, *Negotiating Internet Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 45.

² Let me allow to refer to G. DE MINICO, *New Social Rights and Internet: Which Policies Combine Them*, in *International Community Law Review* (I), 2013, 15(3). For a wide overview on specific rights, see M. BOARDMAN, *Digital Copyright Protection and Graduated Response: A Global Perspective*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* (<https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/>), 2011, 33(2), 235-243.

³ Concerning Internet as a 'global public good', see M. R. CANAZZA, *The Internet as a global public good and the role of governments and multilateral organizations in global internet governance*, in *Meridiano* 47, 2018, 19, 2-3.

ensured through clear choices made by policymakers and netizens. If this outcome has already occurred or is going to happen, we can't anticipate now but we will look at it later.

2. A constitutional basis for the Internet?

The fact that Internet is not expressly envisaged in most Constitutional texts poses the issue whether it would be necessary to update those Constitutions that ignore the Net at all⁴.

As a starting point, two Constitutions - namely the Italian and American ones - will be discussed, as they already entail norms protecting traditional media - radio, television, and newspapers - yet at the same time lack specific rules for online media such as Internet blogs and social network websites⁵.

More specifically, art. 15 and 21 of the Italian Constitution (freedom of communication and speech, respectively⁶) do not refer to the Internet at all. This is easily explained considering that the constitutional formulas have remained unchanged since 1948. Recently, there has been considerable debate among scholars⁷ and decision makers about the necessity of introducing new *ad hoc* constitutional provisions⁸.

It can be argued against the thesis of a formal revision that any new formula would be focused on the existing technology and could not easily cover the inevitable and unforeseeable future development.

This would expose any constitutional innovation to the risk of premature obsolescence: a detailed provision might be adequate today, but useless, or even harmful, tomorrow. It should be further noted that the real focus of Internet regulation is found - as it will be explained more extensively later - in the identification of a supranational rule-maker. A national Constitution, applicable within the territory of a single State, might be an obstacle in the broader perspective of a discipline that encompasses a number of States with different legislative histories, experiences, and economic and social interests. From this point of view, a specific and detailed provision might not be the right answer.

An alternative is found in a broad interpretation of the existing constitutional provisions, in order that they may be applied to the new virtual reality.

This approach would be made easier by the inherent flexibility of many Constitutional provisions. This is the case of art. 15 and 21 of the Italian Constitution, which grant protection to the above named media, but also refer respectively to "every other form of communication" (Art. 15) and "any other means of communication" (Art. 21).

⁴Concerning the transformations that Internet brings in Constitutions E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a New Systematic Theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019, 33(1), 76-99.

⁵ Only two Constitutions dealt with new media through explicit provisions, see *Syntagma* [SYN.][Constitution] 5a, co. 2 (Greece) and *Constitucion de República del Ecuador* [C.R.] art. 16. Concerning freedom of expression in the two Constitutions O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech*, in *European Law Journal*, 2020, 25, 156-157.

⁶ On the connection between free speech and the Internet F. MOSTERT, *Free speech and internet regulation*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, 14(8), 607-612.

⁷ S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti e quali vincoli* [*The word in the net. What rights and what constraints*], Bari, Editori Laterza, 2014.

⁸ See for what concerns the Leg. XVII the 'disegno di legge costituzionale, A.S. 1317, 17/2/2014, modifica all'articolo 21 della Costituzione, [hereinafter Project of constitutional law 1317/2014]' and also the 'disegno di legge costituzionale, A.S. 1561, 10/7/2014, introduzione dell'articolo 34 bis della Costituzione, [hereinafter Project of constitutional law 1561/2014]'. In doctrine, see O. POLLICINO, *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)*. 2015, March 13, and G. DE MINICO, *A proposito dei disegni di legge di revisione costituzionale, A.S. 1561 e 1317, I Commissione del Senato, Leg. XVII, 10/3/2015*.

A similar example is given by the First Amendment of the U.S. Constitution⁹. In fact, the Supreme Court has encompassed the defense of the Internet within the constitutional safeguards of freedom of speech, and no reform of the Amendment has been deemed necessary¹⁰.

To avoid any misunderstanding, it is important to clarify that the extension of the same constitutional protection to rights and liberties offline and online does not imply an automatic transfer of the offline discipline, as a whole, into the world of virtual reality. The extension considered here is limited to the basic constitutional guarantees of rights and liberties, while a different sub-constitutional regulation may remain to be provided for in detail.

Therefore, offline media regulations cannot as such be made applicable online. Should this happen, the Internet would lose its uniqueness. Furthermore, an unfettered Internet is essential to the circulation of ideas which is a basic instrument of economic and social growth. As a consequence, regulations should be kept at a minimum level, as we shall see later.

3. The guarantees of modern constitutionalism in lieu of an ad hoc constitutional basis

The heritage of constitutionalism provides two basic safeguards for fundamental offline rights, valid also for liberties online. To examine these measures, we will use the Italian Constitution as a starting point to then discuss them at a supranational level.

In the Italian Constitution these measures consist in both the “riserva di legge”¹¹ and the “riserva di giurisdizione”¹².

A) The first, named the law clause, is a binding way of allocating regulatory work between primary and secondary rules, in force of which the Constitution entrusts in whole or in part the regulation concerning a given matter to the law adopted by Parliament.

As a consequence the Government will be enabled to adopt a more specific secondary regulation only after the legislator has enacted the general norms and steering guidelines, to which the secondary rule must conform.

Therefore, a preliminary necessity is to test the constitutional compatibility of the rules enacted by the legislator. This compatibility will depend on the completeness of the legislative discipline, which in turn will define the scope of the secondary rules.

In the matters concerning the copyright and Internet, the legislative Decree n. 44/2010¹³ doesn't seem to comply with this principle. In fact, the Decree says little about online copyright, leaving the regulatory onus on the competent Independent Authority (Authority for the Guarantee

⁹ On the elasticity of the text and the discretionary power Justice Harlan stated: “I do not see why Congress should not be able as well to exercise its ‘discretion’ by enacting statutes so as in effect to dilute equal protection and due process decisions of this Court.”, in *Katzenbach v. Moran*, 384 U.S. 641, 669 (1966). See also J. VARAT, V. AMAR, *Constitutional law: cases and materials*, New York, Foundation Press, 2016, 1184.

¹⁰ Supreme Court, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

¹¹ For the purpose of this essay, it will be sufficient to make reference to G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto* [The constitutional system of the law sources], Torino, Giappichelli, 1984, 84-87; also L. CARLASSARE, *I regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità* [The rules of the Government and the legality principle], Padova, Cedam, 1966, 223; and E. CHELI, 1977. *Potere regolamentare e struttura costituzionale* [Regulation power and Constitutional structure], Milano, Giuffrè, 1977, 50.

¹² To our purpose we just quote V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992, 176 ff.; A. PACE, *Problematichette delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, 176 ff.; F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, Giappichelli, 1998.

¹³ See the Legislative Decree, March 15th, 2010, n. 44, at *G.U.* 29 March 2910, n. 73.

of Communications). In the absence of a specific legislative foundation¹⁴, the Authority has assumed the power of closing websites or requiring that some contents be cancelled, following a summary assessment of their illicit nature¹⁵. A strong doubt arises, because the Authority's decision is a secondary source, and therefore in virtue of the "law clause" is not allowed to introduce an original innovation in the legal system without an adequate foundation in a primary source.

Consequently, the compliance of the Legislative Decree 44/2010 with the law clause and the hierarchy principle was challenged before our Constitutional Court. Although the Supreme Judge, having adopted a formal judgment of inadmissibility, didn't define the merit of the issue, he did affirm a very important principle useful to my aim, namely that: "Occorre preliminarmente osservare che le disposizioni censurate non attribuiscono espressamente ad AGCOM un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"¹⁶ [Preliminarily it must be noted that the challenged norms do not explicitly give to the AGCOM a regulatory power concerning the topic of copyright on the electronic communications network]¹⁷. From my point of view¹⁷, the Court's statement would not in principle exclude that the lack of lawful basis of the Authority's regulatory power could determine the invalidation by the hand of the administrative judge of the Deliberation 680 for breach of the law clause. However, it must be noted that recently the administrative Judge has deemed this Deliberation valid despite the lack of a legal basis¹⁸.

At the supra-national level – including both the Court of Justice and the European Court of Human Rights, whose understanding of the rule of law doesn't entirely overlap¹⁹– the "rule of

¹⁴ In more general terms for what concerns the specific title of regulatory power entrusted to the Independent Authorities see P. CARETTI P. (edited by), *I poteri normativi delle autorità indipendenti, Osservatorio sulle fonti. 2003-2004*, Torino, Giappichelli, 2005; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 61; G. DEMINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2005; P. BILANCIA P. (edited by), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012; F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁵ Deliberation n. 680/13/CONS.

¹⁶ See Constitutional Court, decision n. 247/2017, in part. Cons. 4.2. For an in depth analysis of the case before the Constitutional Court see M. AVVISATI, *Diritto d'autore in rete e Costituzione: concerto tra le fonti?*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2014, 3,1-24. For a lively debate among scholars on the Court's decision one can listen to the program "Presi per il web", on Radio Radicale, at 19.30, on December 6th, 2015, with interventions of I. ADINOLFI, G. DE MINICO, A. GAMBINO, M. OROFINO and O. POLLICINO.

¹⁷ Scholars have drawn opposite conclusions from the ruling of the decision. For some of them, the Court would have held, by way of an obiter dictum, that the norms under review were not attributing to the Authority a regulatory power on the subject matter. Hence the Administrative Tribunal could have annulled the regulation because of the lack by the Authority of the necessary power. On this point see G. DEMINICO, *Diritto di accesso e copyright: la parola va al Tar, il Il Sole 24 Ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 2015, December 6; A. GAMBINO, *Regolamento Agcom, diritto d'autore e Corte costituzionale*, 2015, December 8, and F. SARZANA, *Corte Costituzionale ed AGCOM: inammissibile la richiesta del TAR, ma l'AGCOM non ha poteri regolamentari sul diritto d'autore*, in *Nova Il Sole 24 Ore* (<https://nova.ilsole24ore.com/>), 2015, December 4. Others believe on the contrary that the Court would have found a basis for the regulatory power of the Authority by means of a systematic interpretation of the provisions O. POLLICINO, M. BASSINI, *Le parole contano, ovvero "tanto rumore per nulla". Sulla (prevista) inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della base giuridica del Regolamento AGCOM#ddaonline*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2015, December 4; P. COSTANZO, *Quale tutela del diritto d'autore in internet? (Osservazioni a margine della sentenza n. 247 del 2015 della corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, 2343 ff.

¹⁸ Tar Lazio (Administrative Tribunal Lazio), Decision. n. 04101/2017.

¹⁹ On the well known different opinions of the two judges see R. LAWSON, *Confusion and conflict? Diverging interpretation of the ECHR in Strasbourg and Luxembourg?*, in *The Dynamics of the protection of human rights in Europe: essays in Honour of Henry G. Schermers*, edited by R. Lawson, M. De Bloijs, Netherlands, Kluwer, 1994; P.

law”²⁰ concept corresponds to the Italian law clause, albeit with some differences. In the perspective of the rule of law the secondary normative sources of EU law are usually allowed a much wider discretionary power in comparison with the room acknowledged to the Italian secondary sources. Consequently, the decisions from a public authority (containing general and abstract provisions) are allowed to intervene, and not only the Assembly’s legislative acts²¹.

Therefore, at the supra-national level the form of the normative act (whether parliamentary or governmental) is not as important as “how” the act is expressed. It is requested to be at least “adequately accessible”²² and “formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct.”²³

In addition to the first limit, the previous legislative intervention, the rule of law entails further substantial limits to the policymaker: namely the parameters of necessity and proportionality. The respect of both these criteria doesn’t constitute an incontrovertible issue with certain and objective outcomes; instead the binding contents of the above criteria depend on the margin of discretionary appreciation of the European judge²⁴.

The second limit (necessity) is a one-way approach, requiring the sacrifice of a right to be accepted only if it cannot be avoided. Conversely, the sacrifice cannot be accepted if an alternative in which that same right remains uncompromised is viable²⁵.

To clearly explain what the necessity consists of we can refer to a famous Court of Justice Decision, known as *Digital Rights Ireland*²⁶, which invalidated the entire Directive 2006/24 on Data retention. In order to prevent terrorism, the Directive allowed a massive collection of data of all

VANDIJK, F. VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on human rights*, Netherlands, Kluwer, 1998, 21; A. ROSAS, *The European Court of Justice in context: forms and patterns of Judicial dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1(2).

²⁰ The literature concerning the “rule of law” is unlimited. For present comparative purposes, it is sufficient to refer to scholarly contributions based on recent case law developments; with regard to the European Charter of Fundamental rights see, among others: F. FABBRINI, *Fundamental rights in Europe: challenges and transformations in comparative perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2014; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union law: Text and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 256-258; S. PEERS, *Taking Rights away? Derogations and limitations*, in *The EU Charter of fundamental rights: politics, law and policy*, edited by S. Peers, A. Ward, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004, 141; and D. TRIANTAFYLLOU, *The European charter of fundamental rights and the “rule of law”: restriction in fundamental rights by reference*, in *Common Market Law Review*, 2002, 39(1), 53-64.

As for the European Convention on Human Rights see D. HARRIS, M. O’BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 345-349; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 402 ff.

²¹ *Silver v. United Kingdom*, 5 Eur. H.R. Rep. at 372. *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 271(47) (1979). For a wide case law survey of the Court of Justice referring to the content of the “provide for by law” requirement (art. 52, par. 1, CH) see *The EU Charter of fundamental rights: politics, law and policy*, edited by S. Peers, A. Ward, quoted.

²² See ECHR, *Silver v. United Kingdom*, 5 Eur. H.R. Rep. 372 (87) (1980).

²³ See ECHR, *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 245, 271 (49) (1980).

²⁴ On this issue, see, with further references Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Cambridge, Intersentia, 2002, and A. LEGG, *The margin of appreciation doctrine in international human rights law: deference and proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012

²⁵ The distinction between the necessity and the proportionality principles is easy to be drawn at the conceptual level, but it gives rise to difficulties in practice, also because “the case law often makes no clear attempt to separate them”, see *The EU Charter of fundamental rights: politics, law and policy*, quoted, 1480.

²⁶ Court of Justice (Grand Chamber), 8 April 2014, in C-293/12 and C-594/12, at interesting reflections on this issue can be found in O. LYNKEY, *The foundations of EU data protection law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 65. Lastly, the content of this decision was adopted in Advocate General’s Opinions in Case C-623/17 *Privacy International*, Joined Cases C-511/18 *La Quadrature du Net and Others* and C-512/18 *French Data Network and Others*; and Case C-520/18 *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others*.

persons using electronic communications services, including those persons who were not, even indirectly, in a situation liable to give rise to criminal prosecutions.

The judge gave a clear-cut answer. While acknowledging the demand of public security and the necessity of modern investigation techniques, the Court affirmed that “such an objective of general interest, however fundamental it may be, does not, in itself, justify a retention measure such as that established by Directive 2006/24 being considered to be necessary for the purpose of that fight” (Consid. 51).

It is not without significance that in the reasoning of the Supreme Court the principle of necessity is mentioned 35 times and that its infringement, together with the breach of proportionality, led to the Directive’s invalidation.

The third limit, proportionality, is the real test for the reasonableness of any legal provision. Costs and benefits must be assessed in order to check that a proper balance has been found between the interests embodied in the protected rights and those on which the legislative restriction is founded. The goal is to prevent limitations to those which do not grant any significant and corresponding advantage to the competing interests²⁷.

An example of regulation which does not comply with the aforesaid principles may be found in the French Law Hadopi 2²⁸, which prevents internet users who visit websites suspected to infringe copyright laws from accessing the net. The law fails on at least three different grounds. Firstly, it balances heterogeneous values: a fundamental right (to access the net) vs. an economic interest (copyright). Secondly, it charges the former (the fundamental right) with excessive and disproportionate bounds. Finally, the restrictions applied were not proved to be necessary.

Indeed, also this new version of Hadopi is unsatisfactory because of its non-compliance with the recalled principles, even if its excessive and disproportionate sanctions are now not inflicted by an Independent Authority but by a judge.

Turning now to the second constitutional safeguard we find the jurisdictional clause – known in the Italian doctrine as “riserva di giurisdizione”²⁹ – which is an expression of the principle of divided powers³⁰ which entrusts the power of judicial review solely upon the judiciary.

²⁷ Court of Justice, Case C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM) v Netlog NV* (16 February 2012), para. 51. For a specific reference to data retention and electronic communications see the above quoted Court of Justice (Grand Chamber) (8 April 2014), in particular, the paragraphs n. 46, 69 e 70, in which the Court recalls its previous decisions and finds in the violation of proportionality one of the conclusive reasons for the invalidity of Data Retention Directive (2002/58). Just some scholars T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, Oxford European Union Law Library, 2007, chapters 3-5. This principle shouldn’t be confused with the limit concerning the “essential core” of the fundamental rights. This road map requires the legislator to respect the untouchable core of the right as his first duty. Only after having complied with it, the legislator would be able to shrink the residual part of the liberties in coherence with the proportionality mandates. As noted by P. CRAIG, *The Lisbon Treaty: law, politics, and treaty reform*, Oxford, Oxford University Press, 2’10, 224, the Court has often merged the doctrine of proportionality with that of the “essential core”.

²⁸ This version completes Hadopi1 Law n. 2009-1311, on October 28th, 2009 concerning the penal protection of literary and artistic property on the internet Loi n. 2009-1311 du 28 Octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet), by substituting Hadopi (the independent authority created by Hadopi 1) with the judge, who has the power to sanction Internet users. This change of authority was imposed by the Conseil Constitutionnel (2009-580 DC, 10 June 2009) in that: “eu égard à la nature de la liberté garantie par l’article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d’auteur et de droits voisins”. [“seeing the nature of liberty guaranteed by article 11 of the 1789 Declaration, the legislator could not, regardless of the guarantees framing the sanctionary decisions, give these powers to an administrative authority to protect the rights of copyright owners and related rights.” My translation].

²⁹ For the references see note 9.

³⁰ This concept indicates a more or less rigid division of power between the Legislative, the Executive and the Judiciary aimed at the essential checks and balances required by democracy. For a supra-national analysis beyond

It means that limitations of constitutional rights and liberties require an authoritative act adopted by an independent judge deciding according to a due process of law³¹.

The jurisdictional clause is present also at the international level. In the European Court of Human Rights' decisions, for instance, it is found in the weaker form of due process.³²In fact the European Convention on Human Rights (especially, Articles. 5-6) does not require EU Member States to confer power, as detailed above, only to a judge, allowing that it be entrusted also to different authorities, provided that their decisions are based upon a fair hearing and an adequate motivation.

We have illustrated the constitutional safeguards of liberties which cannot in any circumstance be sacrificed in either world, virtual or real. However, we wish to stress the point that the substantial equivalence of guarantees between rights off and online does not entail the automatic extension to the latter of specific regulations enacted for the former.

The basic principle that every regulation must be tailored to the specificity technicalities of the means was construed in the American experience. We have already referred to the well known decision *Reno v. ACLU*, in which the Justice Stevens delivered the Court's opinion, clearly acknowledging the Internet's "uniqueness" and its non-coincidence with traditional media, and calling for regulations independent from those intended for *broadcast*³³.

We think that we can draw from *Reno* one more basic assumption: it is necessary to draw for Internet a specific regulation to be in all cases maintained at a *minimum* level, because the net is an irreplaceable instrument for individual growth and the fostering of informative fluxes. This entitles it to protection against heavy authoritative intervention.

4. The debate on the best regulation of the Internet

The forgoing remarks have reached the medium conclusion that there is no necessity for a formal modification of the Constitutions; at the same time they don't rule out a different need, namely that of an "Internet Bill of Rights"³⁴.

A conclusive and satisfactory answer cannot be found in the interpretation broad as it may be of some constitutional provisions written at a time when there was no awareness of this new reality.

specific States, see C. MOELLERS, *The three branches: a comparative model of separation of powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 150.

³¹ The constitutionality of the Italian Legislative Decree 44/2010, above quoted, was challenged, not only for its alleged infringement of the law clause, but also upon the allegation that it did not comply with the "riserva di giurisdizione". As we have said the Constitutional Court did not decide the case on the merits, so this controversial point is still open and could be represented before the Court in the future.

³² The ECHR has developed its own substantive requirements for a "tribunal." In particular, the body must have the power of decision; operate on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner; determine matters within its competence; motivate its decisions and be independent and impartial. See M. KUIJER, *The Blindfold of Lady Justice: Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen, Wolf Legal Productions, 2004, 175.

³³ Just to sum up: in that case the heart of the matter was represented by the transferability to the net of the content limitations enforced on television in protected time slots so as to safeguard juvenile public. Such limitations would result in an unjustified and disproportionate restriction of the right of adults to access the so-called hard content of the net. This is because the structure of the net does not lend itself to time-differentiated access, as it is the case with television. Therefore, the provisions of the Communications Decency Act 1996 banning patently offensive speeches (Lipschultz, 2008) on the net were deemed unconstitutional.

³⁴ Among the most significant voices, see L. LESSIG, *Reading the Constitution in Cyber-space*, in *Emory Law Journal*, 1996, 45(3), 7-18.

The global situation does indeed urge a proper “Internet Bill of Rights”. In doing so, another question is then raised: who is the constituent power of the Internet? In other words: which Authority shall be legitimated³⁵ to write the fundamental Charter of the Internet?

The hypothesis of one or more national States assuming such a role must be rejected because the a-territorial nature of the Internet would be incompatible with an Authority entrusted with powers constrained within State boundaries³⁶.

The features of the Internet require, as stated above, that only a supranational legislator should be called upon to write its Constitution. Even so, one question remains open: should it rather be the community of Internet ‘surfers’ through self-regulation, or should such a legislator be an international body through an authoritative hard-law regulation?

A) In this former model a State leaves all initiative to private bodies, and gets involved only when self-regulation, although necessary, is missing. This form of self-regulation takes place within the limits of the freedom of negotiation. As long as no problem arises, the State does not directly intervene. Nevertheless, the fact itself that the public authority may act turns its absence in-to a potential presence, on the assumption that ‘if nothing is done State action will follow’³⁷.

This self-regulation model may be defined as “independent” from the law, since the law is entirely lacking, even as a minimal framework for the *inter partes* negotiation³⁸. It appears to be a historically regressive model³⁹. That is because private stakeholders, left by themselves, have shown time and again that they pursue only egotistical interests⁴⁰. Therefore, the achievement of the common good depends on chance, whenever it happens to correspond with private interests and it has frequently proven to be unable to build the consensus necessary to condense and shape the common good in a supranational synthesis⁴¹.

B) On the contrary, the latter model consists in a supranational and binding authority that could fall easily under the influence of strong national States, the interests of which only occasionally coincide with a broader common good. In brief, international organizations tend to reproduce, albeit on a smaller scale, the basic flaw of world politics; at best a system of interactions between autonomous nation-States may occur.

Therefore, I propose a median hypothesis coherent with the order which links binding sources and self-regulation. First, the legislative power should be vested in a public supranational authoritative body, based on legal and binding provisions, which also defines the nature and scope of its powers.

“Some scholars have suggested that this new form of law should receive a new name:

³⁵ R. W. RIJGERSBERG, *The State of Interdependence. Globalization, Internet and Constitutional Governance*, Hague, Asser Press, 2019, 49-68 and 213-230.

³⁶ C. REED, *Making laws for cyberspace*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 30-34.

³⁷ See R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, Oxford University, 1999, 126.

³⁸ The name “independent” was my intellectual creation launched in my previous work G. DEMINICO, *A Hard Look at Self-Regulation in the UK*, in *European Business Law Review*, 2006, 17(1), 211, in order to stress it to operate out of a legal framework like a *use prater legem*.

³⁹ The example of financial markets can show that when objective values are at stake, such as the good name of single markets, the trust in a free trade economy and the safety of private savings, the English legislature did no longer rely on one-sided regulation. It deeply changed self regulatory models with the purpose of making public regulatory powers prevail.

⁴⁰ J. KAY, J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in *Deregulation or reregulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, edited by G. Majone, London, Pinter, 1990, 239, where the authors underline that the private bodies “may claim that their objective are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate”.

⁴¹ See G. TEUBNER, *Constitutional fragments. Social constitutionalism and globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 66.

‘cosmopolitan law’ or ‘world law’”⁴².

Second, the decision-making process of such a body should encompass a strong representation of private interests concerning the Internet such as entrepreneurs, web surfers, and consumers. Opposing stakeholders should discuss basic issues before a public authority, which is able to make a final decision after the different views have been listened to and fully taken into account. The problems of standing and those concerning the choice of interests to be admitted to such a procedure have been extensively explored by the American doctrine, which could be a reference on this point⁴³.

We find a complex relationship between binding law and consensual law⁴⁴. A binding framework should be set defining the respective roles of law and self-regulation. Not only will the former have to give a foundation to the competence of the latter, but the law will also have to provide guidelines for the substantive regulation to be adopted, and to outline the structural features⁴⁵ of the private regulator so that adequate representativeness and the democratic nature of its decision-making processes remain assured⁴⁶.

These restrictions are especially justified when self-regulation tends to bind a wider community than the one strictly represented by the self-regulator, i.e. whenever private self-regulation aims towards *erga omnes* effectiveness⁴⁷.

Conclusively, in a correct order, law comes first, self-regulation follows. If the order is inverted, the inherently secondary nature of self-regulation with respect to the law will be merely fictitious. Self-regulation will be applied as a fully source of law. Damages to the constitutional architecture will be inevitable.

Nevertheless, it may happen that the correct relationship between heteronomy and autonomy⁴⁸ may be found. But such an order does not seem to be wholly accepted in every State.⁴⁹ From such an approach could follow the entrusting of the rules on fundamental freedoms on line to the economic powers operating on Internet, that is to say by an uncontrolled self-regulation by the "management of private interest"⁵⁰.

This kind of outcome would expose the net to the danger of a neo-corporative and selfish involution, given the absence of a heteronomous guide towards the common good.

⁴² J. KU, J. YOO J., *Globalization and Sovereignty*, *Berkeley Journal of International Law*, 31, 2013, 212.

⁴³ See, e.g. S.G. BREYER, R. B. STEWART, C. R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, M. E. HERZ, *Administrative law and regulatory policy*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017, 869-881; M. SHAPIRO, *Past, Present, Future*, in *Virginia Law Review*, 1986, 72, 447; see also R. J. PIERCE Jr., *Rulemaking and the Administrative Procedure Act*, in *Tulsa Law Review*, 1996, 32, 185; and see B. SCHWARTZ, *Adjudication and the Administrative Procedure Act*, *ibid.*, 203.

⁴⁴ G. DEMINICO, *A hard look at self-regulation in the UK*, quoted, 197-200.

⁴⁵ L. B. SOLUM, *Models of Internet Governance*, in *Internet governance*, edited by L. A. Bygrave, J. Bing, Oxford, Oxford University Press, 2011, 61-69; S. BEATTIE, *Community, space and online censorship*, Burlington, Ashgate, 2009, chapter 5.

⁴⁶ R. H. WEBER, *Shaping Internet governance: regulatory challenges*, Heidelberg, Springer, 2009, 105. Also J. GOLDSMITH, T. WU, *Who controls the Internet?*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 17.

⁴⁷ J. BLACK, *Constitutionalizing self-regulation*, quoted, 26. With specific reference to the Internet topic see J. CAVE, *Policy and regulatory requirements for a future internet*, in *Research Handbook on governance of the Internet*, edited by I. Brown, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 161.

⁴⁸ See C. MARSDEN, *Internet co-regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 58.

⁴⁹ For opposite approaches consult G8 Summit, *G8 Declaration renewed commitment for freedom and democracy*, May 26-27, 2011, Deauville, France.

⁵⁰ The expression belongs to W. STREECK, P. C. SCHMITTER, *Community, market, State and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in *Private interest government*, edited by W. Streeck, P.C. Schmitter, London, Sage, 1985, 16.

5. *The algorithms between rules and anarchy*

The 'algorithm'⁵¹ object is the floor to verify which of the two regulatory alternatives previously examined, self-regulation or binding regulation, is more suitable and well-tailored to the equality end.

A few lines just to highlight the relationship law/algorithms: the latter are tools to predict the future developments of human behaviors, and they have as fuel the ongoing bulk collection of data, Big Data⁵². We unknowingly leave our data during our negotiations, querying the search engines or participating to virtual meetings on the net. Therefore, the algorithms work on increasing quantities of raw data which are interpreted by virtue of parameters assigned by men to the machine. These data are processed according to their specific logic and are expected to anticipate the predictive assessments on which conducts could likely occur.

The most common use of algorithms is to make decisions about credit, employment, education,

⁵¹ Assuming the impossibility to synthesize in a footnote the vast literature concerning the algorithms, we shall only recall the more outstanding voices: MAYER- SCHONBERGER, V., CUKIER, K. 2013. *Big Data*, Hartcourt Publishing Company; CITRON DK. 2008. 'Technological Due Process'. *Wash. U. L. Rev.* 85(6),1249; CITRON DK, PASQUALE F. 2014. 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions'. *Wash. L. Rev.* 89,1; CRAWFORD K, SCHULTZ J. 2014. 'Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive *Privacy Harms*'. *B.C. L. Rev.* 55,93; BYGRAVE LA. 2001. 'Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling'. *Computer L. & Security Rep.* 17(1),17; ANANNY M, CRAWFORD K. 2016. 'Seeing without Knowing: Limitations of the Transparency Ideal and its Application to Algorithmic Accountability'. *New Media & Soc.* 1; DESAI DR, KROLL JA. 2017. 'Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law'. *Harv. J.L. & Tech.* 31,1; HILDEBRANDT M. 2012. 'The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era'. In *Digital Enlightenment Yearbook*, edited by J. Bus (ed.), 41; RICHARDS NM, KING JH. 2014. 'Big Data Ethics'. *Wake Forest L. Rev.* 49,393; KROLL JA, HUEY J, BAROCAS S, FELTEN EW, REIDENBERG JR, ROBINSON DG, YU H. 2017. 'Accountable Algorithms'. *U. Pa. L. Rev.* 165, 633; KIM P. 2017. 'Auditing Algorithms for Discrimination'. *U. Pa. L. Rev. Online* 166,189; NICHOLSONPRICE II W. 2017. 'Regulating Black Box Medicine'. *Mich. L. Rev.* 116,421; SCHWARTZ P. 1992. 'Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer'. *Hastings L.J.* 43,1321.

In the Italian doctrine, see S. GAETANO, *La decisione amministrativa tra vincolatezza, discrezionalità ed intelligenza artificiale: la prospettiva per la pubblica amministrazione di una responsabilità da «algoritmo»*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 2018, 2, 44; A.I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2019, 4; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Il Foro Amministrativo*. 2018, 1598; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019; G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, al sito della *Giustizia amministrativa (http://www.giustizia-amministrativa.it/)*; 2020; L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale [Administrative activity and Artificial Intelligence]*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, 65; M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, A. PAJNO, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista [Artificial Intelligence: emerging problems and challenges for the jurist]*, in *Rivista di BioDiritto (http://rivista.biodiritto.org/)*, 2019, 205; I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi? [Automation, Artificial Intelligence and Public Administration: Old Conceptual Categories for Solving New Problems?]*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 643; D.U. GALETTA, J.C. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0.? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, 2019, 60; B. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Pisa, Edizioni ETS, 2018; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto (http://rivista.biodiritto.org/)*, 2019, 1; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, edited by F. Pizzetti, Torino, Giappichelli, 2018; and G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*. In *Politica del Diritto*, 2019, 2; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2020, 1.

⁵² Let us recall our recent essay for deep analysis between the BD and the legal categories *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 89-117.

police investigations and other fields⁵³. So, it will be a machine, the algorithm, to decide whether a mortgage can be allowed or denied, or to quantify the price of insurance, and to drive the consumers' purchasing attitudes. Among the advantages of the algorithms, one can underline their power of enhancing overall government and public service efficiency, "of optimizing bureaucratic processes and providing real-time feedback and predicting outcomes"⁵⁴.

The European Union law has addressed the algorithms with the EU Regulation 2016/679⁵⁵ from the perspective of the individuals, i.e. the recipients of the automated algorithmic decision-making. In fact, the GDPR has delivered a catalogue of individual rights especially in the articles 12, 13 and 22.

With the algorithm, the perennial clash between antagonist values is at stake: on the one side, the *privacy* of the data subject and on the opposite, the human ambition to let future conducts be regulated by a machine⁵⁶. Now this debate can entail the prevalence of one or the other, or better a measure of balanced coexistence, which is the solution selected by the GDPR.

To understand what is at stake, it is worth to briefly pinpoint the changing identity of the right to *privacy*.

Born as a right to be left alone⁵⁷, the technological evolution translated it in the digital scenario as the right of the data subject to monitor and control one's data in order that the virtual image be brought to match one's internal forum: i.e. a right to digital self-determination⁵⁸.

This right has now put off its old cloth for a new one when it has faced the algorithm. To give an idea of its actual *status*, we have to think about it in terms of the right of the individual to take part in the procedure of prognosis *ex ante*. This fundamental right is no longer based on the informed consent, because it would provide an insufficient protection; on the contrary *privacy* appears as the individual's claim to play as chief-actor in the procedure leading to the predictive analysis of his conduct, so that he will be able to verify the algorithm's outcomes.

Then this right, if compared to a geometric figure, composes now a triangle: at one corner there is the data subject, on the other the data controller and at the top a new subject intervening into the relation, the community.

Looking beyond the individual right, we face a collective liberty. This feature is not meant to refer to the different nature of the owner, but rather to a different play field: the collective ground. The effects of the predictive analyses are widespread over the entire social category involved by the algorithmic decision-making, and the predictive outcomes become the basis of future public policies affecting it. In short, *privacy* has left the individual dimension to drift into a collective landscape⁵⁹.

We argue this process only partially corresponds to how the GDPR was intended to work.

⁵³ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law* 2017, 7(4),243–244.

⁵⁴ B. LEPRI,, N. OLIVER, E. F. LETOUZE, A.P. PENTLAND, P. VINCK,*Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-Making Processes*, in *Philosophy & Technology*, 2018, 31,611-612.

⁵⁵ REGULATION (EU) 2016/679 Of 27 April 2016 On The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data, And Repealing Directive 95/46/EC (from here GDPR).

⁵⁶ M.E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*, in *Berkeley TechLaw Journal*, 2019, 34, 189.

⁵⁷ Clearly see S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 5, 193-220, also at.

⁵⁸ The necessary reference is to an Italian Scholar, S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, chapters 2 and 3, for his anticipation of a *privacy* moving towards the digital landscape.

⁵⁹ M.F. De Tullio, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 139-140.

6. The Regulation 2016/679: sufficient framework for the Algorithms?

The GDPR is based on two legs: the first constituted by the new fundamental rights of the data subject, the other by the accountability regime. The answer of GDPR does not appear totally satisfying because it is sufficiently well set on the side of rights, less on the side of accountability⁶⁰.

It is time to delve into the European Regulation.

The fact that a binding discipline has been adopted scores a point for the regulatory thesis rather than the anarchy. Actually the European legislator has chosen to roll out a list of rights which may be activated by the data subject instead of leaving this issue to the self-regulation of the private bodies. As every law it presents lights and shadows. It is easy to note that in some part the text is not remarkable in clearness; it creates loopholes denying *de facto* the effectiveness of the rights, and it leaves too much room to Member States' discretionary power. At the same time the GDPR is an undeniable cornerstone in the direction of the new *privacy* if compared with the previous EU's Data Protection Directive (DPD)⁶¹.

The underlying fear is that the machine may decide instead of the human mind. We are running the serious risk of a new capitalism, moving from the dominance of the profit concentrated in few hands, to the dominance of the obscure technology, unfettered by any democratic control. This eventuality has attracted the European attention, in fact the GDPR, art. 22, par.1, has been keen to place narrow limits to employ of algorithms. So we can affirm that a new category of the algorithmic based act has arisen which complies with a legal framework. These limits refer to a precise relationship between the individual and the machine, aiming to avoid the dominance of the machine over the human mind. If an "automated individual decision-making" is allowed, art. 22 provides a caveat, setting out a series of rights for the data subject.

Firstly he has the right not to be submitted to a decision "solely based on an automated processing". This wording could mean either a right to object to such decisions, or a general prohibition of a decision-making only algorithmic based. To this regard the 29 WP⁶² has chosen the latter interpretation giving a preferential protection to the data subject. So the authority utilizing the algorithms will have to justify in which one of the three exceptional situations provided by art. 22 the case *de quo* falls.

We have given only an example of a legal gap remedied by the soft law of 29WP to the advantage of human rights; this is not the sole omission since the GDPR is not so prescriptive as it should be. In fact its text resembles more to a Directive than to a Regulation.

Coming back to the features of art. 22, it composes the new statute of the *privacy*, as illustrated below. It is a *minimum* standard which cannot be downgraded, but only upgraded, by the State. To be more precise, art. 22 - joined with articles 13 and 14 - recognizes the core right: to be immediately informed about "the *existence* of automated decision-making". Nevertheless, this provision sets out just a mere declaration of the right without specifying its content.

After having been notified about the start of an algorithmic procedure, the data subject should have the right to open the black box of the algorithm. At least he should have access to the information concerning the kind of input uploaded in the machine, the score assigned to each component, the criteria of evaluation, "the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject" (art. 13, par. 2, lett. f). He should be informed about the "factors taken into account for the decision-making process, and [...] their

⁶⁰ The accountability profile will not be dealt with in this essay because it falls out of the present investigation.

⁶¹ See for all L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'right to an Explanation' is Probably not the Remedy you are Looking for*, in *Duke L. & Tech. Rev.* (<https://dltr.law.duke.edu/>), 2017, 16,17, 44.

⁶² A29 WP, GUIDELINES ON AUTOMATED INDIVIDUAL DECISION-MAKING AND PROFILING, 17/EN. WP 251rev.01 (Feb. 6, 2018), 20.

respective 'weight' in an aggregate level."⁶³. He should be told how a profile used in the algorithmic decision-making is built, "including any statistics used in the analysis"⁶⁴. In other words he is entitled to such a disclosure that lets him retrace the path of the algorithm and reconstruct the final decision affecting him.

Art. 22 further provides the right of the data subject to human involvement in the algorithmic decision-making. This means that a person must be present, in order that the objections of the data subject may be listened to and taken into account, for the purpose of modifying the initial automated decision if it was unfair, biased or wrong. In other words, a decision-maker, both public and private, utilizing the algorithm doesn't satisfy this requirement by having a human rubber-stamp on algorithmic decisions; but "it must do more, for example, with a human oversight who has the authority to modify substantially the decision"⁶⁵. So the right to be heard excludes that the human intervention could be reduced to a contact by email; it must consist at least in a person to whom the data subject could expose in an adversary way his point of view.

In the attempt to normalize this bundle of rights, the GDPR puts the rights relating to the *privacy* of the data subject in the same field of other antagonistic values, for example, trade secrets. No *a priori* superiority⁶⁶ is accorded to one to the prejudice of another. The reason of the equivalence is to be found in the compliance of GDPR with the European Charter, that has denied the existence of a legal hierarchy of fundamental rights.

It follows that one can deduce useful suggestions to solve the said conflict also from the part of the GDPR which is not binding. The Recital 63 could offer a tool when it indicates that the trade secret may not extend so far as to justify the refusal of any information about the algorithms. On the other hand, the right to disclosure cannot reach the source code, but only the features and the specific logic of the employed algorithms. In this balancing *querelle* a wide discretion is vested upon the INAs, who are charged to define an equilibrate measure of coexistence without useless sacrifice of one right to the advantage of the opposite one, as claimed by the former European Data Protection Supervisor⁶⁷. To delve deeper, the right to access the algorithmic logic must be guaranteed as much as possible, but its extension is variable: it shortens or lengthens according to the recipient of the explanation. If the information is addressed to the data subject, the communication will extend to the logic of the algorithm functioning, but without reaching the source code. On the contrary, if the conflict of rights arises in court, the judge will have the authority to open the source code and conduct the judicial review over it. This enlargement of powers takes place because the trade secret is a weaker value than the correct functioning of justice and therefore it must step back.

In this clash of rights there is a clear distance between a regulated object and an unregulated one. In USA the matter falls under FOIA⁶⁸ that includes trade secrets among several exceptions to transparency. Consequently, the companies can oppose this secret as a binding bar to disclosure requested by the claimer, regardless its private or public nature.

We believe this issue should be analyzed from the perspective of the basic assumptions of a

⁶³ A29WP, GUIDELINES ON AUTOMATED INDIVIDUAL DECISION-MAKING, at 31.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ M.E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*. quoted, 201.

⁶⁶ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, quoted, 23.

⁶⁷ See P. HUSTINX, *Additional EDPS Comments on Data Protection Reform Package*, Bruxelles, 15 March, 2013, 21-22, in which the author reminds us that the European Data Protection Supervisor suggested that a more concise balance rule should be adopted, "taking into account that there are many situations that cannot be foreseen and that need to be assessed in concreto on a case-by-case basis".

⁶⁸ *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C (<https://www.justice.gov/oip/freedom-information-act-5-usc-552>), § 552, as amended by public law no. 104-231, 110 STAT. 3048, (b) (2012), exemption at n. 4.

legal order. First of all, according to a common rule of legal interpretation, in case of doubt transparency should prevail. Furthermore, it must be taken into account that a system requirement mandates openness as a tool to hold the government accountable to its citizens.

Some USA Scholars⁶⁹ have reasoned that the consequence of this regulatory uncertainty has entailed that trade secret protection prevails over the right to knowledge. If the code, although belonging to a private owner, is used to perform a public function, it should be attracted into the public discipline: “[t]his governmental function requires that companies submit to the same transparency requirements as other government agencies, ensuring transparency”⁷⁰.

Unfortunately, this statement has remained a scholarly position; indeed, the absence of a rule has played in favour of private companies, which have hidden their decisions affecting people behind the alibi of trade secrets.

By contrast, in the EU the GDPR, shadows apart, has offered a key for a correct interpretation: the trade secret cannot be an alibi to refuse any information to the data subject or to the judge. One can say that the GDPR could have done more, affirming the superiority of fundamental rights over economic liberties. However, in this case the GDPR would have illegally overcome the equivalence stated in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as said before.

Further ambiguities may be found in the GDPR as to the existence of the right to explanation, which is not so certain as it should be. Some Scholars⁷¹ have denied this right because the GDPR does not explicitly mention it in the text, relegating it in the Recital 71. Others have not hesitated to qualify this reasoning as wrong because Recital 71 states that “suitable safeguards [...] should include specific information to the data subject and the right to obtain human intervention, to express his or her point of view, to obtain an explanation of the decision reached after such assessment and to challenge the decision”⁷².

From our point of view three reasons could support the existence of the right in discussion.

The first reason is related to the value of the recitals, which offer a helpful tool to the judge in front of unclear provisions. Dismissing the right to explanation because the recitals do not have a binding nature would be too formalistic, and “less attentive to the Court of Justice case law which regularly uses recitals as an interpretative aid”⁷³ before provisions too much vague. It is just the case of the right to explanation.

The second reason is found in the consideration that the right to explanation is the final benefit of the rights previously and explicitly accorded by the text. Therefore, the right of the data subject to contest or state his point of view could not be fully exercised without a broad and clear motivation on which the automated decision-making has been adopted⁷⁴.

⁶⁹ We refer to D.S. LEVINE, *Secrecy and Unaccountability: Trade Secrets in Our Public Infrastructure*, in *Fla. L. Rev.*, 2007, 59, 135 “When private firms provide public infrastructure, commercial trade secrecy should be discarded (at least in its pure form) and give way to more transparency and accountability.”, at 140; see also D.K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Wash. L. Rev.*, 2014, 89(1), 26.

⁷⁰ AM. CARLSON AM., *The Need for Transparency in the Age of Predictive Sentencing Algorithms*, 2017, in *Iowa L. Rev.* 103, 329.

⁷¹ S. WACHTE, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7(2), 76.

⁷² M.E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*, quoted, 13.

⁷³ M. BRKAN, *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-making in the Framework of the GDPR and Beyond*, in *SSRN Electronic Journal*, 2017, 16.

⁷⁴ As clearly stated by the french Constitutional Court in its decision no. 2018-765 DC, § 70-71: “la décision administrative individuelle doit mentionner explicitement qu’elle a été adoptée sur le fondement d’un algorithme et les principales caractéristiques de mise en œuvre de ce dernier doivent être communiquées à la personne intéressée, à sa demande. Il en résulte que, lorsque les principes de fonctionnement d’un algorithme ne peuvent être communiqués sans porter atteinte à l’un des secrets ou intérêts énoncés au 2° de l’article L. 311-5 du code des relations entre le public et l’administration, aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif

Among these rights, there is the right to challenge an automated decision before a judge. Hence the issue of how much we are entitled to know about any automated system is strictly connected to the final access to a court: “[h]iding the inner workings of an algorithm from public view might seem preferable, to avoid anyone gaming the system. But without transparency, how can decisions be probed and challenged?”⁷⁵.

The third and key reason is grounded on a fundamental principle: the democratic roots of the entire European architecture. This entails that every public power, not only the representative one, must be at the service of the will of the citizens; consequently, in order to comply with this requirement the power must always remain in plain sight, so as to submit itself to the ongoing citizens’ control.

The lack of motivation prevents the data subject to check how the public power has used the algorithms having effects on him. Should this case occur, we would have an updated version of the arbitrary and unmotivated oppression of individual rights and liberties of which the history of modern democracies delivers many examples.

As mentioned above, the algorithmic decision-making in Europe can be complex, subject to error, bias and discrimination, in addition to triggering dignity concerns. It is however a welcoming kick off if it is compared with the lack or regulatory uncertainty in the American system, where the policy maker’s silence or opacity is already expression of a precise policy: leave the conflict between men and the machine to the private interest government.⁷⁶ Consequently, the satisfaction of the common good is unlikely, depending on its remote and occasional coincidence with the private interests⁷⁷.

de cet algorithme. D’autre part, la décision administrative individuelle doit pouvoir faire l’objet de recours administratifs, conformément au chapitre premier du titre premier du livre quatrième du code des relations entre le public et l’administration. L’administration sollicitée à l’occasion de ces recours est alors tenue de se prononcer sans pouvoir se fonder exclusivement sur l’algorithme. La décision administrative est en outre, en cas de recours contentieux, placée sous le contrôle du juge, qui est susceptible d’exiger de l’administration la communication des caractéristiques de l’algorithme. [...] En dernier lieu, le responsable du traitement doit s’assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d’une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu’ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement”. [“an individual administrative decision must explicitly mention that it has been adopted on the basis of an algorithm and the main characteristics of implementing the latter must be communicated to the person in question, upon their request. It follows that, when the principles of the functioning of an algorithm cannot be communicated without infringing on one of the secrets or interests set out under Section 2° of Article L. 311-5 of the Code of the Relationship Between the Public and the Administration, no individual decision shall be made on the exclusive basis of this algorithm. On the other hand, the individual administrative decision must be subject to administrative recourse, in compliance with the first chapter of the first title of the fourth book of the Code of the Relationship Between the Public and the Administration. The administration sought for this recourse is then required to decide without being exclusively based on the algorithm. Furthermore, the administrative decision, in the event of a dispute, is placed under the judge’s review, who may require the administration to disclose the characteristics of the algorithm. [...] Lastly, the data processor must ensure managing the algorithmic processing and its changes in order to be able to explain, in detail and in an intelligible format, to the person in question how the data processing has been implemented to him/her. It results that, as an exclusive basis for an individual administrative decision, algorithms likely to revise by themselves the rules to which they apply cannot be used, without the oversight and validation of the data processor.”].

⁷⁵ S. OLHEDE, P.J. WOLFE, *When Algorithms go Wrong, Who is Liable?*, in *Significance*, 2017, 14, 8-9.

⁷⁶ Just to use a definition due to W. STREECK, P.C. SCHIMTTER, *Community, market, state and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in *Private interest government: beyond market and state*, edited by W. Streeck, P.C. Schimtter, London, Sage, 1985.

⁷⁷ J. KAY, J. VIKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, edited by G. Majone, London, Thomson Learning, 2019, 239.

7. Fair and biased algorithms?

Another unregulated or less regulated aspect of the algorithms is their use in the police trial or predictive analysis, during which the algorithmic-based risk tools serve to “support inform decisions on managing offenders according to their risk profiles”. The algorithm allows shorter terms of jail if public safety is safeguarded. But there is an undeniable con, namely, the danger to influence in an unequal direction the predictive evaluations if based on biased and discriminatory algorithmics.

A good kickstart to improve the fairness and effectiveness of risk tools is a reference to the famous case, *Loomis*, held in the American courts.⁷⁸

The COMPAS software is the focus of this case; it was used to assess the risk of recidivism of the petitioner, L. Eric Loomis, in order to assist the judge in determining the alternative measures to criminal punishment.

We can synthesize the defense of *Loomis* as follows: the algorithm was based on biased assumptions; it violated the defendant’s right to be sentenced upon accurate information, because the proprietary nature of COMPAS prevented him from assessing its accuracy⁷⁹ and it was nevertheless *de facto* employed to determine his punishment.

The judge rejected the first ground of appeal, not because he recognized *Compass*’s fairness, but because he claimed the decision was taken as if *Compass* had never entered the courtroom.

In response to the second ground of appeal, the judge stated that COMPAS didn’t violate the defendant’s right to due process, because the proprietary nature of COMPAS didn’t prevent defendant to see inside COMPAS at least up to certain operating level of the algorithm. The Court denied the incidence of COMPAS on the final decision, because it would have reached the same conviction and quantum of punishment also without COMPAS.

We believe that the ruling is more meaningful for its indications of judicial policy than for the concrete reasoning which is instead exposed to critics. The judge opens a space to the algorithm in the proceedings, but with heavy caveats. The fundamental condition is that the algorithm can help only to determine the alternative penalties to imprisonment; it must not intervene in the guilty/not guilty judgment, but only in the evaluation of the danger of recidivism. It must apply only to minor crimes.

And the last condition is that: “Providing information to sentencing courts on the limitations and cautions attendant with the use of COMPAS risk assessments will enable courts to better assess the accuracy of the assessment and the appropriate weight to be given to the risk score”.⁸⁰

The dark points of this reasoning emerge in the comparison with a similar case of another Supreme Court, which is more consistent between premises and conclusions than the Supreme Court of Wisconsin.

For scientific clarity it must be said that COMPAS is just one of the many algorithms used in pretrial to predict recidivism. It was passed under the X-rays by a Study of Propublica.⁸¹ The study concluded that COMPAS discriminated against Blacks because its algorithm produced a much higher false positive rate for Blacks than Whites, meaning that it overpredicted high risk for

⁷⁸ Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016.

⁷⁹ *Id.*, para. 34, 13.

⁸⁰ *Id.* para. 66, 28.

⁸¹J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in *Propublica* (<https://www.propublica.org/>), 2016, May 23.

Blacks⁸². What had COMPAS done to deserve such a negative opinion? Compass had underestimated the recidivism of Whites and overestimated that of Blacks, which instead proved to be wrong because of the evidence that Blacks had committed fewer crimes than the Whites.

This prediction error was due to the fact that Blacks are over-represented in the criminal rankings and therefore their data are more present as raw material on which the algorithmic machine works to deduce future behavioral predictions.

In force of the COMPAS assessment tool the Blacks are almost twice as likely as Whites to be labeled a higher risk but they actually do not re-offend. It makes the opposite mistake regarding Whites: they are much more likely than blacks to be labeled lower risk but go on to commit more crimes.

The basic flaw is in the gathering of data concerning people who have already committed crimes. Among them, black people are a majority. Therefore, a result of excessive recidivism against black people is consequential. This architecture could be defined 'a vicious circle' and be visualized as a dog biting its tail, because it continues to condemn those who have already made mistakes extending to the future a presumption of guilt. While those who have not made a mistake are out of COMPAS, which chooses for this category a presumption of innocence, excluding any later wrongdoing.

The case based on COMPAS is useful for us to reflect in more general terms on how to design an algorithm in such a way that its result could be fair and balanced. Two reliable considerations arise from Compass: a) even though an algorithm is not based on discriminatory assumptions, it cannot be excluded that it may lead to discriminatory outcomes; b) if an algorithm moves from a discriminatory basis, its outcome will be inevitably unequal and unfair.

We are interested in a closer look at the first hypothesis.

It occurs when the elements included in the algorithm arise from questionnaires that are inherently more suitable for the white population rather than the black people, because they assume the postal code, friendships, eating habits, faith, education received, family environment as detrimental elements. A high score is given as a symptom of recidivism, only because it is not taken into account that their meaning changes according to the ethnic group to which they refer.

In the Propublica report it is said that "Northpointe's core product is a set of scores derived from 137 questions that are either answered by defendants or pulled from criminal records. Race is not one of the questions. The survey asks defendants such things as: 'Was one of your parents even sent to jail or prison?' 'How many of your friends/acquaintances are taking drugs illegally?' and 'How often did you get in fights while at school?' The questionnaire also asks people to agree or disagree with statements such as 'A hungry person has a right to steal' and 'If people make me angry or lose my temper, I can be dangerous'⁸³.

Thus these absolute and static models are automatically used regardless of the person to whom they are applied, and with an automatic transfer they end up assigning typical labels and legal assessments which will then result to be prejudicial.

We have to add one further consideration: minority groups, such as Black people, do not receive the levels of representation in validation studies typically granted to White populations. Moreover, some studies have shown that specific instruments demonstrate for particular minority samples a predictive accuracy which is recurrently poorer compared with White populations.

Therefore, whereas a particular tool has performed well on its training sample, it doesn't necessarily work well on another sample lacking a validation *ad hoc*. Its good performance is

⁸² M. HAMILTON, *The biased algorithm evidence of disparate impact of Hispanics*, in *American Criminal Law Review*, 2019, 56(4), 1557.

⁸³J. ANGIN, J. LARSON, S. MATTU. L. KIRCHNER, *Machine Bias*, quoted.

menaced by the potential for risk-relevant differences in offenders and in the features of the study design.

As to the relation between the algorithm and its use in a process, we can argue that in the absence of rules that impose validation of the algorithm and prescribe construction architectures modulated according to the characteristics of the social or ethnic group to which they apply, the judicial system is faced with an alternative.

a) The entrance of the algorithms in the process is allowed provided that they have been previously validated, i.e. tested to a changing social sample, as the Canadian Court did. In this event both parties should be allowed to see inside the machine, open to a full-court adversarial proceeding. In other words, we affirm that the key remedy to the black box discrimination is transparency, as some Scholars say: “[A] system whose workings are mysterious; we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other”. If the problem of algorithmic discrimination is likely to lay in manipulations, then indeed peering inside the black box seems the answer⁸⁴.

b) If the algorithms are taken in the process as non-opening black boxes, they will function as insidious evidence of danger and guilt, because they assign these labels on the basis of the absolute presumption that ‘what happened will continue to occur in the future’.

This second hypothesis is a shortcut that sends the justice system centuries back, relegating it in a medieval darkness. Indeed, this kind of algorithm non governed by a binding discipline determines an algorithmic anarchy. It involves the reproduction of injustices, already heavy on minorities, with the aggravating circumstance that discrimination does not reveal itself, because it is hidden under a ‘patina of fairness’⁸⁵.

The algorithmic anarchy has replaced the intuitive predictive investigation because it prides itself of being based on mathematical models, which are claimed to be immune from all-too-human bias. But we are arguing that this assumption is unwarranted.

In fact the algorithmic predictions boasting their ‘patina of legality’ may be more dangerous for fundamental freedoms than the old predictive analyses based on the convictions of the judge. This is because the appearance of objectivity of modern predictions could generate a presumption of fairness difficult to overcome. If the correctness of the algorithmic outcome is assumed as a starting point, the judge will hardly have any evidence to the contrary.

Similarly, it is not comforting to say that the judge might not stick to the algorithm, taking it as any other factor in the trial, because *de facto* once the algorithm comes into the trial it exercises a decisive influence on the judge’s conviction. In order not to follow it the judge should rely on a contrary evidence supported by scientific authority as the algorithm pretends to have. We could draw a parallel between two forms of ‘capture’: the judges are captured by algorithms like the Independent Authorities have been captured by the regulated.

For example, in the Loomis case the judge stated that regardless of the algorithmic outcome, he would have pronounced the same decision against Loomis. But nobody can demonstrate that this statement is true; the entrance of COMPAS into the courtrooms remains an undeniable fact and no one can behave as COMPAS had been left out.

Certainly more correct and respectful of the presumption of innocence is the attitude held by the Canadian Supreme Court which in the *Ewert case* decided for the unreliability of algorithms, whose validity had not been previously tested⁸⁶. The Court ruled out their use for judicial purposes

⁸⁴ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2015, 3. His thought has been retaken by A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan Law Review*, 115, 2017, 1023-1039.

⁸⁵ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, quoted, 15.

⁸⁶ *Ewert v. Canada*, 2018 S.C.R. 30, para. 66 (S.C.C. June 13, 2018).

unless the algorithms were accompanied by the evidence excluding their unfairness, otherwise they should be *tamquam non esset*. The Canadian Supreme Court, ruling in Ewert's favor, determined that without evidence of the algorithm being free of cultural bias, it was unjust to use this tool on indigenous inmates.

In sum, to be fair and equal, the algorithms must be regulated, and the crucial rule is that equal situations deserve the same treatment, and different situations must receive a differentiated discipline. "Substantive equality requires more than simply equal treatment" as treating groups identically may itself produce inequalities⁸⁷.

Given a regulatory anarchy, algorithms supported by a claim of universality, objectivity and neutrality will be more unfair in substance than medieval prejudices and beliefs. In a political environment which claims to pay attention to social policies, these machines will perpetuate the age-old injustices already afflicting the weaker classes and minority ethnic groups. The sole but aggravating difference would be that the algorithm will hide behind an apparent legality.

8. The new approach of the Italian Boldrini Committee

It is time now to analyze the Italian experience of the Boldrini Committee with the view to assess whether its proposal, the Declaration of Internet Rights, may represent a regulatory framework complying with the indispensable requirements of equality and legality. The satisfaction of such requirements constitutes the conditions for an effective exercise of fundamental rights in the Net.

On July 28th, 2014 the President of the Italian Chamber of Deputies, Laura Boldrini, opened the works of the Committee she had established to draw a Declaration of Internet Rights⁸⁸.

Preliminarily, one must note that neither the law nor the Regulation of the Chamber of Deputies gave to the President the power to nominate a Committee of study in a composition of both Deputies and experts. However, it was the exercise of a legitimate faculty aimed at soliciting from the decision-maker a future regulation of the Internet oriented towards the normative framework laid down in the Declaration⁸⁹.

For this reason, we cannot agree with the criticism⁹⁰ made against the legitimacy of the Committee's work, which was not intended to compete with the Parliamentary committees, lacking the correspondent legal powers. Its power was merely one of moral suasion towards the Legislator.

It was the first time in Italy⁹¹ that in a Parliamentary framework a Committee was given the task

⁸⁷ Ewert v. Canada, 2018 S.C.R. 30, para. 54.

⁸⁸ The whole documentation and official meetings of this Committee are found in the website of Chamber of Deputies (<http://www.camera.it/leg17/1179>).

⁸⁹ See the speech given by the President L. Boldrini during the first meeting of the Committee on July 28th, 2014: "Certo, si tratterebbe di forme di regolamentazione diverse dal canonico modello normativo, costituito esclusivamente da regole e sanzioni; si tratterebbe invece, a mio avviso - ma è un aspetto su cui vorrei aprire un confronto - di favorire, alla luce delle caratteristiche proprie della materia, un approccio più orientato ad individuare principi generali entro i quali bilanciare i diversi diritti in gioco". ["These should be, in my opinion, forms of regulation which are different from the usual normative model based exclusively on rules and penalties. They should favor instead - but I want to open a discussion on this - an approach, taking into account the characteristics of the subject, more directed at determining the general principles within which to balance the various rights that are in play."] (*My translation*).

⁹⁰ For them see L. NANNIPIERI, *Sulla Dichiarazione dei diritti in Internet. Alcune notazioni critiche*, in *Informatica e diritto*, 2014, 23(2), 127-128.

⁹¹ So it was underlined during, the 10th annual meeting of the IGF on the theme "Evolution of Internet Governance: Empowering Sustainable Development", in João Pessoa, Brazil, on November 10 to 13, 2015, where the

to elaborate a Declaration of Rights for the Internet⁹². This is true but we have to remember that the Committee was able to rely on and refer back to previous proposals which the Berkman Centre at Harvard University counted to a total of 87⁹³.

If we apply to the Italian Bill of Rights the classification used by the Berkman Centre, its author cannot be defined neither completely public nor completely private. It was drafted by a mixed organ composed both by representatives from each political group in the House of Deputies and by experts.

The latter, chosen on the basis of their political neutrality, mitigated and counter balanced the political orientation of the former.

The author despite having a national character didn't write the Charter following the model of Bills of national origin. Instead, it shared with the Charters originating from international subjects contents which went much beyond narrow national borders⁹⁴. Proof of this is the entire set of values and rights which followed the corpus of principles shared by the international community on the theme of fundamental rights. This was of course also necessary because of the borderless nature of Internet.

The mixed origin of the author, public and private, meant the Charter did not draw a framework in which private interests would prevail. Examples of the latter model⁹⁵ are those Charters focused mainly on the rights of the users or of the Over the Top, while the Italian Bill focuses on the fundamental rights of the citizens and addresses the indispensable limits of the public powers to safeguard the essential content of liberties.

Furthermore, its decisional process was not concluded in the closed rooms of those in power. In fact, before the final approval as the Declaration of Rights it underwent a reasonably extended phase of public consultation.

This top-down origin of the Declaration represents in Italy the first significant example of a political document brought to public consultation. It must be noted that the rules of this consultation were not narrowly formulated as to the 'who', the 'how' and the value of the observations. Many criticized the process arguing that precise rules should have been defined and set out before the consultation began. This criticism may be answered considering that the widest and most spontaneous participation possible was sought, whereas an excess of rules would have had a chilling effect on it. In my opinion, a defect in the procedure may be found, in the fact that once the consultation was over, the Committee did not adequately explain for each suggestion or objection the reasons for taking it into account or rejecting it, as the American experience of notice and comment should have taught us to do. This was due to

the short time allotted to the Committee and the huge amount of observations produced by

Italian proposal for an Internet Bill of Rights was presented as topic of an entire workshop session, whose I took part with a speech.

⁹² For the final English version of this Document look at the official website (http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissio.ne_internet/testo_definitivo_inglese.pdf).

⁹³ L. GILL, D. REDEKER, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, Berkman Center Research Publication, 2015, November 9: in this study the Bills are classified according to their author, content, and their value, the latter is meant whether the bill was binding or not.

⁹⁴ Just to give the most significant examples: Council Of Europe, *Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles*; Civil Society and the Trade Union Advisory Committee to the OECD, *Seoul Declaration to the OECD Ministerial Conference on the future of the Internet economy*; Internet Governance Forum (United Nations), *Internet Rights & Principles Dynamic Coalition* (<http://internetrightsandprinciples.org/wpcharter/>).

⁹⁵ L. GILL, D. REDEKER, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, quoted, 11: "These documents identify corporations as the central locus of power and users—rather than citizens or another constituent community—as primary rights- holders. We see this in examples such as the *Bill of Rights for Users of the Social Web*, presented at the 2007 Data Sharing Summit in the 2010 Social Network Users' Bill of Rights, a document triggered by major *privacy* policy changes at Facebook and Google that year".

the public consultation, rather than an intentional unwillingness by the Committee.

The Bill did follow a top-down approach, but the public consultation was very important because the outcomes were taken into proper consideration, though they did not formally exceed the nature of non-binding opinions. However, one must admit that the participation of a public body, the Committee, and of private citizens, through the consultation, was not equal, which is to say that the two parties did not contribute to the decision in an even way.

We can say that the *iter* of the Italian Bill presents its own uniqueness: indeed, it has not followed the steps of the *Marco Civil*; which has anticipated our bill in time because the latter, born from public consultation, has already been turned into a formal legislative act⁹⁶.

8.1. Contents of the Committee's Declaration

In adopting a constituent approach⁹⁷, the Declaration provides a 'frame-work regulation' regarding the Internet Governance and the digital Liberties. So, its structure imitates a real Constitution, even if there is no reference to a territorial State, in accordance with the a-territorial nature of the Internet, and if the document lacks a binding value, due to the a-parliamentary nature of its Author, as seen above. Indeed, the act stands on the very two pillars of French post-revolutionary constitutionalism (1789): powers and freedoms. The focus of the Declaration is concentrated on the subordination of the powers to the rights, because the powers exist if and to the extent that they recognize the fundamental freedoms and implement the social rights. Therefore, these two entities, powers and rights, are not aligned on the same playing field: the former may not be conceived as *legibus soluti*, being susceptible of constraints in order to protect the liberties. This special relation encompasses the hard core of the modern Constitutionalism⁹⁸.

As to the powers: the Declaration dictates that the Internet governance – however shaped – shall obey to the principles of democracy and representation. These ones shall be specified – in accordance with Teubner's scientific heritage⁹⁹ – through the imposition of a multistakeholder composition and a representative legitimation for economic actors and online social subjects¹⁰⁰. Therefore it would be useless to look in the Declaration for further details concerning both the concepts of multistakeholderism and the standing of legitimation. The act has preferred not to chill the ongoing international debate, leaving to it the task to achieve the widest possible consent on the subject. At the moment, though, this appears still far in the future¹⁰¹.

⁹⁶ Law No. 12.965, April 23rd 2014, establishes the principles, guarantees, rights and obligations for the use of Internet in Brazil (preliminary works).

⁹⁷ Concerning this particular aspect let me refer to my speech during the presentation of the final test of the Declaration to the public on July 28th, 2015; on that occasion I talked about the "constitutional spirit" of the Declaration in order to distinguish its constitutional substantive value from its incontestable soft law status (<http://webtv.camera.it/evento/8233>).

⁹⁸ See G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2016, 248, where the Author states that "il costituzionalismo democratico nasce per dividere il potere e assicurare i diritti".

⁹⁹ See G. TEUBNER, *Constitutional fragments. Social constitutionalism and globalization*, quoted, 56.

¹⁰⁰ It is not a coincidence that the Internet Governance Forum of Joao Pessoa, that had to draw the governance of the net, hadn't gone beyond very promising but non concluding debates on this topic.

¹⁰¹ On the different models of multistakeholderism see A. DORIA, *Use [and Abuse] of Multistakeholderism in the Internet*, in *The Evolution of Global Internet Governance. Principles and Policies in the Making*, edited by R. Roxana, J. M. Chenou, R. H. Weber., Berlin, Springer, 2014, 116. For the Author these models can be reduced into two: "(1) those that uphold the belief in a structure with equivalent stakeholders who participate on an equal footing; and (2) those that uphold the belief that one stakeholder is more equal than the other stakeholders and that the primary stakeholder discharges their duty by consulting the other stakeholders before making decisions." On the contrary, from the point of view of J. WAZ e P. WEISER, *Internet governance: the role of multistakeholder organizations*, in *Journal of Telecommunication & High Technology Law* (<http://www.jthtl.org/index.php>), (10)2 2012, 336: "The term does not

On the contrary, the pillar of liberties is the one to which the Declaration devotes almost all its articles. These ones can be classified in two categories: general rules, applicable to every right at stake, and specific rules, concerning the single subjective entitlements. The dispositions of the first category are not perfectly in line with the rule of law and the due process principle, illustrated before. Indeed, there is no general statement requiring that freedoms are only limited in favor of an equally ranked value and in accordance with the necessity and proportionality principles. Instead, this balancing test is provided only for some liberties on separate basis. We have already criticized this drafting technique, focused on single cases rather than on general rules; indeed, we have voiced our remarks both in the Commission and in scientific contexts¹⁰².

Neither is the due process clause provided in general terms. Rather, it is established only occasionally. For example, it supports in the art. 11, co. 3 “Right to be forgotten”, stating that: “Where a request to be removed from search engines is granted, any person may appeal the decision before the courts to ensure that the public interest in the information is preserved”; but not also in art. 1, in which it was expected to be mentioned in line with its nature of the general provision.

Concerning the single rights, a basic premise is to be made: the listing is only exemplifying, and not comprehensive. Therefore, the freedoms which are not expressly stated are not necessarily excluded. We can think, for example, to the right to be forgotten. In these cases, the Commission was simply not able to reach an agreement.

‘How’ the Bill has established a framework for the Internet is not a methodological issue. Which is to say that it relates not to the procedure – which has been already described earlier – but to the values met by the Declaration.

The ‘equality-legality’ pair has become the cornerstone of the whole architecture of the Bill, as explained in the very preamble of the Declaration¹⁰³. Such choice was only viable because the Bill had refused to entrust its own genesis to the private powers. Indeed, these ones would have acted in an egoistic way, bending the rules to their individual and lucrative interests. This does not mean that its rules are the best possible ones. Rather, more simply, the Author of the Bill has managed to avoid being ‘captured’ by the strongest stakeholders.

One could think about how the right to net neutrality has been designed (art. 4). This one has been endowed with the dignity of a fundamental right¹⁰⁴, while even the EU Regulation on the Digital Single Market¹⁰⁵ had fallen short traditional economic vocation to a new one, belonging to

lend itself to simple definition, and its application will vary from case to case, but one would generally expect to see at least two things in a “multistakeholder” organization: (i) representation (or, at a minimum, openness to representation) from a diversity of economic and social interests (and not limited to a single economic perspective), and (ii) a representational role for civil society, generally defined as relevant stakeholders other than government and industry”.

¹⁰²Let me refer to my intervention during the Committee’s meeting, October 8th, 2014 (http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_inter_net/files/000/000/003/resoconto_commissione_8ottobre.pdf).

¹⁰³ Its preamble states: “This Declaration of Internet Rights is founded on the full recognition of the liberty, equality, dignity and unique diversity of each individual. Preserving these rights is crucial to ensuring the democratic functioning of institutions and avoiding the predominance of public and private powers that may lead to a society of surveillance, control and social selection”.

¹⁰⁴ Art. 4 (*Net neutrality*) - 1. Every person has the right that the data he/she transmits and receives over the Internet be not subject to discrimination, restrictions or interference based upon the sender, recipient, type or content of the data, the device used, applications or, in general, the legitimate choices of individuals.

2. *The right to neutral access to the Internet in its entirety is a necessary condition for the effectiveness of the fundamental rights of the person.*” (The italic is mine).

¹⁰⁵ Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users’ rights

the field of individual liberties. In other words, what is served by the equal access is not the ISPs' freedom of economic enterprise, but the enjoyment of everyone's right to be informed. Indeed, the latter would suffer an excessive upstream constraint if some contents arrived to us with better quality and speed, because we would be forced to choose these privileged contents over the slower ones¹⁰⁶.

It would be superfluous to recall here what already set out above, we will limit to add only some reflections concerning the regulatory source of this right. Its source was not identified in the self-regulation negotiated between the ISPs and the ICPs. Indeed, entrusting the regulation to a contract would downgrade the web from a common good to a commodity, tradable in exchange of the highest market price. In that case, those who already dominate the online band market would be able to attract the largest flow of byte and impede the access to newcomers, who cannot afford to pay the same price¹⁰⁷. Concerning this point, the Declaration has not been as clear as it has been in the statement of the right to net neutrality. Indeed, it has not mandated a public act to be the source of every operator's right to non-discrimination – in comparison with its competitor – as to the breadth and quality of the band, regardless of everyone's capability. Here the Declaration has lost its occasion to state a principle of equal treatment oriented towards the fundamental rights¹⁰⁸.

Also, the reference to another liberty in the Declaration, the right to access (art. 2)¹⁰⁹, confirms the centrality of the aforementioned pair. Here the Declaration has not limited itself to acknowledge this right. Indeed, the Bill has made its content near to a social right, which is to say that it has compelled the State to be proactive and lay down the broadband on the whole national territory, regardless of the digital citizen's residence and spending capability. Therefore, the band shall also cover the white zones, the ones where market fails, where the private hand will never be able to arrive because of economic disutility. Now, this means that the actualization of the right to access is instrumental to the exercise of fundamental liberties, but, to be concrete, needs the State to promptly fulfil its duty of service. The essential content of this right is the entitlement to an action coming from the State. And its connection with the substantial equality principle is evident since the rule includes among the beneficiaries of this right all those who experience conditions of digital divide, "including those created by gender, economic condition or a situation of personal vulnerability or disability". So, the access becomes a tool for substantial equality, because it is a lever for the public power to move the flow of wealth from the 'haves' to the 'have

relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union. The act dedicates to this topic the art. 3 "Safeguarding of open internet access", that doesn't explicitly refer to the concept of net neutrality.

¹⁰⁶ D.C. NUNZIATO, *Virtual freedom: net neutrality and free speech in the Internet age*, Stanford, Stanford University Press, 2009, 136 ff., identified the main focus of the net neutrality regulation in the free speech, rather than in competitive concerns. On the relationship between constitutional law and competition law, see G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 605 ff.

¹⁰⁷ The question is much debated in the juridical literature, and twists with the issue of the legitimacy of the zero rating. There are disagreeing claims about its admissibility T. WU. *Preface*, in *Net Neutrality Reloaded: Zero Rating, Specialized Service, Ad Blocking and Traffic Management. Annual Report of the UN IGF Dynamic Coalition on Net Neutrality*, edited by L. Belli, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2016; D. BRAKE, *Mobile Zero Rating: The Economic and Innovation Behind Free Data*, in *Information technology & innovation foundation* (<http://www2.itif.org/>), May, 2016, at. Among the Italian scholars, it is possible to call to M. Avvisati, *Autorità indipendenti, vigilanza e procedimento amministrativo. Il caso zero rating*, in *Politica del Diritto*, 2017, 505-542.

¹⁰⁸ Allow me to refer to my book G. DE MINICO, *Antiche libertà e Nuova frontiera digitale [Ancient freedoms and New digital frontier]*, Torino, Giappichelli, 2016, 195 ff.

¹⁰⁹ Let's reflect in particular on the 5 para. of the article 2: "Public institutions shall take the necessary measures to overcome all forms of digital divide, including those created by gender, economic condition or a situation of personal vulnerability or disability".

nots'. It becomes a booster which multiplies wealth¹¹⁰: those who are excluded from digitalisation won't have to bear the burdens of the access, but will be entitled to receive it as a social service, which is necessary because it allows them to fill the distance between the digital included and them.

Article 2 creates inequalities with the purpose of equalizing. Indeed, in times of economic scarcity, the universal service needs to be articulated in relative terms: the State cannot ensure everything to everyone, and so supplies the whole essential only to the needing ones. Article 2 provides different treatments based upon the spending capability of the beneficiary. Namely, the broadband provision shall be paid less than its market value by those who live in digital divide areas, while the same shall not be true for those who reside in areas with a full digital inclusion. Article 2, then, is a precept introducing benevolent asymmetries in rules. Indeed, it ensures a favorable discipline for those who had not been admitted, until that moment, to enjoy economic prosperity and social inclusion. So, it lets everyone take part to the benefits of e-society.

The circle is closed by a precept (art. 14) which rules the reciprocal relations among the regulatory sources of the Internet: the Declaration refers both to the binding sources – i.e. to the law, regardless of its national or supranational author – and to self-regulation, entrusted to the masters of the net, the Over the top.

And here the Declaration has struck, not effortlessly, a laudable compromise, because it has dictated a cogent order of intervention: laws first, and self-regulation afterwards. That way, the Bill has prevented the fundamental political choices over the net – i.e. the pair 'equality-legality' – from being sacrificed by the myopic and egotistical ideas of some well-founded and well-structured operators: "to prevent all forms of discrimination and to prevent the rules governing its use from being determined by those who hold the greatest vital tool for promoting individual and collective participation in democratic processes as well as substantive equality".

This discourse about the regulatory approach has made a *fil rouge* emerge: namely, between the content of the rights – only limitable by the Legislator and consistently with the proportionality and necessity principles – and their sources, which have to follow the principle of hierarchical prevalence of the imperative will over the contractual one. Indeed, such link corresponds to the idea that the economic liberties are a means to protect the fundamental liberties, but this relation can never be reversed.

8.2. Legal status of the Declaration

To remove any doubt as to the legal status of the Declaration let me clarify immediately that this document does not have legally binding effects, it has merely the same value of a political act.

Even more it is an act entailing a political engagement, since it has been approved on November 23rd, 2015, with a motion voted by a transversal majority in the Chamber of Deputies of the Italian Parliament.

As every motion¹¹¹ it has to be properly taken into account by the Executive power in its concrete political-administrative activity. Yet, being a political act, the Declaration will only stand

¹¹⁰ Clearly said by L. WAVERMAN, *Economic Impact of Broadband: An Empirical Study*, LEGC, London, 2009, February 22, 9: «The results from our study show that broadband – the ultimate melding of the telephone line [...] can have significant payoffs in terms of increasing productivity and economic growth».

¹¹¹ Although the concept of motion is out of my analysis, suffice it to affirm that the discussion on its natura is still open among the Italian scholars. For those who identify its nature in the control function see V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella prassi*, Milan, Giuffrè, 2012, 786; on the opposite side, there are those who stress the ability of the motion to define political directives, see for all L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, 168.

until its political sponsors will maintain their support. As to its juridical value, it cannot be enforced judicially, neither against a public subject, nor against a private one. Indeed, it does not generate any juridical obligation to be fulfilled.

At this point, it seems appropriate to mention that also the European Union Charter of fundamental rights used to have the same value as our Declaration, before being incorporated in the Lisbon Treaties. Indeed, many national¹¹² and European judges¹¹³ kept nevertheless assuming it as a criterion to interpret other binding juridical sources¹¹⁴.

In sum: despite the Declaration does not have a direct juridical relevance, an indirect and implicit legal value is not to be excluded. We are denying a legal *status* to the Declaration, but at the same time we may expect that it will be taken into account “in transparency” by those who will have to take legally binding decisions.

The Declaration as point of reference of a new culture of the Internet, as the Advocate general Mischo stated in referring to the value of E.C. “I know that the Charter is not legally binding, but it is worthwhile referring to it given that it constitutes the expression, at the highest level, of a democratically established political consensus on what must today be considered as the catalogue of fundamental rights guaranteed by the Community legal order”¹¹⁵.

At this point we can give a comprehensive evaluation of the Italian experience: what are its advantages and drawbacks?

As to the first ones, it may be noted that it is a flexible regulation, able to orientate Internet towards the fundamental values of democracy and equality, and “porous” to the private stakeholder’s self-regulation, without granting to the latter any prevalence over the binding sources. Among its disadvantages, we cannot include the scarce prescriptiveness of the language, even if such criticism was expressed during the press conference following the presentation of the Declaration¹¹⁶. Indeed, it would be contradictory of the Declaration to pursue a constituent intent

¹¹² In the Italian system we have to remember, among others, some basic decisions of our Constitutional Court nn. 135 e 445 /2002 and 393 e 394/2006. In particular, in the former the Supreme Judge underlined that the Charter had significance for “il suo carattere espressivo di principi costituzionali comuni”(for its feature able to express common constitutional principles). It is worthy to be mentioned also the Tribunal Constitucional Português, Acórdão n. 275/02.

¹¹³ At first the Court of Justice refused to refer to the Charter, despite of the several recalls its favour of the Advocate Generals; only in the 2006 the Court broke this silence, 27 June 2006, C-540/03, *European Parliament v. Council of E.U.*. On the contrary, the European Court of Human Rights, case of *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (Application no. 28957/95), 11 July 2012, in Cons. 100 didn’t hesitate to refer to the Charter clearly: “The Court would also note that Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women”. Sul tema più in generale, see P. COSTANZO, *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2016/I, 10 ff.

¹¹⁴ In the Italian doctrine about its value of parameter of interpretation, before its incorporation in the Lisbon Treaty, see A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 621; ID., *Sulla “giuridicità” della Carta europea dei diritti: c’è (ma per molti) non si vede*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, edited by G. F. Ferrari, Milano, Giuffrè, 2001, 257 ff.; L. LANZONI, *Tutela e limitazioni dei diritti dell’uomo nell’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, edited by M. Pedrazza Gorlero, Napoli, ESI, 2010, 369 ff.; C. SALAZAR, *Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa (https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa)*, 2011, December 21

¹¹⁵ Opinion of Advocate General Mischio, delivered on September 20th, 2001, in Joined Cases C- 20/00 and C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd trading as Marine Harvest McConnell and Hydro Sea- food GSP Ltd, v. The Scottish Ministers*, in Cons. 126.

¹¹⁶ At Sala del Mappamondo-Palazzo Montecitorio (webtv) July 28th, 2015 the print conference was held with the topic of “*Declaration of Internet Rights*” in the presence of the President of the Chamber of Deputy, on. le Laura

while stating strict obligations and prohibitions. Conversely, just as any constitutional Charter, it has to be elastic enough to account for future situations, which may be unpredictable. This is especially true given that the Declaration is addressed to an ever-evolving reality: Internet.

However, we do find some drawbacks. Firstly, the one we have already mentioned while illustrating the single parts of the Declaration: namely, the due process and the rule of law are inadequately safeguarded. Nevertheless, the true defect does not lie in the Chart itself; it is rather to be found in the lack of attention to it by the political decision-maker. Indeed, some subsequent normative acts, which should have been consistent with the Declaration, have been drafted as if the Declaration had never existed.

We can consider the recent law on cyberbullying¹¹⁷ or the previous anti-terrorist legislation¹¹⁸.

This is not the place for an in-depth analysis of such acts, we will be satisfied with stating just one conclusion. In few words, the Declaration, which conditions the limitation of freedoms to a necessity principle, is not coherent with the counter-terrorism legislation, which allows derogations to liberties in consequence of an abstract danger (when necessity is still absent). Similarly, the Declaration, stating that liberties can only be restricted by a public and impartial authority, is in contradiction with the Law on cyberbullying. The latter unconditionally delegates this power to ISPs, which are allowed to obscure, delete or block the personal data without any adversary procedure and on a very short notice. Indeed, ISPs are *ex parte* subjects that have nothing in common with a public and impartial authority. Then, the disadvantage of the Declaration is not in the method or in the drafting, but in the fact that the political decision-maker is not willing to take it in consideration.

Moreover, this contradiction is not an isolated and only national case.

At the European level this contrast is clearly visible as to the safeguards of online fundamental rights. The adversarial dialogue between the Court of Justice and the Decision maker has not yet found an appropriate and shared balance.

Basically, while the former has deemed the guarantees of proportionality and precautionary applicable to the right to *privacy* in time of emergency¹¹⁹ - the recent Directive EU 2017/541 "on combating terrorism" goes in the opposite direction¹²⁰. Then, conclusively, the constituent process of the Internet is a desirable event, which is nevertheless far from becoming true. However, this does not reduce, but even strengthens, the value of the Boldrini Committee's Declaration as a political manifesto.

Boldrini, professor Stefano Rodotà and other components of the Committee of study, among who the author of this essay.

¹¹⁷ Law n. 71, 29th May 2017, *Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, at G.U. n. 127 del 03-06-2017.

¹¹⁸ Law Decree n. 7, 18th February 2015, coordinated with the Converted Law, 43, 17th April 2015, n. 43 at G.U. n. 91 del 20-04-2015). See in particular the art. 2. For what concerns the aspects related to terrorism allow me to refer to my book G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo [Constitution. Emergency and Terrorism]*, Jovene, Napoli, 2016, in part. chapter 2, § IV.

¹¹⁹ We refer to the above-mentioned Court of Justice, *Digital Rights Ireland Ltd* and also (Grand Chamber) *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, 6th October 2015, C- 362/14.

¹²⁰ The European Parliament and the Council of the European Union, Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017, on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA; in particular see the article 2. To remain on this dangerous contradiction expressed by the above Directive, let me quote my recent work *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice*, in *Osservatorio sulle fonti (www.osservatoriosullefonti.it)*, 2017, 2. at. See also G. DEMINICO, *Every Day's Terrorism*, in *Virtual Freedoms - Terrorism - The Law*, edited by G. De Minico, O. Pollicino, London-Turin, Routledge-Giappichelli, 2014, 10-14.

9. Concluding remarks

The opinion according to which the net may remain totally unfettered cannot be accepted. We have explained the reasons for which a “Bill of Rights” tailored to the Internet and entrusted to a supranational legislator needs to be put in place.

However, the complex interaction among competing interests make it difficult to strike an effective balance allowing the internet to maintain its full potential of innovation. This essay has been focused on the perspective of the offline constitutional acquis of democratic countries being transported online, in order that a better protection of fundamental rights and liberties be achieved, and equal opportunities for all be provided for.

We must be aware that the same nature of the net as an instrument of global communication fostering participation and spreading information and knowledge is drawing a different answer in those countries where democracy is under pressure.

In such cases an answer is easily found appealing to the values of democracy and acknowledging the pre-eminence of rights and liberties. But it is much more difficult to cope with the shift in public opinion arising from terrorism. One must admit that the internet may be a powerful instrument also in the hands of criminals. Legislators are under pressure to put the internet under stricter regulations in order to fulfill a growing demand of security. The constitutional principles essentially construed by the Courts that we have recalled in this essay should be considered the strongest barrier to be found against a dangerous shift.

It is obvious that political decision-makers cannot easily reject the prevailing views of the public opinion, which will sooner or later be translated into votes. This suggests that rights and freedoms on the net cannot find their defense solely in a Court of Justice, but require that the argument be brought also in politics.

The algorithm has offered a case study to test the regulatory alternatives, self-regulation or binding regulation. Which of them has proved to be more suitable and well-tailored to reach the equality objective? Our reasoning has shown that the algorithmic anarchy reproduces the already heavy injustices on minorities, with the aggravating circumstance that discrimination does not appear as such, being hidden behind a ‘patina of fairness’. On the opposite side, the algorithm, kept under the policy-maker control, could level the different fortunes of who is ahead and who is left behind in the social competition. Therefore, a binding discipline, although held to a *minimum*, will be able to guide technology towards a fair and widespread common good in compliance with a democratic institutional framework.

CRISTINA BERTOLINO

Il diritto di accesso alla rete internet nell'«era dell'accesso»

SOMMARIO: 1. Il diritto di accesso a internet: quale preconditione per l'esercizio della cittadinanza digitale. – 2. L'accesso a internet nella dimensione internazionale. – 3. L'Unione europea e l'accesso alla rete. – 4. Un ulteriore sguardo oltre confine: il diritto di accesso a internet negli ordinamenti nazionali di altri Paesi. – 5. Interventi giurisprudenziali a sua tutela. – 6. Il diritto di accesso a internet nell'ordinamento italiano.

1. Il diritto di accesso a internet: preconditione per l'esercizio della cittadinanza digitale

A distanza di quasi mezzo secolo dall'avvio della rete Arpanet¹, internet è ormai divenuta una rete senza confini, conosciuta da tutti e, per molti, irrinunciabile nella propria quotidianità. Lo sviluppo di questa tecnologia è inoltre così rapido da rendere assai arduo per il legislatore comprendere ogni problematica giuridica che esso pone² e, in particolare, affrontare la questione che si situa “a monte” di tutto «l'orizzonte giuridico di Internet»³: se sia opportuno, e/o finanche necessario, disciplinare tale fenomeno tecnologico con una dettagliata regolamentazione giuridica o se, al contrario, non risulti addirittura impossibile regolarne efficacemente la dimensione.

L'avvento e lo svilupparsi di internet hanno determinato così l'emergere di una nuova libertà personale, che può essere assunta sia in senso negativo – quale pretesa di tutela passiva dell'individuo nei confronti dei detentori del potere informatico, dei privati o delle autorità pubbliche –, volta specialmente a garantire il diritto alla riservatezza e alla propria intimità personale, che in senso positivo, diretta ad assicurare l'utilizzo degli strumenti informatici per fornire e per ottenere informazioni: quanto a dire, il diritto stesso di partecipazione alla società virtuale⁴.

È infatti indubbio che nell'«era dell'accesso»⁵, non avere la possibilità o trovarsi nell'incapacità di accedere a internet significa vedersi precluso l'esercizio di gran parte dei diritti di cittadinanza.

Riesce pertanto ancora opportuno riflettere sull'esistenza del diritto di accesso alla rete e, di conseguenza, sulle misure idonee ad accompagnare non solo lo sviluppo di internet e della tecnologia ad esso connessa, ma anche la “metamorfosi” del cittadino in un «cittadino digitale»⁶;

¹ Arpanet (acronimo di «Advanced Research Projects Agency NETWORK») è stata una rete di computer studiata e realizzata nel 1969 dalla DARPA, l'agenzia del Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti, responsabile per lo sviluppo di nuove tecnologie ad uso militare. Si trattava, in effetti, della forma “embrionale” di quello che dal 1983 è divenuto internet.

Sulle origini di internet v. P. COSTANZO, *Contributo ad una storia della libertà d'informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, vol. I, 691 ss.

² Tra le problematiche più recenti, ad esempio, l'esistenza non solo di un diritto all'oblio, ma anche di un'eredità digitale (c.d. *digital inheritance*).

³ Cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/2000, 271 ss.

⁴ Cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, cit., 275.

⁵ Cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, 2000, il quale sottolinea come l'epoca attuale sia caratterizzata da una complessiva dematerializzazione e dal passaggio da una logica proprietaria, fondata sul binomio proprietà/possesso, alla diversa combinazione accesso/utilizzo.

⁶ Cfr. M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, ESI, Napoli, 2011, 12; M. MUTI, *Spunti per una riflessione su un nuovo modo di essere cittadino: utente digitale*, in *Inf. e Dir.*, 1/2006, 47 ss.

Si utilizza inoltre, efficacemente, il concetto di “digital shadow”, ombra digitale, la quale indicherebbe la nostra proiezione digitale, indissolubilmente legata alla vita reale. Sul punto cfr. F. PIZZETTI, *La sfida del “nuovo mondo”: garantire i diritti nella rete*, in Id. (a cura di), *I diritti nella “rete” della rete. Il caso del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2011, 8.

si è ormai tali, infatti, anche in quanto in grado di potere godere dei benefici derivanti dall'uso della nuova strumentazione della rete, capaci e consapevoli delle sue potenzialità e limiti.

Quando si vada al fondo del tema, si tratta di un problema di democrazia sostanziale, poiché l'esclusione digitale rischia di divenire una forma di estromissione complessiva da ambiti sempre più importanti della vita associata e, in ultimo, anche dall'esercizio di veri e propri diritti di cittadinanza.

Rispetto a questi temi, occorre riconoscere a Pasquale Costanzo l'indubbio merito di essere stato costituzionalista antesignano, tra i primi ad avere affrontato, nella sua ampia, differenziata e considerevole produzione scientifica, il tema della rete digitale e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico statale. Tra le molte opere merita qui di essere ricordata, per la incisiva importanza, la voce *Internet (Diritto pubblico)*, redatta per il *Digesto, Discipline Pubblicistiche*⁷, nella quale l'Autore ha affrontato rilevanti temi e problematiche connessi a internet e derivanti dai comportamenti degli utenti e degli operatori della e nella rete. Non solo: a Costanzo va anche il merito di essere stato tra i primi a convincersi della necessità di istituire un insegnamento universitario di *Diritto dell'Internet* nell'area pubblicistica, convinto dell'urgenza che anche i giuspubblicisti s'interrogino sulle conseguenze e sugli sviluppi della rete.

Preliminarmente all'indagine che s'intende effettuare qui, occorre tuttavia prendere in considerazione l'ambito internazionale e sovranazionale in cui si colloca la vasta tematica. Internet ha infatti annullato la distinzione spazio-temporale in relazione ad una ampia parte del nostro vivere quotidiano e pure il «processo di ibridazione degli ordinamenti giuridici»⁸ e delle diverse legislazioni applicabili è entrato con la rete in massima tensione. È dunque opportuno – così come suggerito opportunamente anche da Costanzo⁹ – “gettare uno sguardo” al di fuori dei propri tradizionali confini territoriali per verificare se sia possibile rintracciarvi l'esistenza e la garanzia di questo nuovo diritto.

2. L'accesso a internet nella dimensione internazionale.

Di fronte al notevole e inarrestabile “fervore” sociale, culturale, economico e, da ultimo, anche politico, derivante dallo sviluppo delle tecnologie informatiche, la loro regolazione e quella dell'accesso a internet hanno assunto una dimensione di indubbio rilievo a livello internazionale ed europeo.

Quanto al profilo internazionale, numerosi sono stati, e lo sono tutt'oggi, i tentativi di enunciare, in carte, trattati o accordi, i diritti e le garanzie della rete. Tra i più importanti occorre senza dubbio citare l'*Internet Bill of Rights*, redatto dall'*Internet Governance Forum* e presentato a Vilnius nel dicembre 2010¹⁰. La Carta rappresenta il tentativo di mettere in evidenza la libertà nella rete e la necessità di creare le condizioni più opportune affinché essa possa accrescere ed essere adeguatamente tutelata.

Ugualmente rilevante è poi il Rapporto sulla libertà di espressione, presentato nel 2011 allo

⁷ Cfr. P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, 347 ss.

⁸ Cfr. F. PIZZETTI, *Il prisma dell'oblio*, in Id. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, 26.

⁹ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2012 (17.10.2012).

¹⁰ L'*IGF* è una struttura di supporto del Segretariato generale dell'ONU e raccoglie esponenti dei governi, delle imprese e delle associazioni di settore. Fondato nel 2005 a Tunisi, nel corso del *Summit on Information Society*, elabora studi e organizza incontri pubblici di discussione sulle politiche e sull'uso di internet a livello mondiale.

Sull'*Internet Bill of Rights* cfr. S. RODÒTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Pol. dir.*, 3/2010, 337 ss.

Human Rights Council dell'ONU, dallo *Special Rapporteur*, Frank La Rue¹¹. Nel capitolo V di tale Rapporto si affronta infatti il problema dell'accesso universale a internet e delle infrastrutture che vi riescano funzionali. Pur prendendo atto di come tale diritto non sia attuabile in tempi brevi, considerate le difficoltà di accesso alla rete elettrica di ancora molti Paesi, si sottolinea come gli Stati debbano «*assume their commitment to develop effective policies to attain universal access to the Internet. Without concrete policies and plans of action, the Internet will become a technological tool that is accessible only to a certain elite while perpetrating the “digital divide”*». E, ancora, come «*States should adopt effective and concrete policies and strategies – developed in consultation with individuals from all segments of society, including the private sector as well as relevant Government ministries – to make the Internet widely available, accessible and affordable to all*».

Nello stesso senso può inquadrarsi l'Organizzazione sulla cooperazione e la sicurezza in Europa (OSCE), la quale, in un Report del 2011 dal titolo «*Freedom of Expression on the Internet*», sottolinea come «*everyone should have a right to participate in the information society and States have a responsibility to ensure citizens' access to the Internet is guaranteed*». Ancora, significativa è la nascita, già nel 2000, in occasione del G8 di Okinawa, della *Digital Opportunity Task Force* (DOTF), la quale si è ispirata al principio di inclusione, perseguendo in tal modo lo scopo di favorire la più ampia partecipazione possibile ai benefici della società dell'informazione globale.

Più di recente, nella Risoluzione dell'UNHR del 27 giugno 2016¹², recante «*The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*», è stata esplicitato un approccio fondato sulla qualificazione del diritto di accesso a internet come «diritto umano» e la necessità che gli Stati promuovano misure volte a incrementare la partecipazione e a superare tutte le forme di “digital divide”.

Se dunque tali documenti mettono in evidenza il fatto che internet ha annullato molti aspetti della dimensione spazio-temporale e che la sua regolamentazione giuridica necessita di essere globale per risultare realisticamente efficace¹³, essi non risultano avere tuttavia valore “costituzionale”, quanto a direi, di essere dotati della efficacia costringitiva e prescrittiva propria di una *lex superior* che possa operare in ambito globale; non sono insomma in grado di imporre agli Stati e ai soggetti che operano nella e tramite la rete, un diritto di accesso alla stessa. Tali atti, sino a quando non saranno tradotti in un trattato internazionale vincolante per gli Stati che vi aderiscono, potranno però operare sul piano della persuasione e assumere – occorre evidenziarlo – un alto valore culturale, capace di definire un modello sociale e politico, da contrapporre al modello liberista che a tratti domina lo spazio virtuale di internet, quando «egemonizzato dai soggetti che piegano alle logiche del mercato la difesa dei diritti e la libertà di navigare»¹⁴.

Resta peraltro il dato che molti aspetti della vita sociale ed economica si sviluppano ormai in rete e che il relativo accesso è divenuto un prerequisito allo sviluppo della persona. Di conseguenza, chi ne è escluso si vede negata l'effettiva realizzazione di diritti fondamentali, sanciti da tempo anche a livello internazionale¹⁵.

¹¹Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and ex-pression (reperibile al seguente link: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf).

¹² In *Official Documents System of the United Nations* (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G16/131/89/PDF/G1613189.pdf?OpenElement>).

¹³ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 121 ss.

¹⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2/2011, 6 ss.

¹⁵ Significativa, ma non sufficiente a garantire un diritto di accesso effettivo al cyberspazio, è dunque la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, la quale, all'art. 19, dispone che «ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere». E, ancora, all'art. 22, che «ogni

3. L'Unione europea e l'accesso alla rete

La volontà delle Istituzioni europee di rafforzare un approccio comune in materia di e-accessibilità emerge sin dall'inizio del nuovo millennio. È opportuno, in particolare, segnalare la Comunicazione della Commissione europea dell'8 dicembre 1999, relativa all'iniziativa intrapresa in occasione del Consiglio europeo di Lisbona del 2000¹⁶. Si sottolineava infatti, già allora, la necessità, tra le diverse e reali esigenze sottese alla promozione della società dell'informazione, di incoraggiare l'accesso a internet. Allo stesso modo, qualche anno dopo, l'attenzione della Commissione è stata rivolta alla diffusione dell'accesso alla banda larga, quale strumento che incide su tale diritto¹⁷ e, altresì, alla alfabetizzazione mediatica nell'ambiente digitale per una società della conoscenza inclusiva¹⁸.

Per favorire inoltre lo sviluppo di reti ad alta velocità e per rafforzare i diritti degli utenti finali, per accrescere la trasparenza e la tutela dei diritti dell'Unione nell'ambito dell'accesso a internet, è stata poi adottata, nel 2013, una Raccomandazione relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga¹⁹.

Anche il Parlamento europeo si è pronunciato in più di un'occasione a favore di uno sviluppo della società dell'informazione e di una garanzia effettiva del diritto di accesso al cyberspazio. In questo senso si segnala, in particolare, la Risoluzione del 6 luglio 2006²⁰, sulla libertà di espressione su internet e sulle sue restrizioni, nella quale si è affermato che «l'accesso ad Internet può rafforzare la democrazia e contribuire allo sviluppo economico e sociale di un paese e che limitare tale accesso è incompatibile con il diritto alla libertà di espressione». La medesima finalità è inoltre riscontrabile nella Raccomandazione del 26 marzo 2009²¹, nella quale si è ribadito che internet dà «pieno significato alla definizione di libertà di espressione» e che «può rappresentare una straordinaria possibilità di rafforzare la cittadinanza attiva», nonché nella proposta di Regolamento finalizzata a realizzare un continente connesso²².

individuo, in quanto membro della società, ha diritto (...) alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità»; o, all'art. 27, che «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici».

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata nel 2006, si impegna altresì a garantire ai disabili – con modalità più specifiche rispetto alle dichiarazioni menzionate *supra* – l'accesso alle informazioni e la libertà di espressione e di comunicazione, anche attraverso le tecnologie informatiche (artt. 9 e 21).

¹⁶ COM (1999) 687 - *Europe – An information society for all - Communication on a Commission initiative for the special European Council of Lisbon*, 23 and 24 March 2000.

¹⁷ COM (2006) 129 – Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Colmare il divario nella banda larga*.

¹⁸ Raccomandazione della Commissione europea 2009/625/CE del 20 agosto 2009 sull'alfabetizzazione mediatica nell'ambiente digitale per un'industria audiovisiva e dei contenuti più competitiva e per una società della conoscenza inclusiva.

¹⁹ Raccomandazione della Commissione C (2013) 5761 dell'11 settembre 2013, relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga.

²⁰ Risoluzione del Parlamento europeo (P6_TA(2006)0324) del 6 luglio 2006, sulla libertà di espressione su Internet.

²¹ Raccomandazione del Parlamento europeo (P6_TA(2009)0194) del 26 marzo 2009, sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet.

²² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio C (2013) 627, che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso.

Quanto, più propriamente, alla normativa europea in materia di accesso a internet, occorre riferirsi al c.d. Pacchetto Telecom del 2002²³, poi rivisto nel 2009²⁴, volto a incrementare il livello di liberalizzazione delle telecomunicazioni e a garantire al consumatore un servizio di qualità accessibile a prezzi contenuti²⁵. Ponendo l'attenzione in particolare al diritto di accesso alla rete, in tali atti si riconosce l'essenzialità di internet per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di manifestazione del pensiero e dell'accesso all'informazione.

Rilevante è poi la previsione secondo la quale i provvedimenti adottati dagli Stati membri, riguardanti l'accesso o l'uso da parte degli utenti finali di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazioni elettroniche, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo²⁶ e dai principi generali dell'ordinamento europeo. Qualora inoltre un provvedimento statale ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali, esso potrà risultare vincolante soltanto se «appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica» e la relativa attuazione dovrà essere oggetto di adeguate garanzie procedurali, conformemente alla CEDU e ai principi fondamentali europei, inclusi «un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo».

Negli ultimi anni sono stati realizzati²⁷ ulteriori interventi normativi con il fine di rafforzare gli impegni assunti e con l'obiettivo di facilitare le reti di comunicazione elettronica ad alta velocità e di qualità elevata, onde sviluppare tutti i settori di un'economia moderna e innovativa.

L'Unione europea sembra quindi volere riconoscere al diritto d'accesso a internet una protezione giuridica equivalente a quella garantita ad altri diritti e libertà²⁸. Nell'ambito dell'UE esso assumerebbe tuttavia una portata più ampia rispetto a quella riconosciuta a livello internazionale; godrebbe infatti, sulla base di questi atti, di propria autonomia giuridica rispetto ad altri diritti, quali ad esempio la libertà di espressione e di comunicazione, e, dunque, ben potrebbe essere sempre utilizzato, da parte di tutti i soggetti legittimati, come parametro di giudizio alla stregua di altri diritti fondamentali.

Difetta tuttavia ancora – quanto più preme qui sottolineare – la possibilità di riconoscere al diritto di accesso a internet una effettiva autonomia “fattuale”, il suo inverarsi nella dimensione concreta. Per quanto infatti l'Unione europea si prefigga l'obiettivo di renderlo effettivo a favore

²³ Direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime; Direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; Direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica; Direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

²⁴ Regolamento (CE) 1211/2009, che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC); Direttiva 2009/136/CE, recante modifica della direttiva 2002/22/CE, della direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e del regolamento (CE) 2006/2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori; infine, Direttiva 2009/140/CE, recante modifica delle direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE.

²⁵ Sul punto, tra gli altri, M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008.

²⁶ In particolare, l'art. 10 della CEDU a tutela della libertà di espressione, in base al quale eventuali limitazioni di tale diritto devono essere necessariamente previste per legge, finalizzate a soddisfare obiettivi di interesse generale e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito.

²⁷ Raccomandazione 2013/466/UE dell'11 settembre 2013, relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga; Direttiva 2014/61/UE del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità; Regolamento 2015/2120/UE del 25 novembre 2015, recante misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta.

²⁸ Cfr. F. BADOCCO, *Riflessioni sul diritto di accesso a Internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea*, in *Inf. e Dir.*, 1/2009, 162.

di tutti i cittadini – non solo come diritto strumentale per il godimento di altri diritti, ma quale mezzo attraverso cui realizzare un progresso diffuso e generalizzato – in realtà la disciplina adottata in materia di accesso alla rete ha determinato negli Stati membri effetti applicativi disomogenei, conseguenti al fatto che la tendenza del legislatore europeo è stata di fornire soltanto indicazioni di principio, per poi lasciare agli Stati, in sede di recepimento della normativa, notevoli margini di discrezionalità. Occorrerebbe, al contrario, per colmare i divari in termini di accessibilità a internet e alla banda larga, un intervento che realizzasse un quadro normativo idoneo a garantire concretamente a tutti l'accesso alla rete.

4. Un ulteriore sguardo oltre confine: il diritto di accesso a internet negli ordinamenti nazionali di altri Paesi

Anche l'indagine offerta dall'analisi di altri ordinamenti giuridici nazionali può rilevarsi utile per un esame più approfondito sul tema in esame. Alcuni Stati hanno infatti provveduto ad introdurre in Costituzione il principio dell'*habeas data*²⁹, il quale garantisce a tutti il diritto di accedere alle informazioni e di aggiornare, rettificare e/o modificare le proprie informazioni presenti sulla rete. Tra questi si può ricordare il Portogallo (1976, art. 35), la Spagna (1978, art. 18.4), il Sudafrica (1993, artt. 13, 15 e 23), la Federazione russa (1993, artt. 23 e 24), la Svizzera (1993, artt. 13 e 16), il Brasile (1999, art. 5, co. 72) e l'Honduras (2003, art. 182, co. 2)³⁰.

Altri ordinamenti hanno invece esplicitamente introdotto in Costituzione il diritto di accesso a internet. In Europa può peraltro annoverarsi la sola Grecia che, con la riforma del 2001, ha inserito, nella parte riferita ai diritti, un riconoscimento esplicito alla «società dell'informazione» e ha disposto che lo Stato abbia l'obbligo di facilitare l'accesso alle risorse elettroniche, nonché la produzione, lo scambio e la diffusione on-line di informazioni (art. 5A, co.2).

Numerosi sono invece i Paesi latinoamericani che hanno delineato in Costituzione uno spazio a internet e alla protezione delle informazioni³¹. Tra questi, anzitutto, il Paraguay, che già nel 1992 prevedeva in Costituzione una riserva di legge al fine di assicurare, con uguaglianza di opportunità, il libero accesso all'utilizzo dello spettro elettromagnetico, così come degli elementi elettronici di accumulazione ed elaborazione dell'informazione pubblica, senza altri limiti che quelli imposti dai regolamenti internazionali e dalle norme tecniche (art. 30).

Eguale simili sono le disposizioni contenute nella Costituzione del Venezuela (1999), il cui art. 28 riconosce e protegge il diritto di accedere alle informazioni e ai dati che riguardano se medesimi, o anche «comunità o gruppi di persone»; nell'art. 108, inoltre, dispone che «lo Stato garantisce radio e televisione pubbliche e le reti bibliotecarie e di computer, con l'impegno di consentire l'accesso universale all'informazione», statuendo così una stretta correlazione tra accesso a internet e universalità della pretesa.

Anche la Costituzione dell'Ecuador è di particolare significato in questo senso. Adottata nel 2008, all'art. 16, co. 2, afferma che tutti, «individualmente o collettivamente», hanno diritto ad un «accesso universale alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» e in ulteriori disposizioni si garantiscono in modo particolare l'accesso e l'utilizzo degli strumenti di informazione ai disabili e ai gruppi che normalmente non li hanno.

Occorre tuttavia constatare come tali disposizioni risultino avere complessivamente un contenuto meramente programmatico e come la loro attuazione da parte dei pubblici poteri risulti

²⁹ Sul tema cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet.*, cit.,

³⁰ Sul punto cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, 1/2011, 5 ss.

³¹ Cfr. L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad Internet*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 3/2013, 11.

ancora lontana dall'essere considerata realizzata.

Più numerosi sono invece i Paesi che hanno disciplinato l'accesso alla rete nell'ambito della legislazione ordinaria. A titolo esemplificativo, l'Estonia è il primo Stato che ha sperimentato l'utilizzo della rete per l'espressione del voto³². Considerata dunque l'importanza dell'accesso a internet per poter esercitare il principale diritto tra quelli di cittadinanza, con il *Telecommunications Act* si è inteso regolare l'accesso alla rete quale servizio universale³³.

La Finlandia, nel 2009, ha modificato il proprio *Communications Market Act*, inserendo negli obblighi di servizio universale anche la fornitura di internet a banda larga, a prezzi ragionevoli e a prescindere dall'ubicazione dell'utilizzatore finale³⁴.

Più vicina nel tempo, la Spagna, nel 2011, nella *Ley Economía Sostenible*³⁵ ha correlato l'accesso alla rete con il servizio universale di telecomunicazione e ha disposto che esso debba essere assicurato a banda larga, con una capacità di *downstream* di almeno 1 Mbt/sec. Tale servizio deve inoltre essere assicurato, secondo questa legge, mediante l'utilizzo di qualsiasi tecnologia, senza limitare la garanzia della disponibilità di infrastrutture fisse. Poiché il compito di stabilire le condizioni di accesso alla banda larga e di velocità di connessione è rimesso in concreto al governo, sulla base dell'evoluzione sociale, economica e tecnologica del Paese, la situazione di crisi economica vissuta dalla Spagna in quest'ultimo decennio non ha tuttavia consentito di raggiungere e garantire concretamente il servizio universale previsto.

Occorre inoltre sottolineare, in questa sintetica panoramica, come vi siano Paesi che anziché impegnarsi a promuovere e a riconoscere l'accesso al cyberspazio come servizio universale, stiano invece erigendo «muri virtuali»³⁶, barriere elettroniche per evitare l'accesso alla rete globale.

Fondamentale, soprattutto in queste ultime ipotesi, può dunque diventare, nei Paesi in cui sia concretamente esistente ed effettivamente operante, la funzione di garanzia delle Corti costituzionali.

In ambito internazionale alcune significative sentenze sono già state pronunciate e – come si proverà *infra* – hanno “aperto la strada” al riconoscimento, per via pretoria, di un diritto universale di accesso a internet.

5. Interventi giurisprudenziali a sua tutela

Anche in ambito giurisdizionale è possibile rintracciare nel panorama internazionale alcune pronunce³⁷, intervenute a “codificare”, esplicitamente o implicitamente, il diritto di accesso alla rete. Alcune di esse, tuttavia, non hanno affrontato direttamente la questione dell'accesso, quanto piuttosto quella della libertà di utilizzo di internet.

³² Sul tema v. L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1/2011, 47 ss.; P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, *ivi*, 19 ss.

³³ *Telecommunications Act* del 9 febbraio 2000, il cui art. 5 dispone che internet deve essere «*universally available to all subscribers regardless of their geographical location, at a uniform price*».

³⁴ *Communications Market Act*, sect. 60c, il quale dispone che i «*provider di servizio universale*» debbono garantire all'utente un pacchetto di connessione presso la propria residenza finale che includa una «*appropriata connessione a Internet*», tenendo conto della media tariffaria applicata alla generalità degli utenti, della fattibilità tecnologica e dei costi contenuti dei *provider*, la quale è controllata dall'Autorità indipendente preposta al settore (FICORA).

³⁵ *Ley Economía Sostenible*, n. 2/2011 del 4 marzo 2011, art. 52.

³⁶ Cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, cit., 10.

³⁷ Sul tema cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit.; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, cit., 59 ss.

Occorre anzitutto prendere le mosse dalla giurisprudenza della *Supreme Court* degli Stati Uniti d'America, in quanto essa è intervenuta per prima sul rapporto tra internet e l'esercizio della libertà di espressione. Nel 1997, nella nota sentenza *Reno v. American Civil Liberties Union*³⁸, è stato infatti pronunciato un importante precedente, che ha poi avuto rilevanti riflessi in epoca più recente nelle giurisdizioni di altri ordinamenti. Oggetto del giudizio era il *Communications Decency Act* del 1996, il quale prevedeva la possibilità di vietare la trasmissione di materiali per adulti sulla rete internet al fine di reprimere fenomeni di pedopornografia, nonché l'accesso dei minori a contenuti vietati, tramite un meccanismo di identificazione dell'utente a mezzo *ID card* o con carta di credito. In tale occasione la *Supreme Court* ha proceduto con un bilanciamento tra i fini, comunque apprezzabili, perseguiti dalla legge oggetto di giudizio – primo fra tutti la protezione dei minori – con l'esercizio del *freedom of speech*, garantito dal Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America³⁹, e ha ritenuto che le disposizioni in questione violassero tale diritto. Il caso *Reno* ha dunque consentito di riflettere sulla natura della rete, rilevandone – in modo davvero puntuale – la caratteristica di strumento di estensione della personalità e riconoscendo il legame tra le azioni finalizzate a limitarne l'utilizzo e l'esercizio dei diritti⁴⁰.

È poi opportuno menzionare qui, per la Francia, la sentenza *HADOPI*⁴¹, con la quale nel 2009 il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato sull'entrata in vigore della *loi Création et Internet*. In particolare, con questa decisione il *Conseil* ha riconosciuto che, in un contesto di diffusione generalizzata di internet, nonché di accresciuta importanza dello strumento per la partecipazione alla vita democratica, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione online. Richiamandosi così all'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, secondo cui «*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi*», il giudice costituzionale ha ricondotto al diritto alla comunicazione, e dunque, a questa fondamentale libertà dell'individuo, la libertà di accedere alla rete⁴². Nonostante il *Conseil constitutionnel* non abbia quindi ritenuto che l'accesso a internet possa considerarsi un diritto fondamentale in sé, ha evidenziato con chiarezza come alla libertà di manifestazione del pensiero debba essere sempre garantita una protezione rinforzata, specie quando essa possa

³⁸ Cfr. *Janet Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, n. 96-511, decisione del 26 giugno 1997.

V., in proposito, P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>)20.0.1997.

³⁹ «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».

⁴⁰ Non dissimile nelle conclusioni è la pronuncia della *Court of Appeal* britannica nel caso *The Queen v. Smith and Others* del 19 luglio 2011. In un giudizio legato alla commissione di reati sessuali, l'alta Corte, successivamente a una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza precedente in materia di restrizioni alla comunicazione via internet, ha affermato che «*A blanket prohibition on computer use or internet access is impermissible. It is disproportionate because it restricts the defendant in the use of what is nowadays an essential part of everyday living for a large proportion of the public, as well as a requirement of much employment*». La Corte inglese, pur non pronunciandosi sulla pretesa ad ottenere una connessione a internet e sugli eventuali obblighi pubblici di favorire lo sviluppo della rete, ha dunque riconosciuto che le limitazioni per chi sia connesso alla rete debbono essere proporzionate, ragionevoli e correlate con le finalità che si vogliono perseguire.

⁴¹ Decisione n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009. L'acronimo *HADOPI* sta per *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*.

⁴² Ne è conseguito che, nella parte in cui la legge prevedeva la disconnessione a internet senza un previo atto motivato del giudice, ma solo attraverso la decisione di un'autorità amministrativa, essa si poneva in conflitto con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789.

realizzarsi attraverso internet, in quanto suscettibile di riguardare realmente ogni individuo.

Significativa è altresì la pronuncia del 2010 della *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* del Costa Rica⁴³, nella quale, a differenza del *Conseil constitutionnel* francese, si è esplicitamente riconosciuta la garanzia dell'accesso alla rete. Richiamandosi appunto alla pronuncia francese, la *Sala Constitucional* ha affermato che «nel contesto della società dell'informazione o della conoscenza, si impone ai pubblici poteri, a beneficio dei governati, promuovere e garantire, in forma universale, l'accesso a queste nuove tecnologie. Il ritardo di apertura del mercato delle telecomunicazioni (...) ha inciso sull'esercizio e sul godimento di altri diritti fondamentali, come il diritto di libertà di scelta dei consumatori (art. 46, ult. co., Cost.), il diritto costituzionale di accesso alle nuove tecnologie dell'informazione, il diritto alla parità e all'eliminazione del *digital divide* (art. 33 Cost.), il diritto di accesso a Internet tramite l'interfaccia che l'utente o il consumatore sceglie e la libertà di impresa e commercio».

Recente, inoltre, è la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 17 gennaio 2017, con la quale la Lituania è stata condannata per aver impedito ad un carcerato l'accesso a internet al fine di seguire un corso universitario online promosso dal Ministero. Nella decisione viene infatti evidenziato il «valore di Internet come servizio pubblico» e la sua «importanza per il godimento di una serie di diritti umani»⁴⁴.

Sebbene sul tema dell'accesso a internet e, più in generale, della rete, pare si stia instaurando un proficuo «dialogo nazionale tra le Corti»⁴⁵, è comunque vero che non sempre è agevole ed opportuno trasporre nel proprio ordinamento modelli normativi e decisioni giurisprudenziali di altri Stati. A questo punto dell'indagine occorre dunque volgere lo sguardo al nostro ordinamento, per esaminare più analiticamente se vi si possa riscontrare un diritto di accesso alla rete e provare a delineare i profili del suo riconoscimento.

6. Il diritto di accesso a internet nell'ordinamento italiano

La rapidità con la quale internet si è trasformato da strumento di realizzazione di libertà personali alla dimensione preponderante di esercizio dei diritti sociali e di cittadinanza, ha determinato sin da principio un vivace dibattito nella dottrina italiana in relazione all'inquadramento costituzionale della rete e, in particolare, alla qualificazione giuridica del diritto di accesso ad essa.

Alla fine degli anni Novanta, le riflessioni dottrinarie si sono inizialmente concentrate prevalentemente sugli artt. 15 e 21 della Costituzione. Il tentativo della dottrina di ripensare i paradigmi tradizionali di queste libertà «alla luce della convergenza tecnologica e della polifunzionalità dei mezzi»⁴⁶ non ha dato tuttavia i risultati sperati. autorevole

Lo sviluppo «travolgente» di internet ha infatti condotto parte della dottrina a ritenere inadeguato tale richiamo costituzionale, in quanto sarebbe difficile estendere concretamente alla rete regole giuridiche pensate in un contesto tecnologico del tutto diverso. In breve tempo, internet ha cessato di essere percepito come mero strumento di comunicazione e si è dunque avvertito come esso non fosse configurabile solamente all'interno delle fattispecie costituzionali che disciplinano tali libertà.

La rete, in effetti, è divenuta ormai strumento per esercitare un'ampia serie di diritti di

⁴³ Sentenza n. 12790 del 30 luglio 2010.

⁴⁴ Si tratta del caso *Jankovskis v. Lithuania*, 17.01.2017. Cfr. inoltre il caso *Kalda v. Estonia*, 19.01.2016.

⁴⁵ Cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, cit., 13.

⁴⁶ Cfr. A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. Pietrangeli (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, cit., 45.

cittadinanza, nonché di doveri costituzionali: essa risulta fondamentale per costruire attività d'impresa, per espletare attività politica (iscriversi a un partito o a un movimento, per partecipare alle riunioni, votare gli organi direttivi, votare o registrarsi per le elezioni primarie, etc.), per la tutela e l'esercizio del diritto alla salute (i dati sanitari sono caricati su un fascicolo elettronico; tramite la rete è possibile effettuare prenotazioni sanitarie, etc.) e del diritto all'istruzione (obbligo di iscrivere i figli a scuola e/o possibilità di farlo solo online; iscrizione e registrazione online degli esami universitari), per i rapporti con la Pubblica Amministrazione⁴⁷ (comunicazioni on-line con l'Agenzia delle entrate, richiesta di certificati amministrativi, etc.); e molti altri potrebbero essere, come appare evidente, i settori da prendere in considerazione.

Considerato questo sviluppo nel suo utilizzo, vi è stato pertanto chi ha inteso proporre una modifica della Costituzione, volta ad introdurre un art. 21-bis⁴⁸, il quale prevederebbe che «*Tutti hanno uguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale*».

La collocazione normativa di tale disposizione immediatamente dopo la libertà di comunicazione, avrebbe tuttavia fatto affiorare una ambiguità di fondo circa la sua natura di libertà negativa ovvero di diritto sociale, e avrebbe impedito di qualificare il diritto di accesso a internet quale preconditione giuridica al pieno sviluppo dell'individuo e all'esercizio dei diritti della persona.

Altra dottrina ha proposto di conseguenza di qualificare l'accesso alla rete come diritto sociale⁴⁹, come pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, quale – al pari della sanità e dell'istruzione – servizio universale che le istituzioni pubbliche debbono garantire ai cittadini con investimenti strutturali, politiche sociali e, non ultimo, educative⁵⁰.

Tale impostazione, per quanto più convincente rispetto alla precedente, presenta tuttavia alcuni problemi di fondo. Una previsione costituzionale che riconosca il diritto sociale di accesso a internet⁵¹ potrebbe avere un rilevante valore programmatico⁵², ma risulterebbe – come convintamente ritiene anche Costanzo⁵³ – molto più difficilmente attuabile. Occorrerebbe infatti, in primo luogo, chiarire cosa si debba intendere per “accesso a internet”; affinché tale diritto possa essere garantito sono infatti necessari, al momento, l'accesso a una infrastruttura di rete, la disponibilità di un *service provider* e la possibilità di impiego di un terminale idoneo a supportare

⁴⁷ Sul punto cfr. P. COSTANZO, *Aspetti e problemi dell'informatica pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, Cedam, Padova, 1997, v. I, 291 ss.; ID., *Nuove tecnologie e “forma” dell'amministrazione*, in P. Costanzo-G. De Minico-R. Zaccaria (a cura di), *I tre “codici” della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, 3 ss.; ID., *Avete detto “diritti digitali”?*, in *Tecniche Normative* (www.tecnichenormative.it), 13.07.2016.

⁴⁸ Si tratta di una proposta presentata da Stefano Rodotà in occasione dell'*Internet Governance Forum* del 29 novembre 2010 e fatta successivamente propria da alcuni senatori nella XVI Legislatura con il d.d.l. cost. A.S. n. 2485.

Sul punto cfr., inoltre, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit.

⁴⁹ Cfr., per tutti, G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2/2011.

⁵⁰ Sul punto è emerso l'interessante tema della necessità di una alfabetizzazione digitale e anche – come evidenziato da P. COSTANZO, *La “democrazia digitale” (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, 76 – della c.d. *digital fluency*, cioè della necessità di accedere a informazioni digitali “di qualità” e la capacità di rendersi conto dei casi in cui tale qualità non sia presente.

⁵¹ In tal senso si veda il d.d.l. cost. A.S. n. 1561 del 10 luglio 2014 e d.d.l. cost. A.C. n. 2816 del 14 gennaio 2015, volti ad introdurre in Costituzione un art. 34-bis, il quale reciterebbe «*Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in modo neutrale, in condizioni di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendano effettivo l'accesso alla rete Internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà, economica e sociale*».

⁵² Essa indicherebbe al legislatore e alla politica un chiaro indirizzo politico diretto a modificare la società nella direzione data dalla Costituzione.

⁵³ Cfr. P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2015.

la connessione. Ne consegue che qualora si proponesse di riconoscere una prestazione sociale quale l'accesso alla rete occorrerebbe preliminarmente stabilire "cosa" si intenda garantire.

In secondo luogo, è evidente come sia altresì necessario riflettere su come soddisfare tale pretesa sociale. Il riconoscimento di un diritto sociale di tale portata non può che avere rilevanti ripercussioni economiche e risultare dunque, al pari di tutti i diritti sociali, condizionato nella sua effettività dalle risorse disponibili.

Si deve inoltre considerare che un intervento regolatore da parte dello Stato, attraverso l'imposizione di obblighi, generali o speciali, agli operatori e ai fornitori di servizi al fine di garantire il diritto di accesso a internet, risulterebbe di fatto impraticabile, in quanto «la materia è ormai ampiamente coperta da una legislazione comunitaria che è particolarmente rigorosa nell'individuazione del livello massimo di regolazione che i singoli Stati possono imporre agli operatori del settore»⁵⁴.

Molti sono dunque i dubbi che paiono inevitabilmente proiettarsi sulla concreta effettività del diritto di accesso alla rete quale diritto sociale.

Emerge poi una terza tesi volta a riconoscere all'accesso a internet natura di diritto fondamentale costituzionale. Tale ipotesi avrebbe il pregio di trovare fondamento giuridico nel testo della Costituzione e, in particolare agli articoli 2 e 3⁵⁵, che sanciscono i principi del pieno sviluppo della persona, della effettiva sua partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese, nonché di eguaglianza sostanziale. La rete, infatti, è divenuta vieppiù strumento di estensione e di sviluppo della personalità dell'individuo e, dunque, «si mette al servizio del cittadino per favorirne la proiezione in una dimensione astrattamente idonea a ricomprenderne tutte le vicende relazionali (e, quindi, anche le situazioni giuridiche) dell'esistenza»⁵⁶. Il diritto di accesso a internet potrebbe quindi trovare pieno riconoscimento nell'art. 2 Cost. che, come noto, impone alla Repubblica di riconoscere e garantire «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Tale diritto sarebbe altresì riconducibile al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost. Le ragguardevoli diseguaglianze economiche e sociali – il c.d. *digital divide* – che si vengano a determinare tra chi utilizza la rete e chi non ne abbia accesso⁵⁷ o, pur avendone la possibilità, non ne sia capace, imporrebbero in tal modo allo Stato di provvedere a rimuovere gli ostacoli.

Anche in quest'ultima ipotesi non mancherebbero tuttavia le criticità e, in particolare, non potrebbe ragionevolmente discutersi di una piena pretesa giuridica di accesso alla rete sino a quando l'ordinamento non prevedrà internet come unica ed esclusiva possibilità di accesso a forme di partecipazione politica, economica e sociale⁵⁸. Il presupposto per cui la rete e la tecnologia che attorno ad essa gravita si caratterizzano per un dinamismo ed una evoluzione estremamente rapidi e continui, imporrebbe inoltre un'opera di costante ed improbo adeguamento da parte dei pubblici poteri, con costi non indifferenti per il sistema.

Il progetto di «democrazia emancipante» inscritto nella Costituzione, *in primis* proprio agli artt.

⁵⁴ Cfr. M. OROFINO, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.Vv., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Maggioli Ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, 53.

⁵⁵ Cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2013 (04.12.2013), 12.

⁵⁶ Cfr. L. NANZIPIERI, *op. ult. cit.*, 22; A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività*, cit., 46 ss.

⁵⁷ Sul punto v. E. De Marco (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Giuffrè, Milano, 2008; G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 6 marzo 2013; T. PUCCI, *Il diritto di accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Inf. e Dir.*, 2/2002, 121 ss.

⁵⁸ Cfr. P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 3/2012, 24.

2 e 3, non considera peraltro i principi personalista, di partecipazione e di eguaglianza sostanziale come un qualcosa che può esistere solo in quanto accettato da chi subirà il costo della loro realizzazione; essi sono invece «un *prius*» rispetto allo Stato, «sullo stesso identico piano dei diritti di libertà, perché sono elementi costitutivi della ‘immagine di uomo’ presupposta dalla Costituzione» e, in quanto tali, «entrano con la stessa importanza, dignità ed essenzialità dei diritti di libertà a configurare la condizione di cittadinanza»⁵⁹.

Più convincente appare dunque in proposito la tesi di Pasquale Costanzo, il quale ritiene non sia necessaria nell’ordinamento la comparsa di un nuovo diritto soggettivo, poiché, più ragionevolmente, si può rintracciare la rilevanza costituzionale dell’accesso a internet in quanto «strumento connotato dalla stessa libertà di qualsiasi altro mezzo idoneo ed efficace per l’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, sia che a ciò conduca la diretta copertura costituzionale anche del risvolto sostanziale di tali diritti» (come nel caso della libertà di manifestazione del pensiero e d’informazione, nonché della libertà di comunicazione, di cui agli artt. 15 e 21 Cost.), «sia che ciò possa dedursi dalla fisionomia complessiva di altri diritti» (quali la libertà di associazione e la libertà di iniziativa economica), «sia, ancora più generalmente, che l’accesso alla Rete valga a contribuire alla rimozione degli ostacoli» di cui all’art. 3 Cost.⁶⁰.

Non sussisterebbero dunque ragioni – secondo Costanzo - «perché, rispetto ad altri mezzi analoghi, proprio per internet, dovrebbe potersi configurare un diritto alla sua libera utilizzazione». Richiamando anche la giurisprudenza della Corte costituzionale⁶¹, l’Autore sottolinea come ciò colliderebbe con il paradigma per cui «alla libertà di manifestazione del pensiero non si accompagna un simile diritto sugli strumenti» – quali la stampa e la radiotelevisione – «a prescindere dalla loro giuridica disponibilità». Egli ritiene dunque possibile discutere e ragionare di diritto di accesso a internet solo come «“diritto” a che non siano frapposti ostacoli al suo esercizio diversi dai condizionamenti derivanti dalla fisionomia giuridica del mezzo».

Non è poi inopportuno “scendere” dal livello costituzionale a quello della legislazione, onde rintracciare in essa il possibile inverarsi e la concreta effettività di un diritto di accesso a internet. Sarebbero qui constatabili interventi di indubbia rilevanza, ma per lo più frammentari e settoriali⁶².

Un primo provvedimento può essere individuato nella L. 9 gennaio 2004 n. 4, c.d. Stanca, recante «*Disposizioni per favorire l’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*». Per quanto vi si affermi «il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici», l’innovatività della disposizione è notevolmente ridimensionata dalla genericità delle previsioni e dall’assenza di indicazioni in ordine ai contenuti minimi e alle garanzie del diritto riconosciuto⁶³.

Anche le affermazioni di principio, contenute nel Codice dell’amministrazione digitale⁶⁴, relative alla necessità di promuovere l’alfabetizzazione tecnologica e l’accesso alle informazioni pubbliche, risultano deludenti rispetto alla loro concreta attuazione.

L’ulteriore intervento legislativo concernente il servizio universale delle comunicazioni

⁵⁹ Cfr. A. DI GIOVINE-M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione Giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 2/1993, 323.

⁶⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit.

⁶¹ Sul punto v., in particolare, sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 1960.

⁶² Non manca di ricostruire alcuni passaggi legislativi anche P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit.

⁶³ Sul punto cfr. J. NIELSON-H. LORANGER, *Web Usability 2.0. L’usabilità che conta*, Milano, Apogeo, 2006; F.G. PIZZETTI, *Accesso ad Internet e persone con disabilità: profili di eguaglianza digitale*, in AA.Vv, *Da Internet ai Social Network*, cit., 125 ss.

⁶⁴ D. lgs. marzo 2005, n. 82, modificato da ultimo e aggiornato dal d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

elettroniche, previsto per la prima volta dalla legge n. 249/1997 istitutiva dell'AGCOM⁶⁵, è stato notevolmente ridimensionato nella sua potenziale portata, «impedendo di farne strumento strategico di vera e propria politica sociale nel governo delle tecnologie, di bilanciamento fra garanzie di effettività dei diritti fondamentali e competitività del mercato»⁶⁶.

Siamo certamente lontani dalla qualificazione dell'accesso a internet come un diritto realmente esigibile⁶⁷ e quale servizio universale, dovendosi dunque probabilmente concordare con Costanzo⁶⁸ che, guardando principalmente alla sua natura strumentale, si oppone alla sua specifica costituzionalizzazione e auspica invece il suo divenire servizio, appunto, universale.

Quanto alla Corte costituzionale, quando ha avuto occasione di intervenire sul tema⁶⁹, pur riconoscendo che la cultura informatica ha finalità di carattere generale, si è dimostrata nel complesso ancora molto “timida”, preferendo tacere sulle questioni sollevate proprio sotto il profilo dei diritti.

Impedire o non rendere concretamente fruibile l'accesso a internet significa tuttavia, in ultima analisi, procedere a una ridefinizione e a un drastico ridimensionamento della democrazia, dalla quale viene espunta ogni idea di emancipazione o di mera partecipazione dei cittadini. Fondato è il timore che il legislatore nazionale, ancora prevalentemente legato al criterio della territorialità⁷⁰, non sia al momento in grado di trovare soluzioni efficaci per gli innumerevoli problemi giuridici posti dalla rete. Quest'ultima ha, per sua natura, vocazione extraterritoriale ed è divenuta «catalizzatore essenziale della globalizzazione contemporanea, travalicando i confini degli Stati, superando le barriere doganali ed eliminando le differenze tra i popoli»⁷¹. Perdura dunque la mancanza di uno «*status* internazionale» di internet, che ne riconosca l'universalità e che, da un lato sia in grado di garantire un diritto di accesso universale e, quindi, una effettiva cittadinanza digitale a *tutti*, non solo a *molti*; dall'altro, sia in grado di contrastare gli interventi nazionali che erigono talora muri virtuali e si dimostrano contrari allo sviluppo, all'utilità e alla libertà *di* e *in* internet⁷².

È evidente come la globalità della rete richieda – come già preconizzava Costanzo nel 1997⁷³ –

⁶⁵ Il d. lgs. 1° agosto 2013, n. 259 in ordine di tempo è l'ultimo degli atti intervenuti ad apportare notevoli modifiche alla disciplina originaria del servizio universale delle comunicazioni elettroniche. Esso è definito attualmente come «un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile» (art. 1, co. 1, lett. II); è inoltre previsto l'obbligo di assicurare una connessione che consenta agli utenti finali «un efficace accesso ad Internet» (art. 54, co. 2).

⁶⁶ Cfr. A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività*, cit., 51.

⁶⁷ Non può altresì ritenersi soddisfacente l'adozione, il 28 luglio 2015, da parte della Commissione per i diritti e i doveri in Internet, istituita presso la Camera dei Deputati, di una Dichiarazione dei diritti in Internet. La criticità maggiore risiede infatti nella constatazione che, pur prevedendo all'art. 2 il diritto di accesso alla rete, tale Dichiarazione non ha un'adeguata forza giuridica, trattandosi di un documento destinato a essere relegato, per il momento, nell'ambito delle fonti di *soft law* e a svolgere una funzione prevalentemente di *moral suasion*, più che normativa.

Sulla Dichiarazione cfr. T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, ES, Napoli, 2015; O. POLLICINO – M. BASSINI, *Verso un Internet Bill of Rights?*, Aracne, Roma, 2015; A. MORELLI, *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2015, 2 ss.

⁶⁸ Cfr. P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit.

⁶⁹ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 307 del 2004.

⁷⁰ Cfr. M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012, 26 ss.

⁷¹ Cfr. T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, cit., 2.

⁷² Il riferimento è ai Paesi che hanno costruito barriere elettroniche per evitare l'accesso dei cittadini alla rete globale, bloccando motori di ricerca e *social network* (si pensi, ad esempio, alla Turchia o alla Cina) o che hanno violato la *privacy* dei cittadini (come, ad esempio, nel caso cd. *Datagate* della *National Security Agency statunitense*).

⁷³ Cfr. P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, cit.

un suo governo globale e un riconoscimento internazionale di garanzie a tutela dei diritti degli individui. Si sono elaborate nuove tecnologie delle comunicazioni, che hanno annullato molti aspetti della dimensione spazio-temporale, ma non si è ancora stati in grado di elaborare nuovi ordinamenti, nuove regole, nuovi sistemi di relazioni tra popoli, che si diano regole universalmente condivise, capaci di padroneggiare agevolmente i nuovi modi di relazione e di esercizio dei diritti. Oggi i diritti si trovano «catturati nella “rete” della rete»⁷⁴ e proprio per questo la loro tutela, e persino il loro riconoscimento, pongono problemi sempre più complessi e nuovi, che potranno difficilmente trovare soluzione nel quadro delle regole tradizionali e nella limitata ottica di ordinamenti nazionali o di quello europeo⁷⁵. Ciò nonostante – come non manca di sottolineare l'autorevole e illustre Autore – «sarebbe fuorviante la sensazione di dover partire da zero, occorrendo, semmai, razionalizzare le spinte diffusamente presenti nell'ordinamento»⁷⁶.

Occorre da ultimo riconoscere come il diritto sia una 'tecnica' plurimillenaria «figlia della necessità», volta a rispondere a concreti bisogni di regolazione e, dunque, «frutto della storia e della cultura dei popoli»⁷⁷. Verosimilmente, occorrerà dunque attendere ancora un po' di tempo affinché tali tradizioni culturali possano venire in essere e si possa dare corso, a quel punto, ad una loro efficace e, soprattutto, condivisa elaborazione valoriale: così da poter costruire, finalmente, un mondo della rete come strumento di democrazia⁷⁸ e non di governo elitario, quale ulteriore e sicura garanzia di tutela e non di controllo o di discriminazione.

⁷⁴ Cfr. F. PIZZETTI, *La sfida del “nuovo mondo”: garantire i diritti nella rete*, cit., 3.

⁷⁵ Cfr., tra i molti, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., 2011; F. PIZZETTI, *op. ult. cit.*; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁷⁶ Cfr. P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit.

⁷⁷ Cfr. F. PIZZETTI, *La sfida del “nuovo mondo”*, cit., 58.

⁷⁸ Sul punto cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-democracy*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.; più di recente, *Id.*, *La “democrazia digitale” (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, 71 ss.

CRISTINA BERTOLINO

Il diritto di accesso alla rete internet nell'«era dell'accesso»

SOMMARIO: 1. Il diritto di accesso a internet: quale preconditione per l'esercizio della cittadinanza digitale. – 2. L'accesso a internet nella dimensione internazionale. – 3. L'Unione europea e l'accesso alla rete. – 4. Un ulteriore sguardo oltre confine: il diritto di accesso a internet negli ordinamenti nazionali di altri Paesi. – 5. Interventi giurisprudenziali a sua tutela. – 6. Il diritto di accesso a internet nell'ordinamento italiano.

1. Il diritto di accesso a internet: preconditione per l'esercizio della cittadinanza digitale

A distanza di quasi mezzo secolo dall'avvio della rete Arpanet¹, internet è ormai divenuta una rete senza confini, conosciuta da tutti e, per molti, irrinunciabile nella propria quotidianità. Lo sviluppo di questa tecnologia è inoltre così rapido da rendere assai arduo per il legislatore comprendere ogni problematica giuridica che esso pone² e, in particolare, affrontare la questione che si situa “a monte” di tutto «l'orizzonte giuridico di Internet»³: se sia opportuno, e/o finanche necessario, disciplinare tale fenomeno tecnologico con una dettagliata regolamentazione giuridica o se, al contrario, non risulti addirittura impossibile regolarne efficacemente la dimensione.

L'avvento e lo svilupparsi di internet hanno determinato così l'emergere di una nuova libertà personale, che può essere assunta sia in senso negativo – quale pretesa di tutela passiva dell'individuo nei confronti dei detentori del potere informatico, dei privati o delle autorità pubbliche –, volta specialmente a garantire il diritto alla riservatezza e alla propria intimità personale, che in senso positivo, diretta ad assicurare l'utilizzo degli strumenti informatici per fornire e per ottenere informazioni: quanto a dire, il diritto stesso di partecipazione alla società virtuale⁴.

È infatti indubbio che nell'«era dell'accesso»⁵, non avere la possibilità o trovarsi nell'incapacità di accedere a internet significa vedersi precluso l'esercizio di gran parte dei diritti di cittadinanza.

Riesce pertanto ancora opportuno riflettere sull'esistenza del diritto di accesso alla rete e, di conseguenza, sulle misure idonee ad accompagnare non solo lo sviluppo di internet e della tecnologia ad esso connessa, ma anche la “metamorfosi” del cittadino in un «cittadino digitale»⁶;

¹ Arpanet (acronimo di «Advanced Research Projects Agency NETWORK») è stata una rete di computer studiata e realizzata nel 1969 dalla DARPA, l'agenzia del Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti, responsabile per lo sviluppo di nuove tecnologie ad uso militare. Si trattava, in effetti, della forma “embrionale” di quello che dal 1983 è divenuto internet.

Sulle origini di internet v. P. COSTANZO, *Contributo ad una storia della libertà d'informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, vol. I, 691 ss.

² Tra le problematiche più recenti, ad esempio, l'esistenza non solo di un diritto all'oblio, ma anche di un'eredità digitale (c.d. *digital inheritance*).

³ Cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/2000, 271 ss.

⁴ Cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, cit., 275.

⁵ Cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, 2000, il quale sottolinea come l'epoca attuale sia caratterizzata da una complessiva dematerializzazione e dal passaggio da una logica proprietaria, fondata sul binomio proprietà/possesso, alla diversa combinazione accesso/utilizzo.

⁶ Cfr. M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, ESI, Napoli, 2011, 12; M. MUTI, *Spunti per una riflessione su un nuovo modo di essere cittadino: utente digitale*, in *Inf. e Dir.*, 1/2006, 47 ss.

Si utilizza inoltre, efficacemente, il concetto di “digital shadow”, ombra digitale, la quale indicherebbe la nostra proiezione digitale, indissolubilmente legata alla vita reale. Sul punto cfr. F. PIZZETTI, *La sfida del “nuovo mondo”: garantire i diritti nella rete*, in Id. (a cura di), *I diritti nella “rete” della rete. Il caso del diritto d'autore*, Giappichelli, Torino, 2011, 8.

si è ormai tali, infatti, anche in quanto in grado di potere godere dei benefici derivanti dall'uso della nuova strumentazione della rete, capaci e consapevoli delle sue potenzialità e limiti.

Quando si vada al fondo del tema, si tratta di un problema di democrazia sostanziale, poiché l'esclusione digitale rischia di divenire una forma di estromissione complessiva da ambiti sempre più importanti della vita associata e, in ultimo, anche dall'esercizio di veri e propri diritti di cittadinanza.

Rispetto a questi temi, occorre riconoscere a Pasquale Costanzo l'indubbio merito di essere stato costituzionalista antesignano, tra i primi ad avere affrontato, nella sua ampia, differenziata e considerevole produzione scientifica, il tema della rete digitale e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico statale. Tra le molte opere merita qui di essere ricordata, per la incisiva importanza, la voce *Internet (Diritto pubblico)*, redatta per il *Digesto, Discipline Pubblicistiche*⁷, nella quale l'Autore ha affrontato rilevanti temi e problematiche connessi a internet e derivanti dai comportamenti degli utenti e degli operatori della e nella rete. Non solo: a Costanzo va anche il merito di essere stato tra i primi a convincersi della necessità di istituire un insegnamento universitario di *Diritto dell'Internet* nell'area pubblicistica, convinto dell'urgenza che anche i giuspubblicisti s'interrogino sulle conseguenze e sugli sviluppi della rete.

Preliminarmente all'indagine che s'intende effettuare qui, occorre tuttavia prendere in considerazione l'ambito internazionale e sovranazionale in cui si colloca la vasta tematica. Internet ha infatti annullato la distinzione spazio-temporale in relazione ad una ampia parte del nostro vivere quotidiano e pure il «processo di ibridazione degli ordinamenti giuridici»⁸ e delle diverse legislazioni applicabili è entrato con la rete in massima tensione. È dunque opportuno – così come suggerito opportunamente anche da Costanzo⁹ – “gettare uno sguardo” al di fuori dei propri tradizionali confini territoriali per verificare se sia possibile rintracciarvi l'esistenza e la garanzia di questo nuovo diritto.

2. L'accesso a internet nella dimensione internazionale.

Di fronte al notevole e inarrestabile “fervore” sociale, culturale, economico e, da ultimo, anche politico, derivante dallo sviluppo delle tecnologie informatiche, la loro regolazione e quella dell'accesso a internet hanno assunto una dimensione di indubbio rilievo a livello internazionale ed europeo.

Quanto al profilo internazionale, numerosi sono stati, e lo sono tutt'oggi, i tentativi di enunciare, in carte, trattati o accordi, i diritti e le garanzie della rete. Tra i più importanti occorre senza dubbio citare l'*Internet Bill of Rights*, redatto dall'*Internet Governance Forum* e presentato a Vilnius nel dicembre 2010¹⁰. La Carta rappresenta il tentativo di mettere in evidenza la libertà nella rete e la necessità di creare le condizioni più opportune affinché essa possa accrescere ed essere adeguatamente tutelata.

Ugualmente rilevante è poi il Rapporto sulla libertà di espressione, presentato nel 2011 allo

⁷ Cfr. P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, 347 ss.

⁸ Cfr. F. PIZZETTI, *Il prisma dell'oblio*, in Id. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, 26.

⁹ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2012 (17.10.2012).

¹⁰ L'*IGF* è una struttura di supporto del Segretariato generale dell'ONU e raccoglie esponenti dei governi, delle imprese e delle associazioni di settore. Fondato nel 2005 a Tunisi, nel corso del *Summit on Information Society*, elabora studi e organizza incontri pubblici di discussione sulle politiche e sull'uso di internet a livello mondiale.

Sull'*Internet Bill of Rights* cfr. S. RODÒTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Pol. dir.*, 3/2010, 337 ss.

Human Rights Council dell'ONU, dallo *Special Rapporteur*, Frank La Rue¹¹. Nel capitolo V di tale Rapporto si affronta infatti il problema dell'accesso universale a internet e delle infrastrutture che vi riescano funzionali. Pur prendendo atto di come tale diritto non sia attuabile in tempi brevi, considerate le difficoltà di accesso alla rete elettrica di ancora molti Paesi, si sottolinea come gli Stati debbano «*assume their commitment to develop effective policies to attain universal access to the Internet. Without concrete policies and plans of action, the Internet will become a technological tool that is accessible only to a certain elite while perpetrating the “digital divide”*». E, ancora, come «*States should adopt effective and concrete policies and strategies – developed in consultation with individuals from all segments of society, including the private sector as well as relevant Government ministries – to make the Internet widely available, accessible and affordable to all*».

Nello stesso senso può inquadrarsi l'Organizzazione sulla cooperazione e la sicurezza in Europa (OSCE), la quale, in un Report del 2011 dal titolo «*Freedom of Expression on the Internet*», sottolinea come «*everyone should have a right to participate in the information society and States have a responsibility to ensure citizens' access to the Internet is guaranteed*». Ancora, significativa è la nascita, già nel 2000, in occasione del G8 di Okinawa, della *Digital Opportunity Task Force* (DOTF), la quale si è ispirata al principio di inclusione, perseguendo in tal modo lo scopo di favorire la più ampia partecipazione possibile ai benefici della società dell'informazione globale.

Più di recente, nella Risoluzione dell'UNHR del 27 giugno 2016¹², recante «*The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*», è stata esplicitato un approccio fondato sulla qualificazione del diritto di accesso a internet come «diritto umano» e la necessità che gli Stati promuovano misure volte a incrementare la partecipazione e a superare tutte le forme di «*digital divide*».

Se dunque tali documenti mettono in evidenza il fatto che internet ha annullato molti aspetti della dimensione spazio-temporale e che la sua regolamentazione giuridica necessita di essere globale per risultare realisticamente efficace¹³, essi non risultano avere tuttavia valore «costituzionale», quanto a direi, di essere dotati della efficacia costringitiva e prescrittiva propria di una *lex superior* che possa operare in ambito globale; non sono insomma in grado di imporre agli Stati e ai soggetti che operano nella e tramite la rete, un diritto di accesso alla stessa. Tali atti, sino a quando non saranno tradotti in un trattato internazionale vincolante per gli Stati che vi aderiscono, potranno però operare sul piano della persuasione e assumere – occorre evidenziarlo – un alto valore culturale, capace di definire un modello sociale e politico, da contrapporre al modello liberista che a tratti domina lo spazio virtuale di internet, quando «egemonizzato dai soggetti che piegano alle logiche del mercato la difesa dei diritti e la libertà di navigare»¹⁴.

Resta peraltro il dato che molti aspetti della vita sociale ed economica si sviluppano ormai in rete e che il relativo accesso è divenuto un prerequisito allo sviluppo della persona. Di conseguenza, chi ne è escluso si vede negata l'effettiva realizzazione di diritti fondamentali, sanciti da tempo anche a livello internazionale¹⁵.

¹¹Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and ex-pression (reperibile al seguente link: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf).

¹² In Official Documents System of the United Nations (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G16/131/89/PDF/G1613189.pdf?OpenElement>).

¹³ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 121 ss.

¹⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2/2011, 6 ss.

¹⁵ Significativa, ma non sufficiente a garantire un diritto di accesso effettivo al cyberspazio, è dunque la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, la quale, all'art. 19, dispone che «ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere». E, ancora, all'art. 22, che «ogni

3. L'Unione europea e l'accesso alla rete

La volontà delle Istituzioni europee di rafforzare un approccio comune in materia di e-accessibilità emerge sin dall'inizio del nuovo millennio. È opportuno, in particolare, segnalare la Comunicazione della Commissione europea dell'8 dicembre 1999, relativa all'iniziativa intrapresa in occasione del Consiglio europeo di Lisbona del 2000¹⁶. Si sottolineava infatti, già allora, la necessità, tra le diverse e reali esigenze sottese alla promozione della società dell'informazione, di incoraggiare l'accesso a internet. Allo stesso modo, qualche anno dopo, l'attenzione della Commissione è stata rivolta alla diffusione dell'accesso alla banda larga, quale strumento che incide su tale diritto¹⁷ e, altresì, alla alfabetizzazione mediatica nell'ambiente digitale per una società della conoscenza inclusiva¹⁸.

Per favorire inoltre lo sviluppo di reti ad alta velocità e per rafforzare i diritti degli utenti finali, per accrescere la trasparenza e la tutela dei diritti dell'Unione nell'ambito dell'accesso a internet, è stata poi adottata, nel 2013, una Raccomandazione relativa alla applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga¹⁹.

Anche il Parlamento europeo si è pronunciato in più di un'occasione a favore di uno sviluppo della società dell'informazione e di una garanzia effettiva del diritto di accesso al cyberspazio. In questo senso si segnala, in particolare, la Risoluzione del 6 luglio 2006²⁰, sulla libertà di espressione su internet e sulle sue restrizioni, nella quale si è affermato che «l'accesso ad Internet può rafforzare la democrazia e contribuire allo sviluppo economico e sociale di un paese e che limitare tale accesso è incompatibile con il diritto alla libertà di espressione». La medesima finalità è inoltre riscontrabile nella Raccomandazione del 26 marzo 2009²¹, nella quale si è ribadito che internet dà «pieno significato alla definizione di libertà di espressione» e che «può rappresentare una straordinaria possibilità di rafforzare la cittadinanza attiva», nonché nella proposta di Regolamento finalizzata a realizzare un continente connesso²².

individuo, in quanto membro della società, ha diritto (...) alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità»; o, all'art. 27, che «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici».

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata nel 2006, si impegna altresì a garantire ai disabili – con modalità più specifiche rispetto alle dichiarazioni menzionate *supra* – l'accesso alle informazioni e la libertà di espressione e di comunicazione, anche attraverso le tecnologie informatiche (artt. 9 e 21).

¹⁶ COM (1999) 687 - *Europe – An information society for all - Communication on a Commission initiative for the special European Council of Lisbon*, 23 and 24 March 2000.

¹⁷ COM (2006) 129 – Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Colmare il divario nella banda larga*.

¹⁸ Raccomandazione della Commissione europea 2009/625/CE del 20 agosto 2009 sull'alfabetizzazione mediatica nell'ambiente digitale per un'industria audiovisiva e dei contenuti più competitiva e per una società della conoscenza inclusiva.

¹⁹ Raccomandazione della Commissione C (2013) 5761 dell'11 settembre 2013, relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga.

²⁰ Risoluzione del Parlamento europeo (P6_TA(2006)0324) del 6 luglio 2006, sulla libertà di espressione su Internet.

²¹ Raccomandazione del Parlamento europeo (P6_TA(2009)0194) del 26 marzo 2009, sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet.

²² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio C (2013) 627, che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso.

Quanto, più propriamente, alla normativa europea in materia di accesso a internet, occorre riferirsi al c.d. Pacchetto Telecom del 2002²³, poi rivisto nel 2009²⁴, volto a incrementare il livello di liberalizzazione delle telecomunicazioni e a garantire al consumatore un servizio di qualità accessibile a prezzi contenuti²⁵. Ponendo l'attenzione in particolare al diritto di accesso alla rete, in tali atti si riconosce l'essenzialità di internet per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di manifestazione del pensiero e dell'accesso all'informazione.

Rilevante è poi la previsione secondo la quale i provvedimenti adottati dagli Stati membri, riguardanti l'accesso o l'uso da parte degli utenti finali di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazioni elettroniche, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo²⁶ e dai principi generali dell'ordinamento europeo. Qualora inoltre un provvedimento statale ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali, esso potrà risultare vincolante soltanto se «appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica» e la relativa attuazione dovrà essere oggetto di adeguate garanzie procedurali, conformemente alla CEDU e ai principi fondamentali europei, inclusi «un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo».

Negli ultimi anni sono stati realizzati²⁷ ulteriori interventi normativi con il fine di rafforzare gli impegni assunti e con l'obiettivo di facilitare le reti di comunicazione elettronica ad alta velocità e di qualità elevata, onde sviluppare tutti i settori di un'economia moderna e innovativa.

L'Unione europea sembra quindi volere riconoscere al diritto d'accesso a internet una protezione giuridica equivalente a quella garantita ad altri diritti e libertà²⁸. Nell'ambito dell'UE esso assumerebbe tuttavia una portata più ampia rispetto a quella riconosciuta a livello internazionale; godrebbe infatti, sulla base di questi atti, di propria autonomia giuridica rispetto ad altri diritti, quali ad esempio la libertà di espressione e di comunicazione, e, dunque, ben potrebbe essere sempre utilizzato, da parte di tutti i soggetti legittimati, come parametro di giudizio alla stregua di altri diritti fondamentali.

Difetta tuttavia ancora – quanto più preme qui sottolineare – la possibilità di riconoscere al diritto di accesso a internet una effettiva autonomia “fattuale”, il suo inverarsi nella dimensione concreta. Per quanto infatti l'Unione europea si prefigga l'obiettivo di renderlo effettivo a favore

²³ Direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime; Direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; Direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica; Direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

²⁴ Regolamento (CE) 1211/2009, che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC); Direttiva 2009/136/CE, recante modifica della direttiva 2002/22/CE, della direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e del regolamento (CE) 2006/2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori; infine, Direttiva 2009/140/CE, recante modifica delle direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE.

²⁵ Sul punto, tra gli altri, M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008.

²⁶ In particolare, l'art. 10 della CEDU a tutela della libertà di espressione, in base al quale eventuali limitazioni di tale diritto devono essere necessariamente previste per legge, finalizzate a soddisfare obiettivi di interesse generale e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito.

²⁷ Raccomandazione 2013/466/UE dell'11 settembre 2013, relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga; Direttiva 2014/61/UE del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità; Regolamento 2015/2120/UE del 25 novembre 2015, recante misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta.

²⁸ Cfr. F. BADOCCO, *Riflessioni sul diritto di accesso a Internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea*, in *Inf. e Dir.*, 1/2009, 162.

di tutti i cittadini – non solo come diritto strumentale per il godimento di altri diritti, ma quale mezzo attraverso cui realizzare un progresso diffuso e generalizzato – in realtà la disciplina adottata in materia di accesso alla rete ha determinato negli Stati membri effetti applicativi disomogenei, conseguenti al fatto che la tendenza del legislatore europeo è stata di fornire soltanto indicazioni di principio, per poi lasciare agli Stati, in sede di recepimento della normativa, notevoli margini di discrezionalità. Occorrerebbe, al contrario, per colmare i divari in termini di accessibilità a internet e alla banda larga, un intervento che realizzasse un quadro normativo idoneo a garantire concretamente a tutti l'accesso alla rete.

4. Un ulteriore sguardo oltre confine: il diritto di accesso a internet negli ordinamenti nazionali di altri Paesi

Anche l'indagine offerta dall'analisi di altri ordinamenti giuridici nazionali può rilevarsi utile per un esame più approfondito sul tema in esame. Alcuni Stati hanno infatti provveduto ad introdurre in Costituzione il principio dell'*habeas data*²⁹, il quale garantisce a tutti il diritto di accedere alle informazioni e di aggiornare, rettificare e/o modificare le proprie informazioni presenti sulla rete. Tra questi si può ricordare il Portogallo (1976, art. 35), la Spagna (1978, art. 18.4), il Sudafrica (1993, artt. 13, 15 e 23), la Federazione russa (1993, artt. 23 e 24), la Svizzera (1993, artt. 13 e 16), il Brasile (1999, art. 5, co. 72) e l'Honduras (2003, art. 182, co. 2)³⁰.

Altri ordinamenti hanno invece esplicitamente introdotto in Costituzione il diritto di accesso a internet. In Europa può peraltro annoverarsi la sola Grecia che, con la riforma del 2001, ha inserito, nella parte riferita ai diritti, un riconoscimento esplicito alla «società dell'informazione» e ha disposto che lo Stato abbia l'obbligo di facilitare l'accesso alle risorse elettroniche, nonché la produzione, lo scambio e la diffusione on-line di informazioni (art. 5A, co.2).

Numerosi sono invece i Paesi latinoamericani che hanno delineato in Costituzione uno spazio a internet e alla protezione delle informazioni³¹. Tra questi, anzitutto, il Paraguay, che già nel 1992 prevedeva in Costituzione una riserva di legge al fine di assicurare, con uguaglianza di opportunità, il libero accesso all'utilizzo dello spettro elettromagnetico, così come degli elementi elettronici di accumulazione ed elaborazione dell'informazione pubblica, senza altri limiti che quelli imposti dai regolamenti internazionali e dalle norme tecniche (art. 30).

Eguale simili sono le disposizioni contenute nella Costituzione del Venezuela (1999), il cui art. 28 riconosce e protegge il diritto di accedere alle informazioni e ai dati che riguardano se medesimi, o anche «comunità o gruppi di persone»; nell'art. 108, inoltre, dispone che «lo Stato garantisce radio e televisione pubbliche e le reti bibliotecarie e di computer, con l'impegno di consentire l'accesso universale all'informazione», statuendo così una stretta correlazione tra accesso a internet e universalità della pretesa.

Anche la Costituzione dell'Ecuador è di particolare significato in questo senso. Adottata nel 2008, all'art. 16, co. 2, afferma che tutti, «individualmente o collettivamente», hanno diritto ad un «accesso universale alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» e in ulteriori disposizioni si garantiscono in modo particolare l'accesso e l'utilizzo degli strumenti di informazione ai disabili e ai gruppi che normalmente non li hanno.

Occorre tuttavia constatare come tali disposizioni risultino avere complessivamente un contenuto meramente programmatico e come la loro attuazione da parte dei pubblici poteri risulti

²⁹ Sul tema cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet.*, cit.,

³⁰ Sul punto cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, 1/2011, 5 ss.

³¹ Cfr. L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad Internet*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 3/2013, 11.

ancora lontana dall'essere considerata realizzata.

Più numerosi sono invece i Paesi che hanno disciplinato l'accesso alla rete nell'ambito della legislazione ordinaria. A titolo esemplificativo, l'Estonia è il primo Stato che ha sperimentato l'utilizzo della rete per l'espressione del voto³². Considerata dunque l'importanza dell'accesso a internet per poter esercitare il principale diritto tra quelli di cittadinanza, con il *Telecommunications Act* si è inteso regolare l'accesso alla rete quale servizio universale³³.

La Finlandia, nel 2009, ha modificato il proprio *Communications Market Act*, inserendo negli obblighi di servizio universale anche la fornitura di internet a banda larga, a prezzi ragionevoli e a prescindere dall'ubicazione dell'utilizzatore finale³⁴.

Più vicina nel tempo, la Spagna, nel 2011, nella *Ley Economía Sostenible*³⁵ ha correlato l'accesso alla rete con il servizio universale di telecomunicazione e ha disposto che esso debba essere assicurato a banda larga, con una capacità di *downstream* di almeno 1 Mbt/sec. Tale servizio deve inoltre essere assicurato, secondo questa legge, mediante l'utilizzo di qualsiasi tecnologia, senza limitare la garanzia della disponibilità di infrastrutture fisse. Poiché il compito di stabilire le condizioni di accesso alla banda larga e di velocità di connessione è rimesso in concreto al governo, sulla base dell'evoluzione sociale, economica e tecnologica del Paese, la situazione di crisi economica vissuta dalla Spagna in quest'ultimo decennio non ha tuttavia consentito di raggiungere e garantire concretamente il servizio universale previsto.

Occorre inoltre sottolineare, in questa sintetica panoramica, come vi siano Paesi che anziché impegnarsi a promuovere e a riconoscere l'accesso al cyberspazio come servizio universale, stiano invece erigendo «muri virtuali»³⁶, barriere elettroniche per evitare l'accesso alla rete globale.

Fondamentale, soprattutto in queste ultime ipotesi, può dunque diventare, nei Paesi in cui sia concretamente esistente ed effettivamente operante, la funzione di garanzia delle Corti costituzionali.

In ambito internazionale alcune significative sentenze sono già state pronunciate e – come si proverà *infra* – hanno “aperto la strada” al riconoscimento, per via pretoria, di un diritto universale di accesso a internet.

5. Interventi giurisprudenziali a sua tutela

Anche in ambito giurisdizionale è possibile rintracciare nel panorama internazionale alcune pronunce³⁷, intervenute a “codificare”, esplicitamente o implicitamente, il diritto di accesso alla rete. Alcune di esse, tuttavia, non hanno affrontato direttamente la questione dell'accesso, quanto piuttosto quella della libertà di utilizzo di internet.

³² Sul tema v. L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1/2011, 47 ss.; P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, *ivi*, 19 ss.

³³ *Telecommunications Act* del 9 febbraio 2000, il cui art. 5 dispone che internet deve essere «*universally available to all subscribers regardless of their geographical location, at a uniform price*».

³⁴ *Communications Market Act*, sect. 60c, il quale dispone che i «*provider di servizio universale*» debbono garantire all'utente un pacchetto di connessione presso la propria residenza finale che includa una «*appropriata connessione a Internet*», tenendo conto della media tariffaria applicata alla generalità degli utenti, della fattibilità tecnologica e dei costi contenuti dei *provider*, la quale è controllata dall'Autorità indipendente preposta al settore (FICORA).

³⁵ *Ley Economía Sostenible*, n. 2/2011 del 4 marzo 2011, art. 52.

³⁶ Cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, cit., 10.

³⁷ Sul tema cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit.; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, cit., 59 ss.

Occorre anzitutto prendere le mosse dalla giurisprudenza della *Supreme Court* degli Stati Uniti d'America, in quanto essa è intervenuta per prima sul rapporto tra internet e l'esercizio della libertà di espressione. Nel 1997, nella nota sentenza *Reno v. American Civil Liberties Union*³⁸, è stato infatti pronunciato un importante precedente, che ha poi avuto rilevanti riflessi in epoca più recente nelle giurisdizioni di altri ordinamenti. Oggetto del giudizio era il *Communications Decency Act* del 1996, il quale prevedeva la possibilità di vietare la trasmissione di materiali per adulti sulla rete internet al fine di reprimere fenomeni di pedopornografia, nonché l'accesso dei minori a contenuti vietati, tramite un meccanismo di identificazione dell'utente a mezzo *ID card* o con carta di credito. In tale occasione la *Supreme Court* ha proceduto con un bilanciamento tra i fini, comunque apprezzabili, perseguiti dalla legge oggetto di giudizio – primo fra tutti la protezione dei minori – con l'esercizio del *freedom of speech*, garantito dal Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America³⁹, e ha ritenuto che le disposizioni in questione violassero tale diritto. Il caso *Reno* ha dunque consentito di riflettere sulla natura della rete, rilevandone – in modo davvero puntuale – la caratteristica di strumento di estensione della personalità e riconoscendo il legame tra le azioni finalizzate a limitarne l'utilizzo e l'esercizio dei diritti⁴⁰.

È poi opportuno menzionare qui, per la Francia, la sentenza *HADOPI*⁴¹, con la quale nel 2009 il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato sull'entrata in vigore della *loi Création et Internet*. In particolare, con questa decisione il *Conseil* ha riconosciuto che, in un contesto di diffusione generalizzata di internet, nonché di accresciuta importanza dello strumento per la partecipazione alla vita democratica, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione online. Richiamandosi così all'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, secondo cui «*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi*», il giudice costituzionale ha ricondotto al diritto alla comunicazione, e dunque, a questa fondamentale libertà dell'individuo, la libertà di accedere alla rete⁴². Nonostante il *Conseil constitutionnel* non abbia quindi ritenuto che l'accesso a internet possa considerarsi un diritto fondamentale in sé, ha evidenziato con chiarezza come alla libertà di manifestazione del pensiero debba essere sempre garantita una protezione rinforzata, specie quando essa possa

³⁸ Cfr. *Janet Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, n. 96-511, decisione del 26 giugno 1997.

V., in proposito, P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>)20.0.1997.

³⁹ «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».

⁴⁰ Non dissimile nelle conclusioni è la pronuncia della *Court of Appeal* britannica nel caso *The Queen v. Smith and Others* del 19 luglio 2011. In un giudizio legato alla commissione di reati sessuali, l'alta Corte, successivamente a una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza precedente in materia di restrizioni alla comunicazione via internet, ha affermato che «*A blanket prohibition on computer use or internet access is impermissible. It is disproportionate because it restricts the defendant in the use of what is nowadays an essential part of everyday living for a large proportion of the public, as well as a requirement of much employment*». La Corte inglese, pur non pronunciandosi sulla pretesa ad ottenere una connessione a internet e sugli eventuali obblighi pubblici di favorire lo sviluppo della rete, ha dunque riconosciuto che le limitazioni per chi sia connesso alla rete debbono essere proporzionate, ragionevoli e correlate con le finalità che si vogliono perseguire.

⁴¹ Decisione n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009. L'acronimo *HADOPI* sta per *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*.

⁴² Ne è conseguito che, nella parte in cui la legge prevedeva la disconnessione a internet senza un previo atto motivato del giudice, ma solo attraverso la decisione di un'autorità amministrativa, essa si poneva in conflitto con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789.

realizzarsi attraverso internet, in quanto suscettibile di riguardare realmente ogni individuo.

Significativa è altresì la pronuncia del 2010 della *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* del Costa Rica⁴³, nella quale, a differenza del *Conseil constitutionnel* francese, si è esplicitamente riconosciuta la garanzia dell'accesso alla rete. Richiamandosi appunto alla pronuncia francese, la *Sala Constitucional* ha affermato che «nel contesto della società dell'informazione o della conoscenza, si impone ai pubblici poteri, a beneficio dei governati, promuovere e garantire, in forma universale, l'accesso a queste nuove tecnologie. Il ritardo di apertura del mercato delle telecomunicazioni (...) ha inciso sull'esercizio e sul godimento di altri diritti fondamentali, come il diritto di libertà di scelta dei consumatori (art. 46, ult. co., Cost.), il diritto costituzionale di accesso alle nuove tecnologie dell'informazione, il diritto alla parità e all'eliminazione del *digital divide* (art. 33 Cost.), il diritto di accesso a Internet tramite l'interfaccia che l'utente o il consumatore sceglie e la libertà di impresa e commercio».

Recente, inoltre, è la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 17 gennaio 2017, con la quale la Lituania è stata condannata per aver impedito ad un carcerato l'accesso a internet al fine di seguire un corso universitario online promosso dal Ministero. Nella decisione viene infatti evidenziato il «valore di Internet come servizio pubblico» e la sua «importanza per il godimento di una serie di diritti umani»⁴⁴.

Sebbene sul tema dell'accesso a internet e, più in generale, della rete, pare si stia instaurando un proficuo «dialogo nazionale tra le Corti»⁴⁵, è comunque vero che non sempre è agevole ed opportuno trasporre nel proprio ordinamento modelli normativi e decisioni giurisprudenziali di altri Stati. A questo punto dell'indagine occorre dunque volgere lo sguardo al nostro ordinamento, per esaminare più analiticamente se vi si possa riscontrare un diritto di accesso alla rete e provare a delineare i profili del suo riconoscimento.

6. Il diritto di accesso a internet nell'ordinamento italiano

La rapidità con la quale internet si è trasformato da strumento di realizzazione di libertà personali alla dimensione preponderante di esercizio dei diritti sociali e di cittadinanza, ha determinato sin da principio un vivace dibattito nella dottrina italiana in relazione all'inquadramento costituzionale della rete e, in particolare, alla qualificazione giuridica del diritto di accesso ad essa.

Alla fine degli anni Novanta, le riflessioni dottrinarie si sono inizialmente concentrate prevalentemente sugli artt. 15 e 21 della Costituzione. Il tentativo della dottrina di ripensare i paradigmi tradizionali di queste libertà «alla luce della convergenza tecnologica e della polifunzionalità dei mezzi»⁴⁶ non ha dato tuttavia i risultati sperati. autorevole

Lo sviluppo «travolgente» di internet ha infatti condotto parte della dottrina a ritenere inadeguato tale richiamo costituzionale, in quanto sarebbe difficile estendere concretamente alla rete regole giuridiche pensate in un contesto tecnologico del tutto diverso. In breve tempo, internet ha cessato di essere percepito come mero strumento di comunicazione e si è dunque avvertito come esso non fosse configurabile solamente all'interno delle fattispecie costituzionali che disciplinano tali libertà.

La rete, in effetti, è divenuta ormai strumento per esercitare un'ampia serie di diritti di

⁴³ Sentenza n. 12790 del 30 luglio 2010.

⁴⁴ Si tratta del caso *Jankovskis v. Lithuania*, 17.01.2017. Cfr. inoltre il caso *Kalda v. Estonia*, 19.01.2016.

⁴⁵ Cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, cit., 13.

⁴⁶ Cfr. A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. Pietrangeli (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, cit., 45.

cittadinanza, nonché di doveri costituzionali: essa risulta fondamentale per costruire attività d'impresa, per espletare attività politica (isciversi a un partito o a un movimento, per partecipare alle riunioni, votare gli organi direttivi, votare o registrarsi per le elezioni primarie, etc.), per la tutela e l'esercizio del diritto alla salute (i dati sanitari sono caricati su un fascicolo elettronico; tramite la rete è possibile effettuare prenotazioni sanitarie, etc.) e del diritto all'istruzione (obbligo di iscrivere i figli a scuola e/o possibilità di farlo solo online; iscrizione e registrazione online degli esami universitari), per i rapporti con la Pubblica Amministrazione⁴⁷ (comunicazioni on-line con l'Agenzia delle entrate, richiesta di certificati amministrativi, etc.); e molti altri potrebbero essere, come appare evidente, i settori da prendere in considerazione.

Considerato questo sviluppo nel suo utilizzo, vi è stato pertanto chi ha inteso proporre una modifica della Costituzione, volta ad introdurre un art. 21-bis⁴⁸, il quale prevederebbe che «*Tutti hanno uguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale*».

La collocazione normativa di tale disposizione immediatamente dopo la libertà di comunicazione, avrebbe tuttavia fatto affiorare una ambiguità di fondo circa la sua natura di libertà negativa ovvero di diritto sociale, e avrebbe impedito di qualificare il diritto di accesso a internet quale preconditione giuridica al pieno sviluppo dell'individuo e all'esercizio dei diritti della persona.

Altra dottrina ha proposto di conseguenza di qualificare l'accesso alla rete come diritto sociale⁴⁹, come pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, quale – al pari della sanità e dell'istruzione – servizio universale che le istituzioni pubbliche debbono garantire ai cittadini con investimenti strutturali, politiche sociali e, non ultimo, educative⁵⁰.

Tale impostazione, per quanto più convincente rispetto alla precedente, presenta tuttavia alcuni problemi di fondo. Una previsione costituzionale che riconosca il diritto sociale di accesso a internet⁵¹ potrebbe avere un rilevante valore programmatico⁵², ma risulterebbe – come convintamente ritiene anche Costanzo⁵³ – molto più difficilmente attuabile. Occorrerebbe infatti, in primo luogo, chiarire cosa si debba intendere per “accesso a internet”; affinché tale diritto possa essere garantito sono infatti necessari, al momento, l'accesso a una infrastruttura di rete, la disponibilità di un *service provider* e la possibilità di impiego di un terminale idoneo a supportare

⁴⁷ Sul punto cfr. P. COSTANZO, *Aspetti e problemi dell'informatica pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, Cedam, Padova, 1997, v. I, 291 ss.; ID., *Nuove tecnologie e “forma” dell'amministrazione*, in P. Costanzo-G. De Minico-R. Zaccaria (a cura di), *I tre “codici” della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, 3 ss.; ID., *Avete detto “diritti digitali”?*, in *Tecniche Normative* (www.tecnichenormative.it), 13.07.2016.

⁴⁸ Si tratta di una proposta presentata da Stefano Rodotà in occasione dell'*Internet Governance Forum* del 29 novembre 2010 e fatta successivamente propria da alcuni senatori nella XVI Legislatura con il d.d.l. cost. A.S. n. 2485.

Sul punto cfr., inoltre, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit.

⁴⁹ Cfr., per tutti, G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2/2011.

⁵⁰ Sul punto è emerso l'interessante tema della necessità di una alfabetizzazione digitale e anche – come evidenziato da P. COSTANZO, *La “democrazia digitale” (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, 76 – della c.d. *digital fluency*, cioè della necessità di accedere a informazioni digitali “di qualità” e la capacità di rendersi conto dei casi in cui tale qualità non sia presente.

⁵¹ In tal senso si veda il d.d.l. cost. A.S. n. 1561 del 10 luglio 2014 e d.d.l. cost. A.C. n. 2816 del 14 gennaio 2015, volti ad introdurre in Costituzione un art. 34-bis, il quale reciterebbe «*Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in modo neutrale, in condizioni di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendano effettivo l'accesso alla rete Internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà, economica e sociale*».

⁵² Essa indicherebbe al legislatore e alla politica un chiaro indirizzo politico diretto a modificare la società nella direzione data dalla Costituzione.

⁵³ Cfr. P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2015.

la connessione. Ne consegue che qualora si proponesse di riconoscere una prestazione sociale quale l'accesso alla rete occorrerebbe preliminarmente stabilire "cosa" si intenda garantire.

In secondo luogo, è evidente come sia altresì necessario riflettere su come soddisfare tale pretesa sociale. Il riconoscimento di un diritto sociale di tale portata non può che avere rilevanti ripercussioni economiche e risultare dunque, al pari di tutti i diritti sociali, condizionato nella sua effettività dalle risorse disponibili.

Si deve inoltre considerare che un intervento regolatore da parte dello Stato, attraverso l'imposizione di obblighi, generali o speciali, agli operatori e ai fornitori di servizi al fine di garantire il diritto di accesso a internet, risulterebbe di fatto impraticabile, in quanto «la materia è ormai ampiamente coperta da una legislazione comunitaria che è particolarmente rigorosa nell'individuazione del livello massimo di regolazione che i singoli Stati possono imporre agli operatori del settore»⁵⁴.

Molti sono dunque i dubbi che paiono inevitabilmente proiettarsi sulla concreta effettività del diritto di accesso alla rete quale diritto sociale.

Emerge poi una terza tesi volta a riconoscere all'accesso a internet natura di diritto fondamentale costituzionale. Tale ipotesi avrebbe il pregio di trovare fondamento giuridico nel testo della Costituzione e, in particolare agli articoli 2 e 3⁵⁵, che sanciscono i principi del pieno sviluppo della persona, della effettiva sua partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese, nonché di eguaglianza sostanziale. La rete, infatti, è divenuta vieppiù strumento di estensione e di sviluppo della personalità dell'individuo e, dunque, «si mette al servizio del cittadino per favorirne la proiezione in una dimensione astrattamente idonea a ricomprenderne tutte le vicende relazionali (e, quindi, anche le situazioni giuridiche) dell'esistenza»⁵⁶. Il diritto di accesso a internet potrebbe quindi trovare pieno riconoscimento nell'art. 2 Cost. che, come noto, impone alla Repubblica di riconoscere e garantire «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Tale diritto sarebbe altresì riconducibile al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost. Le ragguardevoli diseguaglianze economiche e sociali – il c.d. *digital divide* – che si vengano a determinare tra chi utilizza la rete e chi non ne abbia accesso⁵⁷ o, pur avendone la possibilità, non ne sia capace, imporrebbero in tal modo allo Stato di provvedere a rimuovere gli ostacoli.

Anche in quest'ultima ipotesi non mancherebbero tuttavia le criticità e, in particolare, non potrebbe ragionevolmente discutersi di una piena pretesa giuridica di accesso alla rete sino a quando l'ordinamento non prevedrà internet come unica ed esclusiva possibilità di accesso a forme di partecipazione politica, economica e sociale⁵⁸. Il presupposto per cui la rete e la tecnologia che attorno ad essa gravita si caratterizzano per un dinamismo ed una evoluzione estremamente rapidi e continui, imporrebbe inoltre un'opera di costante ed improbo adeguamento da parte dei pubblici poteri, con costi non indifferenti per il sistema.

Il progetto di «democrazia emancipante» inscritto nella Costituzione, *in primis* proprio agli artt.

⁵⁴ Cfr. M. OROFINO, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.Vv., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Maggioli Ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, 53.

⁵⁵ Cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2013 (04.12.2013), 12.

⁵⁶ Cfr. L. NANNIPIERI, *op. ult. cit.*, 22; A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività*, cit., 46 ss.

⁵⁷ Sul punto v. E. De Marco (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Giuffrè, Milano, 2008; G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 6 marzo 2013; T. PUCCI, *Il diritto di accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Inf. e Dir.*, 2/2002, 121 ss.

⁵⁸ Cfr. P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 3/2012, 24.

2 e 3, non considera peraltro i principi personalista, di partecipazione e di eguaglianza sostanziale come un qualcosa che può esistere solo in quanto accettato da chi subirà il costo della loro realizzazione; essi sono invece «un *prius*» rispetto allo Stato, «sullo stesso identico piano dei diritti di libertà, perché sono elementi costitutivi della ‘immagine di uomo’ presupposta dalla Costituzione» e, in quanto tali, «entrano con la stessa importanza, dignità ed essenzialità dei diritti di libertà a configurare la condizione di cittadinanza»⁵⁹.

Più convincente appare dunque in proposito la tesi di Pasquale Costanzo, il quale ritiene non sia necessaria nell’ordinamento la comparsa di un nuovo diritto soggettivo, poiché, più ragionevolmente, si può rintracciare la rilevanza costituzionale dell’accesso a internet in quanto «strumento connotato dalla stessa libertà di qualsiasi altro mezzo idoneo ed efficace per l’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, sia che a ciò conduca la diretta copertura costituzionale anche del risvolto sostanziale di tali diritti» (come nel caso della libertà di manifestazione del pensiero e d’informazione, nonché della libertà di comunicazione, di cui agli artt. 15 e 21 Cost.), «sia che ciò possa dedursi dalla fisionomia complessiva di altri diritti» (quali la libertà di associazione e la libertà di iniziativa economica), «sia, ancora più generalmente, che l’accesso alla Rete valga a contribuire alla rimozione degli ostacoli» di cui all’art. 3 Cost.⁶⁰.

Non sussisterebbero dunque ragioni – secondo Costanzo - «perché, rispetto ad altri mezzi analoghi, proprio per internet, dovrebbe potersi configurare un diritto alla sua libera utilizzazione». Richiamando anche la giurisprudenza della Corte costituzionale⁶¹, l’Autore sottolinea come ciò colliderebbe con il paradigma per cui «alla libertà di manifestazione del pensiero non si accompagna un simile diritto sugli strumenti» – quali la stampa e la radiotelevisione – «a prescindere dalla loro giuridica disponibilità». Egli ritiene dunque possibile discutere e ragionare di diritto di accesso a internet solo come «“diritto” a che non siano frapposti ostacoli al suo esercizio diversi dai condizionamenti derivanti dalla fisionomia giuridica del mezzo».

Non è poi inopportuno “scendere” dal livello costituzionale a quello della legislazione, onde rintracciare in essa il possibile inverarsi e la concreta effettività di un diritto di accesso a internet. Sarebbero qui constatabili interventi di indubbia rilevanza, ma per lo più frammentari e settoriali⁶².

Un primo provvedimento può essere individuato nella L. 9 gennaio 2004 n. 4, c.d. Stanca, recante «*Disposizioni per favorire l’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*». Per quanto vi si affermi «il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici», l’innovatività della disposizione è notevolmente ridimensionata dalla genericità delle previsioni e dall’assenza di indicazioni in ordine ai contenuti minimi e alle garanzie del diritto riconosciuto⁶³.

Anche le affermazioni di principio, contenute nel Codice dell’amministrazione digitale⁶⁴, relative alla necessità di promuovere l’alfabetizzazione tecnologica e l’accesso alle informazioni pubbliche, risultano deludenti rispetto alla loro concreta attuazione.

L’ulteriore intervento legislativo concernente il servizio universale delle comunicazioni

⁵⁹ Cfr. A. DI GIOVINE-M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione Giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 2/1993, 323.

⁶⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit.

⁶¹ Sul punto v., in particolare, sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 1960.

⁶² Non manca di ricostruire alcuni passaggi legislativi anche P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit.

⁶³ Sul punto cfr. J. NIELSON-H. LORANGER, *Web Usability 2.0. L’usabilità che conta*, Milano, Apogeo, 2006; F.G. PIZZETTI, *Accesso ad Internet e persone con disabilità: profili di eguaglianza digitale*, in AA.Vv, *Da Internet ai Social Network*, cit., 125 ss.

⁶⁴ D. lgs. marzo 2005, n. 82, modificato da ultimo e aggiornato dal d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

elettroniche, previsto per la prima volta dalla legge n. 249/1997 istitutiva dell'AGCOM⁶⁵, è stato notevolmente ridimensionato nella sua potenziale portata, «impedendo di farne strumento strategico di vera e propria politica sociale nel governo delle tecnologie, di bilanciamento fra garanzie di effettività dei diritti fondamentali e competitività del mercato»⁶⁶.

Siamo certamente lontani dalla qualificazione dell'accesso a internet come un diritto realmente esigibile⁶⁷ e quale servizio universale, dovendosi dunque probabilmente concordare con Costanzo⁶⁸ che, guardando principalmente alla sua natura strumentale, si oppone alla sua specifica costituzionalizzazione e auspica invece il suo divenire servizio, appunto, universale.

Quanto alla Corte costituzionale, quando ha avuto occasione di intervenire sul tema⁶⁹, pur riconoscendo che la cultura informatica ha finalità di carattere generale, si è dimostrata nel complesso ancora molto “timida”, preferendo tacere sulle questioni sollevate proprio sotto il profilo dei diritti.

Impedire o non rendere concretamente fruibile l'accesso a internet significa tuttavia, in ultima analisi, procedere a una ridefinizione e a un drastico ridimensionamento della democrazia, dalla quale viene espunta ogni idea di emancipazione o di mera partecipazione dei cittadini. Fondato è il timore che il legislatore nazionale, ancora prevalentemente legato al criterio della territorialità⁷⁰, non sia al momento in grado di trovare soluzioni efficaci per gli innumerevoli problemi giuridici posti dalla rete. Quest'ultima ha, per sua natura, vocazione extraterritoriale ed è divenuta «catalizzatore essenziale della globalizzazione contemporanea, travalicando i confini degli Stati, superando le barriere doganali ed eliminando le differenze tra i popoli»⁷¹. Perdura dunque la mancanza di uno «*status* internazionale» di internet, che ne riconosca l'universalità e che, da un lato sia in grado di garantire un diritto di accesso universale e, quindi, una effettiva cittadinanza digitale a *tutti*, non solo a *molti*; dall'altro, sia in grado di contrastare gli interventi nazionali che erigono talora muri virtuali e si dimostrano contrari allo sviluppo, all'utilità e alla libertà *di* e *in* internet⁷².

È evidente come la globalità della rete richieda – come già preconizzava Costanzo nel 1997⁷³ –

⁶⁵ Il d. lgs. 1° agosto 2013, n. 259 in ordine di tempo è l'ultimo degli atti intervenuti ad apportare notevoli modifiche alla disciplina originaria del servizio universale delle comunicazioni elettroniche. Esso è definito attualmente come «un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile» (art. 1, co. 1, lett. II); è inoltre previsto l'obbligo di assicurare una connessione che consenta agli utenti finali «un efficace accesso ad Internet» (art. 54, co. 2).

⁶⁶ Cfr. A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività*, cit., 51.

⁶⁷ Non può altresì ritenersi soddisfacente l'adozione, il 28 luglio 2015, da parte della Commissione per i diritti e i doveri in Internet, istituita presso la Camera dei Deputati, di una Dichiarazione dei diritti in Internet. La criticità maggiore risiede infatti nella constatazione che, pur prevedendo all'art. 2 il diritto di accesso alla rete, tale Dichiarazione non ha un'adeguata forza giuridica, trattandosi di un documento destinato a essere relegato, per il momento, nell'ambito delle fonti di *soft law* e a svolgere una funzione prevalentemente di *moral suasion*, più che normativa.

Sulla Dichiarazione cfr. T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, ES, Napoli, 2015; O. POLLICINO – M. BASSINI, *Verso un Internet Bill of Rights?*, Aracne, Roma, 2015; A. MORELLI, *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2015, 2 ss.

⁶⁸ Cfr. P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit.

⁶⁹ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 307 del 2004.

⁷⁰ Cfr. M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012, 26 ss.

⁷¹ Cfr. T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, cit., 2.

⁷² Il riferimento è ai Paesi che hanno costruito barriere elettroniche per evitare l'accesso dei cittadini alla rete globale, bloccando motori di ricerca e *social network* (si pensi, ad esempio, alla Turchia o alla Cina) o che hanno violato la *privacy* dei cittadini (come, ad esempio, nel caso cd. *Datagate* della *National Security Agency statunitense*).

⁷³ Cfr. P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, cit.

un suo governo globale e un riconoscimento internazionale di garanzie a tutela dei diritti degli individui. Si sono elaborate nuove tecnologie delle comunicazioni, che hanno annullato molti aspetti della dimensione spazio-temporale, ma non si è ancora stati in grado di elaborare nuovi ordinamenti, nuove regole, nuovi sistemi di relazioni tra popoli, che si diano regole universalmente condivise, capaci di padroneggiare agevolmente i nuovi modi di relazione e di esercizio dei diritti. Oggi i diritti si trovano «catturati nella “rete” della rete»⁷⁴ e proprio per questo la loro tutela, e persino il loro riconoscimento, pongono problemi sempre più complessi e nuovi, che potranno difficilmente trovare soluzione nel quadro delle regole tradizionali e nella limitata ottica di ordinamenti nazionali o di quello europeo⁷⁵. Ciò nonostante – come non manca di sottolineare l'autorevole e illustre Autore – «sarebbe fuorviante la sensazione di dover partire da zero, occorrendo, semmai, razionalizzare le spinte diffusamente presenti nell'ordinamento»⁷⁶.

Occorre da ultimo riconoscere come il diritto sia una 'tecnica' plurimillenaria «figlia della necessità», volta a rispondere a concreti bisogni di regolazione e, dunque, «frutto della storia e della cultura dei popoli»⁷⁷. Verosimilmente, occorrerà dunque attendere ancora un po' di tempo affinché tali tradizioni culturali possano venire in essere e si possa dare corso, a quel punto, ad una loro efficace e, soprattutto, condivisa elaborazione valoriale: così da poter costruire, finalmente, un mondo della rete come strumento di democrazia⁷⁸ e non di governo elitario, quale ulteriore e sicura garanzia di tutela e non di controllo o di discriminazione.

⁷⁴ Cfr. F. PIZZETTI, *La sfida del “nuovo mondo”: garantire i diritti nella rete*, cit., 3.

⁷⁵ Cfr., tra i molti, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., 2011; F. PIZZETTI, *op. ult. cit.*; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁷⁶ Cfr. P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit.

⁷⁷ Cfr. F. PIZZETTI, *La sfida del “nuovo mondo”*, cit., 58.

⁷⁸ Sul punto cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-democracy*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.; più di recente, *Id.*, *La “democrazia digitale” (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, 71 ss.

SIMONE FREGA

A quale “generazione” di diritti appartiene l’accesso ad internet?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dimensione liberale dell’accesso a Internet. – 3. La dimensione sociale dell’accesso a Internet. Il caso del diritto all’istruzione. – 4. Aspetti della didattica su internet (tra scompensi sociali e riorganizzazione scolastica).

1. Premessa.

Il Presidente del Consiglio, in una conferenza stampa durante il cd. *lockdown* provocato dall’emergenza sanitaria da Covid-19¹, ha dichiarato: «se fosse per me, inserirei una modifica costituzionale e il diritto all’accesso alle reti infotelematiche, quindi la possibilità di collegarsi ad Internet dovrebbe essere ormai un diritto costituzionalmente tutelato, perché oggi quell’articolo 3 (...) prevede che la Repubblica rimuova gli ostacoli affinché tutti possano realmente, concretamente, concorrere alla nostra comunità nazionale da tutti i punti di vista (e quindi possano partecipare alla vita politica, economica, sociale e culturale della nostra Repubblica). Bene, oggi lo strumento di partecipazione più efficace, migliore e concreto, è l’accesso a Internet. Quindi dobbiamo fare sicuramente degli sforzi e la Ministra [della Pubblica Istruzione] sicuramente è impegnata in questo perché abbiamo stanziato [...] dei fondi per consentire [...] alle scuole di poter offrire delle reti infotelematiche anche a tutti gli studenti»². Si tratta di concetti certamente condivisibili, ma su cui non sembra del tutto inutile ritornare, sia pure per linee molto sintetiche, per verificare la reale necessità di fornire alle più recenti tecnologie dell’informazione nuovi elementi propulsivi nella prospettiva della tutela di diritti individuali e sociali.

2 La dimensione liberale dell’accesso a Internet.

Sembra infatti opportuno chiedersi se, al fine di garantire l’accesso alla Rete al maggior numero di soggetti, debba necessariamente percorrersi la strada della revisione costituzionale. Su questo punto, la dottrina, soprattutto con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero, ha già avuto modo di confrontarsi³, dividendosi tra chi, come Stefano Rodotà, ha ritenuto ineludibile accedere a questa soluzione, in modo che esplicitamente venga proclamato nella Carta un uguale diritto per tutti di accedere ad Internet⁴, e chi, come Pasquale Costanzo⁵, ritiene che, anche in

¹ Com’è noto, con la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, è stato dichiarato «lo stato d’emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

² Si tratta della Conferenza stampa del Presidente del Consiglio dei Ministri, Prof. Giuseppe Conte, del 6 aprile 2020 (citazione tratta dal minuto 34 della registrazione).

³ Sul dibattito dottrinale in merito all’opportunità di introdurre in Costituzione il diritto di accesso a Internet, si veda la ricostruzione operata da M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet (o al Ciberspazio?)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2016, 14 ss.

⁴ Analogamente, A. POGGI, *Diritto a internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*, in questi stessi scritti, 8. Di analogo avviso è G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2/2011, il quale però, anziché inserire un articolo 21-bis, riterrebbe preferibile l’ipotesi di inserire un «secondo comma dell’art. 21, dopo l’enunciazione generale del principio di manifestazione del pensiero». Sul punto si vedano particolarmente le osservazioni di T.E. FROSINI, *The Internet access as fundamental right*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 25/2013. In esso si afferma che «*the right to access to the Internet amounts to a fundamental right the exercise of which is instrumental to the enjoyment of other constitutional rights and freedoms: not only the*

assenza di una simile previsione costituzionale, sia già possibile «inquadra[re] Internet all'interno dell'art. 21 della Costituzione ("ogni altro mezzo di diffusione")»⁶, laddove, oltre tutto, la costituzionalizzazione di Internet sembrerebbe stridere con la sua natura "strumentale" rispetto all'unico effettivo diritto "sostanziale" «cioè la libertà di manifestazione del pensiero»⁷.

freedom of expression, protected by art. 21 of the Italian Constitution, but also the right to an "appropriate development of the human being" and to an "effective participation to the political, economic and social life of the State" protected under art. 3 of the Constitution, as well as the freedom of conduct business contained in art. 41».

⁵ V. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2012 (17.10.2012); ma già in ID., *Le nuove forme di comunicazione in rete: internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>), 1997 (26.06.97), si era affermato che «[c]omunque sia, Internet viene a ricadere nel paradigma di cui all'art. 21 Cost. in modo pieno ed esaustivo, potendo fruire sia della garanzia prevista per il messaggio, sia di quella, del tutto corrispondente, prevista per il mezzo. Ciò, se sotto il primo profilo, omologa senz'altro Internet agli altri mezzi espressivi, non tollerando limiti contenutistici diversi da quelli costituzionalmente previsti, sotto il secondo profilo configura la Rete come uno strumento non solo dotato in fatto di una diffusività massima, ma refrattario in punto di diritto a qualsiasi indirizzo monopolista, oligopolista o anche soltanto dirigista (al di fuori, ovviamente, di quel nucleo di regole tecniche sulla circolazione dei dati che abbiamo visto necessario a far funzionare il sistema stesso). Ma c'è di più. L'accesso, infatti, al quale si è fatto finora riferimento, nel quadro della disciplina di garanzia dell'art. 21 Cost., è quello strumentale alla diffusione dei messaggi in Rete ossia, più in generale, all'esercizio del diritto di informazione nella sua declinazione attiva, coincidente in pratica con la stessa libertà di manifestazione del pensiero»; inoltre si ricorda che il diritto «di accedere alle fonti quando queste siano configurate come liberamente accessibili [...] trova esplicito riconoscimento nell'art. 5 del *Grundgesetz*» e «gode anche nel nostro ordinamento di uno statuto costituzionale, anche se solo in maniera diffusa od implicita: e non semplicemente per quanto si appalesa possibile argomentare in base agli specifici disposti recati dagli artt. 9, 33 e 48, in ordine allo sviluppo e alla libertà della scienza, al diritto d'istruzione e alla più generale clausola sottostante alle libertà politiche (da ritenersi infatti autenticamente tali, solo se assistite da un'informata consapevolezza), ma già in virtù della stessa libertà di pensiero che presuppone evidentemente la possibilità che un pensiero sia comunque formato in una libera e non conformista relazione conoscitiva con il mondo esterno. Da questo punto di vista, dunque, se nessun serio ostacolo può essere frapposto alla lettura di un libro, alla visione di un filmato o di una trasmissione televisiva, un analogo diritto va riconosciuto per quanto riguarda l'accesso in Rete, la quale viene a svolgere, per quest'aspetto, una funzione strumentale non tanto diversa da quelle assolute dal supporto cartaceo, dalla pellicola sensibile fatta girare in sala di proiezione o dalla strumentazione televisiva».

⁶ Sul punto, v. A. BUSACCA, *Il "diritto di accesso" alla Rete Internet, in Ordine internazionale e diritti umani* (<http://www.rivistaoidu.net/>), 2017, 352-354, per cui «appare opportuno evidenziare» la presenza di un orientamento che considera la «Rete Internet come mezzo» e che «sostiene la non necessità di ricorrere ad una normazione *ad hoc*, con novella della Costituzione, sul portato della presenza, attraverso le operazioni ermeneutiche, delle garanzie costituzionali per il diritto di accesso sia nell'art. 21 che negli artt. 2 e 3; la specificazione della riferibilità all'universo Internet delle garanzie già previste per i diritti fondamentali costituirebbe il risultato della interpretazione e di una lettura delle norme "tecnicamente" orientata, permettendone la declinazione informatica, senza alcun processo di revisione costituzionale».

⁷ *Ivi*, 8. Nel medesimo studio (cit., 11), si afferma che «la Costituzione tutela il vero bene: la possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero, mentre gli strumenti sono correttamente rimessi al legislatore e all'amministrazione (poiché nel tempo possono mutare, come proprio la vicenda di Internet dimostra)». Sul punto, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 7, laddove ricorda che anche per il Consiglio costituzionale francese (dec. 2009-580 DC) «l'accesso in questione non è mai configurato come un diritto a sé, ma come integrativo della libertà di espressione e di comunicazione, ovvero sia "semplicemente" come un suo strumento, per quanto di indubbia portata. Del resto, consiste in ciò la vera novità della giurisprudenza costituzionale in questione, vale a dire nella consacrazione del ruolo di internet ai fini dell'implementazione di un diritto cardine previsto dalla risalente, ma sempre attuale, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789». Lo stesso P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), *Focus TMT* 1/2015, 7, rileva che «l'accesso ad internet, in difetto di specifiche previsioni costituzionali, non assurge mai, nella considerazione comparatistica, ad autonomo diritto fondamentale; [...] la sua caratterizzazione strumentale rispetto ad altri diritti fondamentali, permette tuttavia e probabilmente esige che vi si riconosca una pretesa costituzionalmente rilevante; [...] in questi più specifici termini, l'accesso alla Rete è più agevolmente idoneo di essere (ragionevolmente) bilanciabile con altri diritti costituzionalmente protetti da parte del legislatore, restando il tutto sotto il potenziale controllo del giudice costituzionale». E dove si osserva come la «strumentalità di internet rispetto "all'esercizio di diritti fondamentali che attengono alla sfera personale e pubblica"

A quale “generazione” di diritti appartiene l’accesso ad internet?

Sicché, anche “semplicemente” seguendo l’orientamento che si fonda sulla natura funzionale dell’accesso a Internet, sembra potersi egualmente convenire sul rilievo costituzionale della Rete, allorché i diritti riconosciuti dalla Carta necessitino del suo utilizzo per essere efficacemente esercitati⁸. In altre parole, l’accesso alla Rete sarebbe in tali casi automaticamente attratto «nella dimensione costituzionale»⁹, dovendosi, questa volta sì, mettere mano, come per altri mezzi analoghi, ad un regime giuridico non discriminatorio per potersi concretamente realizzare.

3. La dimensione sociale dell’accesso a Internet. Il caso del diritto all’istruzione.

Analoghe considerazioni paiono potersi effettuare nella diversa (ma collegata) prospettiva dei diritti sociali come, esemplarmente, si configura quello all’istruzione.

Ora, com’è facile constatazione, proprio attraverso l’accesso ad Internet, nonostante il periodo di pandemia, si è potuto continuare ad istruire e ad essere istruiti. Tanto che questa possibilità, unica alternativa a quelle classiche, ha imposto subito l’esigenza di non lasciare indietro nessuno.

Un imperativo, questo, consentaneo al principio di uguaglianza sostanziale, sancito dall’art. 3, comma 2, della Costituzione, per cui è necessario che la Repubblica si adoperi affinché siano rimossi tutti gli ostacoli che, di fatto, «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese». E non sembra che ci si debba soffermare più del necessario sul fatto che particolarmente il diritto all’istruzione, riconosciuto dall’art. 34 della Costituzione, sia un tassello fondamentale per raggiungere l’obiettivo del pieno sviluppo della persona umana, assurgendo a «un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dell’azione dei pubblici poteri»¹⁰.

Concordando, dunque, con l’affermazione per cui «l’accesso sia fisico sia materiale ad Internet» costituisca la garanzia del godimento del diritto all’istruzione «*a fortiori* in una situazione di emergenza»¹¹, non occorrerebbe attendere un intervento di revisione costituzionale volto

sembri costituire il filo rosso che collega la pionieristica decisione della Corte 26 giugno 1997 (*Reno c. American Civil Liberties Union*) a quelle più recenti, tra cui particolarmente quella della Corte costituzionale del Costarica del 30 luglio 2010», e si sottolinea che lo «stesso Vinton Gray Cerf, uno dei padri fondatori di internet, [...] ha escluso che l’accesso alla Rete sia in sé e per sé un diritto umano, affermando, invece, che si tratta di uno strumento al servizio della manifestazione del pensiero nel senso fatto proprio dall’art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo».

⁸ Sul punto, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 8, per cui «la strada più pervia, come già rilevato, pare quella della rilevanza costituzionale dell’accesso ad internet quale strumento connotato dalla stessa libertà di qualsiasi altro mezzo idoneo ed efficace per l’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, sia che a ciò conduca la diretta copertura costituzionale anche del risvolto sostanziale di tali diritti (è il caso già indicato della libertà di manifestazione del pensiero e d’informazione, nonché della libertà di comunicazione), sia che ciò possa dedursi dalla fisionomia complessiva di altri diritti (quali, ad esempio, la libertà di associazione anche nelle sue forme qualificate e la libertà di iniziativa economica), sia, ancora più generalmente, che l’accesso alla Rete valga a contribuire alla rimozione degli “ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3, comma 2, Cost.)».

⁹ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 14. Sul punto l’Autore afferma come «il tono costituzionale dell’accesso sarebbe collegato al piano dell’attuazione costituzionale di principi e regole, in quanto si individuasse nell’utilizzazione della Rete lo strumento migliore, se non l’unico, per corrispondere al *magis ut valeat* nei confronti di questi stessi principi e regole».

¹⁰ A. POGGI, Art. 34, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, I, 704.

¹¹ S. DE VIDO, *Diritto all’istruzione e accesso ad internet all’epoca del Covid-19*, in Sidiblog (<http://www.sidiblog.org/>). Tra l’altro, in un tempo in cui non solo la Rete è stata l’unico mezzo utile per garantire la

all'introduzione nell'ordinamento del diritto di accesso alla Rete al fine di garantire a tutti gli studenti di partecipare all'attività di didattica a distanza. D'altro canto, nello stesso momento in cui s'invera che l'unica modalità di attuazione del diritto all'istruzione è quella offerta dall'accesso alla Rete, il pieno diritto al suo utilizzo si disvela in automatico per tutti gli interessati¹².

Diversamente (ma quanto?), però, dalla prima prospettiva, emerge qui con immediatezza anche l'obbligo in capo al potere pubblico di rimuovere tutti gli ostacoli (di natura infrastrutturale, tecnologica, economica e culturale¹³) che non permettono a chiunque di usufruire di tale servizio¹⁴.

Del resto, nonostante la mancanza di una disposizione costituzionale specifica, non è rimasto affatto precluso al potere pubblico di adoperarsi al fine di svolgere il compito ad esso assegnato dalla Costituzione, ossia quello già evocato di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale», di cui all'art. 3, secondo comma, della Costituzione, che potrebbero frapporsi al pieno ed effettivo esercizio del diritto all'istruzione¹⁵.

continuazione dell'attività scolastica, ma, per molti, è stata anche la modalità in cui si è svolta una gran parte «della [...] vita esperienziale e relazionale»: così M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet (o al Ciberspazio?)*, cit., 24.

¹² P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit., 10, ritiene, di poter «escludere la configurabilità anche nella dimensione "sociale" dell'accesso ad internet nei termini di un vero e proprio diritto. Oltre tutto, ad esigenze di questo tipo, può far fronte in modo adeguato lo strumento del servizio universale. Ma la regia di tale materia è, com'è noto, di livello comunitario e probabilmente, trattandosi nel caso delle reti, di comunicazioni elettroniche assoggettate alle regole del mercato aperto, solo da quel livello possono provenire efficaci spinte così come la sterilizzazione di qualsiasi previsione anche di livello costituzionale», potendosi, invece, considerare presente un «regime di favore dell'accesso ad internet per le persone disabili e per motivi didattici, rispettivamente consentito in quanto pertinente ai servizi della pubblica amministrazione e in genere a materie ancora nella disponibilità degli Stati membri. [...] Ciò che comunque senz'altro si può auspicare è l'ingresso della cultura, ma anche di educazione alla Rete, nei programmi scolastici, similmente a quanto talvolta fatto per l'educazione stradale e, ahimè, sempre meno per l'educazione civica. Non credo che ciò richieda però una riforma costituzionale specifica». Sulla definizione dell'accesso a Internet quale servizio universale, v. anche T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 1/2011, 8 ss.

¹³ Sull'esigenza di diffusione della cultura informatica, v. Corte cost., sent. 21 ottobre 2004, n. 207, che ha rigettato il ricorso regionale avverso la disciplina statale che aveva previsto dei «contributi finanziari [...] erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all'età o al reddito e finalizzati all'acquisto di *personal computer* abilitati alla connessione ad "internet", in un'ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica».

¹⁴ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in questi stessi scritti, che, nel porre gli artt. 2 e 3, c. 2, Cost. a fondamento dell'accesso alla Rete, osserva che «lo sviluppo tecnologico offre sempre maggiori possibilità di superamento degli impedimenti fisici, ciò che si traduce in un costante aggiornamento degli obiettivi perseguibili ad opera dei pubblici poteri. [...] In buona sostanza, stante anche la sua costante invocabilità, l'art. 3, secondo comma, non può essere un parametro contingente, ma deve essere assunto a fondamento alla stessa stregua dell'art. 2. [...] La possibilità per il singolo di esplicitare la propria personalità nella dimensione virtuale deve essere alimentata da un impegno costante da parte dei pubblici poteri, la cui azione deve caratterizzarsi per una pluralità di linee di azione, corrispondenti, per un verso, all'adeguamento dell'apparato tecnologico al progresso della scienza informatica (onde evitare che venga a crearsi un *digital divide* tra l'Italia e gli altri paesi) e, per l'altro, a politiche di sostegno volte a ridurre il *digital divide* interno nelle diverse forme in cui esso si manifesta». Inoltre, ricorda che «il «riconoscere» ed il «garantire» di cui all'art. 2 della Costituzione si traducono, alla luce dell'art. 3, secondo comma, non già in una presa d'atto ed in una protezione *ex post* dei diritti, ma postulano un'azione positiva di creazione delle condizioni perché il riconoscimento sia effettivo e la garanzia sia il presupposto per l'esercizio dei diritti, e non solo la risposta al loro impedimento».

¹⁵ Lo stesso Governo in carica, nella gestione dell'emergenza, si è preoccupato di intervenire (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, art. 120, commi 1 e 2) a sostegno degli studenti che erano più in difficoltà, con lo stanziamento di 70 milioni di euro per l'acquisto di dispositivi digitali da mettere a disposizione (in comodato d'uso gratuito) degli studenti meno abbienti e per garantire la connessione alla Rete, tramite l'assegnazione delle risorse direttamente alle istituzioni scolastiche (d.m. istruzione 26 marzo 2020, n. 187, art. 1, c. 1, lett. b).

4. Aspetti della didattica su internet (tra scompensi sociali e riorganizzazione scolastica).

Nel quadro predetto, la didattica a distanza (DAD) è stata, dunque, l’unica possibilità per garantire la continuazione dell’attività scolastica (e non solo) per gli alunni delle scuole di ogni ordine e grado, anche se con non poche difficoltà per la scuola primaria e quella dell’infanzia¹⁶.

Tanto che preme osservare che l’attività di insegnamento a distanza è iniziata ancor prima che il Ministero della Pubblica Istruzione abbia fornito linee guida o di indirizzo, allorché alcuni docenti, di loro libera iniziativa, a seguito (soprattutto in alcune regioni del Nord d’Italia) della chiusura delle scuole già nel mese di febbraio, hanno iniziato ad invitare i loro alunni a continuare l’attività scolastica attraverso programmi di videoconferenza (*Skype, Meet di Google, Zoom, ecc.*)¹⁷. Vi ha fatto seguito, negli ultimi tre mesi, una pressoché regolare attività scolastica a distanza, nelle case di ognuno, così che le lezioni, gli approfondimenti, i compiti “in classe” e le interrogazioni sono continuati per il tramite (e grazie all’uso) della tecnologia.

Nel contempo, l’emergenza ha originato una corsa agli equipaggiamenti tecnologici da parte di docenti che non erano stati mai formati in tal senso (si rammenta che il corpo docente è composto prevalentemente da persone di un’età media abbastanza avanzata e con poca dimestichezza con l’avanzamento tecnologico anche in materia didattica)¹⁸.

Su un altro versante, si sono fatte sentire le difficoltà di non pochi studenti a far fronte al nuovo scenario telematico per le cause più disparate, non essendo stato raro il caso di chi è rimasto “indietro” di almeno tre mesi rispetto ai suoi compagni di classe¹⁹. La circostanza ha sicuramente indotto un’ulteriore diseguaglianza tra chi si trova nelle condizioni (anche economiche) di seguire tutte le attività (grazie al possesso di tutti gli strumenti utili, come un’utenza veloce di internet, pc,

¹⁶ D. NOVARA, *Creare una task force sulla riapertura della scuola*, in *Centro PsicoPedagogico per l’educazione e la gestione dei conflitti* (<https://cphp.it/>), 14 aprile 2020: nell’appello si osserva che «[l]a chiusura prolungata delle scuole sta provocando non solo disagi significativi alle famiglie che hanno dovuto completamente riorganizzarsi, ma comincia a produrre notevoli alterazioni anche sulla vita dei ragazzi e dei bambini. In particolar modo sui più piccoli privati dell’Asilo Nido, ma specialmente della Scuola dell’Infanzia, istituzione educativa che struttura il primo importante momento di relazione sociale continuativa e organizzativa fra gli esseri umani e che crea quell’attaccamento sociale basilare per il resto dell’esistenza. Anche i bambini della Primaria cominciano comunque a segnalare difficoltà, specialmente quando alcuni insegnanti esagerano con compiti, videolezioni e attività scolastiche definibili come tradizionali in un contesto che di tradizionale non ha assolutamente nulla».

¹⁷ Ogni insegnante ha deciso come svolgere l’attività didattica in quasi assoluta autonomia: ci sono stati docenti che hanno inviato ai propri studenti dei video, altri solo dei vocali, altri hanno utilizzato strumenti di condivisione dei documenti per inviare i compiti da eseguire e farsi rimandare i compiti da correggere, altri ancora hanno cercato di “ripetere” le lezioni classiche organizzando degli incontri sulle piattaforme già citate.

¹⁸ Secondo uno studio ISTAT del 6 aprile 2020 («Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi»), negli anni 2018-2019 «il 33,8% delle famiglie non ha computer o tablet in casa, la quota scende al 14,3% tra le famiglie con almeno un minore. Solo per il 22,2% delle famiglie ogni componente ha a disposizione un pc o tablet. Nel Mezzogiorno il 41,6% delle famiglie è senza computer in casa (rispetto a una media di circa il 30% nelle altre aree del Paese) e solo il 14,1% ha a disposizione almeno un computer per ciascun componente. Il 12,3% dei ragazzi tra 6 e 17 anni non ha un computer o un tablet a casa, la quota raggiunge quasi un quinto nel Mezzogiorno (470 mila ragazzi). Solo il 6,1% vive in famiglie dove è disponibile almeno un computer per ogni componente».

¹⁹ È utile ancora osservare (studio ISTAT del 6 aprile 2020, cit.) che «[n]el 2019, tra gli adolescenti di 14-17 anni che hanno usato la Rete negli ultimi 3 mesi, due su 3 hanno competenze digitali basse o di base mentre meno di tre su 10 (pari a circa 700 mila ragazzi) si attestano su livelli alti». Per tale ragione pare giustificata la preoccupazione di chi ritiene che la comunità debba rivolgere particolare attenzione al superamento, anche tra i giovani, dell’analfabetismo digitale: v. O. POLLICINO, *Right to Internet Access: Quid iuris?*, in A. VON ARNAULD, K. VON DERDECKEN, M. SUSI (eds), *The Cambridge Handbook on New Human Rights*, Cambridge University Press, 2019, laddove, nella conclusione, l’Autore rileva che «itis necessary to engage in cognitive and aboveall cultural promotion, and to combat computer and digital illiteracy, which impinges upon a fundamental aspect of the right of access, namely its status as an inherent prerequisite for the exercise of other rights».

tablet, smartphone) e chi in tali condizioni non era e che, in assenza di efficaci interventi, continuerà a scontare il ridotto *gap* tecnologico e socioculturale.

Comunque sia, un tale contesto, in cui si è reso necessario percorrere una strada nuova, ha rappresentato una sfida particolare per tutto il comparto scolastico, e si è posta l'esigenza di garantire l'accesso alle forme nuove di "far scuola" a tutti i possibili utenti (*rectius*, gli studenti): «[l]’accessibilità è di particolare urgenza oggi, in termini di garanzia di accesso su una base di uguaglianza e non discriminazione, nel passaggio a forme di insegnamento online e di *distance learning* e nell’acuirsi del già menzionato *digital divide*»²⁰.

Conclusivamente, può apprezzarsi come nel cd. Piano Colao (Scheda 78: *Spinta alla formazione su nuove competenze*), commissionato dal Governo per avere autorevoli orientamenti circa la ripartenza del Paese dopo la crisi pandemica, sembra aver ottenuto una collocazione di tutto rilievo il "Disegno di percorsi didattici sperimentali su competenze e *skill* critiche (capacità digitali, STEM, *problem-solving*), differenziati per complessità e pensati per un utilizzo combinato di lezioni in aula e su piattaforma digitale".

²⁰ S. DE VIDO, *Diritto all'istruzione e accesso ad internet all'epoca del Covid-19*, cit., laddove si osserva che «[b]enché i provvedimenti adottati non presentino, quantomeno in Italia, profili discriminatori *de jure* (forse lo potrebbero essere nei Paesi in cui la chiusura è stata localizzata, nell'ipotesi in cui la localizzazione non rispondesse al criterio della diffusione del contagio quanto piuttosto a criteri basati sulle condizioni economico o sociali o etniche dell'area oggetto della misura restrittiva), potrebbero presentare o creare discriminazioni *de facto*, acuendo le discriminazioni strutturali esistenti nella società nei confronti di chi si trova in posizione vulnerabile per condizione economica, per status sociale, per stato di salute, per luogo di residenza, per l'essere rifugiato o appartenente una minoranza, per genere. Bambini e bambine in alcune parti del mondo non solo non hanno accesso all'istruzione, ma, come conseguenza della chiusura delle scuole, neppure al cibo. Per milioni di minori al mondo, infatti, il pasto a scuola è l'unico pasto bilanciato e nutriente che possono ricevere nel corso della giornata. Questo riguarda tanto Paesi sottosviluppati o in via di sviluppo [...], quanto Paesi sviluppati (così anche negli Stati Uniti, dove circa 22 milioni di studenti dipendono ogni giorno da un pranzo gratuito o come risorsa chiave per la loro nutrizione di base). La chiusura delle scuole ha inoltre acuito in alcuni paesi il *gender gap*, in quanto le bambine a casa ritornano al loro ruolo di "cura" con conseguente inferiore accesso all'istruzione e un incremento del rischio di violenza tra le mura domestiche».

SIMONE FREGA

A quale “generazione” di diritti appartiene l’accesso ad internet?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dimensione liberale dell’accesso a Internet. – 3. La dimensione sociale dell’accesso a Internet. Il caso del diritto all’istruzione. – 4. Aspetti della didattica su internet (tra scompensi sociali e riorganizzazione scolastica).

1. Premessa.

Il Presidente del Consiglio, in una conferenza stampa durante il cd. *lockdown* provocato dall’emergenza sanitaria da Covid-19¹, ha dichiarato: «se fosse per me, inserirei una modifica costituzionale e il diritto all’accesso alle reti infotelematiche, quindi la possibilità di collegarsi ad Internet dovrebbe essere ormai un diritto costituzionalmente tutelato, perché oggi quell’articolo 3 (...) prevede che la Repubblica rimuova gli ostacoli affinché tutti possano realmente, concretamente, concorrere alla nostra comunità nazionale da tutti i punti di vista (e quindi possano partecipare alla vita politica, economica, sociale e culturale della nostra Repubblica). Bene, oggi lo strumento di partecipazione più efficace, migliore e concreto, è l’accesso a Internet. Quindi dobbiamo fare sicuramente degli sforzi e la Ministra [della Pubblica Istruzione] sicuramente è impegnata in questo perché abbiamo stanziato [...] dei fondi per consentire [...] alle scuole di poter offrire delle reti infotelematiche anche a tutti gli studenti»². Si tratta di concetti certamente condivisibili, ma su cui non sembra del tutto inutile ritornare, sia pure per linee molto sintetiche, per verificare la reale necessità di fornire alle più recenti tecnologie dell’informazione nuovi elementi propulsivi nella prospettiva della tutela di diritti individuali e sociali.

2 La dimensione liberale dell’accesso a Internet.

Sembra infatti opportuno chiedersi se, al fine di garantire l’accesso alla Rete al maggior numero di soggetti, debba necessariamente percorrersi la strada della revisione costituzionale. Su questo punto, la dottrina, soprattutto con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero, ha già avuto modo di confrontarsi³, dividendosi tra chi, come Stefano Rodotà, ha ritenuto ineludibile accedere a questa soluzione, in modo che esplicitamente venga proclamato nella Carta un uguale diritto per tutti di accedere ad Internet⁴, e chi, come Pasquale Costanzo⁵, ritiene che, anche in

¹ Com’è noto, con la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, è stato dichiarato «lo stato d’emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

² Si tratta della Conferenza stampa del Presidente del Consiglio dei Ministri, Prof. Giuseppe Conte, del 6 aprile 2020 (citazione tratta dal minuto 34 della registrazione).

³ Sul dibattito dottrinale in merito all’opportunità di introdurre in Costituzione il diritto di accesso a Internet, si veda la ricostruzione operata da M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet (o al Ciberspazio?)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2016, 14 ss.

⁴ Analogamente, A. POGGI, *Diritto a internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*, in questi stessi scritti, 8. Di analogo avviso è G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2/2011, il quale però, anziché inserire un articolo 21-bis, riterrebbe preferibile l’ipotesi di inserire un «secondo comma dell’art. 21, dopo l’enunciazione generale del principio di manifestazione del pensiero». Sul punto si vedano particolarmente le osservazioni di T.E. FROSINI, *The Internet access as fundamental right*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 25/2013. In esso si afferma che «*the right to access to the Internet amounts to a fundamental right the exercise of which is instrumental to the enjoyment of other constitutional rights and freedoms: not only the*

assenza di una simile previsione costituzionale, sia già possibile «inquadra[re] Internet all'interno dell'art. 21 della Costituzione ("ogni altro mezzo di diffusione")»⁶, laddove, oltre tutto, la costituzionalizzazione di Internet sembrerebbe stridere con la sua natura "strumentale" rispetto all'unico effettivo diritto "sostanziale" «cioè la libertà di manifestazione del pensiero»⁷.

freedom of expression, protected by art. 21 of the Italian Constitution, but also the right to an "appropriate development of the human being" and to an "effective participation to the political, economic and social life of the State" protected under art. 3 of the Constitution, as well as the freedom of conduct business contained in art. 41».

⁵ V. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2012 (17.10.2012); ma già in ID., *Le nuove forme di comunicazione in rete: internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>), 1997 (26.06.97), si era affermato che «[c]omunque sia, Internet viene a ricadere nel paradigma di cui all'art. 21 Cost. in modo pieno ed esaustivo, potendo fruire sia della garanzia prevista per il messaggio, sia di quella, del tutto corrispondente, prevista per il mezzo. Ciò, se sotto il primo profilo, omologa senz'altro Internet agli altri mezzi espressivi, non tollerando limiti contenutistici diversi da quelli costituzionalmente previsti, sotto il secondo profilo configura la Rete come uno strumento non solo dotato in fatto di una diffusività massima, ma refrattario in punto di diritto a qualsiasi indirizzo monopolista, oligopolista o anche soltanto dirigista (al di fuori, ovviamente, di quel nucleo di regole tecniche sulla circolazione dei dati che abbiamo visto necessario a far funzionare il sistema stesso). Ma c'è di più. L'accesso, infatti, al quale si è fatto finora riferimento, nel quadro della disciplina di garanzia dell'art. 21 Cost., è quello strumentale alla diffusione dei messaggi in Rete ossia, più in generale, all'esercizio del diritto di informazione nella sua declinazione attiva, coincidente in pratica con la stessa libertà di manifestazione del pensiero»; inoltre si ricorda che il diritto «di accedere alle fonti quando queste siano configurate come liberamente accessibili [...] trova esplicito riconoscimento nell'art. 5 del *Grundgesetz*» e «gode anche nel nostro ordinamento di uno statuto costituzionale, anche se solo in maniera diffusa od implicita: e non semplicemente per quanto si appalesa possibile argomentare in base agli specifici disposti recati dagli artt. 9, 33 e 48, in ordine allo sviluppo e alla libertà della scienza, al diritto d'istruzione e alla più generale clausola sottostante alle libertà politiche (da ritenersi infatti autenticamente tali, solo se assistite da un'informata consapevolezza), ma già in virtù della stessa libertà di pensiero che presuppone evidentemente la possibilità che un pensiero sia comunque formato in una libera e non conformista relazione conoscitiva con il mondo esterno. Da questo punto di vista, dunque, se nessun serio ostacolo può essere frapposto alla lettura di un libro, alla visione di un filmato o di una trasmissione televisiva, un analogo diritto va riconosciuto per quanto riguarda l'accesso in Rete, la quale viene a svolgere, per quest'aspetto, una funzione strumentale non tanto diversa da quelle assolute dal supporto cartaceo, dalla pellicola sensibile fatta girare in sala di proiezione o dalla strumentazione televisiva».

⁶ Sul punto, v. A. BUSACCA, *Il "diritto di accesso" alla Rete Internet, in Ordine internazionale e diritti umani* (<http://www.rivistaoidu.net/>), 2017, 352-354, per cui «appare opportuno evidenziare» la presenza di un orientamento che considera la «Rete Internet come mezzo» e che «sostiene la non necessità di ricorrere ad una normazione *ad hoc*, con novella della Costituzione, sul portato della presenza, attraverso le operazioni ermeneutiche, delle garanzie costituzionali per il diritto di accesso sia nell'art. 21 che negli artt. 2 e 3; la specificazione della riferibilità all'universo Internet delle garanzie già previste per i diritti fondamentali costituirebbe il risultato della interpretazione e di una lettura delle norme "tecnicamente" orientata, permettendone la declinazione informatica, senza alcun processo di revisione costituzionale».

⁷ *Ivi*, 8. Nel medesimo studio (cit., 11), si afferma che «la Costituzione tutela il vero bene: la possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero, mentre gli strumenti sono correttamente rimessi al legislatore e all'amministrazione (poiché nel tempo possono mutare, come proprio la vicenda di Internet dimostra)». Sul punto, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 7, laddove ricorda che anche per il Consiglio costituzionale francese (dec. 2009-580 DC) «l'accesso in questione non è mai configurato come un diritto a sé, ma come integrativo della libertà di espressione e di comunicazione, ovvero sia "semplicemente" come un suo strumento, per quanto di indubbia portata. Del resto, consiste in ciò la vera novità della giurisprudenza costituzionale in questione, vale a dire nella consacrazione del ruolo di internet ai fini dell'implementazione di un diritto cardine previsto dalla risalente, ma sempre attuale, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789». Lo stesso P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), Focus TMT 1/2015, 7, rileva che «l'accesso ad internet, in difetto di specifiche previsioni costituzionali, non assurge mai, nella considerazione comparatistica, ad autonomo diritto fondamentale; [...] la sua caratterizzazione strumentale rispetto ad altri diritti fondamentali, permette tuttavia e probabilmente esige che vi si riconosca una pretesa costituzionalmente rilevante; [...] in questi più specifici termini, l'accesso alla Rete è più agevolmente idoneo di essere (ragionevolmente) bilanciabile con altri diritti costituzionalmente protetti da parte del legislatore, restando il tutto sotto il potenziale controllo del giudice costituzionale». E dove si osserva come la «strumentalità di internet rispetto "all'esercizio di diritti fondamentali che attengono alla sfera personale e pubblica"

Sicché, anche "semplicemente" seguendo l'orientamento che si fonda sulla natura funzionale dell'accesso a Internet, sembra potersi egualmente convenire sul rilievo costituzionale della Rete, allorché i diritti riconosciuti dalla Carta necessitino del suo utilizzo per essere efficacemente esercitati⁸. In altre parole, l'accesso alla Rete sarebbe in tali casi automaticamente attratto «nella dimensione costituzionale»⁹, dovendosi, questa volta sì, mettere mano, come per altri mezzi analoghi, ad un regime giuridico non discriminatorio per potersi concretamente realizzare.

3. La dimensione sociale dell'accesso a Internet. Il caso del diritto all'istruzione.

Analoghe considerazioni paiono potersi effettuare nella diversa (ma collegata) prospettiva dei diritti sociali come, esemplarmente, si configura quello all'istruzione.

Ora, com'è facile constatazione, proprio attraverso l'accesso ad Internet, nonostante il periodo di pandemia, si è potuto continuare ad istruire e ad essere istruiti. Tanto che questa possibilità, unica alternativa a quelle classiche, ha imposto subito l'esigenza di non lasciare indietro nessuno.

Un imperativo, questo, consentaneo al principio di uguaglianza sostanziale, sancito dall'art. 3, comma 2, della Costituzione, per cui è necessario che la Repubblica si adoperi affinché siano rimossi tutti gli ostacoli che, di fatto, «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». E non sembra che ci si debba soffermare più del necessario sul fatto che particolarmente il diritto all'istruzione, riconosciuto dall'art. 34 della Costituzione, sia un tassello fondamentale per raggiungere l'obiettivo del pieno sviluppo della persona umana, assurgendo a «un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dell'azione dei pubblici poteri»¹⁰.

Concordando, dunque, con l'affermazione per cui «l'accesso sia fisico sia materiale ad Internet» costituisca la garanzia del godimento del diritto all'istruzione «*a fortiori* in una situazione di emergenza»¹¹, non occorrerebbe attendere un intervento di revisione costituzionale volto

sembri costituire il filo rosso che collega la pionieristica decisione della Corte 26 giugno 1997 (*Reno c. American Civil Liberties Union*) a quelle più recenti, tra cui particolarmente quella della Corte costituzionale del Costarica del 30 luglio 2010», e si sottolinea che lo «stesso Vinton Gray Cerf, uno dei padri fondatori di internet, [...] ha escluso che l'accesso alla Rete sia in sé e per sé un diritto umano, affermando, invece, che si tratta di uno strumento al servizio della manifestazione del pensiero nel senso fatto proprio dall'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo».

⁸ Sul punto, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 8, per cui «la strada più pervia, come già rilevato, pare quella della rilevanza costituzionale dell'accesso ad internet quale strumento connotato dalla stessa libertà di qualsiasi altro mezzo idoneo ed efficace per l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, sia che a ciò conduca la diretta copertura costituzionale anche del risvolto sostanziale di tali diritti (è il caso già indicato della libertà di manifestazione del pensiero e d'informazione, nonché della libertà di comunicazione), sia che ciò possa dedursi dalla fisionomia complessiva di altri diritti (quali, ad esempio, la libertà di associazione anche nelle sue forme qualificate e la libertà di iniziativa economica), sia, ancora più generalmente, che l'accesso alla Rete valga a contribuire alla rimozione degli "ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3, comma 2, Cost.)».

⁹ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 14. Sul punto l'Autore afferma come «il tono costituzionale dell'accesso sarebbe collegato al piano dell'attuazione costituzionale di principi e regole, in quanto si individuasse nell'utilizzazione della Rete lo strumento migliore, se non l'unico, per corrispondere al *magis ut valeat* nei confronti di questi stessi principi e regole».

¹⁰ A. POGGI, Art. 34, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, I, 704.

¹¹ S. DE VIDO, *Diritto all'istruzione e accesso ad internet all'epoca del Covid-19*, in Sidiblog (<http://www.sidiblog.org/>). Tra l'altro, in un tempo in cui non solo la Rete è stata l'unico mezzo utile per garantire la

all'introduzione nell'ordinamento del diritto di accesso alla Rete al fine di garantire a tutti gli studenti di partecipare all'attività di didattica a distanza. D'altro canto, nello stesso momento in cui s'invera che l'unica modalità di attuazione del diritto all'istruzione è quella offerta dall'accesso alla Rete, il pieno diritto al suo utilizzo si disvela in automatico per tutti gli interessati¹².

Diversamente (ma quanto?), però, dalla prima prospettiva, emerge qui con immediatezza anche l'obbligo in capo al potere pubblico di rimuovere tutti gli ostacoli (di natura infrastrutturale, tecnologica, economica e culturale¹³) che non permettono a chiunque di usufruire di tale servizio¹⁴.

Del resto, nonostante la mancanza di una disposizione costituzionale specifica, non è rimasto affatto precluso al potere pubblico di adoperarsi al fine di svolgere il compito ad esso assegnato dalla Costituzione, ossia quello già evocato di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale», di cui all'art. 3, secondo comma, della Costituzione, che potrebbero frapporsi al pieno ed effettivo esercizio del diritto all'istruzione¹⁵.

continuazione dell'attività scolastica, ma, per molti, è stata anche la modalità in cui si è svolta una gran parte «della [...] vita esperienziale e relazionale»: così M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet (o al Ciberspazio?)*, cit., 24.

¹² P. COSTANZO, *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, cit., 10, ritiene, di poter «escludere la configurabilità anche nella dimensione "sociale" dell'accesso ad internet nei termini di un vero e proprio diritto. Oltre tutto, ad esigenze di questo tipo, può far fronte in modo adeguato lo strumento del servizio universale. Ma la regia di tale materia è, com'è noto, di livello comunitario e probabilmente, trattandosi nel caso delle reti, di comunicazioni elettroniche assoggettate alle regole del mercato aperto, solo da quel livello possono provenire efficaci spinte così come la sterilizzazione di qualsiasi previsione anche di livello costituzionale», potendosi, invece, considerare presente un «regime di favore dell'accesso ad internet per le persone disabili e per motivi didattici, rispettivamente consentito in quanto pertinente ai servizi della pubblica amministrazione e in genere a materie ancora nella disponibilità degli Stati membri. [...] Ciò che comunque senz'altro si può auspicare è l'ingresso della cultura, ma anche di educazione alla Rete, nei programmi scolastici, similmente a quanto talvolta fatto per l'educazione stradale e, ahimè, sempre meno per l'educazione civica. Non credo che ciò richieda però una riforma costituzionale specifica». Sulla definizione dell'accesso a Internet quale servizio universale, v. anche T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 1/2011, 8 ss.

¹³ Sull'esigenza di diffusione della cultura informatica, v. Corte cost., sent. 21 ottobre 2004, n. 207, che ha rigettato il ricorso regionale avverso la disciplina statale che aveva previsto dei «contributi finanziari [...] erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all'età o al reddito e finalizzati all'acquisto di *personal computer* abilitati alla connessione ad "internet", in un'ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica».

¹⁴ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in questi stessi scritti, che, nel porre gli artt. 2 e 3, c. 2, Cost. a fondamento dell'accesso alla Rete, osserva che «lo sviluppo tecnologico offre sempre maggiori possibilità di superamento degli impedimenti fisici, ciò che si traduce in un costante aggiornamento degli obiettivi perseguibili ad opera dei pubblici poteri. [...] In buona sostanza, stante anche la sua costante invocabilità, l'art. 3, secondo comma, non può essere un parametro contingente, ma deve essere assunto a fondamento alla stessa stregua dell'art. 2. [...] La possibilità per il singolo di esplicitare la propria personalità nella dimensione virtuale deve essere alimentata da un impegno costante da parte dei pubblici poteri, la cui azione deve caratterizzarsi per una pluralità di linee di azione, corrispondenti, per un verso, all'adeguamento dell'apparato tecnologico al progresso della scienza informatica (onde evitare che venga a crearsi un *digital divide* tra l'Italia e gli altri paesi) e, per l'altro, a politiche di sostegno volte a ridurre il *digital divide* interno nelle diverse forme in cui esso si manifesta». Inoltre, ricorda che «il «riconoscere» ed il 'garantire' di cui all'art. 2 della Costituzione si traducono, alla luce dell'art. 3, secondo comma, non già in una presa d'atto ed in una protezione *ex post* dei diritti, ma postulano un'azione positiva di creazione delle condizioni perché il riconoscimento sia effettivo e la garanzia sia il presupposto per l'esercizio dei diritti, e non solo la risposta al loro impedimento».

¹⁵ Lo stesso Governo in carica, nella gestione dell'emergenza, si è preoccupato di intervenire (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, art. 120, commi 1 e 2) a sostegno degli studenti che erano più in difficoltà, con lo stanziamento di 70 milioni di euro per l'acquisto di dispositivi digitali da mettere a disposizione (in comodato d'uso gratuito) degli studenti meno abbienti e per garantire la connessione alla Rete, tramite l'assegnazione delle risorse direttamente alle istituzioni scolastiche (d.m. istruzione 26 marzo 2020, n. 187, art. 1, c. 1, lett. b).

4. Aspetti della didattica su internet (tra scompensi sociali e riorganizzazione scolastica).

Nel quadro predetto, la didattica a distanza (DAD) è stata, dunque, l'unica possibilità per garantire la continuazione dell'attività scolastica (e non solo) per gli alunni delle scuole di ogni ordine e grado, anche se con non poche difficoltà per la scuola primaria e quella dell'infanzia¹⁶.

Tanto che preme osservare che l'attività di insegnamento a distanza è iniziata ancor prima che il Ministero della Pubblica Istruzione abbia fornito linee guida o di indirizzo, allorché alcuni docenti, di loro libera iniziativa, a seguito (soprattutto in alcune regioni del Nord d'Italia) della chiusura delle scuole già nel mese di febbraio, hanno iniziato ad invitare i loro alunni a continuare l'attività scolastica attraverso programmi di videoconferenza (*Skype, Meet di Google, Zoom, ecc.*)¹⁷. Vi ha fatto seguito, negli ultimi tre mesi, una pressoché regolare attività scolastica a distanza, nelle case di ognuno, così che le lezioni, gli approfondimenti, i compiti "in classe" e le interrogazioni sono continuati per il tramite (e grazie all'uso) della tecnologia.

Nel contempo, l'emergenza ha originato una corsa agli equipaggiamenti tecnologici da parte di docenti che non erano stati mai formati in tal senso (si rammenta che il corpo docente è composto prevalentemente da persone di un'età media abbastanza avanzata e con poca dimestichezza con l'avanzamento tecnologico anche in materia didattica)¹⁸.

Su un altro versante, si sono fatte sentire le difficoltà di non pochi studenti a far fronte al nuovo scenario telematico per le cause più disparate, non essendo stato raro il caso di chi è rimasto "indietro" di almeno tre mesi rispetto ai suoi compagni di classe¹⁹. La circostanza ha sicuramente indotto un'ulteriore diseguaglianza tra chi si trova nelle condizioni (anche economiche) di seguire tutte le attività (grazie al possesso di tutti gli strumenti utili, come un'utenza veloce di internet, pc,

¹⁶ D. NOVARA, *Creare una task force sulla riapertura della scuola*, in *Centro PsicoPedagogico per l'educazione e la gestione dei conflitti* (<https://copp.it/>), 14 aprile 2020: nell'appello si osserva che «[l]a chiusura prolungata delle scuole sta provocando non solo disagi significativi alle famiglie che hanno dovuto completamente riorganizzarsi, ma comincia a produrre notevoli alterazioni anche sulla vita dei ragazzi e dei bambini. In particolar modo sui più piccoli privati dell'Asilo Nido, ma specialmente della Scuola dell'Infanzia, istituzione educativa che struttura il primo importante momento di relazione sociale continuativa e organizzativa fra gli esseri umani e che crea quell'attaccamento sociale basilare per il resto dell'esistenza. Anche i bambini della Primaria cominciano comunque a segnalare difficoltà, specialmente quando alcuni insegnanti esagerano con compiti, videolezioni e attività scolastiche definibili come tradizionali in un contesto che di tradizionale non ha assolutamente nulla».

¹⁷ Ogni insegnante ha deciso come svolgere l'attività didattica in quasi assoluta autonomia: ci sono stati docenti che hanno inviato ai propri studenti dei video, altri solo dei vocali, altri hanno utilizzato strumenti di condivisione dei documenti per inviare i compiti da eseguire e farsi rimandare i compiti da correggere, altri ancora hanno cercato di "ripetere" le lezioni classiche organizzando degli incontri sulle piattaforme già citate.

¹⁸ Secondo uno studio ISTAT del 6 aprile 2020 («Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi»), negli anni 2018-2019 «il 33,8% delle famiglie non ha computer o tablet in casa, la quota scende al 14,3% tra le famiglie con almeno un minore. Solo per il 22,2% delle famiglie ogni componente ha a disposizione un pc o tablet. Nel Mezzogiorno il 41,6% delle famiglie è senza computer in casa (rispetto a una media di circa il 30% nelle altre aree del Paese) e solo il 14,1% ha a disposizione almeno un computer per ciascun componente. Il 12,3% dei ragazzi tra 6 e 17 anni non ha un computer o un tablet a casa, la quota raggiunge quasi un quinto nel Mezzogiorno (470 mila ragazzi). Solo il 6,1% vive in famiglie dove è disponibile almeno un computer per ogni componente».

¹⁹ È utile ancora osservare (studio ISTAT del 6 aprile 2020, cit.) che «[n]el 2019, tra gli adolescenti di 14-17 anni che hanno usato la Rete negli ultimi 3 mesi, due su 3 hanno competenze digitali basse o di base mentre meno di tre su 10 (pari a circa 700 mila ragazzi) si attestano su livelli alti». Per tale ragione pare giustificata la preoccupazione di chi ritiene che la comunità debba rivolgere particolare attenzione al superamento, anche tra i giovani, dell'analfabetismo digitale: v. O. POLLICINO, *Right to Internet Access: Quid iuris?*, in A. VON ARNAULD, K. VON DERDECKEN, M. SUSI (eds), *The Cambridge Handbook on New Human Rights*, Cambridge University Press, 2019, laddove, nella conclusione, l'Autore rileva che «itis necessary to engage in cognitive and aboveall cultural promotion, and to combat computer and digital illiteracy, which impinges upon a fundamental aspect of the right of access, namely its status as an inherent prerequisite for the exercise of other rights».

tablet, smartphone) e chi in tali condizioni non era e che, in assenza di efficaci interventi, continuerà a scontare il ridotto *gap* tecnologico e socioculturale.

Comunque sia, un tale contesto, in cui si è reso necessario percorrere una strada nuova, ha rappresentato una sfida particolare per tutto il comparto scolastico, e si è posta l'esigenza di garantire l'accesso alle forme nuove di "far scuola" a tutti i possibili utenti (*rectius*, gli studenti): «[l]'accessibilità è di particolare urgenza oggi, in termini di garanzia di accesso su una base di uguaglianza e non discriminazione, nel passaggio a forme di insegnamento online e di *distance learning* e nell'acuirsi del già menzionato *digital divide*»²⁰.

Conclusivamente, può apprezzarsi come nel cd. Piano Colao (Scheda 78: *Spinta alla formazione su nuove competenze*), commissionato dal Governo per avere autorevoli orientamenti circa la ripartenza del Paese dopo la crisi pandemica, sembra aver ottenuto una collocazione di tutto rilievo il "Disegno di percorsi didattici sperimentali su competenze e *skill* critiche (capacità digitali, STEM, *problem-solving*), differenziati per complessità e pensati per un utilizzo combinato di lezioni in aula e su piattaforma digitale".

²⁰ S. DE VIDO, *Diritto all'istruzione e accesso ad internet all'epoca del Covid-19*, cit., laddove si osserva che «[b]enché i provvedimenti adottati non presentino, quantomeno in Italia, profili discriminatori *de jure* (forse lo potrebbero essere nei Paesi in cui la chiusura è stata localizzata, nell'ipotesi in cui la localizzazione non rispondesse al criterio della diffusione del contagio quanto piuttosto a criteri basati sulle condizioni economico o sociali o etniche dell'area oggetto della misura restrittiva), potrebbero presentare o creare discriminazioni *de facto*, acuendo le discriminazioni strutturali esistenti nella società nei confronti di chi si trova in posizione vulnerabile per condizione economica, per status sociale, per stato di salute, per luogo di residenza, per l'essere rifugiato o appartenente una minoranza, per genere. Bambini e bambine in alcune parti del mondo non solo non hanno accesso all'istruzione, ma, come conseguenza della chiusura delle scuole, neppure al cibo. Per milioni di minori al mondo, infatti, il pasto a scuola è l'unico pasto bilanciato e nutriente che possono ricevere nel corso della giornata. Questo riguarda tanto Paesi sottosviluppati o in via di sviluppo [...], quanto Paesi sviluppati (così anche negli Stati Uniti, dove circa 22 milioni di studenti dipendono ogni giorno da un pranzo gratuito o come risorsa chiave per la loro nutrizione di base). La chiusura delle scuole ha inoltre acuito in alcuni paesi il *gender gap*, in quanto le bambine a casa ritornano al loro ruolo di "cura" con conseguente inferiore accesso all'istruzione e un incremento del rischio di violenza tra le mura domestiche».

ALBERTO RANDAZZO
Internet e democrazia:
prime notazioni su tre possibili svolgimenti di un rapporto complesso*

*Ci crediamo liberi ma siamo schiavi.
Milioni di milioni di ombre sperdute.
Rumorosi andiamo per le strade alzando solo polvere*

(Franco Battiato, *La polvere del branco*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e preliminari. – 2. Il fondamento costituzionale di internet e l'eventuale configurazione di un diritto ad internet. – 3. Democrazia "o" internet. – 4. Democrazia "è" internet. – 4.1. Internet e il malinteso suo ruolo per la democrazia. – 5. Democrazia "e" internet. – 6. Notazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive e preliminari

In che rapporto si pongono internet e democrazia? È questa, in estrema sintesi, la domanda di fondo che muove la riflessione che adesso si propone; al lettore potrebbe essere gradito conoscere subito la risposta. Allo scopo occorre appuntare l'attenzione su taluni aspetti che appaiono preliminari e funzionali a questa analisi. Quindi, sarà necessario valutare tutte le opzioni possibili, senza escludere a priori alcuna "strada" da percorrere per soddisfare quella domanda.

Secondo Albert Einstein, "furono gli scienziati che, per primi, resero possibile la democrazia, poiché essi non solo alleggerirono le nostre mansioni quotidiane, ma resero anche accessibili a tutti le migliori opere d'arte e del pensiero, che, fino a tempi recenti, potevano essere apprezzate unicamente dalle classi privilegiate"; a suo avviso, "essi risvegliarono dunque le nazioni dal loro apatico torpore"¹.

Queste considerazioni sembrano offrire il destro per la riflessione che qui si intende svolgere, punto di partenza per uno studio ben più approfondito che non è possibile fare in questa sede. Dalle parole del Nobel per la Fisica (1921), emerge in modo chiaro il nesso che intercorre tra la scienza e la democrazia, legame che appare opportuno indagare, prendendo quale imprescindibile parametro di riferimento la Costituzione repubblicana.

In Assemblea Costituente, Concetto Marchesi, nella sua Relazione, ebbe a dire che "l'arte e la scienza sono al servizio dell'umanità" ed "accrescono libertà allo spirito umano", sebbene sia l'arte che la scienza siano anch'esse bisognose di libertà (cfr. art. 33 Cost.)². Già da queste prime parole si potrebbero scorgere non irrilevanti punti in comune tra scienza e democrazia, anche quest'ultima al servizio dell'umanità e della libertà della persona; quanto ora detto sembra poi avvalorato dall'idea, esposta dal Costituente ora richiamato, che la scienza debba essere "intesa come perpetua ricerca di un bene comune", capace – com'è – di dare risposte certe ma non in grado, comunque, di saziare il profondo bisogno di sapere dell'essere umano³.

Al riguardo, non si può fare a meno di richiamare la funesta (a mio avviso) intuizione di Carl Schmitt, che tutti conoscono: "potrebbe immaginarsi che un giorno per mezzo di ingegnose invenzioni ogni singolo uomo, senza lasciare la sua abitazione, con un apparecchio possa

* Dedico *toto corde* e con animo grato lo scritto al Prof. Pasquale Costanzo.

¹ A. EINSTEIN, *Religione cosmica*, Brescia 2016, 42.

² C. MARCHESI, *Relazione*, in F. Calzaretto (a cura di), *La nascita della Costituzione* (www.nascitacostituzione.it).

³ *Ibidem*.

continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche e che tutte queste opinioni vengano automaticamente registrate da una centrale, dove occorre solo darne lettura". Ma questo, come lo stesso Schmitt precisava, non avrebbe dato vita ad una "democrazia particolarmente intensa" e né, quindi, ad una "pubblica opinione" ma ad "una somma di opinioni private"⁴.

Andando più nello specifico, è possibile mettere alla prova quanto si sta dicendo considerando la scienza in una delle sue maggiori manifestazioni che ormai da tempo accompagna (ed anche condiziona) la nostra quotidiana esistenza: internet, la "rete delle reti"⁵. Si tratta di un campo di esperienza molto arato dalla dottrina giuspubblicistica soprattutto negli ultimi anni, ma rispetto al quale gli studi di Pasquale Costanzo sull'informazione in genere e su internet nello specifico⁶ appaiono precursori.

Non v'è dubbio che l'invasività con la quale internet si è imposto nella nostra vita, irrompendo sia nella sfera privata che in quella pubblica, faccia di esso un importante (ed imprescindibile) oggetto di studio. Se, com'è a tutti noto, il fenomeno giuridico è strettamente connesso a quello sociale, ben si comprende come il mondo del diritto non sia potuto (e non possa) rimanere indifferente rispetto al fatto che gli esseri umani (o almeno coloro che sono tecnologicamente attrezzati) trascorrono online tra le 6 ore⁷ e le 7 ore e mezza al giorno⁸, alcune delle quali sui social network. Com'è stato efficacemente osservato da Zygmunt Bauman, è infatti possibile mettere in luce "la dicotomia [esistente] tra il mondo *online* e quello *offline*", ossia "due mondi paralleli, ma differenti"⁹ che abitiamo passando senza sosta dall'uno all'altro nell'arco delle nostre giornate. In altre parole, l'esistenza di ognuno di noi appare oggi connotata da una "doppia vita" (o, se si preferisce, da due dimensioni della vita), quella che trascorriamo nello spazio "reale" e quella che si svolge nello spazio "virtuale", con tutte le notevoli implicazioni che ciò comporta¹⁰; pur non volendo esulare dal tema di questo studio, sarebbe da chiedersi se l'essere umano di oggi, dopo le 7 ore e mezza (per volere stare al dato estremo) trascorse davanti ad un monitor, possa "tornare nel mondo offline con le stesse attese ed ambizioni di prima"¹¹. Quanto ora detto sembra invero ben lungi dall'essere eccentrico rispetto all'analisi che si sta avviando, avendo invece molto a che fare con la percezione che si ha della realtà, dei problemi che maggiormente attanagliano la società odierna, della differenza tra ciò che è superfluo e ciò che è essenziale, di ciò che è reale e ciò che è solo virtuale (si pensi al concetto di "amicizia", che nella suo essere "civica" attiene strettamente alla democrazia) ed anche con la formazione di una volontà libera e consapevole¹².

⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, 322.

⁵ ... come l'ha definito molte volte P. COSTANZO: tra le sue opere, v., ad es., *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/1998, 373, e *Miti e realtà dell'accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta Online (www.giurcost.org)*, 17.10.2012, 1.

⁶ Si veda, almeno, la nota "voce" *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1993, VIII, 319 ss.; ID., (voce) *Internet (Diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 347 ss.; ID., *L'informazione*, Roma-Bari 2004.

⁷ ... ad avviso di M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari 2019, 5.

⁸ ... secondo Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, Milano 2014, 28.

⁹ Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, cit., 27 s.

¹⁰ F. PIZZETTI, *Dati e diritti nell'epoca della comunicazione elettronica*, in F. PIZZETTI, *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino 2012, 7 s., osserva, invero, che non è possibile distinguere tra queste due "realtà", essendo la "comunicazione elettronica" pienamente "integrat[a] con la nostra vita".

¹¹ *Ibidem*, 29.

¹² Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVI Giornata Mondiale delle Comunicazioni Sociali, "Internet: un nuovo Forum per proclamare il Vangelo"*, 24 gennaio 2002, p.to 4. Sul Messaggio del Pontefice, v. P. COSTANZO, *Aprire "i confini degli Stati" al messaggio cristiano: il ruolo di Internet nel pensiero di Giovanni Paolo II*, in *Consulta Online (www.giurcost.org)*, 2005.

D'altra parte, il modo con il quale il "cittadino globale" (o, se si preferisce dire, "telematico")¹³ tenta di porre rimedio al suo senso di solitudine e di costante incertezza¹⁴ cercando affannosamente nelle "rete" (e sperando di "pescare" grazie ad essa) risposte alle sue domande appare la più drammatica testimonianza, se analizzata fino in fondo, di uno stato di crisi che attraversa l'essere umano di questo tempo; quanto ora detto offre una plausibile spiegazione di quella crisi dei rappresentati che sarebbe la vera causa della crisi dei rappresentanti, com'è stato efficacemente rilevato molti anni addietro¹⁵. Ciò, poi, si traduce fatalmente in una complessiva crisi dello Stato¹⁶, anche dovuta alla "erosione" dei suoi elementi costitutivi: il popolo¹⁷; non meno rilevante è invero la crisi dell'elemento del territorio¹⁸. Una crisi dello Stato, allora, che proviene da uno "stato di crisi"¹⁹, quest'ultima essendo riferibile al "senso d'incertezza derivante dalla nostra ignoranza rispetto alla direzione in cui le cose stanno andando" che a sua volta si accompagna all'"urgenza di intervenire per *selezionare* le giuste misure e *decidere* di applicarle prontamente"²⁰. Questa situazione appare complicata dal "*divorzio tra potere e politica*", che comporta la grave difficoltà di "scegliere il modo in cui procedere e applicare la terapia che tale scelta prevede"²¹, ma anche dallo sviamento del centro del potere (nel complesso, non più identificabile nello Stato) causato dalle nuove tecnologie²². In tal senso, allora, la domanda di ricerca che muove questa indagine appare tutt'altro che scontata o di scarso rilievo: il progresso scientifico, e segnatamente internet, in che misura può porsi al servizio della democrazia? Se è conciliabile, a quali condizioni? Non sembra superfluo porsi queste domande se si pensa che, in una società – quale la nostra – interessata da repentini cambiamenti che ingenerano una certa confusione, si avverte forte la necessità di trovare risposte convincenti che possano contribuire ad offrire al "cittadino digitale" – secondo un'espressione di uso comune – punti di riferimento fermi perché non venga smarrito (o, addirittura tradito) lo "spirito" dell'"impalcatura costituzionale".

¹³ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica: i rischi del cittadino telematico*, in questi stessi scritti.

¹⁴ Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano 2014. Di "solitudine di massa" discorre anche M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, Milano 2018, 17, ma v. anche 43.

¹⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA. Vv., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon-F. Biondi, Milano 2001, 109 ss. Della stessa idea sono molti altri Autori, tra i quali anche G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news fra educazione e responsabilità*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018, 25; T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5/2017, 660 ss.; ID., *Liberté Egalité Internet*, Napoli 2019, 216 ss. La letteratura che discorre della crisi della rappresentanza è sconfinata; v. almeno A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23/2018; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta Online* (www.giurcost.org), 2019/II, 249 ss.

Non manca chi rileva che "la crisi della rappresentanza non è mai crisi del rappresentato, ma è sempre crisi del rappresentante" (in questo senso, I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerte politiche*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2020, 185).

¹⁶ In argomento, cfr. quanto osserva P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rass. parl.*, n. 4/2012, 840 ss.; v. anche G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 80 ss.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., 80 s. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, Milano 2017, 29 ss., si spinge ad affermare che "il popolo in senso stretto non esiste".

¹⁸ Cfr., tra i tanti, O. CARAMASCHI, *Tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica: quali spazi per un costituzionalismo "tecnologico" (o "digitale")?*, in questi stessi scritti.

¹⁹ Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, Torino 2014.

²⁰ Z. BAUMAN, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 10.

²¹ Z. BAUMAN, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 16, ma v. anche 116; ID., *La vita tra reale e virtuale*, cit.

²² Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 825 ss., 842; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 2004, XXXVIII. Cfr. anche A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa-M. Bassini, Firenze-Milano 2017, spec. 20.

A ciò si aggiunga che proprio l'estrema fragilità che si accompagna all'era della "postmodernità" ha favorito l'implementazione dell'esigenza di immediatezza, dell'avere "tutto e subito"²³ e del narcisismo²⁴, che – quale manifestazione tangibile di un crescente individualismo²⁵ – contribuisce ad intaccare l'elemento del popolo²⁶ e al contempo aumentare l'insofferenza verso la tradizionale mediazione operata dai partiti²⁷.

Quelli ora richiamati, sono tutti aspetti di quella "liquidità" che connota la vita degli esseri umani di questo tempo²⁸ e i loro rapporti interpersonali. Com'è stato osservato, gli stessi partiti sono diventati "liquidi"²⁹. Tali osservazioni meriterebbero di essere portate a maggiore svolgimento, tuttavia ciò che interessa è che quanto detto si consideri presupposto per il discorso che adesso si intende svolgere.

A tal proposito, le opzioni prospettabili appaiono tre: 1) il rapporto tra internet e democrazia è conflittuale a tal punto che la "convivenza", alla lunga, non può aversi, ponendosi i termini in parola in reciproco ed insanabile contrasto; 2) essi possono vivere un rapporto "simbiotico" sì da potersi dire che, alla luce del progresso tecnologico, la democrazia non abbia altra possibilità di invero che per via "elettronica"³⁰, al punto che internet potrebbe diventare (o si candida a diventare) l'unico strumento grazie al quale può esplicarsi la "vera" democrazia; 3) i due termini della relazione possono "convivere", senza ostacolarsi ma traendo beneficio l'uno dalla presenza dell'altro.

Queste tre "strade" meritano di essere adesso percorse per provare a comprendere dove possano condurre. Senza voler anticipare le conclusioni, mi preme fin da ora rilevare che la seconda di esse appare ai miei occhi come un "vicolo cieco", con buona pace di quanto ritiene (o sembra ritenere) una certa parte delle forze populiste contemporanee³¹. La terza strada, invece, non appare impraticabile, come si tenterà ora di mostrare.

Prima di incamminarci su queste tre "vie", occorre però – seppure in modo succinto – dire qualcosa in merito alla preliminare questione relativa al fondamento costituzionale di internet e alla conseguente possibilità che in materia possa configurarsi un nuovo diritto, quello dell'accesso alla rete telematica.

²³ Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, cit., 54.

²⁴ ... come osservano in tanti, tra i quali M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., VIII. In argomento, v. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia 2018, spec. 51 ss., ma *passim.*; F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 10.

²⁵ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., X. Che il "soggettivismo" sia un "cancro che erode dall'interno la modernità" che provoca la "liquefazione" della società lo rileva anche C. BORDONI, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 98 s., 113.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., 80. Cfr. anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., spec. 10.

²⁷ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2003, 469.

²⁸ Il riferimento, com'è ovvio, è al pensiero di Z. BAUMAN, del quale v. almeno *Modernità liquida*, Roma-Bari 2006; *Amore liquido*, Roma-Bari 2006; *Vita liquida*, Roma-Bari 2008. Si veda anche quanto l'A. rileva in *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Roma-Bari, 2102, 3 ss., ma anche in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 105 ss.

Richiama l'illustre sociologo anche A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato parlamentare*, Napoli 2018, 34 s.

²⁹ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2018, 8, ma v. anche 17 ss. Sulla crisi dei partiti, per tutti, cfr. quanto osserva G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 12/2019, 5 ss.

³⁰ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 465 ss.

³¹ Cfr., di recente, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma 2019.

2. Il fondamento costituzionale di internet e l'eventuale configurazione di un diritto ad internet

Per comprendere in che misura internet possa essere compatibile con la democrazia, il primo e obbligato passo da compiere è, com'è ovvio, quello di provare ad individuare il suo fondamento costituzionale³², sempre che ne abbia uno.

A tal fine, solitamente, ritengo proficuo che si muova dai lavori preparatori, nella consapevolezza che – come mi sono trovato a dire più volte – l'interpretazione che fa leva sull'*original intent* debba essere considerata “né tutto né niente”, costituendo uno dei possibili criteri ermeneutici, da combinare con gli altri, alla luce dei quali cogliere la reale portata del dettato costituzionale.

In una circostanza come quella ora in esame, il dibattito che si svolse in Assemblea Costituente non può essere di grande aiuto, in esso non potendo esservi alcuna traccia di internet, la cui esistenza i *Framers* non immaginavano neanche lontanamente. Tuttavia, la formulazione degli artt. 15 e 21, ai quali ora si accennerà, lascia intravedere una certa lungimiranza del Costituente³³.

Al di là delle parole di Marchesi sopra richiamate, il rilievo che si attribuì alla scienza (e quindi al progresso tecnologico) appare palese, quale “omaggio [...] alle manifestazioni eccelse della personalità umana” (unitamente all'arte)³⁴; d'altra parte, viene a supporto di quanto si sta ora dicendo la portata degli artt. 9 e 33 Cost., ma anche dell'art. 4. A quest'ultimo proposito, infatti, il diritto-dovere al lavoro dovette apparire “lo strumento, mediante il quale può realizzarsi il bene comune ed il comune progresso”³⁵.

Non è possibile svolgere l'analisi delle previsioni costituzionali da ultimo richiamate, che offrono comunque “appigli” preziosi per il discorso che si sta ora facendo. Si noti solo che il fatto che i Costituenti, all'art. 9 della Carta, abbiano voluto affidare alla Repubblica (anche) il compito di promuovere la cultura e la ricerca scientifica sembra mettere in risalto la necessità che esse debbano essere volte al “progresso collettivo”³⁶ (altrimenti, non si spiegherebbe tale “attività” di promozione); in altre parole, la cultura (alla quale anche internet contribuisce) e la ricerca (della quale internet risulta essere un prodotto ed uno strumento al tempo stesso) devono essere promosse nella misura in cui non siano autoreferenziali (in questo caso viene in rilievo il profilo della libertà *ex art.* 33 Cost.), ma perseguano fini (ed interessi) di natura collettiva³⁷. A ciò si aggiunga che l'una e l'altra sono espressione concreta dell'esercizio del “dovere [soggettivo] di svolgere [...] un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società” (art. 4 Cost.).

Quanto ora detto, allora, parrebbe mettere in luce il fondamento costituzionale di internet, la cui “copertura” verrebbe offerta, in particolare e in modo più diretto, dai tre articoli sopra indicati. Tuttavia, il progresso tecnologico in generale (e quindi anche internet) si pone – almeno così dovrebbe essere – al servizio (e all'espansione) delle libertà costituzionalmente riconosciute³⁸; si

³² In argomento, v. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, a cura di M. Nisticò-P. Passaglia, Torino 2014, 13 ss.; ID., in questi stessi scritti.

³³ Si veda, ad es., quanto osserva M. OROFINO, *L'articolo 15 della Costituzione italiana: osservazioni sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni ai tempi del web 2.0*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 197 s.

³⁴ ... come si legge nel resoconto stenografico dell'intervento svolto da Mastrojanni, il 18 ottobre 1946 nella prima Sottocommissione.

³⁵ F. COLITTO, *Relazione* in III Sottocommissione (si veda anche il dibattito del 9 settembre 1946).

³⁶ G.M. FLICK, *La Costituzione: un manuale di convivenza*, Milano 2018, 164.

³⁷ Al riguardo, cfr. G.M. FLICK, *La Costituzione*, cit., 163 s.

³⁸ Cfr., sul punto, P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 7; ID., *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Interlex*, 14.10.1996, § 2; ID., *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 1/2011, 21 ss.; ID., *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 1 ss., 8;

pensi quanto della rete possano beneficiare la libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., anche nella sua specifica accezione di libertà di informazione³⁹ che comprende la libertà di essere informati e di ricercare informazioni (il che è peraltro anche funzionale all'eguaglianza sostanziale)⁴⁰ e la libertà di corrispondenza e di "ogni altra forma di comunicazione", ex art. 15 Cost.; si pensi anche alla libertà di religione, di riunione, di associazione, nonché alla libertà di iniziativa economica privata⁴¹ e alle libertà politiche⁴². Internet si pone, quindi, quale prezioso ed ormai fondamentale strumento nelle mani dell'uomo per esercitare tali libertà, ma anche per favorire lo sviluppo della personalità dell'uomo (art. 3 Cost.)⁴³ nonché l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.)⁴⁴. Non si può escludere, poi, che alle nuove tecnologie si accompagnino nuovi diritti meritevoli di tutela⁴⁵.

Ciò che importa, però, è che per potere rintracciare una "base costituzionale" per un "bene della vita" (o, se si preferisce dire, ad un "valore") non esplicitato nel testo non è solo necessario che esso sia in qualche modo desumibile dal dettato costituzionale (si ricordi il dibattito intorno all'art. 2 quale clausola "aperta"), ma che esso si ponga a servizio del principio personalista che informa di sé tutta la Carta. Infatti, un "bene" può trovare spazio fra le trame di quest'ultima solo nella misura in cui sia coerente con i fini che impressero alla Costituzione coloro che la scrissero. Nel caso che specificamente ci riguarda, internet appare in linea con lo "spirito costituzionale" (ed è quindi meritevole di tutela costituzionale) se (e finché) viene usato in modi comunque compatibili con il valore democratico e al servizio della persona umana. Non mi stancherò mai di ricordare le parole di Giorgio La Pira che, nella sua Relazione, ha affermato: "*Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato*: ecco la premessa ineliminabile di uno Stato essenzialmente democratico" (c.vo testuale).

Rispetto alle due "strade" che potrebbero portare a rintracciare un fondamento costituzionale ad internet, quella che si snoda tra i paletti degli artt. 9, 33 e, in qualche misura, 4 della Carta oppure quella che invece rimanda agli artt. 15, 17, 18, 19 e 21 si scorge una certa differenza. Infatti, solo dando rilievo alla prima delle due opzioni si potrebbe discorrere di un "autonomo"

ID., *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 11 s., ma *passim*; T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 62 s.; ID., *Liberté Egalité Internet*, cit., 20, 51, 65 ss., 87; ID., in questi stessi scritti; G. AZZARITI, *Lex digitalis e democrazia*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 351 ss.; O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit.; D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali. Contributo al dibattito sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 4/2019, 6 ss.; A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *Consulta Online* (www.giurcost.org), 2020/II, 285; C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a internet e digital divide*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), n. 2/2020 (2 luglio 2020), 62 ss.

³⁹ Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., spec. 330 ss., ma *passim*; ID., (voce) *Internet*, cit., § 8. Da ultimo, cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information in the Internet Era*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech. A European Constitutional Perspective*, Milano 2020, 3 ss.

⁴⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, cit., 373 s.; ID., *La circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata: fenomenologia e profili problematici*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/1999, 580; ID., *L'informazione*, cit., 102; ID., *Quale partecipazione politica*, cit., 23.

⁴¹ Al riguardo, v. almeno I. KUTUFÀ, *Iniziativa economica privata e internet: la proprietà industriale e intellettuale tra garanzie di protezione e libertà di utilizzazione*, in AA. VV. *Internet e Costituzione*, cit., 337 ss. E.C. RAFFIOTTA, *Libertà economiche e Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 412 ss.

⁴² Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 10; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2003, 489.

⁴³ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 3.

⁴⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto*, cit., 288.

⁴⁵ Cfr. T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 3 ss.

diritto ad internet (o all'accesso ad internet)⁴⁶, in quanto percorrendo l'altra via si metterebbe in risalto la funzione servente della rete per l'attuazione di libertà (già) costituzionalmente sancite; in questo caso, internet non potrebbe "godere di luce propria". Provando a fare sintesi, la prima strada appare più ardua, non fosse altro perché se si potesse configurare un nuovo diritto sociale si dovrebbe potere richiedere allo Stato un impegno "attivo" in grado di favorirne l'effettiva attuazione⁴⁷; in altre parole, così ragionando, sarebbe configurabile un "diritto a prestazione"⁴⁸. La

⁴⁶ Una tale possibilità è riconosciuta all'art. 2 della "Dichiarazione dei diritti in internet", approvata all'unanimità dalla Camera dei deputati nel 2015. Non si può fare a meno di ricordare, poi, almeno due tentativi volti a riconoscere costituzionalmente il diritto di accesso ad internet. Si fa riferimento al disegno di legge S 2485 della XVI legislatura, volto all'introduzione dell'art. 21 bis alla Carta. La proposta fu di Stefano Rodotà, che insieme a De Mauro si occupò anche di formulare l'articolo da inserire in questi termini: "Tutti hanno eguale diritto di accedere alla Rete *Internet*, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale". I senatori presentatori, alla fine, aggiunsero anche: "La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I". Il disegno di legge non ebbe il seguito sperato.

Nell'attuale legislatura (la XVIII), invece, con la proposta di legge costituzionale C 1136, presentata dai deputati D'Ippolito e Liuzzi ed ancora all'esame della Commissione, si mira ad inserire in Costituzione l'art. 34-bis, volendo ricollegare il diritto di accesso ad internet – quale nuovo diritto sociale – al diritto all'istruzione. L'integrazione del testo costituzionale sarebbe così formulata: "Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *internet* come luogo dove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale. La limitazione di tale diritto può avvenire, con le garanzie stabilite dalla legge, solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria. È riconosciuta la neutralità della rete *internet*. La legge determina le condizioni affinché i dati trasmessi e ricevuti mediante la rete *internet* non subiscano trattamenti differenziati se non per fini di utilità sociale e riconosce la possibilità di utilizzare e di fornire apparecchiature, applicativi e servizi di propria scelta".

Sul punto, v. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2011; ID., *Il diritto di accesso ad Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 41 ss.; ID., *Liberté Egalité Internet*, cit., 49 ss., 138, 196 ss.; ID., *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 3; O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google – Vivi Down*, Milano 2010, 18 ss.; S. RODOTÀ, *Informazione e nuove tecnologie*, in AA. VV., *L'informazione: il percorso di una libertà*, Firenze 2011, 102. Sul punto, cfr. L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad internet*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 20 settembre 2013; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana*, cit., 21, nota 25; M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad internet*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 169 ss.; M.K. LAND, *The US perspective on the constitutional protection of the internet: jurisdiction, privacy, and equality online*, in AA. VV., *The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, a cura di O. Pollicino-G. Romeo, Abingdon-New York 2016, 65; A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 30; C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 3/2018, 6; A.M. POGGI, *Diritto a internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*, in questi stessi scritti; A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale*, in questi stessi scritti; C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19?*, cit., 62 ss.; C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso alla rete internet nell'«era dell'accesso»*, in questi stessi scritti; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy. The tests of algorithms*, in questo stesso Volume, e S. FREGA, *A quale «generazione» di diritti appartiene l'accesso ad Internet?*, in questi stessi scritti.

La possibilità di un autonomo diritto è stata invero sempre scartata da P. COSTANZO; si v., ad es., *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 3 ss., 10. Tutt'al più, secondo l'A., si potrebbe parlare di un diritto a non avere "ostacoli" per il suo utilizzo, se non quelli "derivanti dalla fisionomia giuridica del mezzo" (10). Il chiaro A., tuttavia, non manca di osservare che la connessione possa essere considerata un "servizio di comunicazione elettronica"; in tal senso, la disciplina ricavabile dal d.lgs. n. 259 del 2003 pare muovere nel senso di liberalizzare l'erogazione di internet, potendo essere quindi una "pretesa azionabile". Nel nostro Paese, quindi, si assiste ad un "processo incrementale della garanzia di accesso alla Rete", l'accesso essendo destinato a divenire un diritto soggettivo (11 ss.).

In argomento, v. anche P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit., § 7; ID., *L'accesso ad internet in cerca d'autore*, in *Dir. Internet*, n. 3/2005, 247 ss.; ID., *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, cit., 15.

⁴⁷ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 4 s.

⁴⁸ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 5 s.; T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 3 s. Che tale possibilità, come già detto, sia esclusa da P. Costanzo lo ricorda anche A.M. POGGI, *Diritto a internet*, cit., 10 s.

copertura costituzionale offerta dalla prima delle due impostazioni qui rappresentate non sembra in grado di “costituire” in capo ad ogni soggetto una pretesa da azionare nei confronti dello Stato, che dovrebbe conseguentemente essere obbligato a consentire ai singoli di avere l’adeguata formazione⁴⁹ (meglio sarebbe dire: “alfabetizzazione”)⁵⁰, nonché la concreta possibilità di (e quindi i supporti tecnologici per) “navigare” nel “mare telematico”. Occorrerebbe, in altre parole, combattere fino ad annullare il c.d. *digital divide*⁵¹, che appare uno dei maggiori problemi in materia⁵² e dal quale passa anche l’inclusione sociale⁵³. Esso, infatti, può essere considerato una delle “più penalizzanti disparità del nostro tempo”⁵⁴.

P. Costanzo è parso sempre alquanto deciso nell’escludere la configurabilità di un tale diritto “autonomo”⁵⁵. Il punto, però, è dibattuto in dottrina, non mancando chi rileva che è possibile configurare una “nuova libertà costituzionale della società tecnologica”⁵⁶, un nuovo diritto sociale⁵⁷.

Nella prospettiva in questa fase storica preferita, quindi, “le tecnologie” – tra le quali, anche internet – “rappresentano uno sviluppo delle libertà”, le quali “si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell’agire umano proprio grazie al progresso tecnologico”⁵⁸. In ciò starebbe quella che Costanzo ha chiamato la “rilevanza costituzionale dell’accesso ad internet”, che appunto non darebbe vita ad un “diritto alla sua libera utilizzazione” (alla stregua di tutti i mezzi con i quali è possibile manifestare il pensiero)⁵⁹.

3. Democrazia “o” internet

Sulla scia di quanto si diceva poco sopra, si può intanto provare a fare un po’ di chiarezza in merito ad una prima “opzione” possibile, quella del carattere alternativo di democrazia e internet. Ci si deve, in altre parole, chiedere se internet sia incompatibile con la democrazia. Alla luce di quanto fin qui detto, la risposta a tale domanda sembra alquanto agevole. La nostra Costituzione ha – come sappiamo – quale suo valore fondante la democrazia; qualora si dovesse escludere la

⁴⁹ Cfr. L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide. In particolare, gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell’individuo nello spazio virtuale*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 195 ss.

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 87, 201.

⁵¹ In argomento, tra i tanti, v. L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide*, cit., 189 ss.; da ultimo, v. A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 5 ss. Rilevante è stata la giurisprudenza costituzionale in materia richiamata da P. PASSAGLIA, *Protection of fundamental rights and the internet: a comparison between Italian and French systems of constitutional adjudication*, in AA. VV., *The Internet and Constitutional Law*, cit., 134 ss. (tra le altre, v. le sentt. nn. 307 del 2004 e 151 del 2005).

⁵² Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 476.

⁵³ A. VALASTRO, *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 250.

⁵⁴ A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all’esercizio delle funzioni pubbliche*, in questi stessi scritti.

⁵⁵ Cfr., ad es., P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso a internet*, cit., 4 ss., spec. 6; A.M. POGGI, *Diritto a internet*, cit., 8 ss.

⁵⁶ Ad es., T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 489, riconosce l’esistenza della “libertà informatica”, al tempo stesso “positiva” e “negativa”, quale “nuova forma del tradizionale diritto di libertà personale” (al riguardo, l’A. rimanda a V. FROSINI, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. dell’informazione e dell’informatica*, n. 2/2002, 275); Id., *La libertà informatica: brevi note sull’attualità di una teoria giuridica*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2/2008, 87 ss.; Id., *Internet come ordinamento giuridico*, cit., 63 s.; Id., *Liberté Egalité Internet*, cit., 23 ss., 42, 56 ss., 89, 148 ss.

⁵⁷ T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 62, 90.

⁵⁸ T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 487; Id., *Internet e democrazia*, cit., 658; Id., *Liberté Egalité Internet*, cit., 212.

⁵⁹ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso a internet*, cit., 9.

esistenza di un fondamento costituzionale di internet, potrebbe per ciò solo predicarsi la sua incompatibilità con il valore suddetto. Tuttavia, come abbiamo visto, non è così. Internet, in un modo o nell'altro, e a prescindere che si possa configurare come oggetto di un diritto, può trovare spazio tra le pieghe della Carta e quindi godere di una base costituzionale sufficiente perché, almeno in via presuntiva, possa essere considerato non incompatibile rispetto alla democrazia. Ciò non toglie che possa invece confliggere con quest'ultima nel momento in cui si pretenda di farne uno strumento surrogatorio delle tradizionali forme di esplicazione della democrazia (alle quali a breve si accennerà e delle quali – a mio avviso – non si può fare a meno) oppure nel caso in cui non venisse usato al servizio della persona umana ma a quest'ultima procurasse più danni che benefici. Di per sé, come ogni invenzione umana, esso appare “neutro”; occorre vagliare l'utilizzo che se ne fa, da ciò dipendendo i suoi effetti – negativi o positivi – pure rispetto alla democrazia⁶⁰.

Come adesso si dirà, tutti i tentativi volti a ritenere che internet possa costituire la massima modalità di attuazione della democrazia, volendo quasi sostenere che non possa esservi democrazia se non facendo ricorso ad esso, fatalmente, in una eterogenesi dei fini, possono produrre l'effetto contrario. Volendo semplificare al massimo, ritenere che la democrazia “passi” da internet pone quest'ultimo come un nemico (o quasi) della democrazia stessa, come ora si proverà a dimostrare.

4. Democrazia “è” internet

La seconda opzione da prendere in considerazione, come si è detto, è quella sostanzialmente sostenuta da tutti quei movimenti (ed esperienze politiche in genere) che sono riconducibili al populismo⁶¹. Tale fenomeno non è nuovo se si considera ad es. il peronismo argentino o il poujadismo francese⁶²; in Italia, “laboratorio del populismo”⁶³, si pensi al fascismo e al qualunquismo⁶⁴. Ciò che si può subito rilevare è che “il rapporto fra populismo e democrazia è per forza di cose controverso”, stante la “sfiducia dei populistici nei confronti dei meccanismi della rappresentanza”⁶⁵. Com'è stato fatto notare, populismo, sovranismo e nazionalismo appaiono “difficilmente compatibili” con “i sistemi costituzionali contemporanei”⁶⁶.

Da queste prime considerazioni emerge, come logica conseguenza, che se i populistici di oggi basano la loro azione sul costante uso di internet (facendo di esso uno strumento fondamentale e imprescindibile del loro operare) e se sono in chiara opposizione alla rappresentanza politica, della quale però non può fare a meno la democrazia⁶⁷, ne deriva che quest'ultima non appare

⁶⁰ Cfr. D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali*, cit., 7; I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza*, cit., 182.

⁶¹ In argomento, cfr. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit.

⁶² M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna 2015, 96 ss.

⁶³ *IBIDEM*, 7 ss.

⁶⁴ *IBIDEM*, 171 ss.

⁶⁵ *IBIDEM*, 77.

⁶⁶ L. D'ANDREA, *Brevi note su talune patologie dei sistemi democratici del nostro tempo*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera-A. Rauti-C. Salazar-A. Spadaro, Napoli 2020, 134.

⁶⁷ Sul punto, la dottrina è praticamente unanime; più di recente, tra i tanti, v. A.M. CITRIGNO-G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 22 settembre 2018, 13. Sulla stretta connessione tra rappresentanza politica e parlamentarismo, v., almeno, G. MOSCHELLA, *Alcune riflessioni in tema di rappresentanza politica e razionalizzazione della forma di governo nella teoria costituzionale italiana*, in AA. VV., *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, a cura di S. Gambino, Rimini 1997, spec. 659; *Id.*, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparata*, Rimini 1999, 13.

immediatamente conciliabile con la rete; può esserlo solo a certe condizioni, che si proverà ad illustrare in seguito.

La sfiducia dei populistici nei confronti della rappresentanza politica e l'eccessiva fiducia nelle forme di democrazia diretta (da attuare, oggi, soprattutto tramite internet)⁶⁸ è figlia della distorta idea della presunta infallibilità del popolo; si tratta, infatti, di un mito da sfatare, nella consapevolezza che esso non aumenti l'autorità del popolo e non si addica al modello di "democrazia critica" che emerge dal nostro dettato costituzionale⁶⁹. Tuttavia, "ciò che deve essere condannato non è il popolo", che invero viene illuso, ma "l'eccesso di aspettative riposto in esso"⁷⁰.

Quanto ora detto mette in luce una prima questione: la democrazia *tout court* non può che essere la virtuosa combinazione della democrazia rappresentativa e di quella diretta, che dovrebbero completarsi a vicenda⁷¹ e non devono essere considerate in contrapposizione⁷²; qualora l'una o l'altra venissero svilite si avrebbe un complessivo deficit democratico nell'ordinamento, sebbene non si possa fare a meno di rilevare che la prima – almeno secondo il dettato costituzionale – si pone nei confronti della seconda in una posizione di "priorità assiologica", non fosse altro perché quest'ultima non si addice alle "decisioni complesse"⁷³. Non a caso, Alexis de Tocqueville ebbe a dire che "due pericoli principali minacciano l'esistenza della democrazia", uno dei quali individuò nel "completo asservimento del potere legislativo alle volontà del corpo elettorale"⁷⁴.

Come si sa, la classe politica di oggi si serve di internet (ed in particolare dei social network) specialmente per poter raggiungere in tempi rapidi (direi, immediati) i propri sostenitori. Questa esigenza è "figlia" di una serie di cause, anche (ma non solo) di tipo sociologico e forse antropologico. Senza potermi (e volermi) addentrare in branche del sapere che non mi sono proprie, è possibile solo fare alcune considerazioni, senza alcuna pretesa di esaustività.

Per prima cosa, la disintermediazione creata da internet, che consente di non dover passare più dai "filtri" rappresentati dai corpi intermedi (ed, *in primis*, dai partiti), pone un problema di rappresentanza politica⁷⁵; essa è incoraggiata proprio da quella sfiducia, alla quale si accennava

⁶⁸ Tuttavia, com'è stato fatto notare in dottrina, diversi sono gli aspetti che distinguono la "democrazia digitale" da quella diretta. Sul punto, tra gli altri, v. A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 29.

⁶⁹ In questo senso, v. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, in ID., *Imparare democrazia*, Torino 2007, 131 ss.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 131.

⁷¹ Basta rammentare al riguardo l'art. 1 Cost., che com'è noto assegna al popolo la sovranità ma richiede che essa venga esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione"; tali "forme" e "limiti" non sono altro, in fin dei conti, che quelli della rappresentanza politica e quindi della democrazia rappresentativa (cfr. M. BELLETTI, *I rischi di sbilanciamento e di contrapposizione tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa nel ddl AS n. 1089, di riforma costituzionale, recante Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 5). Cfr. anche quanto osserva A. MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23/2018. Se si vuole, v. il mio *Il costituzionalismo alla prova delle recenti proposte di riforma (con specifico riferimento alla introduzione di un referendum c.d. "propositivo")*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 148.

⁷² Cfr. G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, cit., 210 ss., 378. Sul punto, v. anche N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1995, 47.

⁷³ Gli ultimi due riferimenti testuali sono di A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018, 13. Cfr. G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa*, cit., 8. Sul "primato della cd. democrazia rappresentativa su quella cd. diretta", v. A. MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva*, cit., 12. Sul punto, cfr. quanto osserva anche P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 483.

⁷⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, a cura di N. Matteucci, Torino 2013, 185.

⁷⁵ Cfr. A. STERPA, *Come tenere insieme la "disintermediazione" istituzionale e la rappresentanza della Nazione?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 24/2018.

poco sopra, che le classiche formazioni sociali si sono attirate⁷⁶. Non si può infatti negare che non poche siano state le responsabilità, in particolare, dei partiti che hanno provocato una repulsione da parte di larghi strati della società come quella alla quale stiamo assistendo negli ultimi anni; soprattutto da un certo momento in poi, direi nel passaggio dalla c.d. “prima Repubblica” alla c.d. “seconda Repubblica”, secondo un linguaggio giornalistico (ma non certo scientifico), i partiti hanno mostrato tutti i loro limiti.

Alla sfiducia nei confronti della classe politica (e quindi di quei “luoghi” di discussione e di decisione da quest’ultima “abitati”), si è (legittimamente) accompagnata una volontà di reazione che, però, non ha fatto altro che favorire la dirompente affermazione di un leaderismo che nulla aveva a che vedere con quello del passato. Ciò che si intende dire è che se un tempo i leader (che sono ovviamente sempre esistiti) non potevano fare a meno dei corpi intermedi all’interno dei quali svolgevano un ruolo carismatico, negli ultimi decenni si è affermata sempre più l’idea dell’“uomo solo al comando”; essa è alimentata dal “virus della personalizzazione”⁷⁷ (o della “leaderizzazione”)⁷⁸ del quale sono affetti per un verso i leader di oggi, convinti come sono che possono (ed anzi devono) entrare in diretto contatto con i loro sostenitori (o, per lo meno, far credere questo) senza bisogno di “passare” dai partiti⁷⁹, e per altro verso i cittadini stessi che si trovano “al centro della scena”⁸⁰. La rete agevola tutto questo.

In generale, abbiamo assistito ad una triste involuzione, che ha improvvisamente fatto fare al nostro Paese un balzo indietro di circa 70 anni, i tentativi (maldestri) di taluni leader moderni riportando alla mente l’idea “dell’uomo solo al comando” di matrice totalitaria⁸¹. L’impressione che si ha è che una cospicua parte del popolo italiano abbia un disperato bisogno di una “guida”, di un “capo”, di qualcuno dal quale farsi “comandare” con “buona pace” della autodeterminazione, che si pensa illusoriamente di fare salva; com’è evidente, un atteggiamento del genere (mosso dalla paura e dall’incertezza di questo tempo) fa correre rischi di derive autoritarie che possono lasciare pericolosamente spazio a forme moderne di “assolutismo politico”⁸². Ciò, di fatto, si rende possibile quando inconsciamente ci si identifica con chi ha il potere, che “rappresenta ai propri occhi l’ego ideale”⁸³. Pur non volendo estremizzare, si può prendere atto della diffusa convinzione che la risoluzione dei propri (reali e concreti) problemi debba essere affidata ad un “condottiero”, che a sua volta ottiene successo per il fatto di ergersi a risolutore proprio di quei problemi, che però spesso egli stesso contribuisce (direttamente o indirettamente) a creare o ad ingigantire⁸⁴. L’uso demagogico del potere, tipico dei populistici (ma

⁷⁶ Altra questione è quella di comprendere se internet possa essere considerata una formazione sociale; sul punto, v. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana*, cit., 37 ss.; ID., *Le formazioni sociali e Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 50 ss.

⁷⁷ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 49, 98 ss., ma *passim*. In tema, v. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 100; G. MOSCHELLA, *L’incerta prospettiva della democrazia rappresentativa*, cit., 7 s.; F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 8; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”: di quale democrazia stiamo parlando?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2020, 613.

⁷⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 79.

⁷⁹ Ben si comprende il rilievo che ha assunto internet per il “social campaigning”, dando la possibilità ai candidati di entrare in diretto contatto con i propri potenziali elettori (cfr. M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 58 ss.). Da ultimo, v. G. DONATO, *Il potere senza responsabilità dei social media nelle campagne elettorali*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 2/2020, 360 ss.

⁸⁰ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 79.

⁸¹ Cfr. G. DELLEDONNE-G. MARTINICO-M. MONTI-F. PACINI, *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, Londra 2020.

⁸² Cfr. H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna 1998, 243.

⁸³ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 244.

⁸⁴ Cfr., tra gli altri, A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 103; G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 173.

anche dei sovranisti) e favorito da internet⁸⁵, non fa altro che accentuare il bisogno dei cittadini (spesso poco attenti a “leggere” in modo lucido la realtà) di rifugiarsi nel “salvatore della patria” del momento. Eppure “l’idea di democrazia implica assenza di capi”⁸⁶, che pure a certe condizioni sono necessari, come lo stesso Kelsen osserva; se è vero che un “dominio è inevitabile”, la democrazia richiede che i cittadini debbano volere essere dominati da se stessi⁸⁷. Inoltre, “la democrazia potrà realizzarsi in Italia nella misura in cui potrà realizzarsi l’educazione popolare e potrà essere contenuta la demagogia, nemica irriducibile di ogni educazione”⁸⁸.

Quanto si sta ora dicendo ha molto a che fare con l’uso che chi detiene il potere fa di internet quale straordinario strumento per accrescere il proprio consenso, entrare subito in rapido collegamento – come detto – con i propri elettori (o potenziali tali), offrire risposte immediate (in spregio di programmi politici a lungo termine e di processi da attivare), cogliere le emozioni dei cittadini e suscitare di nuove con l’uso di immagini o di poche parole veicolate tramite i social network, che divengono “produttori di consenso”⁸⁹.

Si fa strada, pertanto, la convinzione (almeno in alcuni) che la democrazia “passi” dalla rete e che le grandi potenzialità degli strumenti tecnologici possano sopperire alle mancanze dei tradizionali spazi della rappresentanza politica e all’inefficienza dei mezzi in passato utilizzati per la “edificazione” del bene comune. Così facendo, però, si stenta ad ammettere che si agevola più che l’attuazione della democrazia l’affermazione della olocrazia⁹⁰, un “sistema” governato dalle passioni del momento, dall’istinto e, quindi, come si diceva, dalla paura e dall’emotività, che viene strumentalizzata “ad uso e consumo” del leader e degli obiettivi che lui (e la sua parte politica) intende perseguire⁹¹.

La situazione che si è per sommi capi descritta non può che essere “letta” alla luce di quanto si diceva all’inizio di questo studio e cioè dello sgretolamento delle relazioni, della fragilità che connota la condizione umana in questo frangente storico, della “liquidità” dei rapporti interpersonali che a sua volta fa venire meno i punti fissi (e “solidi”, per stare nella metafora) rappresentati da quei valori trans-epocali che oggi appaiono in sofferenza. Si tratta di un “circolo vizioso” all’interno del quale l’uomo di oggi appare immerso, una spirale dalla quale è assai arduo uscire.

⁸⁵ Cfr. A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 7.

⁸⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, cit., 128 ss.

⁸⁷ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 227.

⁸⁸ ... come si espresse U. Tupini, il 5 marzo 1947 in Assemblea Costituente.

⁸⁹ C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news*, cit., 28.

⁹⁰ Com’è stato rilevato da A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale”*, cit., 8, 18; ID., *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), n. 2/2019, 73 ss.; ID., *Rischi di involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 22 e ivi v. A. SPADARO, *Cenni sulle pericolose involuzioni dello Stato costituzionale contemporaneo*, 4. Cfr. anche A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 12 s.; I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza*, cit., 185.

⁹¹ Paradigmatica è stata la campagna d’odio e di intolleranza nei confronti dei migranti, che non ha fatto altro che suscitare paure che qualche leader ha promesso di fugare (dopo averle alimentate). Le statistiche dimostrano che la percezione del problema è molto lontana dalla realtà. Ciò non può che avere una sola causa che deve essere addebitata a chi ha fomentato quelle paure, magari attraverso la diffusione di dati non sempre attendibili che il comune cittadino non ha voglia e modo di poter verificare. Non vi è chi non veda come, a tal proposito, i mass media abbiano grandi responsabilità a motivo del ruolo cruciale che hanno nel veicolare le notizie; al riguardo, cfr. quanto osserva G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 25 s.

Cfr. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 104, ma *passim* (a proposito dell’odio che viene suscitato nei confronti degli stranieri, l’A. discorre di “para-fascismo”: 114). In tema, v. anche M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 67; A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 8; M. MANETTI, *Regolare internet*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 3 giugno 2020, 6 ss.

Non si può, a mio avviso, ben comprendere il largo uso che oggi si fa dello strumento telematico da parte della classe politica senza prendere in seria considerazione le cause che hanno favorito il successo, in particolare, dei social network.

Esse, infatti, costituiscono i presupposti fondamentali da cui deve muovere l'indagine, ma al contempo divengono il punto di arrivo della stessa. In estrema sintesi, si potrebbe dire che i politici di oggi fanno i loro "comizi" nelle "piazze virtuali" perché sanno che lì trovano i cittadini, con le loro paure, fragilità ed incertezze delle quali servirsi⁹² (sebbene, anche in questo caso, non si voglia generalizzare).

Però, nel momento in cui i leader (o presunti tali) raggiungono gli utenti del web, questi ultimi vengono considerati non nella loro inimitabile individualità e personalità, ma come "massa indistinta"⁹³, un insieme di "profili" e non di uomini e donne portatori di bisogni da ascoltare dalla loro stessa voce, dei quali incrociare gli sguardi ed ai quali manifestare una prossimità che sia "reale" e non solo "virtuale". Tuttavia, "la democrazia è fondata sugli individui, non sulla massa"⁹⁴. Il più diretto e agognato obiettivo è quello di aumentare i *followers*, che non sono altro che i *fan*, i seguaci dell'"eroe" di turno (le virgolette sono d'obbligo).

In una sorta di eterogenesi dei fini, quella situazione di instabilità esistenziale che aveva condotto quei cittadini in rete, alla ricerca di nuovi "amici" che potessero colmare il senso di vuoto e di solitudine avvertiti nel mondo "offline", non fa altro che aggravarsi.

Le risposte (anche provenienti dalla classe politica) che il web offre, specie quando non supportate da ricerca scientifica, rischiano di rivelarsi effimere; gli "amici" possono essere passeggeri, come dimostra il fatto che con un semplice clic, volendo, è possibile in qualunque momento porre (unilateralmente) fine ad un rapporto virtuale. Dal vivo, sarebbe molto più difficile, come opportunamente rileva Bauman⁹⁵.

Dal suo canto, il che è altrettanto grave, anche il cittadino di oggi tende inconsciamente a farsi "uomo-massa"⁹⁶ che si compiace (dell'illusione)⁹⁷ del rapporto diretto con il proprio leader di riferimento (aspetto che lo accomuna ad altre migliaia di suoi simili) e si preoccupa di risolvere i problemi del momento più che investire in elaborati progetti a lungo termine.

Se questa, in estrema sintesi, appare la realtà con la quale confrontarci, occorre adesso fermare l'attenzione sull'enorme risalto che oggi viene dato ad internet come panacea del deficit democratico⁹⁸ che si avverte nel nostro ordinamento, provando a dimostrare come tale deficit sia destinato ad aggravarsi se non si apportano taluni correttivi alla deriva verso la quale stiamo tendendo.

Conviene, infatti, perseguire al riguardo un sano pragmatismo che consenta di rifuggire da ogni atteggiamento utopistico o distopico rispetto al fenomeno della rete, che evidentemente non è né da idealizzare né da demonizzare.

⁹² M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 64. Che la rete fosse un "luogo profondamente concreto e capace di accogliere nel suo senso [...] le più 'umane' inclinazioni ed esigenze" lo ha rilevato molti anni addietro anche P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 1.

⁹³ G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 143.

⁹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 18.

⁹⁵ Cfr., ad es., quanto Z. BAUMAN osserva in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 183; ID., *La vita tra reale e virtuale*, cit., 46.

⁹⁶ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 37.

⁹⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 116; E. RIPEPE, *Conclusioni*, in AA. VV., *Internet e democrazia*, cit., 368; A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 86. Al riguardo, v. anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 4, 12 s.

⁹⁸ Cfr., per tutti, P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 599.

4.1 Internet e il malinteso suo ruolo per la democrazia

L'idea è chiara: grazie ai diretti ed immediati collegamenti tra base elettorale ed esponenti politici i secondi possono più agevolmente convincere ed anche adulare⁹⁹ i primi (com'è tipico del populismo) ed i primi possono essere interpellati e coinvolti (almeno apparentemente)¹⁰⁰ nelle scelte che devono prendere i secondi. Come si diceva, è diffusa la convinzione che internet possa mostrarsi idoneo a realizzare la democrazia diretta e che quest'ultima sia l'unica "forma" di democrazia possibile, l'unica modalità che consenta – secondo una visione nella quale io non mi ritrovo – di realizzare la democrazia *tout court*. Questa logica "va a sbattere" impietosamente con le parole di Hans Kelsen, per il quale "la democrazia dello Stato moderno è la democrazia indiretta"¹⁰¹, ma anche con quelle di Alexis de Tocqueville poco sopra riportate.

Ecco perché, mettendo in ordine quanto si è detto fin qui, per alcuni la democrazia "è" internet; la voluta forzatura di questa espressione può rendere l'idea della visione populista. Se negli anni '90, in Italia, gli stessi obiettivi si raggiungevano attraverso un uso studiato e strategico della televisione, oggi, alla luce dell'evoluzione della scienza e della tecnica, lo strumento nelle mani della classe politica è, appunto, internet e, nello specifico, i social network.

Si proverà ora a chiarire per quali ragioni quest'assunto non è condivisibile; è possibile, infatti, mettere in luce gli aspetti dai quali emergono "equivoci" di fondo che rendono problematico il rapporto tra internet e democrazia, così come da alcuni ricostruito¹⁰².

Prendendo le mosse dal già cit. fenomeno di disintermediazione che è causato da internet, non si può fare a meno di rilevare che saltando il passaggio dai partiti e dai corpi intermedi in genere viene meno un fondamentale momento per la democrazia, si spezza una preziosa cinghia di "trasmissione di domande sociali alle istituzioni"¹⁰³. Sulla scia dell'insegnamento di Hans Kelsen (e con le sue parole), si può affermare che "solo l'illusione o la ipocrisia può credere che la democrazia sia possibile senza partiti politici"¹⁰⁴. Se si concorda nel ritenere che la politica è (o dovrebbe essere) virtù al servizio del bene comune¹⁰⁵, occorre osservare che quest'ultimo non possa essere considerato la somma dei "beni individuali", ma la "sintesi" degli stessi, la quale non può che venire dall'ausilio di strumenti che favoriscano l'individuazione dei bisogni umani ed i modi più opportuni per soddisfarli (non solo nell'immediatezza, ma nel lungo periodo, cercando di incidere sulle cause strutturali che li ingenerano). Tutto questo, com'è evidente, richiede luoghi e

⁹⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 140.

¹⁰⁰ Non si può fare a meno di rilevare che la "velocità" e la "capillarità" con le quali circolano le notizie sul web condizionano i destinatari, "prima ancora che riescano a formarsi una loro opinione" (M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 63).

¹⁰¹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 72. Il maestro praghese osserva, infatti, che "per lo Stato moderno l'applicazione di una democrazia diretta è praticamente impossibile" (74); ID., *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, cit., 156. Non a caso, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 49, ha osservato che "nessuno può immaginare uno stato che possa essere governato attraverso un continuo appello al popolo", che di fatto è quanto si vorrebbe realizzare per via telematica. A quest'ultimo riguardo, di recente, cfr. A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 7 s.

¹⁰² Cfr. A. VALASTRO, *Internet e strumenti partecipativi*, cit., 247 ss.

¹⁰³ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 105.

¹⁰⁴ Nell'ormai amplissima letteratura relativa al fondamentale ruolo dei partiti per la democrazia, per tutti, v. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 64 (cfr. 62 ss., *ma passim*); S. GAMBINO, *Partiti politici e forma di governo*, Napoli 1977, 14 s., *ma passim*; ID., *Partiti politici e Parteienstaat*, in *Pol. dir.*, n. 2/2018, 169 ss.; ID., *Popolo e democrazia (sotto scacco), fra partiti politici in crisi e populismi*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. online*, n. 1/2020, 24, *ma passim*; G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 140; P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, 85, 88.

¹⁰⁵ Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, 1252a e 1282b, che pure era molto critico nei confronti della democrazia, come ricorda anche H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 265, *ma passim*.

tempi di discussione¹⁰⁶; non si deve sottovalutare, infatti, che “la democrazia è discussione”¹⁰⁷ e “la volontà dello Stato”, che deve essere orientata al bene comune, “può essere il risultato di un compromesso”¹⁰⁸, nel senso etimologico del lemma che, com’è noto, rimanda ad un venirsi incontro e al farsi reciproche concessioni. Si tratta, quindi, della necessità (democratica) di “abbandonare ciò che separa” a beneficio “di ciò che unisce”¹⁰⁹.

A questi fini, appare insostituibile la funzione che svolgevano (e che ci si augura possano tornare a svolgere) i corpi intermedi¹¹⁰, che ancora oggi dovrebbero agire – come detto – da filtro per poter andare al cuore dei problemi e saperli fronteggiare nel modo più opportuno nell’interesse dell’intera Nazione. È più che ovvio che quanto ora detto non può aversi tramite i social network che non prevedono il passaggio dai partiti e che, in ogni caso, non consentono l’ascolto e il confronto a voce, che rimangono invece ineliminabili.

Quanto ora osservato si collega ad un altro fondamentale aspetto che non può mancare in un sistema che miri ad essere autenticamente democratico. Come detto, la rete favorisce il “botta e risposta”, l’immediatezza, ben gradito al cittadino di oggi che cerca di colmare la sua congenita inquietudine e la sua irrequietezza con la smania di avere “tutto e subito”. La democrazia, come si diceva poco sopra, richiede invece dibattito, confronto, incontro ed anche scontro (nei limiti della normale dialettica). Ciò, pertanto, non può fare a meno di una buona (e salutare) dose di fatica e di fisiologici tempi che appaiono necessari per il discernimento¹¹¹ funzionale alla decisione finale, alla scelta politica¹¹². Tutto questo, ancora una volta, non è possibile nella rete, dove invece si assiste ad “un’accelerazione eccezionale di tutti i processi politici” (oltre che ad una loro “dilatazione”)¹¹³. Ammesso pure che si provi a dibattere dietro lo “scudo” di un monitor, non si può negare che ciò non faciliti la comprensione reciproca, l’empatia (qualità necessaria per giungere ad un punto di incontro), la possibilità di esporre (e argomentare) le proprie ragioni in modo efficace¹¹⁴.

A ciò si aggiunga che viene svilito l’imprescindibile ruolo del dissenso, che appare fondamentale nella decisione politica¹¹⁵; quest’ultima, infatti, per essere davvero il naturale e fisiologico esito di un processo democratico, non può che porsi a sua volta quale prodotto della volontà della maggioranza con il minor sacrificio possibile della minoranza, che deve avere sempre la possibilità di divenire maggioranza in futuro¹¹⁶. In altri termini, la decisione politica è frutto anche del dissenso e anche grazie a quest’ultimo si forma. Invece, non di rado si assiste (o si rischia di assistere) all’espulsione da un gruppo o da una piattaforma telematica di chi si mostra di non

¹⁰⁶ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 472.

¹⁰⁷ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 246. Nello stesso senso, v. G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 21.

¹⁰⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 105; ID., *Il problema del parlamentarismo*, cit., 178 s.; ID., *I fondamenti della democrazia*, cit., 246, 269 s.

¹⁰⁹ H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, in ID., *Essenza e valore della democrazia*, Torino 2004, 73.

¹¹⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 45.

¹¹¹ Cfr. A. STERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione”*, cit., 21; S. LABATE, *La virtù democratica. Un rimedio al populismo*, Roma 2019, 63.

¹¹² Cfr. M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 71.

¹¹³ I riferimenti testuali sono tratti da M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 133; v. anche E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica: Internet, partecipazione politica e diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2019, 99 s.

¹¹⁴ C.R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton-New York 2007; M. BASSINI, *Rise of Populism and the Five Star Movement model: An Italian Case Study*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2019, 302 ss.

¹¹⁵ Cfr. quanto osserva N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 58 ss. Di un’altra idea pare D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali*, cit., 8 s.

¹¹⁶ Per tutti, cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 100 ss.; ID., *Il problema del parlamentarismo*, cit., 177; ID., *I fondamenti della democrazia*, cit., 245 s., 269.

concordare con il leader di turno e con la maggioranza che lo acclama e lo segue¹¹⁷; in ogni caso, la possibilità di “silenziare” subito chi la pensa diversamente è consentita dalla tecnologia. Qualora lo si volesse fare basterebbe un clic; com’è chiaro, questo tema attiene al grave problema della democrazia interna al “partito cybercratico”¹¹⁸. Insomma, la rete non sembra il “luogo” più favorevole per dissentire, anche perché i “leoni da tastiera” sono subito pronti ad attaccare con “ruggiti” di insulti e con attacchi denigratori¹¹⁹ dando vita ad una sorta di “squadrismo” che riporta indietro nel tempo¹²⁰. Eppure “uno dei principi fondamentali della democrazia è che ognuno deve rispettare l’opinione politica degli altri, giacché tutti sono uguali e liberi”¹²¹. A questa logica, si oppone il “settarismo” e “l’intransigenza” verso chi la pensa diversamente, due problemi che la rete aggrava ed a causa dei quali “la democrazia si sgonfia come un pallone bucato”¹²².

Si deve inoltre constatare che internet favorisce la presenza di gruppi “chiusi”, all’interno dei quali – almeno tendenzialmente – vi è una comunanza di visioni (altrimenti, con molta probabilità, non sarebbe autorizzato l’ingresso e la permanenza all’interno di essi); si tratta di vere e proprie “bolle”¹²³ o “echo chambers”¹²⁴. Ciò, com’è ovvio, non favorisce il pluralismo delle idee¹²⁵, il contraddittorio, la critica costruttiva, la “convivialità delle differenze” (per usare la celebre e pregnante espressione di don Tonino Bello)¹²⁶. La democrazia, invece, non può fare a meno dei diversi punti di vista¹²⁷ e finanche del conflitto che è ad essa connaturato¹²⁸ che, quale componente del dialogo, non si deve temere¹²⁹; proprio dal conflitto, anzi, possono nascere nuovi processi alla ricerca dell’unità¹³⁰. L’“unanimità” non si addice alla democrazia¹³¹. Internet, invece, è “zona di sicurezza” (proprio per il fatto di favorire relazioni tra persone che tendenzialmente sono accomunate dalle stesse opinioni), è “zona priva di conflitto”¹³². In passato, nei partiti non mancavano contrasti interni, alle volte anche particolarmente aspri, che di certo non portavano alla espulsione dei dissenzienti con la velocità e la perentorietà di un semplice clic; si ritrovavano

¹¹⁷ Cfr. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 131.

¹¹⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 113.

¹¹⁹ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, cit., 76. Sulla difficoltà a dissentire su internet, cfr. P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 612. Cfr. anche FRANCESCO, *Fratelli tutti*, 44.

¹²⁰ Cfr. E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica*, cit., 105.

¹²¹ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 269.

¹²² M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 67.

¹²³ Cfr. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 6; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vecchi rimedi o nuove regole?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 24/2018, 19 s., ma *passim*; M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 70, 77 ss.; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 112; ID., *La svolta*, Bologna 2019, 171. In argomento, v. anche G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 15 ss., 42 ss.

Già nel 2011, S. RODOTÀ, *Informazione e nuove tecnologie*, cit., 102, metteva in luce che sulla rete, come sempre avviene nella vita reale, si è portati ad entrare in contatto con coloro che – condividendo con noi punti di vista simili – possono rinsaldarci nei nostri convincimenti.

¹²⁴ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 11 s.; C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news*, cit., 30; E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica*, cit., 96 s. e 99. Sul punto, di recente, v. anche G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 361; M.N. CAMPAGNOLI, *Social media e information disorder: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte prima – Le fake news)*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), n. 2/2020, 1547 s.

¹²⁵ Su pluralismo e internet, cfr. O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell’era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta Online* (www.giurcost.org), 10.02.2014. Cfr. anche A. PAPA, *La problematica tutela del diritto all’autodeterminazione informativa nella big data society*, in questi stessi scritti. Da ultimo, al riguardo, si è espresso anche FRANCESCO, *Fratelli tutti*, 45.

¹²⁶ *Scritti di pace*, Molfetta (Ba) 1997, 64.

¹²⁷ Cfr. M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 17, 64 s.

¹²⁸ Cfr., tra i tanti, S. LABATE, *La virtù democratica*, cit., 14 s., ma *passim*.

¹²⁹ Cfr. FRANCESCO, *Discorso ai delegati al V Convegno nazionale della Chiesa Italiana*, Firenze 10 novembre 2015.

¹³⁰ Cfr. FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, 227 s.

¹³¹ Cfr. S. LABATE, *La virtù democratica*, cit., 73.

¹³² Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, cit., 63 s.

“insieme persone che partivano da punti di vista diversi, dibattevano, convincevano e si facevano convincere”¹³³.

Non si trascuri poi l'efficacia “invisibile” dei *cookies* che suggeriscono a chi controlla la rete¹³⁴ quali sono i gusti degli internauti e favoriscono la raccolta dei c.d. *big data*¹³⁵, per poter orientare in modo subdolo e strisciante i loro convincimenti verso i fini che ci si propone. Un algoritmo, tramite i *cookies*, riesce a captare gli interessi dei naviganti e, sulla base di questi, può manipolarne la libertà, la volontà e quindi l'autonomia, che non è quindi reale¹³⁶. In altre parole, a fronte del potere dell'algoritmo (o, se si preferisce dire, dell'“algoritmo al potere”)¹³⁷, la democrazia appare minacciata; non vi è chi non veda come quel “rendiconto quotidiano sull'esercizio del potere” che essa richiede non è facile da esercitare sugli algoritmi, la “dittatura” dei quali è favorita dal fatto che il potere viene esercitato in modo “invisibile, nascosto”¹³⁸. Non c'è dubbio che la democrazia sia in crisi tutte le volte in cui il *kratos* non è attribuito al *demos* (che lo deve esercitare nei limiti della Costituzione), ma è “collocato” altrove; com'è stato fatto notare, pare farsi strada una “algocrazia”¹³⁹.

A proposito di quanto si sta ora dicendo, non sempre è chiaro chi ci “sia” dietro un sito, un blog, una piattaforma. In altre parole, chi controlla la rete? Chi è che “getta la rete nel mare aperto” di internet per raccogliere i “pesci” che vi rimangono impigliati? Il valore della trasparenza, quindi, sembra essere esposto a non pochi rischi¹⁴⁰ e ciò rende ancora più problematica l'idea di affidare ogni decisione politica (seppure indirettamente) all'agorà telematica.

In stretta connessione a quanto ora detto, non si sottovaluti che non sarebbe materialmente possibile interpellare i cittadini su ogni questione (essi dovrebbero essere perennemente connessi)¹⁴¹, apparendo infatti “utopistica”¹⁴² una convinzione del genere; la “democrazia dei sondaggi”, che in parte si sta facendo strada, non può realizzare una vera democrazia¹⁴³, se si considera che chi si esprime spesso non ha “un livello informativo adeguato ad affrontare soluzioni

¹³³ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 171.

¹³⁴ Per tutti, v. J. GOLDSMITH-T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, New York 2006.

¹³⁵ Al riguardo, per tutti, v. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, cit., 78.

¹³⁶ Cfr. A. D'ATENA, *Tensioni e sfide*, cit., 15; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali*, cit., 6 s.; A. STERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione”*, cit., 3 s.; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 7/2019, 15 ss.; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., VIII, 10, 76. Come osservano questi AA., “ciò che in rete è visibile o non visibile dipende da chi definisce le regole del web. E ciò che non è visibile, nel nuovo mondo digitale, rischia di non esistere” (11); E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica*, cit., 57 ss., spec. 80, ma *passim*; P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 6 ss.; E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, in questi stessi scritti; M. MANETTI, *Regolare internet*, cit., 14 ss.; M.N. CAMPAGNOLI, *Social media e information disorder: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte prima – Le fake news)*, cit., 1545.

¹³⁷ M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 19 ss. Sul punto, cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 13 ss.

¹³⁸ M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 28 s.

¹³⁹ A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, in questi stessi scritti.

¹⁴⁰ Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 392 s.; cfr. anche quanto questo A. osserva in *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, cit., 12.

Per stare a tempi relativamente recenti, si pensi alla vicenda di Cambridge Analytica; sul punto, tra i tanti, v. P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 2/2018, 7; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 107; G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 22 s.

¹⁴¹ Cfr. S. CASSESE, *La svolta*, cit., 126, 178. Si veda quanto già affermava in passato N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 14.

¹⁴² S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 24.

¹⁴³ Come rileva anche G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 139. Sul punto, cfr. anche P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 484; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 55 ss.; Id., *Informazione e nuove tecnologie*, cit., 101. Criticamente nei confronti della c.d. “sondocrazia” si esprime anche D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali*, cit., 11.

complesse¹⁴⁴ ed ha solo la possibilità di “sbarrare” una casella sulla base delle spinte emotive del momento¹⁴⁵ e non di discutere quella scelta e quindi arrivare ad una decisione come esito di un ragionamento personale che si sia dapprima confrontato con quello altrui. A ciò si aggiunga, come si diceva poco sopra, che il consenso si potrebbe formare in modo non libero, ma potrebbe essere manipolato¹⁴⁶.

Si pensi, pertanto, alle criticità che presenterebbero iniziative legislative popolari formatesi in rete¹⁴⁷, alle quali parteciperebbe – ad essere realisti – solo una minima parte del corpo elettorale; verrebbero fatalmente esclusi moltissimi che per età, per condizioni economiche o tecniche, per scarsa formazione non avrebbero alcuna possibilità di accesso ad internet. In generale, si pone infatti un problema di “fruibilità” da parte del “cittadino-utente” del frutto “dell’attività informatica pubblica”¹⁴⁸, di talché finirebbero per decidere solo coloro che hanno la possibilità di usare le nuove tecnologie. Si rischia così di “approda[re] ad una sorta di regime di élites ‘casuali’”¹⁴⁹.

Quanto da ultimo detto sembra quindi confermare che attraverso la via telematica difficilmente può attuarsi la democrazia, che invero non sarebbe neanche realmente diretta (anzi, è “maldestramente” considerata tale)¹⁵⁰, essendo piuttosto – come ha osservato L. D’Andrea – “eterodiretta”¹⁵¹ ossia diretta da altri, siccome influenzata e condizionata da chi decide quali e quando talune scelte siano da sottoporre a quella parte di popolo che “abita” il web¹⁵². In maniera *tranchant*, ad avviso di Bobbio, “l’ipotesi che la futura computer-crazia [...] consenta l’esercizio della democrazia diretta [...] è puerile”¹⁵³.

Com’è noto, poi, le scelte (e quindi la libertà di manifestazione del pensiero)¹⁵⁴ vengono condizionate dalle c.d. *fake news*, notizie false che internet amplifica¹⁵⁵ e che sviano gli elettori e li disorientano, per indirizzarne le preferenze verso decisioni che non possono che essere viziate da una volontà – ancora una volta – non liberamente (ma artatamente) formatasi. Ciò è possibile a

¹⁴⁴ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 10.

¹⁴⁵ Cfr. A. MORELLI, *I rischi della riforma del divieto di mandato imperativo*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 82.

¹⁴⁶ Cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 42. Sui rischi della manipolazione del consenso che si accompagnano alla c.d. “democrazia digitale”, v., tra i tanti, anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 60; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., spec. 10 s.

¹⁴⁷ Se si vuole, tra gli altri, v. il mio *Il costituzionalismo alla prova delle recenti proposte di riforma*, cit., 143 ss.

¹⁴⁸ Così, quasi testualmente, si esprime P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 391.

¹⁴⁹ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 112.

¹⁵⁰ Cfr. G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica*, cit., 255. Da ultimo, P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 612, considera “fuorviante il riferimento alla democrazia diretta”.

¹⁵¹ ... o “pseudo-diretta”, come ha rilevato A. RUGGERI, *Rischi di involuzione autoritaria*, cit., 22. Sul punto, v. anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 9.

Che si corra il rischio di “approda[re] ad una sorta di regime di élites ‘casuali’” lo diceva circa vent’anni addietro S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 112.

¹⁵² Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 477; F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma 2019, 55. Al riguardo, v. quanto osserva in riferimento all’esperienza del Movimento 5 Stelle, P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 612.

¹⁵³ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 14.

¹⁵⁴ Cfr. A. MORELLI-O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018, 15; O. POLLICINO, *Freedom of expression and the European approach to disinformation and hate speech: the implication of the technological factor*, in questi stessi scritti.

¹⁵⁵ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 18 ss. Sui diversi tipi di *fake news*, v. M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2017, 15 ss.; G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 9 ss.; A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle fake news*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 20/2020 (24 giugno 2020), 105 ss.

causa della difficoltà di individuare su chi grava la responsabilità (anche a causa dell'anonimato)¹⁵⁶, quest'ultima apparendo sempre più distante da chi realmente esercita il potere online¹⁵⁷. Questa stortura del sistema, evidentemente, viene sfruttata da chi diffonde le notizie false, utilizzate per favorire la permanenza del singolo utente in una data piattaforma¹⁵⁸.

La democrazia, però, richiede un "ragionare insieme" la cui "integrità" pretende che sia "rispettata la verità dei fatti"¹⁵⁹. È palese che, con le *fake news*, si mina fin dalle fondamenta la sovranità popolare¹⁶⁰, per quanto si voglia far credere che è proprio essa che si intende valorizzare attraverso l'uso delle piattaforme digitali, che in definitiva sono "poteri privati che esercitano funzioni para-costituzionali"¹⁶¹.

Inoltre, se non si erra nell'affermare che la democrazia si regge, come mi sono andato convincendo nel tempo, su due pilastri, quello della cultura¹⁶² e quello della partecipazione¹⁶³, ben si comprende che entrambi rischiano di scricchiolare: il primo proprio a causa delle *fake news* ed il secondo a motivo della già richiamata esclusione di tanti cittadini dalla possibilità di accedere alla piazza virtuale.

Infine, non poche perplessità in merito alla trasparenza e alla effettiva partecipazione solleva anche il "voto elettronico"¹⁶⁴, la cui segretezza sarebbe tutta da dimostrare e dal quale rimane esclusa – ancora una volta – gran parte degli elettori.

Quelle adesso esposte sono solo alcune delle ragioni, a mio parere tra le più rilevanti, per le quali non è possibile credere in modo incondizionato nella c.d. "democrazia elettronica"¹⁶⁵ (o "virtuale"¹⁶⁶ o "digitale"¹⁶⁷), la cui "consistenza" appare "alquanto ridotta"¹⁶⁸; essa, anzi, appare "una espressione degenera della democrazia *tout court*"¹⁶⁹.

¹⁵⁶ Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 18; M. NISTICÒ, *Identità digitale e diritto al nome: il problema dell'usurpazione e la questione dell'anonimato*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 311 ss.; G. RESTA, *L'anonimato in Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 66 ss.; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 112; G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 34 ss.; G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 27 ss.

¹⁵⁷ In argomento, da ultimo, v. G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 360 ss., spec. 363.

¹⁵⁸ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., spec. 21. Al riguardo, v. anche G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 361.

¹⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 21 s.

¹⁶⁰ Cfr. M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 28 s. Sulla crisi della sovranità popolare, cfr. quanto rileva G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa*, cit., 3.

¹⁶¹ O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2019, 10.

¹⁶² Sulla cultura quale "precondizione" per la democrazia, v. tra gli altri L. CARLASSARE, *Informazione radiotelevisiva e il ruolo del pluralismo*, in AA. VV., *L'informazione*, cit., 109. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 7, e A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf*, cit., 8.

¹⁶³ Cfr. M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione: note preliminari (per l'effettività dei diritti sociali)*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3 settembre 2012, 11.

¹⁶⁴ In argomento, v. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 475; L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 1/2011, 47 ss.; ID., *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino 2011, 32 ss.; ID., *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 425 ss.; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 503 s.; M. ROSPI, *Internet e diritto di voto*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 263 ss.; S. SCAGLIARINI, in questi stessi scritti; F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 6/2020, 216 ss.; M. FARINA, *Il diritto di voto alla fermata del "binario elettronico"*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 608 ss.

¹⁶⁵ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit.; ID., *L'informazione*, cit., 67 ss.; T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 158 ss.

¹⁶⁶ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 45 ss.

In particolare, quanto ora detto sembra sufficiente a dimostrare che internet non può di per sé garantire la democrazia, la quale può inverarsi tramite l'uso di internet solo a certe condizioni, che adesso si proverà a richiamare. Ecco perché la democrazia oggi non si può identificare con il governo del popolo "internettiano" o, se si preferisce dire, telematico. La fiducia che internet possa giovare alle decisioni politiche può essere di chi lo controlla, ma è inspiegabile che lo sia per i tantissimi elettori che invece vengono guidati come "marionette" nei meandri della rete o che comunque, non volendo esagerare, vengono molto condizionati nelle proprie scelte. L'unica possibilità, che invero appare alquanto reale¹⁷⁰, è che essi siano del tutto inconsapevoli di quanto qui esposto, ma questo di certo non migliora la situazione, anzi l'aggrava.

5. Democrazia "e" internet

A questo punto giunti, avendo escluso sia che la democrazia ed internet siano irriducibilmente incompatibili (e quindi alternativi) e sia che si possano "identificare", è possibile adesso valutare la terza opzione e provare a comprendere se ed in che modo l'una e l'altro possano convivere e siano conciliabili. Come ormai dovrebbe risultare chiaro alla luce delle considerazioni finora svolte, l'idea che si ha è che fra le tre strade qui prospettate quella ora in esame sia bisognosa di essere percorsa, sebbene non sia piana e nasconda talune insidie. Sbrigativamente si potrebbe osservare che i modi per conciliare democrazia e internet sarebbero insiti, sotto forma di "rimedi", ai problemi sopra elencati a causa dei quali – si potrebbe dire – internet "non è tutto" per la democrazia; basterebbe ripercorrere punto per punto quanto già detto per individuare le soluzioni alle distorsioni alle quali negli ultimi anni è andato incontro l'utilizzo spregiudicato degli strumenti tecnologici. Tuttavia, si ritiene opportuno fare un passo indietro ed inquadrare la questione, ancora una volta, su un piano teorico.

Se internet – come osservato in apertura – si pone al servizio dei diritti inviolabili dell'uomo¹⁷¹, esso può rendersi funzionale anche alla democrazia, proprio per il legame inscindibile che intercorre tra quest'ultima e i diritti stessi¹⁷²: "la democrazia fa tutt'uno con la salvaguardia delle libertà"¹⁷³; tuttavia, non è scontato che ciò avvenga, a motivo dei tanti pericoli che rischiano di fare cadere "i diritti nella 'rete' della rete"¹⁷⁴. Abbagliati dalle possibilità di espansione dei diritti non dobbiamo, di certo, sottovalutare i simmetrici rischi di involuzione dei diritti stessi, che può essere provocata dalla difficoltà di garantire la riservatezza dei dati personali¹⁷⁵; a ciò si aggiunga, sebbene riguardi qualche profilo diverso, il problema dei *cookies* al quale si è già accennato. Per ciò che interessa il presente studio, pur non essendo possibile soffermarsi su questo punto meritevole di più adeguata riflessione, non si trascuri il fatto che la democrazia non può fare a meno del rispetto della *privacy*, non fosse altro perché la capacità di autodeterminazione dei

¹⁶⁷ M. AINIS, *Democrazia digitale*, in *Rass. parl.*, n. 2/2013, 263 ss., spec. 268 ss.

¹⁶⁸ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 476.

¹⁶⁹ A. RUGGERI, *Rischi di involuzione autoritaria*, cit., 22.

¹⁷⁰ ... come conferma E. CATELANI, *Fake news e democrazia*, cit., 14.

¹⁷¹ In argomento, v. i contributi contenuti in AA. VV., *The Internet and Constitutional Law*, cit., e, spec., O. POLLICINO-G. ROMEO, *Concluding remarks: internet law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication*, 234 ss.

¹⁷² Cfr., tra i tanti, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1995, 6 s.; Id., (voce) *Democrazia*, in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino 2004, 239; F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 21.

¹⁷³ A. RUGGERI, *Rischi di involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 24, ma v. anche 26.

¹⁷⁴ F. PIZZETTI, *I diritti nella "rete" della rete*, cit.

¹⁷⁵ Su tali questioni, si veda almeno quanto osserva F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 7 ss.

cittadini (ma anche degli avversari politici) verrebbe messa a rischio se i dati sensibili dei singoli (che, evidentemente, attengono anche alla personale visione del mondo) fossero nella disponibilità dei leader politici, i quali potrebbero farne l'uso che preferiscono, anche al servizio di nuove forme di autoritarismo.

D'altra parte, come detto, internet è strumento prezioso per la libertà di informazione che, a sua volta, secondo una "concezione 'funzionalista'", non solo si pone al servizio della libertà di manifestazione del pensiero ma è anche in grado di "portare a concretezza altri valori primari dell'ordinamento costituzionale, quali l'esercizio del diritto-dovere di voto, la partecipazione politica ed il pluralismo democratico"¹⁷⁶. In altri termini, come la stessa Consulta ha avuto modo di rilevare, l'informazione è una "condizione preliminare" e "presupposto insopprimibile" dello Stato democratico¹⁷⁷.

Occorre, però, avere la consapevolezza che idolatrare il progresso scientifico appare assai pericoloso per la democrazia, che rischierebbe di non poter rimanere in vita per cedere il passo alla tecnocrazia con la quale si pone in antitesi¹⁷⁸. Si tratta cioè di valorizzare la scienza (e i suoi prodotti) senza mai trascurare (o, peggio, mortificare) quella che Amartya Sen ha chiamato "capacitazione", ossia – in sostanza – la possibilità riconosciuta agli esseri umani (aggiungo, sia a livello individuale che collettivo, come *demos*) di "vivere il tipo di vita al quale danno valore"¹⁷⁹.

Lo sviluppo, infatti, secondo questa suggestiva impostazione, non può che essere misurato sulla base della crescita delle libertà umane, che non è solo il fine dello sviluppo stesso ma anche il mezzo per realizzarlo¹⁸⁰; tuttavia, "senza adeguate ed efficaci forme di protezione dei dati, e senza migliorare la tutela della libertà per ogni uomo di proteggere la sua sfera di riservatezza, noi rischiamo concretamente che il progresso della rete ci porti non alla libertà infinita, ma al passato nel quale ognuno era *homo hominis lupus*"¹⁸¹. Non potrebbe infatti trattarsi di vero sviluppo qualora i prodotti del progresso scientifico, nell'offrire agli esseri umani possibilità prima sconosciute, dovessero limitare, ad es., per ciò che qui interessa, la libertà di manifestazione del pensiero (a causa di latenti manipolazioni della volontà). Per riprendere quanto si diceva in precedenza, il progresso è davvero tale se è *al servizio* dell'uomo e non se *si serve* di quest'ultimo. Ciò che si intende dire è che "i fini e i mezzi dello sviluppo esigono che sia privilegiata la prospettiva della libertà; questo punto di vista considera gli esseri umani creature che – dandogliene – s'impegnano attivamente a forgiare il proprio destino e non si limitano a ricevere passivamente i frutti di un qualsiasi programma di sviluppo, anche ben congegnato"¹⁸². Il richiamo alla libertà non implica l'adozione di una prospettiva liberista (o individualista); nella impostazione teorica qui considerata, infatti, le libertà non possono che tradursi in "impegno sociale"¹⁸³ al servizio del bene comune. A sua volta, "l'esercizio della libertà è mediato dai valori, ma i valori sono soggetti [...] all'influenza della discussione pubblica e dell'interazione sociale, e su queste

¹⁷⁶ P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 341.

¹⁷⁷ Corte cost. n. 348 del 1990, p.to 2 del cons. in dir., sulla quale v. anche E. CATELANI, *Fake news e democrazia*, cit., 13.

¹⁷⁸ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 23.

¹⁷⁹ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano 2001, 24 (v. anche 293, ma *passim*). Similmente Martha Nussbaum si basa su un approccio basato sulle "capacità umane, vale a dire su ciò che le persone sono realmente in grado di fare e di essere, avendo come modello un'idea intuitiva di vita degna della dignità di un essere umano" (v. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, Bologna 2001, 19, che non manca di mettere in luce talune differenze, unitamente ad alcuni punti di contatto, tra la sua impostazione e quella di Sen: 25 ss.).

¹⁸⁰ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 41, 57, ma *passim*.

¹⁸¹ F. PIZZETTI, *I diritti nella "rete" della rete*, cit., 59.

¹⁸² A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 58.

¹⁸³ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 6, 282 ss.; *Id.*, *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari 2011.

agiscono le libertà partecipative¹⁸⁴. Anche queste ultime, com'è ovvio, devono essere garantite per potersi discorrere di sviluppo, essendo al tempo stesso "mezzi" e "fini" di quest'ultimo¹⁸⁵. Quanto ora detto induce a riflettere su un altro aspetto.

Ben si comprende che l'uso smodato di internet rischia di (o forse mira a) soffocare la discussione pubblica, a discapito quindi dei valori che quest'ultima tutela (e quindi delle stesse libertà partecipative)¹⁸⁶ ed a vantaggio di discussioni che nella sostanza sono riservate a pochi¹⁸⁷; è singolare, peraltro, constatare che proprio chi si erge a forza politica "antielitaria" finisca per coinvolgere nei dibattiti virtuali comunque un'élite di elettori, che è solo diversa da quella che mira a contrastare ma sempre tale è¹⁸⁸. La prima scrematura, com'è ovvio, è data dal fatto che, come detto, non tutti hanno la possibilità di accedere alla rete; a ciò si aggiunga che si può scegliere di condividere il proprio pensiero solo tra i c.d. "amici" o comunque all'interno di piattaforme create e gestite per veicolare solo un certo tipo di messaggio ed una precisa "visione del mondo"¹⁸⁹, a volte anche pericolosa ed in grado di mettere al rischio il valore della sicurezza¹⁹⁰. Di una discussione che sia realmente pubblica la democrazia non può fare a meno¹⁹¹; non vi è chi non veda che essa possa maggiormente favorire l'individuazione dei bisogni (anche economici) e le modalità per fronteggiarli¹⁹².

Occorre quindi chiedersi: è reale partecipazione, che come si sa è valore che la Repubblica si impegna a garantire (v. art. 3 Cost.), quella che si vorrebbe assicurare attraverso la nuova tecnologia? È sufficiente un post, un commento o una "x" in un sondaggio telematico per poter affermare che si sta prendendo parte ai processi di decisione politica? Al riguardo sia consentito, ancora una volta, manifestare alcuni dubbi¹⁹³; il "processo di apprendimento-discussione-deliberazione" che è richiesto "non può essere realizzato *one shot*, in un colpo solo"¹⁹⁴.

In ogni caso, la libertà di espressione che tendenzialmente è agevolata da internet non appare di certo al sicuro¹⁹⁵; con la stessa facilità con la quale è possibile esprimere un pensiero o un commento è altresì possibile venire "censurati" da colui che gestisce un blog o un "gruppo chiuso". A chi "detiene le chiavi del server" è dato infatti un potere enorme che rischia di inquinare "le esperienze di deliberazione in rete o i meccanismi di selezione delle candidature"¹⁹⁶; ecco perché appare urgente che si ponga fine all'"autoregolamentazione dei gestori"¹⁹⁷ e si trovino forme e

¹⁸⁴ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 15.

¹⁸⁵ I riferimenti testuali sono di A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 290 s.

¹⁸⁶ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 115, "la discussione pubblica e la partecipazione sociale sono dunque essenziali per la formazione delle scelte politiche entro un quadro democratico".

¹⁸⁷ Cfr. A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 15.

¹⁸⁸ Cfr. A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 15; S. LABATE, *La virtù democratica*, cit., 62; S. CASSESE, *La svolta*, cit., 196; F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 1. Se si vuole, v. il mio *Il costituzionalismo alla prova delle recenti proposte di riforma*, cit., 149.

¹⁸⁹ Cfr. F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 54.

¹⁹⁰ Cfr. C. BASSU, *Piattaforme online e controllo dei contenuti pericolosi*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2020.

¹⁹¹ Cfr., tra i tanti, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 114.

¹⁹² A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 154 ss.

¹⁹³ Cfr., a proposito dei pericoli della "teledemocrazia", come veniva chiamata, G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, cit., 213 s. Si veda anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., XXII, 46, 75, 117.

¹⁹⁴ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 99. Cfr. anche quanto osserva F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 54.

¹⁹⁵ In argomento, cfr. O. POLLICINO, *The Constitutional Perspective on Freedom of Expression in the Internet Era*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech*, cit., 53 ss. (Id., *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2018).

¹⁹⁶ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., XIII, ma v. anche 75.

¹⁹⁷ A. PAPA, *La problematica tutela*, cit., 12.

modi di controllo e di disciplina che siano (più) consoni ad un sistema genuinamente democratico o che aspiri ad essere tale.

Perché questa impostazione appare utile ai nostri fini è presto detto: “non c’è crescita senza democrazia”¹⁹⁸ e quest’ultima è strettamente collegata alle libertà¹⁹⁹ ed attiene alla possibilità che ha il popolo di governarsi e di “costruirsi” il futuro, pur sempre nel rispetto dei limiti sanciti nel dettato costituzionale. A quest’ultimo proposito, si noti che la possibilità che la democrazia concede ai cittadini di desiderare senza limiti consente alla stessa democrazia di inverarsi solo se quei cittadini non oltrepassano certi limiti nel loro desiderare²⁰⁰. Si tratta, in fin dei conti, seppure con una diversa declinazione, del famoso “paradosso di Böckenförde”²⁰¹.

In altre parole, come internet favorisce l’espansione di talune libertà (secondo l’impostazione di P. Costanzo), allo stesso modo queste ultime appaiono serventi la democrazia, purché siano limitate. L’illusione che internet non ponga più confini e paletti all’agire umano si scontra irrimediabilmente con le regole della democrazia²⁰²; così, mentre si promette la massima autodeterminazione al singolo – che, come si è detto, peraltro è solo apparente – si mette a rischio “l’autodeterminazione collettiva”²⁰³ (senza considerare che è comunque utopistico ritenere che quella individuale possa essere assoluta)²⁰⁴. Ecco perché la (o le) libertà è (o sono) da intendere in termini di “corresponsabilità”²⁰⁵. La via da percorrere – in generale e, spec., sul piano legislativo – non può che essere, allora, quella di coniugare libertà e responsabilità su internet²⁰⁶.

Da quanto ora detto, si può osservare che solo nella misura in cui internet svolga questo ruolo di espansione delle libertà nel rispetto delle regole in parola (e venga quindi sfruttato a tali fini) può essere in grado di favorire la democrazia. In generale, ciò significa che – come detto – esso appare conforme allo “spirito” della Carta nella misura in cui contrasta, sul piano della politica, la logica della massa amorfa di profili social per favorire, invece, lo sviluppo della persona umana e quindi, in altri termini, se consente agli utenti del web di “diventare persone”²⁰⁷. A questo fine, di certo, appare prezioso il contributo che la “rete” può offrire per “raccolgere” notizie, informazioni²⁰⁸ e approfondimenti che possano favorire la cultura e, in generale, la formazione nonché la coscienza civica e politica di chi legge²⁰⁹: in ultima istanza, la democrazia.

Come si diceva e come tutti sappiamo, negli angoli più nascosti della piazza virtuale si nascondono anche le notizie false che ingenerano l’effetto contrario di mortificare la cultura. Tuttavia, non sono pochi i modi per fare le opportune verifiche e riconoscerle. Al contempo, all’aumentare del personale bagaglio culturale – al cui fine internet molto contribuisce – dovrebbero diminuire le possibilità di cascare nei tranelli delle *fake news*.

¹⁹⁸ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit.

¹⁹⁹ Com’è stato detto, “la libertà del cittadino è democrazia” (O. Zuccarini, in *Assemblea Costituente*, 7 marzo 1947). Cfr. quanto osserva A. STERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione”*, cit., 22.

²⁰⁰ Cfr., tra gli altri, G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 22.

²⁰¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia 2006, 68.

²⁰² Non a caso, a questo riguardo, P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, cit., 84, parla di “webcentrismo”.

²⁰³ G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 61, ma v. anche 41.

²⁰⁴ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 105.

²⁰⁵ F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 102.

²⁰⁶ Sul punto, tra i tanti, v. O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web*, cit., spec. 24.

²⁰⁷ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit.

²⁰⁸ È stato dimostrato che aumentano coloro che acquisiscono informazioni attraverso internet e non più dai tradizionali media (cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 9 ss.). Cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 23.

²⁰⁹ Cfr. T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 502; ID, *Liberté Egalité Internet*, cit., 42; P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 23.

In questo tentativo di conciliare democrazia e internet, non si può fare a meno di rilevare che educare al corretto impiego della tecnologia appare improcrastinabile. Non solo, infatti, è necessario insegnare come tecnicamente “funziona” un pc o internet, ma anche educare al loro rispetto del prossimo. In questo senso, lo Stato dovrebbe molto investire, ma si ha la consapevolezza che – qualora fosse possibile farlo – sarebbe assai arduo raggiungere l’obiettivo. A quanto ora detto, si aggiunga il problema della povertà e della impossibilità per alcuni di essere in possesso della idonea strumentazione e il problema – sebbene molto ridimensionato rispetto al passato – della presenza di zone ancora mal servite ove è difficile connettersi²¹⁰. Non v’è dubbio che se lo Stato si impegnasse maggiormente su questi fronti potrebbe, almeno in parte, “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale” di cui all’art. 3 Cost., favorendo condizioni di eguaglianza e, in definitiva, offrendo un servizio alla democrazia²¹¹; quest’ultima impresa, invero, non è delle più agevoli²¹². Come sostenuto da Sen, la democrazia è strettamente connessa alla crescita economica e quest’ultima alla discussione pubblica. Siamo di fronte ad un circolo che da “vizioso” occorre trasformare in “virtuoso”, impresa che, seppur ardua, non appare impossibile; come osserva l’A. ad altro proposito, “è incoraggiante pensare che a ogni circolo vizioso corrisponda, invertendo la direzione, un circolo virtuoso”. Al riguardo, un ruolo cruciale è quello che può ovviamente svolgere “la politica dello stato [...] non solo in quanto mira a mettere in pratica le priorità derivanti da valori e principi sociali, ma anche in quanto facilita e garantisce una discussione pubblica più completa”²¹³ e, in generale, la crescita economica.

Una doppia pretesa mette, a mio avviso, in crisi la democrazia. I due errori di fondo sono quelli ai quali si è già avuto modo di accennare: 1) usare internet con l’intento di attuare forme di democrazia diretta; 2) avendo di mira l’obiettivo che essa – un giorno – possa sostituire la democrazia rappresentativa. Così facendo, si sottovaluta il fatto che quest’ultima non può essere considerata “un orpello delle democrazie contemporanee, un accessorio del quale queste possano decidere, in qualunque momento, di fare a meno senza ripercussioni sulla forma di Stato”²¹⁴.

Al di là di ogni altra considerazione in proposito, la possibilità di usare internet al fine di realizzare la democrazia diretta si scontra con l’ostacolo insormontabile di dover prima dimostrare che esista un diritto all’internet (o all’accesso ad internet) e che tutti siano messi nella condizione – volendo – di essere “presenti” nell’agorà virtuale. È ovvio, infatti, che solo se la possibilità di partecipare venisse (non solo astrattamente, ma anche concretamente) offerta ad ogni cittadino – come nel caso, ad es., dell’iniziativa legislativa popolare o dei diversi tipi di referendum – potrebbero essere accolti altri strumenti di (vera) democrazia diretta, oltre a quella già previsti in Costituzione. Pertanto, per quanto ad alcuni possa apparire inaccettabile o forse addirittura fantasioso, un modo per “tamponare”, almeno entro certi limiti, il deficit democratico del quale

²¹⁰ Sul piano normativo, non mancano tentativi volti a favorire la copertura della rete sul territorio nazionale. A tal proposito, come dà conto C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19?*, cit., 70, tra le misure già messe in atto si segnala l’art. 54 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), in tema di “fornitura dell’accesso agli utenti finali da una postazione fissa e fornitura di servizi telefonici”, come modificato alla luce della direttiva europea 2009/140/CE (recepita dal d.lgs. n. 70/2012). Inoltre, a livello sovranazionale, si segnala la direttiva 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio che mira ad istituire il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (in particolare, v. l’art. 84). È in corso di esame alla 14° Commissione (in sede referente), al Senato, il disegno di legge AS 1721, volto a conferire la delega per adottare un nuovo Codice delle comunicazioni elettroniche (v. art. 4 del disegno di legge da ult. richiamato), in attuazione della direttiva 2018/1972.

²¹¹ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 278. Sulla necessità che la Repubblica intervenga (e sulle modalità per farlo), cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana*, cit., 22 ss., e L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide*, cit., 198 ss., che operano un richiamo a Corte cost. n. 307 del 2004.

²¹² P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit., § 3.

²¹³ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 281.

²¹⁴ A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 19.

soffre il nostro Paese dovrebbe essere quello di utilizzare internet come strumento “a sostegno” della democrazia rappresentativa²¹⁵.

A tale proposito, sembra che diversi siano i modi attraverso i quali quanto ora osservato possa realizzarsi. Di certo, come già detto, internet costituisce un modo che consente ai singoli (ma anche agli “operatori istituzionali”)²¹⁶ di esercitare la propria libertà di informarsi²¹⁷, preziosa per la democrazia²¹⁸. Si è dell’idea, però, che quest’ultima sia da declinare non solo nella sua accezione “attiva” (peraltro, riconosciuta dalla Consulta)²¹⁹, ma pure in quella “passiva”, potendosi convertire in un vero e proprio dovere di informarsi che, quale forma di partecipazione politica²²⁰, si accompagna allo *status* di cittadino in quanto discende dal dovere di solidarietà politica di cui discorre l’art. 3 Cost. (ed è quindi anche collegato al diritto-dovere di voto). Ciò, peraltro, appare funzionale alla formazione di una “opinione pubblica consapevole”, che in un sistema democratico appare “una *condicio sine qua non*”²²¹.

Lo stesso dovere di solidarietà, poi, dovrebbe costituire un presidio contro la diffusione di notizie false, potendosi tradurre nell’“impegno di tutti a non mentire” o comunque non agevolare la disinformazione²²². Tuttavia, com’è ovvio, occorre predisporre idonei “strumenti” dei quali l’ordinamento si deve dotare affinché – come sempre – si cerchi di far coincidere il piano del “dover essere” con quello dell’“essere”.

Invece di ridurre i tempi delle decisioni, le nuove tecnologie dovrebbero servire per “arricchire” le discussioni preliminari alle singole scelte²²³.

La possibilità di conciliare internet con la democrazia sembra che passi da una serie di interventi sul piano normativo²²⁴ e tecnico²²⁵, non facili da prefigurare e da mettere in atto, che possano contrastare sempre meglio le *fake news*, assicurare la massima trasparenza nella gestione delle

²¹⁵ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 484. Che la c.d. *e-democracy* debba essere “di ausilio alla democrazia rappresentativa” e quindi porsi, rispetto ad essa, in una funzione “integrativ[a]” lo rileva anche A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 12.

²¹⁶ P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 362 ss.; ID., *L’informazione*, cit., 116.

²¹⁷ In argomento, v. P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., spec. 346 ss.

²¹⁸ Tra i tanti, cfr. A. PACE, *Libertà di informazione e Costituzione*, in AA. VV., *L’informazione*, cit., 72.

²¹⁹ Al riguardo, v. almeno L. CARLASSARE, *Informazione radiotelevisiva*, cit., 110 s.

²²⁰ U. ROMAGNOLI, *sub art. 3*, in AA. VV., *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 181, richiamato da P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 355 s., ha osservato che “partecipazione ‘effettiva’, infatti, è capacità e autonomia di decisione. Ma per poter decidere bisogna essere informati e saper interpretare o meglio decodificare le informazioni, dato che l’informazione neutra ed imparziale è un mito”.

²²¹ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 13. Cfr. anche A. SPADARO, *Cenni sulle pericolose involuzioni*, cit., 10.

²²² Cfr. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 32.

²²³ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 114.

²²⁴ A questo proposito, F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 31, distingue tra “norme tecniche” e “norme giuridiche”, le prime relative al “funzionamento della rete, e più in generale del sistema delle comunicazioni elettroniche” e le seconde riguardanti la tutela dei diritti, sebbene le implicazioni tra le due specie siano a tutti chiare.

In argomento, cfr. anche P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., §§ 3 ss., 19; ID., *Quale partecipazione politica*, cit., 32 ss.; ID., *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 832 ss.; AA. VV., *Networks. In Search of a Model for European and Global Regulation*, ed. L. Ammaniti, Torino 2012; S. RODOTÀ, *Perché Internet ha bisogno di nuove regole*, in *La Repubblica*, 27 novembre 2014; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., 10; O. POLLICINO, *Tackling Disinformation: A Comparative Review of Legislative Interventions and Other Measures*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech*, cit., 97 ss., e *ivi* G. PITRUZZELLA e O. POLLICINO, *Perspectives on Disinformation and Hate Speech*, 145 ss.; T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 11 ss.; M. MANETTI, *Regolare internet*, cit.; G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 364 ss.

A tal proposito, si ricordi il disegno di legge “Gambaro” della XVII legislatura (AS 2688), sul quale, tra gli altri, v. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 18 ss., e da ultimo, A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia*, cit., 115 s.

²²⁵ Cfr. A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell’era digitale*, cit., 34.

piattaforme digitali²²⁶ e far valere la responsabilità, specialmente penale²²⁷; tuttavia, qualunque misura si volesse adottare a tal proposito dovrebbe comunque essere “scevro da qualsiasi logica paternalistica”²²⁸. La questione, con specifico riferimento alle notizie false, è tutt’altro che semplice. Se, per un verso, la disinformazione nuoce alla democrazia, per un altro, quest’ultima, nella sua declinazione liberale, non impone un obbligo di dire la verità²²⁹. Ciò non toglie che il codice penale preveda già reati perseguibili, anche se compiuti per mezzo di internet²³⁰.

Dando per pacifiche queste ultime considerazioni, e riprendendo anche quanto già detto in precedenza, non si può altresì negare che sia fondamentale che venga salvaguardata “l’autonomia intellettuale”, che come insegna Hans Kelsen²³¹ costituisce un elemento indispensabile per la democrazia; quest’ultima infatti ha “carattere razionalistico”²³², funzionale alla prevedibilità dell’uso del potere e quindi ai processi di formazione della volontà statale. Occorre allora chiedersi quale debba essere lo sforzo (a mio avviso, imponente) da richiedere ai pubblici poteri per non tradire l’identità del nostro ordinamento e al tempo stesso salvaguardare i cittadini da nuove forme di controllo e di dominazione alle quali internet si presta, con l’aggravante di illudere gli utenti di essere, al contrario, sempre più liberi nelle loro determinazioni²³³.

Sulla base dei concreti pericoli che si corrono in rete, qui sommariamente enunciati²³⁴, è spontaneo chiedersi se l’ICANN (*Internet corporation for assigned names and numbers*)²³⁵ possa essere sufficiente ad essere “ente” regolatore di internet, in grado di assicurare trasparenza sul web e combattere le *fake news*, o se invece si renda opportuna la creazione di qualche altro organismo utile allo scopo²³⁶. Non è mancato poi chi ha rilevato che l’Unione europea possa svolgere un ruolo sempre più incisivo al riguardo²³⁷, come in parte sta già facendo²³⁸; in generale, appare avvertita l’esigenza di una “*governance* a dimensione globale”²³⁹. Certamente, rimarrebbe comunque insoluta l’annosa domanda che da Giovenale in poi giunge fino a noi: “*Quis custodiet ipsos custodes?*”.

²²⁶ Cfr. M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali*, cit., 15 ss.; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, cit.

²²⁷ Cfr. T. GIOVANNETTI, *Governance della rete e ricorso alla sanzione penale: il caso della responsabilità dell’internet service provider tra tentazioni punitive e rispetto dei principi costituzionali*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 315 ss.

²²⁸ M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news*, cit., 21. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 154; A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia*, cit., 120 ss.

²²⁹ Sul punto, v., da ultimo, A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia*, cit., 108 ss.

²³⁰ Sul punto, tra gli altri, cfr. C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news*, cit., 35 ss.; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali*, cit., 4, ma v. anche 7 s.

²³¹ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 247, ma *passim*. Sul punto, v. anche ID., *Difesa della democrazia*, in ID., *Essenza e valore della democrazia* (2004), cit., 87 s.

²³² H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 248 ss.

²³³ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 8 s.

²³⁴ Al riguardo, v. l’efficace quadro che offre F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 20 ss.

²³⁵ Cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 91.

²³⁶ *Contra*, v. T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 209.

²³⁷ Sul punto, cfr., da ultimo, C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso*, cit., 3 ss., che non manca di richiamare la Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 (anche cit. da S2485). Come si legge in tale fonte sovranazionale, “l’evoluzione di Internet dimostra che esso sta diventando uno strumento indispensabile per promuovere iniziative democratiche”.

²³⁸ Cfr. E. CATELANI, *Fake news e democrazia*, cit., 5 s.; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy*, cit., §§ 5 s.

²³⁹ F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 28. In argomento, cfr. quanto osservano P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit., § 7, e O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web*, cit., 8 ss.; G.L. CONTI, *La governance dell’internet: dalla costituzione della rete alla costituzione nella rete*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 77 ss.; C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso*, cit., 12; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy*, cit., § 4.

Sotto il profilo del leaderismo contemporaneo, occorre rilevare che la democrazia è connotata da una intrinseca dinamicità di chi detiene il potere²⁴⁰; pertanto, si avvicinano a forme autocratiche quelle forze politiche il cui capo carismatico, che sia direttamente impegnato sul piano politico o che sia un ideologo che agisce “dietro le quinte”, non muta con il passare del tempo. Se questo è un problema generale della democrazia, ancora più delicata appare la questione allorché una forza politica di tal guisa sia quella (o tra quelle) che maggiormente ripone una incondizionata fiducia in internet, facendo di quest’ultimo un abituale strumento che molto influisce sulla propria azione politica. Al di là delle altre considerazioni che si possono fare (e che in parte si sono già fatte), e stando ai profili che più interessano questo studio, sarebbe opportuno garantire l’alternanza del leader (quello “reale” e non soltanto quello che in alcuni casi è solo “di facciata”) all’interno delle forze politiche, a cominciare da quelle che sono più presenti sulle piazze virtuali (ove vengono anche adottate decisioni rilevanti). Occorre infatti fugare ogni possibile “ombra” che possa aggiungersi a quelle che già la rete, per sua natura, presenta.

Inoltre, democrazia e internet si possono conciliare a condizione che il secondo non sia un mezzo per eludere – nella sostanza – il dettato dell’art. 67 Cost. e quindi per vincolare i parlamentari ai momentanei utenti del web.

Non è certo questa la sede per soffermarsi sull’imprescindibilità del divieto di mandato imperativo per la democrazia, che ad avviso di chi scrive non può essere messa in dubbio²⁴¹; tuttavia, non si esclude che le “discussioni” telematiche (le virgolette sono d’obbligo) possano provocare una pressione psicologica sui rappresentanti democraticamente eletti (anche da chi non frequenta la rete, il che non è irrilevante) e, al tempo stesso, favorire una maggiore (ma non completa) comprensione delle esigenze dell’elettorato. Ciò che però non può accadere è che i “dibattiti” sul web possano incidere a tal punto sui parlamentari da fare correre ad essi il rischio di estraneazione dalla realtà politica di appartenenza, non fosse altro che per la elementare ragione – come si accennava – che essi sono stati eletti con i voti anche di chi non è attivo su quelle piattaforme (sebbene non sia facile, ovviamente, dimostrare in quale percentuale).

Infine, il “vaglio mediatico”²⁴² al quale sono sottoposti i leader in un certo senso controbilancia (o dovrebbe controbilanciare) l’enorme potere che essi per la stessa via acquisiscono, il che rende in parte accettabile la “convivenza” di democrazia ed internet; tuttavia, bisogna ammettere che possa rivelarsi una illusione (anche) quella di credere che il web possa essere il modo migliore per controllare chi detiene il potere, per la semplice ragione che quest’ultimo “se ne serve meglio”²⁴³ degli elettori nella misura in cui (e finché) non si mettano in campo azioni concrete per limitare il potere degli algoritmi, di cui si è detto²⁴⁴. Peraltro, siamo di fronte ad un doppio male: per un verso le passioni e le emozioni dei cittadini “dettano l’agenda” dei leader politici, ma come detto questo dà vita ad una oclocrazia; per altro verso, in alternativa, sono gli stessi leader che influiscono – come detto – sugli impulsi e sulle fragilità umane. In entrambi i casi siamo ben lungi da un sistema improntato a vera democrazia.

²⁴⁰ Cfr. H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 252.

²⁴¹ Sconfinata la bibliografia in materia; v. almeno N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 11; G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, cit., 131, 135; ID., *Crisi della rappresentanza politica*, cit., 256; A.M. CITRIGNO-G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, cit., spec. 12 s.; A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit. Quest’ultimo A. non manca di osservare come l’istituto in parola “rappresenti un connotato indefettibile della democrazia costituzionale” (82); anche di recente, Morelli ha messo in luce l’attualità del divieto del mandato imperativo (*I rischi della riforma*, cit., spec. 71, 82).

²⁴² M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., XI.

²⁴³ M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 73.

²⁴⁴ Al riguardo, sarebbe infatti necessario “normare gli algoritmi”, a livello nazionale, sovra e internazionale, operazione – questa – che non nasconde diversi profili problematici (sul punto, cfr. A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica*, cit., 3 ss.).

6. Notazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, sono adesso possibili talune osservazioni (provvisoriamente) conclusive, tentando di dare una risposta alla domanda posta all'inizio di questo studio. In questa sede, infatti, si è solo voluto offrire qualche spunto di riflessione in merito ad un tema che, per le molteplici sfaccettature che presenta, richiede un approfondimento che, come detto fin dall'inizio di questo scritto, non avrebbe comunque qui potuto aversi.

Non v'è dubbio che l'atteggiamento di chi scrive sia di apertura e di fiducia nei confronti di internet e delle enormi potenzialità per il genere umano che esso presenta; ben lungi dal demonizzare la tecnologia, si è convinti piuttosto che di quest'ultima debba farsi un ampio – ma corretto – uso, che deve essere indirizzato (e funzionale) allo sviluppo della persona umana.

Si è dell'idea, infatti, che un'equilibrata posizione sia quella di chi rileva che “lo strumento tecnologico deve essere certamente valorizzato ma non celebrato”²⁴⁵ e cioè che debba rimanere intatta la sua natura di “mezzo” e non di “fine”²⁴⁶. Ragionando altrimenti si rischia di cadere nello scientismo e nelle sue trappole; nella “mentalità scienziata”, infatti, “i valori sono relegati a semplici prodotti dell'emotività e la nozione di essere è accantonata per fare spazio alla pura e semplice fattualità”²⁴⁷. Quanto ora detto ci riporta a quella oclocrazia alla quale si è più volte accennato in questo studio ed alla quale si farà ancora richiamo.

Ritenere che si debba in qualche modo contrastare la diffusione dei nuovi mezzi di comunicazione non solo è cosa priva di senso, ma è comunque un'aspettativa destinata a rimanere vana e ingiustificata. Non si può fare a meno di considerare l'“avvento dell'informatica quale spartiacque nella storia del genere umano”²⁴⁸ che ha dato avvio ad un processo inarrestabile²⁴⁹; tale è anche l'uso delle nuove tecnologie da parte della classe politica²⁵⁰. Ecco perché non ha molto senso fare paragoni con il passato, piuttosto essendo necessario saper interpretare la realtà e “preparare” il futuro; per usare le parole di Giorgio La Pira, “la storia non torna mai indietro: può essere rallentato il processo storico: mai fundamentalmente deviato”²⁵¹.

Al tempo stesso, poi, non sembra giustificato un tentativo di contrasto se si considerano, anche alla stregua di quanto già detto, gli effetti positivi che può portare internet sul piano dello sviluppo delle libertà costituzionali e della democrazia²⁵². A beneficio delle une e dell'altra, non si negano le non poche opportunità che disvelano le nuove tecnologie²⁵³, ma non si trascurano neanche i non minori rischi: insomma, una “commistione di pericoli e promesse”²⁵⁴. Ciò che preoccupa, infatti, è ritenere che internet risponda all'esigenza di una illimitata democrazia, il che “rischi[a] di corrompere la stessa democrazia”²⁵⁵. Com'è stato efficacemente rilevato, internet nutre “utopie

²⁴⁵ A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 19.

²⁴⁶ Come osserva GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio*, cit., p.to 3.

²⁴⁷ GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, 88.

²⁴⁸ Come osserva Z. BAUMAN in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 163.

²⁴⁹ Cfr. F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 13.

²⁵⁰ P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., 8.

²⁵¹ In questi termini, G. La Pira si esprimeva in una lettera, del 18 marzo 1965, indirizzata ad Adlai Stevenson, ambasciatore degli Stati Uniti all'ONU, ora in Id., *I miei pensieri*, Firenze 2007, 87.

²⁵² Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 7. L'A., in *La democrazia elettronica*, cit., 479, non manca di fissare taluni principi ai quali si dovrebbe uniformare la democrazia elettronica. Si concorda sul fatto che di fronte “all'autocrazia dei selfie”, non è possibile pensare di staccare “la spina dei social”, ma occorre “riprendere le fila della tela democratica proprio a partire dalle sterminate potenzialità che la stessa rete sembra offrire” (M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 83).

²⁵³ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 478, 485; T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 211, 224.

²⁵⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio*, cit., p.to 2.

²⁵⁵ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 60. Sul punto, cfr. anche G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 19, 39, 44.

iperdemocratiche²⁵⁶ che, in quanto tali, sono irrealizzabili e che anzi sono di ostacolo alla stessa democrazia. Norberto Bobbio ebbe a dire che “nulla rischia di uccidere la democrazia più che l’eccesso di democrazia”²⁵⁷; quest’ultima, non potendosi identificare “*tout court* con la ‘voce del popolo’”²⁵⁸, non si misura sulla quantità di volte che i cittadini sono chiamati ad esprimersi. Se a ciò si aggiungono i problemi connessi al *digital divide*, ben si comprende che, lungi dal volere tradire il senso etimologico del lemma, spesso si scambia per democrazia ciò che invero è “apparenza di democrazia”²⁵⁹.

L’equivoco di fondo, in aggiunta a quanto già rilevato, sembra risiedere nel convincimento che le semplificazioni consentite da internet possano attribuire la sovranità al popolo²⁶⁰. Come si è tentato di dimostrare, è questa un’operazione che si rivela effimera, solo legata a quella “cultura dell’immediato”²⁶¹ figlia di questo tempo; anzi, “sarà una coincidenza, però negli ultimi decenni la democrazia non è mai stata così fragile come da quando siamo tutti connessi con un clic”²⁶².

Non v’è dubbio, quindi, che occorra una “vigilanza democratica”²⁶³ sull’uso delle nuove tecnologie, perché queste ultime non diventino strumenti – come detto – per una politica autoritaria²⁶⁴: com’è stato osservato, “il passo verso un rinnovato totalitarismo è breve”²⁶⁵. A tal proposito, sembra urgente rintracciare modi e forme che siano in grado di favorire un recupero di una irrinunciabile mediazione, che è la prima ad essere sacrificata nella realtà virtuale ma che rimane “necessaria per stemperare le velleità dei capitani del popolo”²⁶⁶. Si è fermamente convinti – lo si ribadisce – che non è possibile “soppiantare i luoghi della rappresentanza”²⁶⁷; in questo senso, quindi, occorre che i partiti e il Parlamento sappiano approfittare di internet²⁶⁸ perché esso possa porsi al servizio della democrazia rappresentativa più che di quella diretta.

In generale, è allora il caso di interrogarci, come faceva P. Costanzo nel lontano 1993, su quali debbano essere “i confini tra tecnica e politica”²⁶⁹; nell’ambito di questo complesso rapporto, se è impensabile (e finanche ingenuo ritenere) che coloro che operano nella seconda non si servano delle potenzialità che offre la prima, al tempo stesso – passando da un eccesso all’altro – “una politica sedotta dalla tecnologia ne diviene ostaggio, rinuncia[ndo] alla sua stessa natura”²⁷⁰.

²⁵⁶ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 188.

²⁵⁷ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 14.

²⁵⁸ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 168.

²⁵⁹ A. SPADARO, *Cenni sulle pericolose involuzioni*, cit., 6.

²⁶⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 101.

²⁶¹ C. BORDONI in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 146

²⁶² M. AINIS, *Il regno dell’euroborio*, cit., 72. Non mancano anche altri autorevoli studiosi che si esprimono in maniera ancora più radicale. C’è chi rileva che “se i regimi democratici incontrano difficoltà, la causa non è tanto costituita dalla democrazia quanto dal progresso tecnologico e dalla rivoluzione dell’informazione” (S. CASSESE, *La svolta*, cit., 167) e chi afferma che la rete è una “sfida mortale alle odierne liberal-democrazie” (A. D’ATENA, *Tensioni e sfide*, cit., 16). Non a caso, infatti, è stato osservato che “la rete non è la panacea per i nostri problemi politici. Anzi, li può aggravare drammaticamente” (M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 133).

²⁶³ S. RODOTÀ, *Informazione e nuove tecnologie*, cit., 103.

²⁶⁴ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 116. Sul punto, v. quanto osserva anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 1, a cui avviso peraltro “nella sua versione digitale, il populismo è solo la forma tecnologicamente avanzata [...] di un altro suicidio annunciato della democrazia” (14); P. ZICCHITTO, *I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in questi stessi scritti. Di altro avviso, è T.E. FROSINI, *La democrazia informatica non è autoritaria, ma di massa*, in *Telèma*, n. 14/1998, 105 ss.

²⁶⁵ A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 24.

²⁶⁶ C. BORDONI, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 159.

²⁶⁷ A. D’ATENA, *Tensioni e sfide*, cit., 14.

²⁶⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 67.

²⁶⁹ P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., spec. 391 s.

²⁷⁰ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., XLII. Significativamente, S. CASSESE, *La svolta*, cit., 177, mette in luce che accanto a “possibilità” internet “può alimentare anche errori e vizi che riducono la politica a rissa”.

La “sfida” è allora quella di trovare (ed educare ad) un equilibrio nell’utilizzo di internet che renda quest’ultimo compatibile con la democrazia, obiettivo tutt’altro che impossibile per quanto – come si diceva – arduo. In chiusura di questo scritto, quindi, rimandando a quanto osservato (in particolare, nel paragrafo precedente), è possibile aggiungere qualche notazione che in qualche modo faccia sintesi del (o corollario al) ragionamento qui svolto.

Per prima cosa, ci si dovrebbe convincere che quella “democrazia continua”²⁷¹ che oggi si vorrebbe attuare è a conti fatti irrealizzabile; si tratta allora di accettare l’idea di quella necessaria “intermittenza” che è *in re ipsa* nella stessa democrazia.

Secondariamente, occorre che lo Stato immagini forme di intervento sul piano pedagogico²⁷² e culturale²⁷³ per educare all’uso di internet, come in parte si è già detto; lungi dal dover svolgere una funzione di tipo paternalistico, non si può negare che i pubblici poteri abbiano il dovere di diffondere sempre di più, nei svariati campi della vita, i valori costituzionali che stanno alla base dell’etica pubblica repubblicana²⁷⁴. Un’azione di questo tipo, che non potrebbe essere tacciata come tipica di uno “Stato etico”, sarebbe funzionale – puramente e semplicemente – a far vivere la nostra Carta fondamentale non solo nelle piazze “reali” ma anche in quelle “virtuali” e quindi ad indirizzare, in una prospettiva costituzionalmente orientata, l’operato di chi quegli “spazi” abita.

Tra le altre cose, se quello telematico è il “regno dell’autoreferenza”²⁷⁵ – lo si ribadisce – di stampo chiaramente narcisistico²⁷⁶, quanto da ultimo detto dovrebbe favorire anche una riscoperta di quel necessario “senso della comunità” che non può mancare in un sistema che voglia dirsi (ed essere) autenticamente democratico. Quest’ultimo, infatti, non può fare a meno di investire nel “capitale sociale”, che è dato dai “legami tra le persone”, dall’“essere insieme”, secondo l’accezione sociologica di tale espressione²⁷⁷.

È poi innegabile che internet sia (*rectius*, possa essere) una inesauribile fonte di conoscenza²⁷⁸ (anche di tipo giuridico)²⁷⁹ che può divenire volano per la cultura; a questo fine, esso deve essere utilizzato. Tuttavia, secondo una visione forse un po’ pessimistica, “il nuovo che avanza non è un sapere diffuso, bensì un’ignoranza confusa”²⁸⁰; a prescindere che si condivida o meno questa idea, non v’è dubbio che occorra sperimentare modi sempre nuovi ed all’avanguardia per difendersi dalle *fake news*, anche grazie ai quali internet potrebbe rivelarsi un micidiale boomerang per il demagogo del nostro tempo, se è vero che quest’ultimo “può trovar credito nell’ignoranza”²⁸¹.

Così facendo è ben possibile trasformare la rete da luogo di ricerca di emozioni a spazio di riflessione²⁸² o, se si preferisce esprimersi diversamente, è possibile impedire “il passaggio dalla

²⁷¹ Per tutti, v. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 4, 79 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 821

²⁷² Cfr. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 23, 32.

²⁷³ Cfr. A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto*, cit., 285 s.

²⁷⁴ Talune perplessità in merito alla possibilità che internet possa favorire la “trasmissione di valori”, come ricorda anche P. COSTANZO, *Aprire “i confini degli Stati”*, cit. (al quale si riferiscono le parole ora fedelmente trascritte), sono manifestate da GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio*, cit., p.to 4.

²⁷⁵ M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 17, 64.

²⁷⁶ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit.

²⁷⁷ Cfr. Z. BAUMAN, *Lo spirito e il clic*, 28 ss.

²⁷⁸ V., tra i tanti, J.C. DEMARTIN, *Conoscenza e educazione in rete*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 353 ss.; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 30, ma anche 119 ss. (spec. 130).

²⁷⁹ Al riguardo, cfr. P. COSTANZO, *La circolazione dell’informazione giuridica digitalizzata*, cit., 579 ss.; Id., *La comunicazione giuridica alla prova della rete*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2004; Id., *Quale partecipazione politica*, cit., 44; B. BRANCATI, *La conoscibilità del diritto on line*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 221 ss.

²⁸⁰ M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 87.

²⁸¹ L. CARLASSARE, *Informazione radiotelevisiva*, cit., 110.

²⁸² Cfr. M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 84.

democrazia delle opinioni alla democrazia delle emozioni”²⁸³. Che quella che si afferma tramite internet possa essere considerata una nuova forma democrazia²⁸⁴ (o che comunque con l’avvento di internet la nostra democrazia stia mutando volto) non è possibile escludere; ciò, tuttavia, non rassicura affatto (almeno chi scrive) ed anzi impegna, *in primis*, gli studiosi ad impegnarsi perché si affermi il principio – qui più volte richiamato – in base al quale la democrazia elettronica non può sostituirsi ai tradizionali modi in cui si atteggia la democrazia²⁸⁵. Questa appare una strada da percorrere necessariamente per proteggere la democrazia dai pericolosi assalti della “modernità liquida”²⁸⁶.

A questo punto, sembra spontaneo chiedersi se un’operazione come questa sia destinata a rimanere vana o se invece possa avere opportunità di riuscita; è forse vero quanto Kelsen già affermava ai suoi tempi (non oso immaginare cosa penserebbe ora) e cioè che “un amico della democrazia somiglia oggi fin troppo ad un medico al capezzale di un malato”? Già all’epoca, il maestro praghese affermava che si stesse continuando “il trattamento anche se le speranze di tenere in vita il paziente [fossero] quasi scomparse”²⁸⁷.

Com’è ovvio, non è possibile dare risposte a questi interrogativi, solo il tempo potrà darle. Tuttavia, in chi studia incombe l’obbligo di uno sforzo che oserei chiamare “profetico”, capace di mettere in guardia dai pericoli che si intravedono e al tempo stesso di indicare le vie da percorrere perché quei pericoli siano scansati.

Giunti adesso al momento di concludere, sembra doveroso rimandare all’inizio di questo scritto e chiarire i motivi dell’epigrafe. Lo scenario dipinto da Franco Battiato, sebbene ad altro proposito, mi ha fatto subito pensare non già all’attuale situazione quanto, soprattutto, a quella che potrebbe delinearci se non si apprestano opportuni correttivi all’uso che si fa di internet.

In fondo, però, non è forse vero che già ora, almeno in parte, ci “crediamo liberi” sul web ma siamo “schiavi” (e potremo esserlo sempre più) di chi controlla misteriosamente la rete? Eppure “è sull’autonomia – di scelta e di pensiero – dei cittadini che si gioca la partita per il futuro della democrazia”²⁸⁸.

I milioni di “profili” che riempiono i social network alla ricerca di nuovi contatti con i quali interagire, di risposte ai propri interrogativi, di riconoscimento della propria identità, desiderosi di acquietare le proprie insicurezze, assomigliano a “milioni di ombre sperdute” che si aggirano nella “realtà virtuale”, espressione dalla carica ossimorica evidente. E ancora: il costante vociare telematico, dovuto al fatto che ognuno vuole poter dire la propria opinione quasi su ogni argomento non ci rende forse “rumorosi”? Il rischio, però, non è forse quello di muoverci tra le “strade” virtuali “alzando solo polvere” se (e quando) la nostra “voce” è priva di consistenza scientifica, non veritiera o è condizionata dalle *fake news* e, narcisisticamente, mira più all’apparire che all’essere? Infine, il “branco” a cui si riferisce il titolo del brano non fa forse pensare all’idea di “massa” nella quale sembra scendere il concetto di “popolo” in tempo di populismo (per di più, digitale)?

Lungi dal volere assumere una visione pessimistica (se non addirittura catastrofica), e al di là dell’attuale situazione, le parole dell’artista siciliano si ritiene possano indurre ad una seria riflessione volta a prevenire danni futuri, forse irreparabili, anche alla democrazia e al tempo

²⁸³ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 60, 100.

²⁸⁴ Cfr. al riguardo T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 9.

²⁸⁵ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 473, 484; Id., *Quale partecipazione politica*, cit., 42 s.; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., XVI, XXXIII.

²⁸⁶ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit.

²⁸⁷ H. KELSEN, *Difesa della democrazia*, in Id., *Essenza e valore della democrazia* (2004), cit., 80.

²⁸⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., XIII. Gli AA. osservano che “il principale potenziale di innovazione della rete risiede nella libertà degli individui”, nella possibilità di “gestire da sé le proprie idee” (133).

stesso a valorizzare al meglio internet per la realizzazione del bene comune ed aprirci ad una nuova – non meno importante – fase del costituzionalismo moderno²⁸⁹. Questo, in fin dei conti, è quanto si è provato a fare in questo studio

Consulta Online

²⁸⁹ Sulle ricadute di internet sul costituzionalismo, anche quale modo di esercizio della cittadinanza, si è molto e variamente discusso. Al riguardo, v. almeno S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., spec. 96, 200 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 835 s., 843, 852; T.E. FROSINI, *Il diritto di accesso ad Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 47; ID., *Internet e democrazia*, cit., 658 s.; ID., *Liberté Egalité Internet*, cit., 78 s., 138 (significativamente, l'A. parla di "costituzionalismo 2.0": 187 ss.); ID., *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit.; A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 20, ma *passim*; C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso*, cit., 1. A proposito di costituzionalismo "tecnologico" o "digitale", v., di recente, anche O. CARAMASCHI, *Tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica*, cit., § 3, e A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf*, cit., 8.

ALBERTO RANDAZZO
Internet e democrazia:
prime notazioni su tre possibili svolgimenti di un rapporto complesso*

*Ci crediamo liberi ma siamo schiavi.
Milioni di milioni di ombre sperdute.
Rumorosi andiamo per le strade alzando solo polvere*

(Franco Battiato, *La polvere del branco*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e preliminari. – 2. Il fondamento costituzionale di internet e l'eventuale configurazione di un diritto ad internet. – 3. Democrazia "o" internet. – 4. Democrazia "è" internet. – 4.1. Internet e il malinteso suo ruolo per la democrazia. – 5. Democrazia "e" internet. – 6. Notazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive e preliminari

In che rapporto si pongono internet e democrazia? È questa, in estrema sintesi, la domanda di fondo che muove la riflessione che adesso si propone; al lettore potrebbe essere gradito conoscere subito la risposta. Allo scopo occorre appuntare l'attenzione su taluni aspetti che appaiono preliminari e funzionali a questa analisi. Quindi, sarà necessario valutare tutte le opzioni possibili, senza escludere a priori alcuna "strada" da percorrere per soddisfare quella domanda.

Secondo Albert Einstein, "furono gli scienziati che, per primi, resero possibile la democrazia, poiché essi non solo alleggerirono le nostre mansioni quotidiane, ma resero anche accessibili a tutti le migliori opere d'arte e del pensiero, che, fino a tempi recenti, potevano essere apprezzate unicamente dalle classi privilegiate"; a suo avviso, "essi risvegliarono dunque le nazioni dal loro apatico torpore"¹.

Queste considerazioni sembrano offrire il destro per la riflessione che qui si intende svolgere, punto di partenza per uno studio ben più approfondito che non è possibile fare in questa sede. Dalle parole del Nobel per la Fisica (1921), emerge in modo chiaro il nesso che intercorre tra la scienza e la democrazia, legame che appare opportuno indagare, prendendo quale imprescindibile parametro di riferimento la Costituzione repubblicana.

In Assemblea Costituente, Concetto Marchesi, nella sua Relazione, ebbe a dire che "l'arte e la scienza sono al servizio dell'umanità" ed "accrescono libertà allo spirito umano", sebbene sia l'arte che la scienza siano anch'esse bisognose di libertà (cfr. art. 33 Cost.)². Già da queste prime parole si potrebbero scorgere non irrilevanti punti in comune tra scienza e democrazia, anche quest'ultima al servizio dell'umanità e della libertà della persona; quanto ora detto sembra poi avvalorato dall'idea, esposta dal Costituente ora richiamato, che la scienza debba essere "intesa come perpetua ricerca di un bene comune", capace – com'è – di dare risposte certe ma non in grado, comunque, di saziare il profondo bisogno di sapere dell'essere umano³.

Al riguardo, non si può fare a meno di richiamare la funesta (a mio avviso) intuizione di Carl Schmitt, che tutti conoscono: "potrebbe immaginarsi che un giorno per mezzo di ingegnose invenzioni ogni singolo uomo, senza lasciare la sua abitazione, con un apparecchio possa

* Dedico *toto corde* e con animo grato lo scritto al Prof. Pasquale Costanzo.

¹ A. EINSTEIN, *Religione cosmica*, Brescia 2016, 42.

² C. MARCHESI, *Relazione*, in F. Calzaretto (a cura di), *La nascita della Costituzione* (www.nascitacostituzione.it).

³ *Ibidem*.

continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche e che tutte queste opinioni vengano automaticamente registrate da una centrale, dove occorre solo darne lettura". Ma questo, come lo stesso Schmitt precisava, non avrebbe dato vita ad una "democrazia particolarmente intensa" e né, quindi, ad una "pubblica opinione" ma ad "una somma di opinioni private"⁴.

Andando più nello specifico, è possibile mettere alla prova quanto si sta dicendo considerando la scienza in una delle sue maggiori manifestazioni che ormai da tempo accompagna (ed anche condiziona) la nostra quotidiana esistenza: internet, la "rete delle reti"⁵. Si tratta di un campo di esperienza molto arato dalla dottrina giuspubblicistica soprattutto negli ultimi anni, ma rispetto al quale gli studi di Pasquale Costanzo sull'informazione in genere e su internet nello specifico⁶ appaiono precursori.

Non v'è dubbio che l'invasività con la quale internet si è imposto nella nostra vita, irrompendo sia nella sfera privata che in quella pubblica, faccia di esso un importante (ed imprescindibile) oggetto di studio. Se, com'è a tutti noto, il fenomeno giuridico è strettamente connesso a quello sociale, ben si comprende come il mondo del diritto non sia potuto (e non possa) rimanere indifferente rispetto al fatto che gli esseri umani (o almeno coloro che sono tecnologicamente attrezzati) trascorrono online tra le 6 ore⁷ e le 7 ore e mezza al giorno⁸, alcune delle quali sui social network. Com'è stato efficacemente osservato da Zygmunt Bauman, è infatti possibile mettere in luce "la dicotomia [esistente] tra il mondo *online* e quello *offline*", ossia "due mondi paralleli, ma differenti"⁹ che abitiamo passando senza sosta dall'uno all'altro nell'arco delle nostre giornate. In altre parole, l'esistenza di ognuno di noi appare oggi connotata da una "doppia vita" (o, se si preferisce, da due dimensioni della vita), quella che trascorriamo nello spazio "reale" e quella che si svolge nello spazio "virtuale", con tutte le notevoli implicazioni che ciò comporta¹⁰; pur non volendo esulare dal tema di questo studio, sarebbe da chiedersi se l'essere umano di oggi, dopo le 7 ore e mezza (per volere stare al dato estremo) trascorse davanti ad un monitor, possa "tornare nel mondo offline con le stesse attese ed ambizioni di prima"¹¹. Quanto ora detto sembra invero ben lungi dall'essere eccentrico rispetto all'analisi che si sta avviando, avendo invece molto a che fare con la percezione che si ha della realtà, dei problemi che maggiormente attanagliano la società odierna, della differenza tra ciò che è superfluo e ciò che è essenziale, di ciò che è reale e ciò che è solo virtuale (si pensi al concetto di "amicizia", che nella suo essere "civica" attiene strettamente alla democrazia) ed anche con la formazione di una volontà libera e consapevole¹².

⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, 322.

⁵ ... come l'ha definito molte volte P. COSTANZO: tra le sue opere, v., ad es., *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/1998, 373, e *Miti e realtà dell'accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta Online (www.giurcost.org)*, 17.10.2012, 1.

⁶ Si veda, almeno, la nota "voce" *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1993, VIII, 319 ss.; ID., (voce) *Internet (Diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 347 ss.; ID., *L'informazione*, Roma-Bari 2004.

⁷ ... ad avviso di M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari 2019, 5.

⁸ ... secondo Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, Milano 2014, 28.

⁹ Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, cit., 27 s.

¹⁰ F. PIZZETTI, *Dati e diritti nell'epoca della comunicazione elettronica*, in F. PIZZETTI, *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino 2012, 7 s., osserva, invero, che non è possibile distinguere tra queste due "realtà", essendo la "comunicazione elettronica" pienamente "integrat[a] con la nostra vita".

¹¹ *Ibidem*, 29.

¹² Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la XXXVI Giornata Mondiale delle Comunicazioni Sociali, "Internet: un nuovo Forum per proclamare il Vangelo"*, 24 gennaio 2002, p.to 4. Sul Messaggio del Pontefice, v. P. COSTANZO, *Aprire "i confini degli Stati" al messaggio cristiano: il ruolo di Internet nel pensiero di Giovanni Paolo II*, in *Consulta Online (www.giurcost.org)*, 2005.

D'altra parte, il modo con il quale il "cittadino globale" (o, se si preferisce dire, "telematico")¹³ tenta di porre rimedio al suo senso di solitudine e di costante incertezza¹⁴ cercando affannosamente nelle "rete" (e sperando di "pescare" grazie ad essa) risposte alle sue domande appare la più drammatica testimonianza, se analizzata fino in fondo, di uno stato di crisi che attraversa l'essere umano di questo tempo; quanto ora detto offre una plausibile spiegazione di quella crisi dei rappresentati che sarebbe la vera causa della crisi dei rappresentanti, com'è stato efficacemente rilevato molti anni addietro¹⁵. Ciò, poi, si traduce fatalmente in una complessiva crisi dello Stato¹⁶, anche dovuta alla "erosione" dei suoi elementi costitutivi: il popolo¹⁷; non meno rilevante è invero la crisi dell'elemento del territorio¹⁸. Una crisi dello Stato, allora, che proviene da uno "stato di crisi"¹⁹, quest'ultima essendo riferibile al "senso d'incertezza derivante dalla nostra ignoranza rispetto alla direzione in cui le cose stanno andando" che a sua volta si accompagna all'"urgenza di intervenire per *selezionare* le giuste misure e *decidere* di applicarle prontamente"²⁰. Questa situazione appare complicata dal "*divorzio tra potere e politica*", che comporta la grave difficoltà di "scegliere il modo in cui procedere e applicare la terapia che tale scelta prevede"²¹, ma anche dallo sviamento del centro del potere (nel complesso, non più identificabile nello Stato) causato dalle nuove tecnologie²². In tal senso, allora, la domanda di ricerca che muove questa indagine appare tutt'altro che scontata o di scarso rilievo: il progresso scientifico, e segnatamente internet, in che misura può porsi al servizio della democrazia? Se è conciliabile, a quali condizioni? Non sembra superfluo porsi queste domande se si pensa che, in una società – quale la nostra – interessata da repentini cambiamenti che ingenerano una certa confusione, si avverte forte la necessità di trovare risposte convincenti che possano contribuire ad offrire al "cittadino digitale" – secondo un'espressione di uso comune – punti di riferimento fermi perché non venga smarrito (o, addirittura tradito) lo "spirito" dell'"impalcatura costituzionale".

¹³ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica: i rischi del cittadino telematico*, in questi stessi scritti.

¹⁴ Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano 2014. Di "solitudine di massa" discorre anche M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, Milano 2018, 17, ma v. anche 43.

¹⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA. VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon-F. Biondi, Milano 2001, 109 ss. Della stessa idea sono molti altri Autori, tra i quali anche G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news fra educazione e responsabilità*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018, 25; T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5/2017, 660 ss.; ID., *Liberté Egalité Internet*, Napoli 2019, 216 ss. La letteratura che discorre della crisi della rappresentanza è sconfinata; v. almeno A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23/2018; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta Online* (www.giurcost.org), 2019/II, 249 ss.

Non manca chi rileva che "la crisi della rappresentanza non è mai crisi del rappresentato, ma è sempre crisi del rappresentante" (in questo senso, I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerte politiche*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2020, 185).

¹⁶ In argomento, cfr. quanto osserva P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rass. parl.*, n. 4/2012, 840 ss.; v. anche G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 80 ss.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., 80 s. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, Milano 2017, 29 ss., si spinge ad affermare che "il popolo in senso stretto non esiste".

¹⁸ Cfr., tra i tanti, O. CARAMASCHI, *Tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica: quali spazi per un costituzionalismo "tecnologico" (o "digitale")?*, in questi stessi scritti.

¹⁹ Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, Torino 2014.

²⁰ Z. BAUMAN, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 10.

²¹ Z. BAUMAN, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 16, ma v. anche 116; ID., *La vita tra reale e virtuale*, cit.

²² Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 825 ss., 842; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 2004, XXXVIII. Cfr. anche A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa-M. Bassini, Firenze-Milano 2017, spec. 20.

A ciò si aggiunga che proprio l'estrema fragilità che si accompagna all'era della "postmodernità" ha favorito l'implementazione dell'esigenza di immediatezza, dell'avere "tutto e subito"²³ e del narcisismo²⁴, che – quale manifestazione tangibile di un crescente individualismo²⁵ – contribuisce ad intaccare l'elemento del popolo²⁶ e al contempo aumentare l'insofferenza verso la tradizionale mediazione operata dai partiti²⁷. Quelli ora richiamati, sono tutti aspetti di quella "liquidità" che connota la vita degli esseri umani di questo tempo²⁸ e i loro rapporti interpersonali. Com'è stato osservato, gli stessi partiti sono diventati "liquidi"²⁹. Tali osservazioni meriterebbero di essere portate a maggiore svolgimento, tuttavia ciò che interessa è che quanto detto si consideri presupposto per il discorso che adesso si intende svolgere.

A tal proposito, le opzioni prospettabili appaiono tre: 1) il rapporto tra internet e democrazia è conflittuale a tal punto che la "convivenza", alla lunga, non può aversi, ponendosi i termini in parola in reciproco ed insanabile contrasto; 2) essi possono vivere un rapporto "simbiotico" sì da potersi dire che, alla luce del progresso tecnologico, la democrazia non abbia altra possibilità di invero che per via "elettronica"³⁰, al punto che internet potrebbe diventare (o si candida a diventare) l'unico strumento grazie al quale può esplicarsi la "vera" democrazia; 3) i due termini della relazione possono "convivere", senza ostacolarsi ma traendo beneficio l'uno dalla presenza dell'altro. Queste tre "strade" meritano di essere adesso percorse per provare a comprendere dove possano condurre. Senza voler anticipare le conclusioni, mi preme fin da ora rilevare che la seconda di esse appare ai miei occhi come un "vicolo cieco", con buona pace di quanto ritiene (o sembra ritenere) una certa parte delle forze populiste contemporanee³¹. La terza strada, invece, non appare impraticabile, come si tenterà ora di mostrare.

Prima di incamminarci su queste tre "vie", occorre però – seppure in modo succinto – dire qualcosa in merito alla preliminare questione relativa al fondamento costituzionale di internet e alla conseguente possibilità che in materia possa configurarsi un nuovo diritto, quello dell'accesso alla rete telematica.

2. Il fondamento costituzionale di internet e l'eventuale configurazione di un diritto ad internet

²³ Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, cit., 54.

²⁴ ... come osservano in tanti, tra i quali M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., VIII. In argomento, v. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia 2018, spec. 51 ss., ma *passim*.; F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 10.

²⁵ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., X. Che il "soggettivismo" sia un "cancro che erode dall'interno la modernità" che provoca la "liquefazione" della società lo rileva anche C. BORDONI, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 98 s., 113.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., 80. Cfr. anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., spec. 10.

²⁷ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2003, 469.

²⁸ Il riferimento, com'è ovvio, è al pensiero di Z. BAUMAN, del quale v. almeno *Modernità liquida*, Roma-Bari 2006; *Amore liquido*, Roma-Bari 2006; *Vita liquida*, Roma-Bari 2008. Si veda anche quanto l'A. rileva in *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Roma-Bari, 2102, 3 ss., ma anche in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 105 ss.

Richiama l'illustre sociologo anche A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato parlamentare*, Napoli 2018, 34 s.

²⁹ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2018, 8, ma v. anche 17 ss. Sulla crisi dei partiti, per tutti, cfr. quanto osserva G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 12/2019, 5 ss.

³⁰ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 465 ss.

³¹ Cfr., di recente, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma 2019.

Per comprendere in che misura internet possa essere compatibile con la democrazia, il primo e obbligato passo da compiere è, com'è ovvio, quello di provare ad individuare il suo fondamento costituzionale³², sempre che ne abbia uno.

A tal fine, solitamente, ritengo proficuo che si muova dai lavori preparatori, nella consapevolezza che – come mi sono trovato a dire più volte – l'interpretazione che fa leva sull'*original intent* debba essere considerata “né tutto né niente”, costituendo uno dei possibili criteri ermeneutici, da combinare con gli altri, alla luce dei quali cogliere la reale portata del dettato costituzionale.

In una circostanza come quella ora in esame, il dibattito che si svolse in Assemblea Costituente non può essere di grande aiuto, in esso non potendo esservi alcuna traccia di internet, la cui esistenza i *Framers* non immaginavano neanche lontanamente. Tuttavia, la formulazione degli artt. 15 e 21, ai quali ora si accennerà, lascia intravedere una certa lungimiranza del Costituente³³.

Al di là delle parole di Marchesi sopra richiamate, il rilievo che si attribuì alla scienza (e quindi al progresso tecnologico) appare palese, quale “omaggio [...] alle manifestazioni eccelse della personalità umana” (unitamente all'arte)³⁴; d'altra parte, viene a supporto di quanto si sta ora dicendo la portata degli artt. 9 e 33 Cost., ma anche dell'art. 4. A quest'ultimo proposito, infatti, il diritto-dovere al lavoro dovette apparire “lo strumento, mediante il quale può realizzarsi il bene comune ed il comune progresso”³⁵.

Non è possibile svolgere l'analisi delle previsioni costituzionali da ultimo richiamate, che offrono comunque “appigli” preziosi per il discorso che si sta ora facendo. Si noti solo che il fatto che i Costituenti, all'art. 9 della Carta, abbiano voluto affidare alla Repubblica (anche) il compito di promuovere la cultura e la ricerca scientifica sembra mettere in risalto la necessità che esse debbano essere volte al “progresso collettivo”³⁶ (altrimenti, non si spiegherebbe tale “attività” di promozione); in altre parole, la cultura (alla quale anche internet contribuisce) e la ricerca (della quale internet risulta essere un prodotto ed uno strumento al tempo stesso) devono essere promosse nella misura in cui non siano autoreferenziali (in questo caso viene in rilievo il profilo della libertà ex art. 33 Cost.), ma perseguano fini (ed interessi) di natura collettiva³⁷. A ciò si aggiunga che l'una e l'altra sono espressione concreta dell'esercizio del “dovere [soggettivo] di svolgere [...] un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società” (art. 4 Cost.).

Quanto ora detto, allora, parrebbe mettere in luce il fondamento costituzionale di internet, la cui “copertura” verrebbe offerta, in particolare e in modo più diretto, dai tre articoli sopra indicati. Tuttavia, il progresso tecnologico in generale (e quindi anche internet) si pone – almeno così dovrebbe essere – al servizio (e all'espansione) delle libertà costituzionalmente riconosciute³⁸; si

³² In argomento, v. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, a cura di M. Nisticò-P. Passaglia, Torino 2014, 13 ss.; ID., in questi stessi scritti.

³³ Si veda, ad es., quanto osserva M. OROFINO, *L'articolo 15 della Costituzione italiana: osservazioni sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni ai tempi del web 2.0*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 197 s.

³⁴ ... come si legge nel resoconto stenografico dell'intervento svolto da Mastrojanni, il 18 ottobre 1946 nella prima Sottocommissione.

³⁵ F. COLITTO, *Relazione* in III Sottocommissione (si veda anche il dibattito del 9 settembre 1946).

³⁶ G.M. FLICK, *La Costituzione: un manuale di convivenza*, Milano 2018, 164.

³⁷ Al riguardo, cfr. G.M. FLICK, *La Costituzione*, cit., 163 s.

³⁸ Cfr., sul punto, P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 7; ID., *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Interlex*, 14.10.1996, § 2; ID., *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 1/2011, 21 ss.; ID., *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 1 ss., 8; ID., *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 11 s., ma *passim*; T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 62 s.; ID., *Liberté Egalité Internet*, cit., 20, 51, 65 ss., 87; ID., in questi stessi scritti; G. AZZARITI, *Lex*

pensi quanto della rete possano beneficiare la libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., anche nella sua specifica accezione di libertà di informazione³⁹ che comprende la libertà di essere informati e di ricercare informazioni (il che è peraltro anche funzionale all'eguaglianza sostanziale)⁴⁰ e la libertà di corrispondenza e di "ogni altra forma di comunicazione", ex art. 15 Cost.; si pensi anche alla libertà di religione, di riunione, di associazione, nonché alla libertà di iniziativa economica privata⁴¹ e alle libertà politiche⁴². Internet si pone, quindi, quale prezioso ed ormai fondamentale strumento nelle mani dell'uomo per esercitare tali libertà, ma anche per favorire lo sviluppo della personalità dell'uomo (art. 3 Cost.)⁴³ nonché l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.)⁴⁴. Non si può escludere, poi, che alle nuove tecnologie si accompagnino nuovi diritti meritevoli di tutela⁴⁵.

Ciò che importa, però, è che per potere rintracciare una "base costituzionale" per un "bene della vita" (o, se si preferisce dire, ad un "valore") non esplicitato nel testo non è solo necessario che esso sia in qualche modo desumibile dal dettato costituzionale (si ricordi il dibattito intorno all'art. 2 quale clausola "aperta"), ma che esso si ponga a servizio del principio personalista che informa di sé tutta la Carta. Infatti, un "bene" può trovare spazio fra le trame di quest'ultima solo nella misura in cui sia coerente con i fini che impressero alla Costituzione coloro che la scrissero. Nel caso che specificamente ci riguarda, internet appare in linea con lo "spirito costituzionale" (ed è quindi meritevole di tutela costituzionale) se (e finché) viene usato in modi comunque compatibili con il valore democratico e al servizio della persona umana. Non mi stancherò mai di ricordare le parole di Giorgio La Pira che, nella sua Relazione, ha affermato: "*Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato: ecco la premessa ineliminabile di uno Stato essenzialmente democratico*" (c.vo testuale).

Rispetto alle due "strade" che potrebbero portare a rintracciare un fondamento costituzionale ad internet, quella che si snoda tra i paletti degli artt. 9, 33 e, in qualche misura, 4 della Carta oppure quella che invece rimanda agli artt. 15, 17, 18, 19 e 21 si scorge una certa differenza. Infatti, solo dando rilievo alla prima delle due opzioni si potrebbe discorrere di un "autonomo" diritto ad internet (o all'accesso ad internet)⁴⁶, in quanto percorrendo l'altra via si metterebbe in

digitalis e democrazia, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 351 ss.; O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit.; D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali. Contributo al dibattito sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 4/2019, 6 ss.; A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *Consulta Online* (www.giurcost.org), 2020/II, 285; C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a internet e digital divide*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), n. 2/2020 (2 luglio 2020), 62 ss.

³⁹ Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., spec. 330 ss., ma *passim*; ID., (voce) *Internet*, cit., § 8. Da ultimo, cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information in the Internet Era*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech. A European Constitutional Perspective*, Milano 2020, 3 ss.

⁴⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, cit., 373 s.; ID., *La circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata: fenomenologia e profili problematici*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/1999, 580; ID., *L'informazione*, cit., 102; ID., *Quale partecipazione politica*, cit., 23.

⁴¹ Al riguardo, v. almeno I. KUTUFÀ, *Iniziativa economica privata e internet: la proprietà industriale e intellettuale tra garanzie di protezione e libertà di utilizzazione*, in AA. VV. *Internet e Costituzione*, cit., 337 ss. E.C. RAFFIOTTA, *Libertà economiche e Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 412 ss.

⁴² Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 10; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2003, 489.

⁴³ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 3.

⁴⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto*, cit., 288.

⁴⁵ Cfr. T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 3 ss.

⁴⁶ Una tale possibilità è riconosciuta all'art. 2 della "Dichiarazione dei diritti in internet", approvata all'unanimità dalla Camera dei deputati nel 2015. Non si può fare a meno di ricordare, poi, almeno due tentativi volti a riconoscere costituzionalmente il diritto di accesso ad internet. Si fa riferimento al disegno di legge S 2485 della XVI legislatura, volto all'introduzione dell'art. 21 bis alla Carta. La proposta fu di Stefano Rodotà, che insieme a De Mauro si occupò

risalto la funzione servente della rete per l'attuazione di libertà (già) costituzionalmente sancite; in questo caso, internet non potrebbe "godere di luce propria".

Provando a fare sintesi, la prima strada appare più ardua, non fosse altro perché se si potesse configurare un nuovo diritto sociale si dovrebbe potere richiedere allo Stato un impegno "attivo" in grado di favorirne l'effettiva attuazione⁴⁷; in altre parole, così ragionando, sarebbe configurabile un "diritto a prestazione"⁴⁸. La copertura costituzionale offerta dalla prima delle due impostazioni qui rappresentate non sembra in grado di "costituire" in capo ad ogni soggetto una pretesa da azionare nei confronti dello Stato, che dovrebbe conseguentemente essere obbligato a consentire

anche di formulare l'articolo da inserire in questi termini: "Tutti hanno eguale diritto di accedere alla Rete *Internet*, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale". I senatori presentatori, alla fine, aggiunsero anche: "La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I". Il disegno di legge non ebbe il seguito sperato.

Nell'attuale legislatura (la XVIII), invece, con la proposta di legge costituzionale C 1136, presentata dai deputati D'Ippolito e Liuzzi ed ancora all'esame della Commissione, si mira ad inserire in Costituzione l'art. 34-bis, volendo ricollegare il diritto di accesso ad internet – quale nuovo diritto sociale – al diritto all'istruzione. L'integrazione del testo costituzionale sarebbe così formulata: "Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *internet* come luogo dove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale. La limitazione di tale diritto può avvenire, con le garanzie stabilite dalla legge, solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria. È riconosciuta la neutralità della rete *internet*. La legge determina le condizioni affinché i dati trasmessi e ricevuti mediante la rete *internet* non subiscano trattamenti differenziati se non per fini di utilità sociale e riconosce la possibilità di utilizzare e di fornire apparecchiature, applicativi e servizi di propria scelta".

Sul punto, v. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2011; ID., *Il diritto di accesso ad Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 41 ss.; ID., *Liberté Egalité Internet*, cit., 49 ss., 138, 196 ss.; ID., *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 3; O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google – Vivi Down*, Milano 2010, 18 ss.; S. RODOTÀ, *Informazione e nuove tecnologie*, in AA. VV., *L'informazione: il percorso di una libertà*, Firenze 2011, 102. Sul punto, cfr. L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad internet*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 20 settembre 2013; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana*, cit., 21, nota 25; M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad internet*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 169 ss.; M.K. LAND, *The US perspective on the constitutional protection of the internet: jurisdiction, privacy, and equality online*, in AA. VV., *The Internet and Constitutional Law: the protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, a cura di O. Pollicino-G. Romeo, Abingdon-New York 2016, 65; A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 30; C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 3/2018, 6; A.M. POGGI, *Diritto a internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*, in questi stessi scritti; A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale*, in questi stessi scritti; C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19?*, cit., 62 ss.; C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso alla rete internet nell'«era dell'accesso»*, in questi stessi scritti; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy. The tests of algorithms*, in questo stesso Volume, e S. FREGA, *A quale "generazione" di diritti appartiene l'accesso ad Internet?*, in questi stessi scritti.

La possibilità di un autonomo diritto è stata invero sempre scartata da P. COSTANZO; si v., ad es., *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 3 ss., 10. Tutt'al più, secondo l'A., si potrebbe parlare di un diritto a non avere "ostacoli" per il suo utilizzo, se non quelli "derivanti dalla fisionomia giuridica del mezzo" (10). Il chiaro A., tuttavia, non manca di osservare che la connessione possa essere considerata un "servizio di comunicazione elettronica"; in tal senso, la disciplina ricavabile dal d.lgs. n. 259 del 2003 pare muovere nel senso di liberalizzare l'erogazione di internet, potendo essere quindi una "pretesa azionabile". Nel nostro Paese, quindi, si assiste ad un "processo incrementale della garanzia di accesso alla Rete", l'accesso essendo destinato a divenire un diritto soggettivo (11 ss.).

In argomento, v. anche P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit., § 7; ID., *L'accesso ad internet in cerca d'autore*, in *Dir. Internet*, n. 3/2005, 247 ss.; ID., *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, cit., 15.

⁴⁷ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 4 s.

⁴⁸ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 5 s.; T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 3 s. Che tale possibilità, come già detto, sia esclusa da P. Costanzo lo ricorda anche A.M. POGGI, *Diritto a internet*, cit., 10 s.

ai singoli di avere l'adeguata formazione⁴⁹ (meglio sarebbe dire: "alfabetizzazione")⁵⁰, nonché la concreta possibilità di (e quindi i supporti tecnologici per) "navigare" nel "mare telematico". Occorrerebbe, in altre parole, combattere fino ad annullare il c.d. *digital divide*⁵¹, che appare uno dei maggiori problemi in materia⁵² e dal quale passa anche l'inclusione sociale⁵³. Esso, infatti, può essere considerato una delle "più penalizzanti disparità del nostro tempo"⁵⁴.

P. Costanzo è parso sempre alquanto deciso nell'escludere la configurabilità di un tale diritto "autonomo"⁵⁵. Il punto, però, è dibattuto in dottrina, non mancando chi rileva che è possibile configurare una "nuova libertà costituzionale della società tecnologica"⁵⁶, un nuovo diritto sociale⁵⁷.

Nella prospettiva in questa fase storica preferita, quindi, "le tecnologie" – tra le quali, anche internet – "rappresentano uno sviluppo delle libertà", le quali "si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico"⁵⁸. In ciò starebbe quella che Costanzo ha chiamato la "rilevanza costituzionale dell'accesso ad internet", che appunto non darebbe vita ad un "diritto alla sua libera utilizzazione" (alla stregua di tutti i mezzi con i quali è possibile manifestare il pensiero)⁵⁹.

3. Democrazia "o" internet

Sulla scia di quanto si diceva poco sopra, si può intanto provare a fare un po' di chiarezza in merito ad una prima "opzione" possibile, quella del carattere alternativo di democrazia e internet. Ci si deve, in altre parole, chiedere se internet sia incompatibile con la democrazia. Alla luce di quanto fin qui detto, la risposta a tale domanda sembra alquanto agevole. La nostra Costituzione ha – come sappiamo – quale suo valore fondante la democrazia; qualora si dovesse escludere la esistenza di un fondamento costituzionale di internet, potrebbe per ciò solo predicarsi la sua incompatibilità con il valore suddetto. Tuttavia, come abbiamo visto, non è così. Internet, in un modo o nell'altro, e a prescindere che si possa configurare come oggetto di un diritto, può trovare

⁴⁹ Cfr. L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide. In particolare, gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell'individuo nello spazio virtuale*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 195 ss.

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 87, 201.

⁵¹ In argomento, tra i tanti, v. L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide*, cit., 189 ss.; da ultimo, v. A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 5 ss. Rilevante è stata la giurisprudenza costituzionale in materia richiamata da P. PASSAGLIA, *Protection of fundamental rights and the internet: a comparison between Italian and French systems of constitutional adjudication*, in AA. VV., *The Internet and Constitutional Law*, cit., 134 ss. (tra le altre, v. le sentt. nn. 307 del 2004 e 151 del 2005).

⁵² Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 476.

⁵³ A. VALASTRO, *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 250.

⁵⁴ A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche*, in questi stessi scritti.

⁵⁵ Cfr., ad es., P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 4 ss., spec. 6; A.M. POGGI, *Diritto a internet*, cit., 8 ss.

⁵⁶ Ad es., T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 489, riconosce l'esistenza della "libertà informatica", al tempo stesso "positiva" e "negativa", quale "nuova forma del tradizionale diritto di libertà personale" (al riguardo, l'A. rimanda a V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2002, 275); Id., *La libertà informatica: brevi note sull'attualità di una teoria giuridica*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2/2008, 87 ss.; Id., *Internet come ordinamento giuridico*, cit., 63 s.; Id., *Liberté Egalité Internet*, cit., 23 ss., 42, 56 ss., 89, 148 ss.

⁵⁷ T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 62, 90.

⁵⁸ T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 487; Id., *Internet e democrazia*, cit., 658; Id., *Liberté Egalité Internet*, cit., 212.

⁵⁹ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a internet*, cit., 9.

spazio tra le pieghe della Carta e quindi godere di una base costituzionale sufficiente perché, almeno in via presuntiva, possa essere considerato non incompatibile rispetto alla democrazia. Ciò non toglie che possa invece confliggere con quest'ultima nel momento in cui si pretenda di farne uno strumento surrogatorio delle tradizionali forme di esplicazione della democrazia (alle quali a breve si accennerà e delle quali – a mio avviso – non si può fare a meno) oppure nel caso in cui non venisse usato al servizio della persona umana ma a quest'ultima procurasse più danni che benefici. Di per sé, come ogni invenzione umana, esso appare “neutro”; occorre vagliare l'utilizzo che se ne fa, da ciò dipendendo i suoi effetti – negativi o positivi – pure rispetto alla democrazia⁶⁰.

Come adesso si dirà, tutti i tentativi volti a ritenere che internet possa costituire la massima modalità di attuazione della democrazia, volendo quasi sostenere che non possa esservi democrazia se non facendo ricorso ad esso, fatalmente, in una eterogenesi dei fini, possono produrre l'effetto contrario. Volendo semplificare al massimo, ritenere che la democrazia “passi” da internet pone quest'ultimo come un nemico (o quasi) della democrazia stessa, come ora si proverà a dimostrare.

4. Democrazia “è” internet

La seconda opzione da prendere in considerazione, come si è detto, è quella sostanzialmente sostenuta da tutti quei movimenti (ed esperienze politiche in genere) che sono riconducibili al populismo⁶¹. Tale fenomeno non è nuovo se si considera ad es. il peronismo argentino o il poujadismo francese⁶²; in Italia, “laboratorio del populismo”⁶³, si pensi al fascismo e al qualunquismo⁶⁴. Ciò che si può subito rilevare è che “il rapporto fra populismo e democrazia è per forza di cose controverso”, stante la “sfiducia dei populistici nei confronti dei meccanismi della rappresentanza”⁶⁵. Com'è stato fatto notare, populismo, sovranismo e nazionalismo appaiono “difficilmente compatibili” con “i sistemi costituzionali contemporanei”⁶⁶.

Da queste prime considerazioni emerge, come logica conseguenza, che se i populistici di oggi basano la loro azione sul costante uso di internet (facendo di esso uno strumento fondamentale e imprescindibile del loro operare) e se sono in chiara opposizione alla rappresentanza politica, della quale però non può fare a meno la democrazia⁶⁷, ne deriva che quest'ultima non appare immediatamente conciliabile con la rete; può esserlo solo a certe condizioni, che si proverà ad illustrare in seguito.

⁶⁰ Cfr. D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali*, cit., 7; I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza*, cit., 182.

⁶¹ In argomento, cfr. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit.

⁶² M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna 2015, 96 ss.

⁶³ *IBIDEM*, 7 ss.

⁶⁴ *IBIDEM*, 171 ss.

⁶⁵ *IBIDEM*, 77.

⁶⁶ L. D'ANDREA, *Brevi note su talune patologie dei sistemi democratici del nostro tempo*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera-A. Rauti-C. Salazar-A. Spadaro, Napoli 2020, 134.

⁶⁷ Sul punto, la dottrina è praticamente unanime; più di recente, tra i tanti, v. A.M. CITRIGNO-G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 22 settembre 2018, 13. Sulla stretta connessione tra rappresentanza politica e parlamentarismo, v., almeno, G. MOSCHELLA, *Alcune riflessioni in tema di rappresentanza politica e razionalizzazione della forma di governo nella teoria costituzionale italiana*, in AA. VV., *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, a cura di S. Gambino, Rimini 1997, spec. 659; *Id.*, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparata*, Rimini 1999, 13.

La sfiducia dei populistici nei confronti della rappresentanza politica e l'eccessiva fiducia nelle forme di democrazia diretta (da attuare, oggi, soprattutto tramite internet)⁶⁸ è figlia della distorta idea della presunta infallibilità del popolo; si tratta, infatti, di un mito da sfatare, nella consapevolezza che esso non aumenti l'autorità del popolo e non si addica al modello di "democrazia critica" che emerge dal nostro dettato costituzionale⁶⁹. Tuttavia, "ciò che deve essere condannato non è il popolo", che invero viene illuso, ma "l'eccesso di aspettative riposto in esso"⁷⁰.

Quanto ora detto mette in luce una prima questione: la democrazia *tout court* non può che essere la virtuosa combinazione della democrazia rappresentativa e di quella diretta, che dovrebbero completarsi a vicenda⁷¹ e non devono essere considerate in contrapposizione⁷²; qualora l'una o l'altra venissero svilite si avrebbe un complessivo deficit democratico nell'ordinamento, sebbene non si possa fare a meno di rilevare che la prima – almeno secondo il dettato costituzionale – si pone nei confronti della seconda in una posizione di "priorità assiologica", non fosse altro perché quest'ultima non si addice alle "decisioni complesse"⁷³. Non a caso, Alexis de Tocqueville ebbe a dire che "due pericoli principali minacciano l'esistenza della democrazia", uno dei quali individuò nel "completo asservimento del potere legislativo alle volontà del corpo elettorale"⁷⁴.

Come si sa, la classe politica di oggi si serve di internet (ed in particolare dei social network) specialmente per poter raggiungere in tempi rapidi (direi, immediati) i propri sostenitori. Questa esigenza è "figlia" di una serie di cause, anche (ma non solo) di tipo sociologico e forse antropologico. Senza potermi (e volermi) addentrare in branche del sapere che non mi sono proprie, è possibile solo fare alcune considerazioni, senza alcuna pretesa di esaustività.

Per prima cosa, la disintermediazione creata da internet, che consente di non dover passare più dai "filtri" rappresentati dai corpi intermedi (ed, *in primis*, dai partiti), pone un problema di rappresentanza politica⁷⁵; essa è incoraggiata proprio da quella sfiducia, alla quale si accennava

⁶⁸ Tuttavia, com'è stato fatto notare in dottrina, diversi sono gli aspetti che distinguono la "democrazia digitale" da quella diretta. Sul punto, tra gli altri, v. A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 29.

⁶⁹ In questo senso, v. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, in ID., *Imparare democrazia*, Torino 2007, 131 ss.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 131.

⁷¹ Basta rammentare al riguardo l'art. 1 Cost., che com'è noto assegna al popolo la sovranità ma richiede che essa venga esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione"; tali "forme" e "limiti" non sono altro, in fin dei conti, che quelli della rappresentanza politica e quindi della democrazia rappresentativa (cfr. M. BELLETTI, *I rischi di sbilanciamento e di contrapposizione tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa nel ddl AS n. 1089, di riforma costituzionale, recante Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 5). Cfr. anche quanto osserva A. MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23/2018. Se si vuole, v. il mio *Il costituzionalismo alla prova delle recenti proposte di riforma (con specifico riferimento alla introduzione di un referendum c.d. "propositivo")*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 148.

⁷² Cfr. G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, cit., 210 ss., 378. Sul punto, v. anche N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1995, 47.

⁷³ Gli ultimi due riferimenti testuali sono di A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018, 13. Cfr. G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa*, cit., 8. Sul "primato della cd. democrazia rappresentativa su quella cd. diretta", v. A. MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva*, cit., 12. Sul punto, cfr. quanto osserva anche P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 483.

⁷⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, a cura di N. Matteucci, Torino 2013, 185.

⁷⁵ Cfr. A. STERPA, *Come tenere insieme la "disintermediazione" istituzionale e la rappresentanza della Nazione?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 24/2018.

poco sopra, che le classiche formazioni sociali si sono attirate⁷⁶. Non si può infatti negare che non poche siano state le responsabilità, in particolare, dei partiti che hanno provocato una repulsione da parte di larghi strati della società come quella alla quale stiamo assistendo negli ultimi anni; soprattutto da un certo momento in poi, direi nel passaggio dalla c.d. “prima Repubblica” alla c.d. “seconda Repubblica”, secondo un linguaggio giornalistico (ma non certo scientifico), i partiti hanno mostrato tutti i loro limiti.

Alla sfiducia nei confronti della classe politica (e quindi di quei “luoghi” di discussione e di decisione da quest’ultima “abitati”), si è (legittimamente) accompagnata una volontà di reazione che, però, non ha fatto altro che favorire la dirompente affermazione di un leaderismo che nulla aveva a che vedere con quello del passato. Ciò che si intende dire è che se un tempo i leader (che sono ovviamente sempre esistiti) non potevano fare a meno dei corpi intermedi all’interno dei quali svolgevano un ruolo carismatico, negli ultimi decenni si è affermata sempre più l’idea dell’“uomo solo al comando”; essa è alimentata dal “virus della personalizzazione”⁷⁷ (o della “leaderizzazione”)⁷⁸ del quale sono affetti per un verso i leader di oggi, convinti come sono che possono (ed anzi devono) entrare in diretto contatto con i loro sostenitori (o, per lo meno, far credere questo) senza bisogno di “passare” dai partiti⁷⁹, e per altro verso i cittadini stessi che si trovano “al centro della scena”⁸⁰. La rete agevola tutto questo.

In generale, abbiamo assistito ad una triste involuzione, che ha improvvisamente fatto fare al nostro Paese un balzo indietro di circa 70 anni, i tentativi (maldestri) di taluni leader moderni riportando alla mente l’idea “dell’uomo solo al comando” di matrice totalitaria⁸¹. L’impressione che si ha è che una cospicua parte del popolo italiano abbia un disperato bisogno di una “guida”, di un “capo”, di qualcuno dal quale farsi “comandare” con “buona pace” della autodeterminazione, che si pensa illusoriamente di fare salva; com’è evidente, un atteggiamento del genere (mosso dalla paura e dall’incertezza di questo tempo) fa correre rischi di derive autoritarie che possono lasciare pericolosamente spazio a forme moderne di “assolutismo politico”⁸². Ciò, di fatto, si rende possibile quando inconsciamente ci si identifica con chi ha il potere, che “rappresenta ai propri occhi l’ego ideale”⁸³. Pur non volendo estremizzare, si può prendere atto della diffusa convinzione che la risoluzione dei propri (reali e concreti) problemi debba essere affidata ad un “condottiero”, che a sua volta ottiene successo per il fatto di ergersi a risolutore proprio di quei problemi, che però spesso egli stesso contribuisce (direttamente o indirettamente) a creare o ad ingigantire⁸⁴. L’uso demagogico del potere, tipico dei populistici (ma

⁷⁶ Altra questione è quella di comprendere se internet possa essere considerata una formazione sociale; sul punto, v. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana*, cit., 37 ss.; ID., *Le formazioni sociali e Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 50 ss.

⁷⁷ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 49, 98 ss., ma *passim*. In tema, v. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 100; G. MOSCHELLA, *L’incerta prospettiva della democrazia rappresentativa*, cit., 7 s.; F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 8; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”: di quale democrazia stiamo parlando?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2020, 613.

⁷⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 79.

⁷⁹ Ben si comprende il rilievo che ha assunto internet per il “social campaigning”, dando la possibilità ai candidati di entrare in diretto contatto con i propri potenziali elettori (cfr. M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 58 ss.). Da ultimo, v. G. DONATO, *Il potere senza responsabilità dei social media nelle campagne elettorali*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 2/2020, 360 ss.

⁸⁰ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 79.

⁸¹ Cfr. G. DELLEDONNE-G. MARTINICO-M. MONTI-F. PACINI, *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, Londra 2020.

⁸² Cfr. H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna 1998, 243.

⁸³ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 244.

⁸⁴ Cfr., tra gli altri, A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 103; G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 173.

anche dei sovranisti) e favorito da internet⁸⁵, non fa altro che accentuare il bisogno dei cittadini (spesso poco attenti a “leggere” in modo lucido la realtà) di rifugiarsi nel “salvatore della patria” del momento. Eppure “l’idea di democrazia implica assenza di capi”⁸⁶, che pure a certe condizioni sono necessari, come lo stesso Kelsen osserva; se è vero che un “dominio è inevitabile”, la democrazia richiede che i cittadini debbano volere essere dominati da se stessi⁸⁷. Inoltre, “la democrazia potrà realizzarsi in Italia nella misura in cui potrà realizzarsi l’educazione popolare e potrà essere contenuta la demagogia, nemica irriducibile di ogni educazione”⁸⁸.

Quanto si sta ora dicendo ha molto a che fare con l’uso che chi detiene il potere fa di internet quale straordinario strumento per accrescere il proprio consenso, entrare subito in rapido collegamento – come detto – con i propri elettori (o potenziali tali), offrire risposte immediate (in spregio di programmi politici a lungo termine e di processi da attivare), cogliere le emozioni dei cittadini e suscitare di nuove con l’uso di immagini o di poche parole veicolate tramite i social network, che divengono “produttori di consenso”⁸⁹.

Si fa strada, pertanto, la convinzione (almeno in alcuni) che la democrazia “passi” dalla rete e che le grandi potenzialità degli strumenti tecnologici possano sopperire alle mancanze dei tradizionali spazi della rappresentanza politica e all’inefficienza dei mezzi in passato utilizzati per la “edificazione” del bene comune. Così facendo, però, si stenta ad ammettere che si agevola più che l’attuazione della democrazia l’affermazione della olocrazia⁹⁰, un “sistema” governato dalle passioni del momento, dall’istinto e, quindi, come si diceva, dalla paura e dall’emotività, che viene strumentalizzata “ad uso e consumo” del leader e degli obiettivi che lui (e la sua parte politica) intende perseguire⁹¹.

La situazione che si è per sommi capi descritta non può che essere “letta” alla luce di quanto si diceva all’inizio di questo studio e cioè dello sgretolamento delle relazioni, della fragilità che connota la condizione umana in questo frangente storico, della “liquidità” dei rapporti interpersonali che a sua volta fa venire meno i punti fissi (e “solidi”, per stare nella metafora) rappresentati da quei valori trans-epocali che oggi appaiono in sofferenza. Si tratta di un “circolo vizioso” all’interno del quale l’uomo di oggi appare immerso, una spirale dalla quale è assai arduo uscire.

⁸⁵ Cfr. A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 7.

⁸⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, cit., 128 ss.

⁸⁷ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 227.

⁸⁸ ... come si è espresso U. Tupini, il 5 marzo 1947 in Assemblea Costituente.

⁸⁹ C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news*, cit., 28.

⁹⁰ ... com’è stato rilevato da A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale”*, cit., 8, 18; ID., *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), n. 2/2019, 73 ss.; ID., *Rischi di involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 22 e ivi v. A. SPADARO, *Cenni sulle pericolose involuzioni dello Stato costituzionale contemporaneo*, 4. Cfr. anche A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 12 s.; I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza*, cit., 185.

⁹¹ Paradigmatica è stata la campagna d’odio e di intolleranza nei confronti dei migranti, che non ha fatto altro che suscitare paure che qualche leader ha promesso di fugare (dopo averle alimentate). Le statistiche dimostrano che la percezione del problema è molto lontana dalla realtà. Ciò non può che avere una sola causa che deve essere addebitata a chi ha fomentato quelle paure, magari attraverso la diffusione di dati non sempre attendibili che il comune cittadino non ha voglia e modo di poter verificare. Non vi è chi non veda come, a tal proposito, i mass media abbiano grandi responsabilità a motivo del ruolo cruciale che hanno nel veicolare le notizie; al riguardo, cfr. quanto osserva G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 25 s.

Cfr. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 104, ma *passim* (a proposito dell’odio che viene suscitato nei confronti degli stranieri, l’A. discorre di “para-fascismo”: 114). In tema, v. anche M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 67; A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 8; M. MANETTI, *Regolare internet*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 3 giugno 2020, 6 ss.

Non si può, a mio avviso, ben comprendere il largo uso che oggi si fa dello strumento telematico da parte della classe politica senza prendere in seria considerazione le cause che hanno favorito il successo, in particolare, dei social network. Esse, infatti, costituiscono i presupposti fondamentali da cui deve muovere l'indagine, ma al contempo divengono il punto di arrivo della stessa. In estrema sintesi, si potrebbe dire che i politici di oggi fanno i loro "comizi" nelle "piazze virtuali" perché sanno che lì trovano i cittadini, con le loro paure, fragilità ed incertezze delle quali servirsi⁹² (sebbene, anche in questo caso, non si voglia generalizzare).

Però, nel momento in cui i leader (o presunti tali) raggiungono gli utenti del web, questi ultimi vengono considerati non nella loro inimitabile individualità e personalità, ma come "massa indistinta"⁹³, un insieme di "profili" e non di uomini e donne portatori di bisogni da ascoltare dalla loro stessa voce, dei quali incrociare gli sguardi ed ai quali manifestare una prossimità che sia "reale" e non solo "virtuale". Tuttavia, "la democrazia è fondata sugli individui, non sulla massa"⁹⁴. Il più diretto e agognato obiettivo è quello di aumentare i *followers*, che non sono altro che i *fan*, i seguaci dell'"eroe" di turno (le virgolette sono d'obbligo).

In una sorta di eterogenesi dei fini, quella situazione di instabilità esistenziale che aveva condotto quei cittadini in rete, alla ricerca di nuovi "amici" che potessero colmare il senso di vuoto e di solitudine avvertiti nel mondo "offline", non fa altro che aggravarsi. Le risposte (anche provenienti dalla classe politica) che il web offre, specie quando non supportate da ricerca scientifica, rischiano di rivelarsi effimere; gli "amici" possono essere passeggeri, come dimostra il fatto che con un semplice clic, volendo, è possibile in qualunque momento porre (unilateralmente) fine ad un rapporto virtuale. Dal vivo, sarebbe molto più difficile, come opportunamente rileva Bauman⁹⁵.

Dal suo canto, il che è altrettanto grave, anche il cittadino di oggi tende inconsciamente a farsi "uomo-massa"⁹⁶ che si compiace (dell'illusione)⁹⁷ del rapporto diretto con il proprio leader di riferimento (aspetto che lo accomuna ad altre migliaia di suoi simili) e si preoccupa di risolvere i problemi del momento più che investire in elaborati progetti a lungo termine.

Se questa, in estrema sintesi, appare la realtà con la quale confrontarci, occorre adesso fermare l'attenzione sull'enorme risalto che oggi viene dato ad internet come panacea del deficit democratico⁹⁸ che si avverte nel nostro ordinamento, provando a dimostrare come tale deficit sia destinato ad aggravarsi se non si apportano taluni correttivi alla deriva verso la quale stiamo tendendo. Conviene, infatti, perseguire al riguardo un sano pragmatismo che consenta di rifuggire da ogni atteggiamento utopistico o distopico rispetto al fenomeno della rete, che evidentemente non è né da idealizzare né da demonizzare.

4.1 *Internet e il malinteso suo ruolo per la democrazia*

⁹² M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 64. Che la rete fosse un "luogo profondamente concreto e capace di accogliere nel suo senso [...] le più 'umane' inclinazioni ed esigenze" lo ha rilevato molti anni addietro anche P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 1.

⁹³ G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 143.

⁹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 18.

⁹⁵ Cfr., ad es., quanto Z. BAUMAN osserva in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 183; ID., *La vita tra reale e virtuale*, cit., 46.

⁹⁶ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 37.

⁹⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 116; E. RIPEPE, *Conclusioni*, in AA. VV., *Internet e democrazia*, cit., 368; A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 86. Al riguardo, v. anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 4, 12 s.

⁹⁸ Cfr., per tutti, P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 599.

L'idea è chiara: grazie ai diretti ed immediati collegamenti tra base elettorale ed esponenti politici i secondi possono più agevolmente convincere ed anche adulare⁹⁹ i primi (com'è tipico del populismo) ed i primi possono essere interpellati e coinvolti (almeno apparentemente)¹⁰⁰ nelle scelte che devono prendere i secondi. Come si diceva, è diffusa la convinzione che internet possa mostrarsi idoneo a realizzare la democrazia diretta e che quest'ultima sia l'unica "forma" di democrazia possibile, l'unica modalità che consenta – secondo una visione nella quale io non mi ritrovo – di realizzare la democrazia *tout court*. Questa logica "va a sbattere" impietosamente con le parole di Hans Kelsen, per il quale "la democrazia dello Stato moderno è la democrazia indiretta"¹⁰¹, ma anche con quelle di Alexis de Tocqueville poco sopra riportate.

Ecco perché, mettendo in ordine quanto si è detto fin qui, per alcuni la democrazia "è" internet; la voluta forzatura di questa espressione può rendere l'idea della visione populista. Se negli anni '90, in Italia, gli stessi obiettivi si raggiungevano attraverso un uso studiato e strategico della televisione, oggi, alla luce dell'evoluzione della scienza e della tecnica, lo strumento nelle mani della classe politica è, appunto, internet e, nello specifico, i social network.

Si proverà ora a chiarire per quali ragioni quest'assunto non è condivisibile; è possibile, infatti, mettere in luce gli aspetti dai quali emergono "equivoci" di fondo che rendono problematico il rapporto tra internet e democrazia, così come da alcuni ricostruito¹⁰².

Prendendo le mosse dal già cit. fenomeno di disintermediazione che è causato da internet, non si può fare a meno di rilevare che saltando il passaggio dai partiti e dai corpi intermedi in genere viene meno un fondamentale momento per la democrazia, si spezza una preziosa cinghia di "trasmissione di domande sociali alle istituzioni"¹⁰³. Sulla scia dell'insegnamento di Hans Kelsen (e con le sue parole), si può affermare che "solo l'illusione o la ipocrisia può credere che la democrazia sia possibile senza partiti politici"¹⁰⁴. Se si concorda nel ritenere che la politica è (o dovrebbe essere) virtù al servizio del bene comune¹⁰⁵, occorre osservare che quest'ultimo non possa essere considerato la somma dei "beni individuali", ma la "sintesi" degli stessi, la quale non può che venire dall'ausilio di strumenti che favoriscano l'individuazione dei bisogni umani ed i modi più opportuni per soddisfarli (non solo nell'immediatezza, ma nel lungo periodo, cercando di incidere sulle cause strutturali che li ingenerano). Tutto questo, com'è evidente, richiede luoghi e tempi di discussione¹⁰⁶; non si deve sottovalutare, infatti, che "la democrazia è discussione"¹⁰⁷ e "la

⁹⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 140.

¹⁰⁰ Non si può fare a meno di rilevare che la "velocità" e la "capillarità" con le quali circolano le notizie sul web condizionano i destinatari, "prima ancora che riescano a formarsi una loro opinione" (M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 63).

¹⁰¹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 72. Il maestro praghese osserva, infatti, che "per lo Stato moderno l'applicazione di una democrazia diretta è praticamente impossibile" (74); ID., *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, cit., 156. Non a caso, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 49, ha osservato che "nessuno può immaginare uno stato che possa essere governato attraverso un continuo appello al popolo", che di fatto è quanto si vorrebbe realizzare per via telematica. A quest'ultimo riguardo, di recente, cfr. A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 7 s.

¹⁰² Cfr. A. VALASTRO, *Internet e strumenti partecipativi*, cit., 247 ss.

¹⁰³ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 105.

¹⁰⁴ Nell'ormai amplissima letteratura relativa al fondamentale ruolo dei partiti per la democrazia, per tutti, v. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 64 (cfr. 62 ss., ma *passim*); S. GAMBINO, *Partiti politici e forma di governo*, Napoli 1977, 14 s., ma *passim*; ID., *Partiti politici e Parteienstaat*, in *Pol. dir.*, n. 2/2018, 169 ss.; ID., *Popolo e democrazia (sotto scacco), fra partiti politici in crisi e populismi*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. online*, n. 1/2020, 24, ma *passim*; G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 140; P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, 85, 88.

¹⁰⁵ Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, 1252a e 1282b, che pure era molto critico nei confronti della democrazia, come ricorda anche H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 265, ma *passim*.

¹⁰⁶ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 472.

volontà dello Stato”, che deve essere orientata al bene comune, “può essere il risultato di un compromesso”¹⁰⁸, nel senso etimologico del lemma che, com’è noto, rimanda ad un venirsi incontro e al farsi reciproche concessioni. Si tratta, quindi, della necessità (democratica) di “abbandonare ciò che separa” a beneficio “di ciò che unisce”¹⁰⁹.

A questi fini, appare insostituibile la funzione che svolgevano (e che ci si augura possano tornare a svolgere) i corpi intermedi¹¹⁰, che ancora oggi dovrebbero agire – come detto – da filtro per poter andare al cuore dei problemi e saperli fronteggiare nel modo più opportuno nell’interesse dell’intera Nazione. È più che ovvio che quanto ora detto non può aversi tramite i social network che non prevedono il passaggio dai partiti e che, in ogni caso, non consentono l’ascolto e il confronto a voce, che rimangono invece ineliminabili.

Quanto ora osservato si collega ad un altro fondamentale aspetto che non può mancare in un sistema che miri ad essere autenticamente democratico. Come detto, la rete favorisce il “botta e risposta”, l’immediatezza, ben gradito al cittadino di oggi che cerca di colmare la sua congenita inquietudine e la sua irrequietezza con la smania di avere “tutto e subito”. La democrazia, come si diceva poco sopra, richiede invece dibattito, confronto, incontro ed anche scontro (nei limiti della normale dialettica). Ciò, pertanto, non può fare a meno di una buona (e salutare) dose di fatica e di fisiologici tempi che appaiono necessari per il discernimento¹¹¹ funzionale alla decisione finale, alla scelta politica¹¹². Tutto questo, ancora una volta, non è possibile nella rete, dove invece si assiste ad “un’accelerazione eccezionale di tutti i processi politici” (oltre che ad una loro “dilatazione”)¹¹³. Ammesso pure che si provi a dibattere dietro lo “scudo” di un monitor, non si può negare che ciò non faciliti la comprensione reciproca, l’empatia (qualità necessaria per giungere ad un punto di incontro), la possibilità di esporre (e argomentare) le proprie ragioni in modo efficace¹¹⁴.

A ciò si aggiunga che viene svilito l’imprescindibile ruolo del dissenso, che appare fondamentale nella decisione politica¹¹⁵; quest’ultima, infatti, per essere davvero il naturale e fisiologico esito di un processo democratico, non può che porsi a sua volta quale prodotto della volontà della maggioranza con il minor sacrificio possibile della minoranza, che deve avere sempre la possibilità di divenire maggioranza in futuro¹¹⁶. In altri termini, la decisione politica è frutto anche del dissenso e anche grazie a quest’ultimo si forma. Invece, non di rado si assiste (o si rischia di assistere) all’espulsione da un gruppo o da una piattaforma telematica di chi si mostra di non concordare con il leader di turno e con la maggioranza che lo acclama e lo segue¹¹⁷; in ogni caso, la

¹⁰⁷ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 246. Nello stesso senso, v. G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 21.

¹⁰⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 105; ID., *Il problema del parlamentarismo*, cit., 178 s.; ID., *I fondamenti della democrazia*, cit., 246, 269 s.

¹⁰⁹ H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, in ID., *Essenza e valore della democrazia*, Torino 2004, 73.

¹¹⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 45.

¹¹¹ Cfr. A. STERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione”*, cit., 21; S. LABATE, *La virtù democratica. Un rimedio al populismo*, Roma 2019, 63.

¹¹² Cfr. M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 71.

¹¹³ I riferimenti testuali sono tratti da M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 133; v. anche E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica: Internet, partecipazione politica e diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2019, 99 s.

¹¹⁴ C.R. SUNSTEIN, *Repubblic.com 2.0*, Princeton-New York 2007; M. BASSINI, *Rise of Populism and the Five Star Movement model: An Italian Case Study*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2019, 302 ss.

¹¹⁵ Cfr. quanto osserva N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 58 ss. Di un’altra idea pare D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali*, cit., 8 s.

¹¹⁶ Per tutti, cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 100 ss.; ID., *Il problema del parlamentarismo*, cit., 177; ID., *I fondamenti della democrazia*, cit., 245 s., 269.

¹¹⁷ Cfr. A. DAL LAGO, *Populismo digitale*, cit., 131.

possibilità di “silenziare” subito chi la pensa diversamente è consentita dalla tecnologia. Qualora lo si volesse fare basterebbe un clic; com’è chiaro, questo tema attiene al grave problema della democrazia interna al “partito cybercratico”¹¹⁸. Insomma, la rete non sembra il “luogo” più favorevole per dissentire, anche perché i “leoni da tastiera” sono subito pronti ad attaccare con “ruggiti” di insulti e con attacchi denigratori¹¹⁹ dando vita ad una sorta di “squadrismo” che riporta indietro nel tempo¹²⁰. Eppure “uno dei principi fondamentali della democrazia è che ognuno deve rispettare l’opinione politica degli altri, giacché tutti sono uguali e liberi”¹²¹. A questa logica, si oppone il “settarismo” e “l’intransigenza” verso chi la pensa diversamente, due problemi che la rete aggrava ed a causa dei quali “la democrazia si sgonfia come un pallone bucato”¹²².

Si deve inoltre constatare che internet favorisce la presenza di gruppi “chiusi”, all’interno dei quali – almeno tendenzialmente – vi è una comunanza di visioni (altrimenti, con molta probabilità, non sarebbe autorizzato l’ingresso e la permanenza all’interno di essi); si tratta di vere e proprie “bolle”¹²³ o “echo chambers”¹²⁴. Ciò, com’è ovvio, non favorisce il pluralismo delle idee¹²⁵, il contraddittorio, la critica costruttiva, la “convivialità delle differenze” (per usare la celebre e pregnante espressione di don Tonino Bello)¹²⁶. La democrazia, invece, non può fare a meno dei diversi punti di vista¹²⁷ e finanche del conflitto che è ad essa connaturato¹²⁸ che, quale componente del dialogo, non si deve temere¹²⁹; proprio dal conflitto, anzi, possono nascere nuovi processi alla ricerca dell’unità¹³⁰. L’“unanimismo” non si addice alla democrazia¹³¹. Internet, invece, è “zona di sicurezza” (proprio per il fatto di favorire relazioni tra persone che tendenzialmente sono accomunate dalle stesse opinioni), è “zona priva di conflitto”¹³². In passato, nei partiti non mancavano contrasti interni, alle volte anche particolarmente aspri, che di certo non portavano alla espulsione dei dissenzienti con la velocità e la perentorietà di un semplice clic; si ritrovavano

¹¹⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 113.

¹¹⁹ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, cit., 76. Sulla difficoltà a dissentire su internet, cfr. P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 612. Cfr. anche FRANCESCO, *Fratelli tutti*, 44.

¹²⁰ Cfr. E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica*, cit., 105.

¹²¹ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 269.

¹²² M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 67.

¹²³ Cfr. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 6; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vecchi rimedi o nuove regole?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 24/2018, 19 s., ma *passim*; M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 70, 77 ss.; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 112; ID., *La svolta*, Bologna 2019, 171. In argomento, v. anche G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 15 ss., 42 ss.

Già nel 2011, S. RODOTÀ, *Informazione e nuove tecnologie*, cit., 102, metteva in luce che sulla rete, come sempre avviene nella vita reale, si è portati ad entrare in contatto con coloro che – condividendo con noi punti di vista simili – possono rinsaldarci nei nostri convincimenti.

¹²⁴ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 11 s.; C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news*, cit., 30; E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica*, cit., 96 s. e 99. Sul punto, di recente, v. anche G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 361; M.N. CAMPAGNOLI, *Social media e information disorder: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte prima – Le fake news)*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), n. 2/2020, 1547 s.

¹²⁵ Su pluralismo e internet, cfr. O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell’era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta Online* (www.giurcost.org), 10.02.2014. Cfr. anche A. PAPA, *La problematica tutela del diritto all’autodeterminazione informativa nella big data society*, in questi stessi scritti. Da ultimo, al riguardo, si è espresso anche FRANCESCO, *Fratelli tutti*, 45.

¹²⁶ *Scritti di pace*, Molfetta (Ba) 1997, 64.

¹²⁷ Cfr. M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 17, 64 s.

¹²⁸ Cfr., tra i tanti, S. LABATE, *La virtù democratica*, cit., 14 s., ma *passim*.

¹²⁹ Cfr. FRANCESCO, *Discorso ai delegati al V Convegno nazionale della Chiesa Italiana*, Firenze 10 novembre 2015.

¹³⁰ Cfr. FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, 227 s.

¹³¹ Cfr. S. LABATE, *La virtù democratica*, cit., 73.

¹³² Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, cit., 63 s.

“insieme persone che partivano da punti di vista diversi, dibattevano, convincevano e si facevano convincere”¹³³.

Non si trascuri poi l'efficacia “invisibile” dei *cookies* che suggeriscono a chi controlla la rete¹³⁴ quali sono i gusti degli internauti e favoriscono la raccolta dei c.d. *big data*¹³⁵, per poter orientare in modo subdolo e strisciante i loro convincimenti verso i fini che ci si propone. Un algoritmo, tramite i *cookies*, riesce a captare gli interessi dei naviganti e, sulla base di questi, può manipolarne la libertà, la volontà e quindi l'autonomia, che non è quindi reale¹³⁶. In altre parole, a fronte del potere dell'algoritmo (o, se si preferisce dire, dell'“algoritmo al potere”)¹³⁷, la democrazia appare minacciata; non vi è chi non veda come quel “rendiconto quotidiano sull'esercizio del potere” che essa richiede non è facile da esercitare sugli algoritmi, la “dittatura” dei quali è favorita dal fatto che il potere viene esercitato in modo “invisibile, nascosto”¹³⁸. Non c'è dubbio che la democrazia sia in crisi tutte le volte in cui il *kratos* non è attribuito al *demos* (che lo deve esercitare nei limiti della Costituzione), ma è “collocato” altrove; com'è stato fatto notare, pare farsi strada una “algocrazia”¹³⁹.

A proposito di quanto si sta ora dicendo, non sempre è chiaro chi ci “sia” dietro un sito, un blog, una piattaforma. In altre parole, chi controlla la rete? Chi è che “getta la rete nel mare aperto” di internet per raccogliere i “pesci” che vi rimangono impigliati? Il valore della trasparenza, quindi, sembra essere esposto a non pochi rischi¹⁴⁰ e ciò rende ancora più problematica l'idea di affidare ogni decisione politica (seppure indirettamente) all'agorà telematica.

In stretta connessione a quanto ora detto, non si sottovaluti che non sarebbe materialmente possibile interpellare i cittadini su ogni questione (essi dovrebbero essere perennemente connessi)¹⁴¹, apparendo infatti “utopistica”¹⁴² una convinzione del genere; la “democrazia dei sondaggi”, che in parte si sta facendo strada, non può realizzare una vera democrazia¹⁴³, se si considera che chi si esprime spesso non ha “un livello informativo adeguato ad affrontare soluzioni

¹³³ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 171.

¹³⁴ Per tutti, v. J. GOLDSMITH-T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, New York 2006.

¹³⁵ Al riguardo, per tutti, v. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, cit., 78.

¹³⁶ Cfr. A. D'ATENA, *Tensioni e sfide*, cit., 15; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali*, cit., 6 s.; A. STERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione”*, cit., 3 s.; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 7/2019, 15 ss.; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., VIII, 10, 76. Come osservano questi AA., “ciò che in rete è visibile o non visibile dipende da chi definisce le regole del web. E ciò che non è visibile, nel nuovo mondo digitale, rischia di non esistere” (11); E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica*, cit., 57 ss., spec. 80, ma *passim*; P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 6 ss.; E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, in questi stessi scritti; M. MANETTI, *Regolare internet*, cit., 14 ss.; M.N. CAMPAGNOLI, *Social media e information disorder: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte prima – Le fake news)*, cit., 1545.

¹³⁷ M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 19 ss. Sul punto, cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 13 ss.

¹³⁸ M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 28 s.

¹³⁹ A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, in questi stessi scritti.

¹⁴⁰ Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 392 s.; cfr. anche quanto questo A. osserva in *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, cit., 12.

Per stare a tempi relativamente recenti, si pensi alla vicenda di Cambridge Analytica; sul punto, tra i tanti, v. P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 2/2018, 7; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 107; G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 22 s.

¹⁴¹ Cfr. S. CASSESE, *La svolta*, cit., 126, 178. Si veda quanto già affermava in passato N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 14.

¹⁴² S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 24.

¹⁴³ ... come rileva anche G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, cit., 139. Sul punto, cfr. anche P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 484; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 55 ss.; Id., *Informazione e nuove tecnologie*, cit., 101. Criticamente nei confronti della c.d. “sondocrazia” si esprime anche D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali*, cit., 11.

complesse¹⁴⁴ ed ha solo la possibilità di “sbarrare” una casella sulla base delle spinte emotive del momento¹⁴⁵ e non di discutere quella scelta e quindi arrivare ad una decisione come esito di un ragionamento personale che si sia dapprima confrontato con quello altrui. A ciò si aggiunga, come si diceva poco sopra, che il consenso si potrebbe formare in modo non libero, ma potrebbe essere manipolato¹⁴⁶.

Si pensi, pertanto, alle criticità che presenterebbero iniziative legislative popolari formatesi in rete¹⁴⁷, alle quali parteciperebbe – ad essere realisti – solo una minima parte del corpo elettorale; verrebbero fatalmente esclusi moltissimi che per età, per condizioni economiche o tecniche, per scarsa formazione non avrebbero alcuna possibilità di accesso ad internet. In generale, si pone infatti un problema di “fruibilità” da parte del “cittadino-utente” del frutto “dell’attività informatica pubblica”¹⁴⁸, di talché finirebbero per decidere solo coloro che hanno la possibilità di usare le nuove tecnologie. Si rischia così di “approda[re] ad una sorta di regime di élites ‘casuali’”¹⁴⁹.

Quanto da ultimo detto sembra quindi confermare che attraverso la via telematica difficilmente può attuarsi la democrazia, che invero non sarebbe neanche realmente diretta (anzi, è “maldestramente” considerata tale)¹⁵⁰, essendo piuttosto – come ha osservato L. D’Andrea – “eterodiretta”¹⁵¹ ossia diretta da altri, siccome influenzata e condizionata da chi decide quali e quando talune scelte siano da sottoporre a quella parte di popolo che “abita” il web¹⁵². In maniera *tranchant*, ad avviso di Bobbio, “l’ipotesi che la futura computer-crazia [...] consenta l’esercizio della democrazia diretta [...] è puerile”¹⁵³.

Com’è noto, poi, le scelte (e quindi la libertà di manifestazione del pensiero)¹⁵⁴ vengono condizionate dalle c.d. *fake news*, notizie false che internet amplifica¹⁵⁵ e che sviano gli elettori e li disorientano, per indirizzarne le preferenze verso decisioni che non possono che essere viziate da una volontà – ancora una volta – non liberamente (ma artatamente) formatasi. Ciò è possibile a

¹⁴⁴ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 10.

¹⁴⁵ Cfr. A. MORELLI, *I rischi della riforma del divieto di mandato imperativo*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 82.

¹⁴⁶ Cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 42. Sui rischi della manipolazione del consenso che si accompagnano alla c.d. “democrazia digitale”, v., tra i tanti, anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 60; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., spec. 10 s.

¹⁴⁷ Se si vuole, tra gli altri, v. il mio *Il costituzionalismo alla prova delle recenti proposte di riforma*, cit., 143 ss.

¹⁴⁸ Così, quasi testualmente, si esprime P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 391.

¹⁴⁹ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 112.

¹⁵⁰ Cfr. G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica*, cit., 255. Da ultimo, P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 612, considera “fuorviante il riferimento alla democrazia diretta”.

¹⁵¹ ... o “pseudo-diretta”, come ha rilevato A. RUGGERI, *Rischi di involuzione autoritaria*, cit., 22. Sul punto, v. anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 9.

Che si corra il rischio di “approda[re] ad una sorta di regime di élites ‘casuali’” lo diceva circa vent’anni addietro S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 112.

¹⁵² Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 477; F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma 2019, 55. Al riguardo, v. quanto osserva in riferimento all’esperienza del Movimento 5 Stelle, P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione*, cit., 612.

¹⁵³ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 14.

¹⁵⁴ Cfr. A. MORELLI-O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 1/2018, 15; O. POLLICINO, *Freedom of expression and the European approach to disinformation and hate speech: the implication of the technological factor*, in questi stessi scritti.

¹⁵⁵ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 18 ss. Sui diversi tipi di *fake news*, v. M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)*, n. 1/2017, 15 ss.; G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 9 ss.; A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle fake news*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, n. 20/2020 (24 giugno 2020), 105 ss.

causa della difficoltà di individuare su chi grava la responsabilità (anche a causa dell'anonimato)¹⁵⁶, quest'ultima apparendo sempre più distante da chi realmente esercita il potere online¹⁵⁷. Questa stortura del sistema, evidentemente, viene sfruttata da chi diffonde le notizie false, utilizzate per favorire la permanenza del singolo utente in una data piattaforma¹⁵⁸.

La democrazia, però, richiede un "ragionare insieme" la cui "integrità" pretende che sia "rispettata la verità dei fatti"¹⁵⁹. È palese che, con le *fake news*, si mina fin dalle fondamenta la sovranità popolare¹⁶⁰, per quanto si voglia far credere che è proprio essa che si intende valorizzare attraverso l'uso delle piattaforme digitali, che in definitiva sono "poteri privati che esercitano funzioni para-costituzionali"¹⁶¹.

Inoltre, se non si erra nell'affermare che la democrazia si regge, come mi sono andato convincendo nel tempo, su due pilastri, quello della cultura¹⁶² e quello della partecipazione¹⁶³, ben si comprende che entrambi rischiano di scricchiolare: il primo proprio a causa delle *fake news* ed il secondo a motivo della già richiamata esclusione di tanti cittadini dalla possibilità di accedere alla piazza virtuale.

Infine, non poche perplessità in merito alla trasparenza e alla effettiva partecipazione solleva anche il "voto elettronico"¹⁶⁴, la cui segretezza sarebbe tutta da dimostrare e dal quale rimane esclusa – ancora una volta – gran parte degli elettori.

Quelle adesso esposte sono solo alcune delle ragioni, a mio parere tra le più rilevanti, per le quali non è possibile credere in modo incondizionato nella c.d. "democrazia elettronica"¹⁶⁵ (o "virtuale"¹⁶⁶ o "digitale"¹⁶⁷), la cui "consistenza" appare "alquanto ridotta"¹⁶⁸; essa, anzi, appare "una espressione degenerata della democrazia *tout court*"¹⁶⁹.

¹⁵⁶ Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 18; M. NISTICÒ, *Identità digitale e diritto al nome: il problema dell'usurpazione e la questione dell'anonimato*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 311 ss.; G. RESTA, *L'anonimato in Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 66 ss.; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 112; G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 34 ss.; G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 27 ss.

¹⁵⁷ In argomento, da ultimo, v. G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 360 ss., spec. 363.

¹⁵⁸ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., spec. 21. Al riguardo, v. anche G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 361.

¹⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 21 s.

¹⁶⁰ Cfr. M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 28 s. Sulla crisi della sovranità popolare, cfr. quanto rileva G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa*, cit., 3.

¹⁶¹ O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2019, 10.

¹⁶² Sulla cultura quale "precondizione" per la democrazia, v. tra gli altri L. CARLASSARE, *Informazione radiotelevisiva e il ruolo del pluralismo*, in AA. VV., *L'informazione*, cit., 109. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 7, e A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf*, cit., 8.

¹⁶³ Cfr. M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione: note preliminari (per l'effettività dei diritti sociali)*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3 settembre 2012, 11.

¹⁶⁴ In argomento, v. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 475; L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, n. 1/2011, 47 ss.; ID., *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino 2011, 32 ss.; ID., *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 425 ss.; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 503 s.; M. ROSPI, *Internet e diritto di voto*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 263 ss.; S. SCAGLIARINI, in questi stessi scritti; F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 6/2020, 216 ss.; M. FARINA, *Il diritto di voto alla fermata del "binario elettronico"*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 608 ss.

¹⁶⁵ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit.; ID., *L'informazione*, cit., 67 ss.; T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 158 ss.

¹⁶⁶ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 45 ss.

In particolare, quanto ora detto sembra sufficiente a dimostrare che internet non può di per sé garantire la democrazia, la quale può inverarsi tramite l'uso di internet solo a certe condizioni, che adesso si proverà a richiamare. Ecco perché la democrazia oggi non si può identificare con il governo del popolo "internettiano" o, se si preferisce dire, telematico. La fiducia che internet possa giovare alle decisioni politiche può essere di chi lo controlla, ma è inspiegabile che lo sia per i tantissimi elettori che invece vengono guidati come "marionette" nei meandri della rete o che comunque, non volendo esagerare, vengono molto condizionati nelle proprie scelte. L'unica possibilità, che invero appare alquanto reale¹⁷⁰, è che essi siano del tutto inconsapevoli di quanto qui esposto, ma questo di certo non migliora la situazione, anzi l'aggrava.

5. Democrazia "e" internet

A questo punto giunti, avendo escluso sia che la democrazia ed internet siano irriducibilmente incompatibili (e quindi alternativi) e sia che si possano "identificare", è possibile adesso valutare la terza opzione e provare a comprendere se ed in che modo l'una e l'altro possano convivere e siano conciliabili. Come ormai dovrebbe risultare chiaro alla luce delle considerazioni finora svolte, l'idea che si ha è che fra le tre strade qui prospettate quella ora in esame sia bisognosa di essere percorsa, sebbene non sia piana e nasconda talune insidie. Sbrigativamente si potrebbe osservare che i modi per conciliare democrazia e internet sarebbero insiti, sotto forma di "rimedi", ai problemi sopra elencati a causa dei quali – si potrebbe dire – internet "non è tutto" per la democrazia; basterebbe ripercorrere punto per punto quanto già detto per individuare le soluzioni alle distorsioni alle quali negli ultimi anni è andato incontro l'utilizzo spregiudicato degli strumenti tecnologici. Tuttavia, si ritiene opportuno fare un passo indietro ed inquadrare la questione, ancora una volta, su un piano teorico.

Se internet – come osservato in apertura – si pone al servizio dei diritti inviolabili dell'uomo¹⁷¹, esso può rendersi funzionale anche alla democrazia, proprio per il legame inscindibile che intercorre tra quest'ultima e i diritti stessi¹⁷²: "la democrazia fa tutt'uno con la salvaguardia delle libertà"¹⁷³; tuttavia, non è scontato che ciò avvenga, a motivo dei tanti pericoli che rischiano di fare cadere "i diritti nella 'rete' della rete"¹⁷⁴. Abbagliati dalle possibilità di espansione dei diritti non dobbiamo, di certo, sottovalutare i simmetrici rischi di involuzione dei diritti stessi, che può essere provocata dalla difficoltà di garantire la riservatezza dei dati personali¹⁷⁵; a ciò si aggiunga, sebbene riguardi qualche profilo diverso, il problema dei *cookies* al quale si è già accennato. Per ciò che interessa il presente studio, pur non essendo possibile soffermarsi su questo punto meritevole di più adeguata riflessione, non si trascuri il fatto che la democrazia non può fare a meno del rispetto della *privacy*, non fosse altro perché la capacità di autodeterminazione dei

¹⁶⁷ M. AINIS, *Democrazia digitale*, in *Rass. parl.*, n. 2/2013, 263 ss., spec. 268 ss.

¹⁶⁸ P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 476.

¹⁶⁹ A. RUGGERI, *Rischi di involuzione autoritaria*, cit., 22.

¹⁷⁰ ... come conferma E. CATELANI, *Fake news e democrazia*, cit., 14.

¹⁷¹ In argomento, v. i contributi contenuti in AA. VV., *The Internet and Constitutional Law*, cit., e, spec., O. POLLICINO-G. ROMEO, *Concluding remarks: internet law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication*, 234 ss.

¹⁷² Cfr., tra i tanti, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1995, 6 s.; Id., (voce) *Democrazia*, in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino 2004, 239; F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 21.

¹⁷³ A. RUGGERI, *Rischi di involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in AA. VV., *Crisi dello Stato costituzionale*, cit., 24, ma v. anche 26.

¹⁷⁴ F. PIZZETTI, *I diritti nella "rete" della rete*, cit.

¹⁷⁵ Su tali questioni, si veda almeno quanto osserva F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 7 ss.

cittadini (ma anche degli avversari politici) verrebbe messa a rischio se i dati sensibili dei singoli (che, evidentemente, attengono anche alla personale visione del mondo) fossero nella disponibilità dei leader politici, i quali potrebbero farne l'uso che preferiscono, anche al servizio di nuove forme di autoritarismo.

D'altra parte, come detto, internet è strumento prezioso per la libertà di informazione che, a sua volta, secondo una "concezione 'funzionalista'", non solo si pone al servizio della libertà di manifestazione del pensiero ma è anche in grado di "portare a concretezza altri valori primari dell'ordinamento costituzionale, quali l'esercizio del diritto-dovere di voto, la partecipazione politica ed il pluralismo democratico"¹⁷⁶. In altri termini, come la stessa Consulta ha avuto modo di rilevare, l'informazione è una "condizione preliminare" e "presupposto insopprimibile" dello Stato democratico¹⁷⁷.

Occorre, però, avere la consapevolezza che idolatrare il progresso scientifico appare assai pericoloso per la democrazia, che rischierebbe di non poter rimanere in vita per cedere il passo alla tecnocrazia con la quale si pone in antitesi¹⁷⁸. Si tratta cioè di valorizzare la scienza (e i suoi prodotti) senza mai trascurare (o, peggio, mortificare) quella che Amartya Sen ha chiamato "capacitazione", ossia – in sostanza – la possibilità riconosciuta agli esseri umani (aggiungo, sia a livello individuale che collettivo, come *demos*) di "vivere il tipo di vita al quale danno valore"¹⁷⁹.

Lo sviluppo, infatti, secondo questa suggestiva impostazione, non può che essere misurato sulla base della crescita delle libertà umane, che non è solo il fine dello sviluppo stesso ma anche il mezzo per realizzarlo¹⁸⁰; tuttavia, "senza adeguate ed efficaci forme di protezione dei dati, e senza migliorare la tutela della libertà per ogni uomo di proteggere la sua sfera di riservatezza, noi rischiamo concretamente che il progresso della rete ci porti non alla libertà infinita, ma al passato nel quale ognuno era *homo hominis lupus*"¹⁸¹. Non potrebbe infatti trattarsi di vero sviluppo qualora i prodotti del progresso scientifico, nell'offrire agli esseri umani possibilità prima sconosciute, dovessero limitare, ad es., per ciò che qui interessa, la libertà di manifestazione del pensiero (a causa di latenti manipolazioni della volontà). Per riprendere quanto si diceva in precedenza, il progresso è davvero tale se è *al servizio* dell'uomo e non se *si serve* di quest'ultimo. Ciò che si intende dire è che "i fini e i mezzi dello sviluppo esigono che sia privilegiata la prospettiva della libertà; questo punto di vista considera gli esseri umani creature che – dandogliene – s'impegnano attivamente a forgiare il proprio destino e non si limitano a ricevere passivamente i frutti di un qualsiasi programma di sviluppo, anche ben congegnato"¹⁸². Il richiamo alla libertà non implica l'adozione di una prospettiva liberista (o individualista); nella impostazione teorica qui considerata, infatti, le libertà non possono che tradursi in "impegno sociale"¹⁸³ al servizio del bene comune. A sua volta, "l'esercizio della libertà è mediato dai valori, ma i valori sono soggetti [...] all'influenza della discussione pubblica e dell'interazione sociale, e su queste

¹⁷⁶ P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 341.

¹⁷⁷ Corte cost. n. 348 del 1990, p.to 2 del cons. in dir., sulla quale v. anche E. CATELANI, *Fake news e democrazia*, cit., 13.

¹⁷⁸ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 23.

¹⁷⁹ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano 2001, 24 (v. anche 293, ma *passim*). Similmente Martha Nussbaum si basa su un approccio basato sulle "capacità umane, vale a dire su ciò che le persone sono realmente in grado di fare e di essere, avendo come modello un'idea intuitiva di vita degna della dignità di un essere umano" (v. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, Bologna 2001, 19, che non manca di mettere in luce talune differenze, unitamente ad alcuni punti di contatto, tra la sua impostazione e quella di Sen: 25 ss.).

¹⁸⁰ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 41, 57, ma *passim*.

¹⁸¹ F. PIZZETTI, *I diritti nella "rete" della rete*, cit., 59.

¹⁸² A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 58.

¹⁸³ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 6, 282 ss.; *Id.*, *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari 2011.

agiscono le libertà partecipative¹⁸⁴. Anche queste ultime, com'è ovvio, devono essere garantite per potersi discorrere di sviluppo, essendo al tempo stesso “mezzi” e “fini” di quest'ultimo¹⁸⁵. Quanto ora detto induce a riflettere su un altro aspetto.

Ben si comprende che l'uso smodato di internet rischia di (o forse mira a) soffocare la discussione pubblica, a discapito quindi dei valori che quest'ultima tutela (e quindi delle stesse libertà partecipative)¹⁸⁶ ed a vantaggio di discussioni che nella sostanza sono riservate a pochi¹⁸⁷; è singolare, peraltro, constatare che proprio chi si erge a forza politica “antielitaria” finisca per coinvolgere nei dibattiti virtuali comunque un'élite di elettori, che è solo diversa da quella che mira a contrastare ma sempre tale è¹⁸⁸. La prima scrematura, com'è ovvio, è data dal fatto che, come detto, non tutti hanno la possibilità di accedere alla rete; a ciò si aggiunga che si può scegliere di condividere il proprio pensiero solo tra i c.d. “amici” o comunque all'interno di piattaforme create e gestite per veicolare solo un certo tipo di messaggio ed una precisa “visione del mondo”¹⁸⁹, a volte anche pericolosa ed in grado di mettere al rischio il valore della sicurezza¹⁹⁰. Di una discussione che sia realmente pubblica la democrazia non può fare a meno¹⁹¹; non vi è chi non veda che essa possa maggiormente favorire l'individuazione dei bisogni (anche economici) e le modalità per fronteggiarli¹⁹².

Occorre quindi chiedersi: è reale partecipazione, che come si sa è valore che la Repubblica si impegna a garantire (v. art. 3 Cost.), quella che si vorrebbe assicurare attraverso la nuova tecnologia? È sufficiente un post, un commento o una “x” in un sondaggio telematico per poter affermare che si sta prendendo parte ai processi di decisione politica? Al riguardo sia consentito, ancora una volta, manifestare alcuni dubbi¹⁹³; il “processo di apprendimento-discussione-deliberazione” che è richiesto “non può essere realizzato *one shot*, in un colpo solo”¹⁹⁴.

In ogni caso, la libertà di espressione che tendenzialmente è agevolata da internet non appare di certo al sicuro¹⁹⁵; con la stessa facilità con la quale è possibile esprimere un pensiero o un commento è altresì possibile venire “censurati” da colui che gestisce un blog o un “gruppo chiuso”. A chi “detiene le chiavi del server” è dato infatti un potere enorme che rischia di inquinare “le esperienze di deliberazione in rete o i meccanismi di selezione delle candidature”¹⁹⁶; ecco perché appare urgente che si ponga fine all’“autoregolamentazione dei gestori”¹⁹⁷ e si trovino forme e

¹⁸⁴ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 15.

¹⁸⁵ I riferimenti testuali sono di A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 290 s.

¹⁸⁶ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 115, “la discussione pubblica e la partecipazione sociale sono dunque essenziali per la formazione delle scelte politiche entro un quadro democratico”.

¹⁸⁷ Cfr. A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 15.

¹⁸⁸ Cfr. A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 15; S. LABATE, *La virtù democratica*, cit., 62; S. CASSESE, *La svolta*, cit., 196; F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 1. Se si vuole, v. il mio *Il costituzionalismo alla prova delle recenti proposte di riforma*, cit., 149.

¹⁸⁹ Cfr. F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 54.

¹⁹⁰ Cfr. C. BASSU, *Piattaforme online e controllo dei contenuti pericolosi*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2020.

¹⁹¹ Cfr., tra i tanti, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 114.

¹⁹² A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 154 ss.

¹⁹³ Cfr., a proposito dei pericoli della “teledemocrazia”, come veniva chiamata, G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, cit., 213 s. Si veda anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., XXII, 46, 75, 117.

¹⁹⁴ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 99. Cfr. anche quanto osserva F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 54.

¹⁹⁵ In argomento, cfr. O. POLLICINO, *The Constitutional Perspective on Freedom of Expression in the Internet Era*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech*, cit., 53 ss. (Id., *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2018).

¹⁹⁶ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., XIII, ma v. anche 75.

¹⁹⁷ A. PAPA, *La problematica tutela*, cit., 12.

modi di controllo e di disciplina che siano (più) consoni ad un sistema genuinamente democratico o che aspiri ad essere tale.

Perché questa impostazione appare utile ai nostri fini è presto detto: “non c’è crescita senza democrazia”¹⁹⁸ e quest’ultima è strettamente collegata alle libertà¹⁹⁹ ed attiene alla possibilità che ha il popolo di governarsi e di “costruirsi” il futuro, pur sempre nel rispetto dei limiti sanciti nel dettato costituzionale. A quest’ultimo proposito, si noti che la possibilità che la democrazia concede ai cittadini di desiderare senza limiti consente alla stessa democrazia di inverarsi solo se quei cittadini non oltrepassano certi limiti nel loro desiderare²⁰⁰. Si tratta, in fin dei conti, seppure con una diversa declinazione, del famoso “paradosso di Böckenförde”²⁰¹.

In altre parole, come internet favorisce l’espansione di talune libertà (secondo l’impostazione di P. Costanzo), allo stesso modo queste ultime appaiono serventi la democrazia, purché siano limitate. L’illusione che internet non ponga più confini e paletti all’agire umano si scontra irrimediabilmente con le regole della democrazia²⁰²; così, mentre si promette la massima autodeterminazione al singolo – che, come si è detto, peraltro è solo apparente – si mette a rischio “l’autodeterminazione collettiva”²⁰³ (senza considerare che è comunque utopistico ritenere che quella individuale possa essere assoluta)²⁰⁴. Ecco perché la (o le) libertà è (o sono) da intendere in termini di “corresponsabilità”²⁰⁵. La via da percorrere – in generale e, spec., sul piano legislativo – non può che essere, allora, quella di coniugare libertà e responsabilità su internet²⁰⁶.

Da quanto ora detto, si può osservare che solo nella misura in cui internet svolga questo ruolo di espansione delle libertà nel rispetto delle regole in parola (e venga quindi sfruttato a tali fini) può essere in grado di favorire la democrazia. In generale, ciò significa che – come detto – esso appare conforme allo “spirito” della Carta nella misura in cui contrasta, sul piano della politica, la logica della massa amorfa di profili social per favorire, invece, lo sviluppo della persona umana e quindi, in altri termini, se consente agli utenti del web di “diventare persone”²⁰⁷. A questo fine, di certo, appare prezioso il contributo che la “rete” può offrire per “raccolgere” notizie, informazioni²⁰⁸ e approfondimenti che possano favorire la cultura e, in generale, la formazione nonché la coscienza civica e politica di chi legge²⁰⁹: in ultima istanza, la democrazia.

Come si diceva e come tutti sappiamo, negli angoli più nascosti della piazza virtuale si nascondono anche le notizie false che ingenerano l’effetto contrario di mortificare la cultura. Tuttavia, non sono pochi i modi per fare le opportune verifiche e riconoscerle. Al contempo, all’aumentare del personale bagaglio culturale – al cui fine internet molto contribuisce – dovrebbero diminuire le possibilità di cascare nei tranelli delle *fake news*.

¹⁹⁸ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit.

¹⁹⁹ Com’è stato detto, “la libertà del cittadino è democrazia” (O. Zuccarini, in *Assemblea Costituente*, 7 marzo 1947). Cfr. quanto osserva A. STERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione”*, cit., 22.

²⁰⁰ Cfr., tra gli altri, G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 22.

²⁰¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia 2006, 68.

²⁰² Non a caso, a questo riguardo, P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, cit., 84, parla di “webcentrismo”.

²⁰³ G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 61, ma v. anche 41.

²⁰⁴ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 105.

²⁰⁵ F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali*, cit., 102.

²⁰⁶ Sul punto, tra i tanti, v. O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web*, cit., spec. 24.

²⁰⁷ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit.

²⁰⁸ È stato dimostrato che aumentano coloro che acquisiscono informazioni attraverso internet e non più dai tradizionali media (cfr. G. PITRUZZELLA, *Freedom of Information*, cit., 9 ss.). Cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 23.

²⁰⁹ Cfr. T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 502; ID, *Liberté Egalité Internet*, cit., 42; P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica*, cit., 23.

In questo tentativo di conciliare democrazia e internet, non si può fare a meno di rilevare che educare al corretto impiego della tecnologia appare improcrastinabile. Non solo, infatti, è necessario insegnare come tecnicamente “funziona” un pc o internet, ma anche educare al loro rispetto del prossimo. In questo senso, lo Stato dovrebbe molto investire, ma si ha la consapevolezza che – qualora fosse possibile farlo – sarebbe assai arduo raggiungere l’obiettivo. A quanto ora detto, si aggiunga il problema della povertà e della impossibilità per alcuni di essere in possesso della idonea strumentazione e il problema – sebbene molto ridimensionato rispetto al passato – della presenza di zone ancora mal servite ove è difficile connettersi²¹⁰. Non v’è dubbio che se lo Stato si impegnasse maggiormente su questi fronti potrebbe, almeno in parte, “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale” di cui all’art. 3 Cost., favorendo condizioni di eguaglianza e, in definitiva, offrendo un servizio alla democrazia²¹¹; quest’ultima impresa, invero, non è delle più agevoli²¹². Come sostenuto da Sen, la democrazia è strettamente connessa alla crescita economica e quest’ultima alla discussione pubblica. Siamo di fronte ad un circolo che da “vizioso” occorre trasformare in “virtuoso”, impresa che, seppur ardua, non appare impossibile; come osserva l’A. ad altro proposito, “è incoraggiante pensare che a ogni circolo vizioso corrisponda, invertendo la direzione, un circolo virtuoso”. Al riguardo, un ruolo cruciale è quello che può ovviamente svolgere “la politica dello stato [...] non solo in quanto mira a mettere in pratica le priorità derivanti da valori e principi sociali, ma anche in quanto facilita e garantisce una discussione pubblica più completa”²¹³ e, in generale, la crescita economica.

Una doppia pretesa mette, a mio avviso, in crisi la democrazia. I due errori di fondo sono quelli ai quali si è già avuto modo di accennare: 1) usare internet con l’intento di attuare forme di democrazia diretta; 2) avendo di mira l’obiettivo che essa – un giorno – possa sostituire la democrazia rappresentativa. Così facendo, si sottovaluta il fatto che quest’ultima non può essere considerata “un orpello delle democrazie contemporanee, un accessorio del quale queste possano decidere, in qualunque momento, di fare a meno senza ripercussioni sulla forma di Stato”²¹⁴.

Al di là di ogni altra considerazione in proposito, la possibilità di usare internet al fine di realizzare la democrazia diretta si scontra con l’ostacolo insormontabile di dover prima dimostrare che esista un diritto all’internet (o all’accesso ad internet) e che tutti siano messi nella condizione – volendo – di essere “presenti” nell’agorà virtuale. È ovvio, infatti, che solo se la possibilità di partecipare venisse (non solo astrattamente, ma anche concretamente) offerta ad ogni cittadino – come nel caso, ad es., dell’iniziativa legislativa popolare o dei diversi tipi di referendum – potrebbero essere accolti altri strumenti di (vera) democrazia diretta, oltre a quella già previsti in Costituzione. Pertanto, per quanto ad alcuni possa apparire inaccettabile o forse addirittura fantasioso, un modo per “tamponare”, almeno entro certi limiti, il deficit democratico del quale

²¹⁰ Sul piano normativo, non mancano tentativi volti a favorire la copertura della rete sul territorio nazionale. A tal proposito, come dà conto C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19?*, cit., 70, tra le misure già messe in atto si segnala l’art. 54 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), in tema di “fornitura dell’accesso agli utenti finali da una postazione fissa e fornitura di servizi telefonici”, come modificato alla luce della direttiva europea 2009/140/CE (recepita dal d.lgs. n. 70/2012). Inoltre, a livello sovranazionale, si segnala la direttiva 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio che mira ad istituire il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (in particolare, v. l’art. 84). È in corso di esame alla 14° Commissione (in sede referente), al Senato, il disegno di legge AS 1721, volto a conferire la delega per adottare un nuovo Codice delle comunicazioni elettroniche (v. art. 4 del disegno di legge da ult. richiamato), in attuazione della direttiva 2018/1972.

²¹¹ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 278. Sulla necessità che la Repubblica intervenga (e sulle modalità per farlo), cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana*, cit., 22 ss., e L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide*, cit., 198 ss., che operano un richiamo a Corte cost. n. 307 del 2004.

²¹² P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit., § 3.

²¹³ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit., 281.

²¹⁴ A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 19.

soffre il nostro Paese dovrebbe essere quello di utilizzare internet come strumento “a sostegno” della democrazia rappresentativa²¹⁵.

A tale proposito, sembra che diversi siano i modi attraverso i quali quanto ora osservato possa realizzarsi. Di certo, come già detto, internet costituisce un modo che consente ai singoli (ma anche agli “operatori istituzionali”)²¹⁶ di esercitare la propria libertà di informarsi²¹⁷, preziosa per la democrazia²¹⁸. Si è dell’idea, però, che quest’ultima sia da declinare non solo nella sua accezione “attiva” (peraltro, riconosciuta dalla Consulta)²¹⁹, ma pure in quella “passiva”, potendosi convertire in un vero e proprio dovere di informarsi che, quale forma di partecipazione politica²²⁰, si accompagna allo *status* di cittadino in quanto discende dal dovere di solidarietà politica di cui discorre l’art. 3 Cost. (ed è quindi anche collegato al diritto-dovere di voto). Ciò, peraltro, appare funzionale alla formazione di una “opinione pubblica consapevole”, che in un sistema democratico appare “una *condicio sine qua non*”²²¹.

Lo stesso dovere di solidarietà, poi, dovrebbe costituire un presidio contro la diffusione di notizie false, potendosi tradurre nell’“impegno di tutti a non mentire” o comunque non agevolare la disinformazione²²². Tuttavia, com’è ovvio, occorre predisporre idonei “strumenti” dei quali l’ordinamento si deve dotare affinché – come sempre – si cerchi di far coincidere il piano del “dover essere” con quello dell’“essere”.

Invece di ridurre i tempi delle decisioni, le nuove tecnologie dovrebbero servire per “arricchire” le discussioni preliminari alle singole scelte²²³.

La possibilità di conciliare internet con la democrazia sembra che passi da una serie di interventi sul piano normativo²²⁴ e tecnico²²⁵, non facili da prefigurare e da mettere in atto, che possano contrastare sempre meglio le *fake news*, assicurare la massima trasparenza nella gestione delle

²¹⁵ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 484. Che la c.d. *e-democracy* debba essere “di ausilio alla democrazia rappresentativa” e quindi porsi, rispetto ad essa, in una funzione “integrativ[a]” lo rileva anche A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit., 12.

²¹⁶ P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 362 ss.; ID., *L’informazione*, cit., 116.

²¹⁷ In argomento, v. P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., spec. 346 ss.

²¹⁸ Tra i tanti, cfr. A. PACE, *Libertà di informazione e Costituzione*, in AA. VV., *L’informazione*, cit., 72.

²¹⁹ Al riguardo, v. almeno L. CARLASSARE, *Informazione radiotelevisiva*, cit., 110 s.

²²⁰ U. ROMAGNOLI, *sub art. 3*, in AA. VV., *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 181, richiamato da P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 355 s., ha osservato che “partecipazione ‘effettiva’, infatti, è capacità e autonomia di decisione. Ma per poter decidere bisogna essere informati e saper interpretare o meglio decodificare le informazioni, dato che l’informazione neutra ed imparziale è un mito”.

²²¹ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, cit., 13. Cfr. anche A. SPADARO, *Cenni sulle pericolose involuzioni*, cit., 10.

²²² Cfr. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 32.

²²³ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 114.

²²⁴ A questo proposito, F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 31, distingue tra “norme tecniche” e “norme giuridiche”, le prime relative al “funzionamento della rete, e più in generale del sistema delle comunicazioni elettroniche” e le seconde riguardanti la tutela dei diritti, sebbene le implicazioni tra le due specie siano a tutti chiare.

In argomento, cfr. anche P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., §§ 3 ss., 19; ID., *Quale partecipazione politica*, cit., 32 ss.; ID., *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 832 ss.; AA. VV., *Networks. In Search of a Model for European and Global Regulation*, ed. L. Ammaniti, Torino 2012; S. RODOTÀ, *Perché Internet ha bisogno di nuove regole*, in *La Repubblica*, 27 novembre 2014; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., 10; O. POLLICINO, *Tackling Disinformation: A Comparative Review of Legislative Interventions and Other Measures*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech*, cit., 97 ss., e *ivi* G. PITRUZZELLA e O. POLLICINO, *Perspectives on Disinformation and Hate Speech*, 145 ss.; T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 11 ss.; M. MANETTI, *Regolare internet*, cit.; G. DONATO, *Il potere senza responsabilità*, cit., 364 ss.

A tal proposito, si ricordi il disegno di legge “Gambaro” della XVII legislatura (AS 2688), sul quale, tra gli altri, v. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 18 ss., e da ultimo, A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia*, cit., 115 s.

²²⁵ Cfr. A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell’era digitale*, cit., 34.

piattaforme digitali²²⁶ e far valere la responsabilità, specialmente penale²²⁷; tuttavia, qualunque misura si volesse adottare a tal proposito dovrebbe comunque essere “scevra da qualsiasi logica paternalistica”²²⁸. La questione, con specifico riferimento alle notizie false, è tutt’altro che semplice. Se, per un verso, la disinformazione nuoce alla democrazia, per un altro, quest’ultima, nella sua declinazione liberale, non impone un obbligo di dire la verità²²⁹. Ciò non toglie che il codice penale preveda già reati perseguibili, anche se compiuti per mezzo di internet²³⁰.

Dando per pacifiche queste ultime considerazioni, e riprendendo anche quanto già detto in precedenza, non si può altresì negare che sia fondamentale che venga salvaguardata “l’autonomia intellettuale”, che come insegna Hans Kelsen²³¹ costituisce un elemento indispensabile per la democrazia; quest’ultima infatti ha “carattere razionalistico”²³², funzionale alla prevedibilità dell’uso del potere e quindi ai processi di formazione della volontà statale. Occorre allora chiedersi quale debba essere lo sforzo (a mio avviso, imponente) da richiedere ai pubblici poteri per non tradire l’identità del nostro ordinamento e al tempo stesso salvaguardare i cittadini da nuove forme di controllo e di dominazione alle quali internet si presta, con l’aggravante di illudere gli utenti di essere, al contrario, sempre più liberi nelle loro determinazioni²³³.

Sulla base dei concreti pericoli che si corrono in rete, qui sommariamente enunciati²³⁴, è spontaneo chiedersi se l’ICANN (*Internet corporation for assigned names and numbers*)²³⁵ possa essere sufficiente ad essere “ente” regolatore di internet, in grado di assicurare trasparenza sul web e combattere le *fake news*, o se invece si renda opportuna la creazione di qualche altro organismo utile allo scopo²³⁶. Non è mancato poi chi ha rilevato che l’Unione europea possa svolgere un ruolo sempre più incisivo al riguardo²³⁷, come in parte sta già facendo²³⁸; in generale, appare avvertita l’esigenza di una “*governance* a dimensione globale”²³⁹. Certamente, rimarrebbe comunque insoluta l’annosa domanda che da Giovenale in poi giunge fino a noi: “*Quis custodiet ipsos custodes?*”.

²²⁶ Cfr. M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali*, cit., 15 ss.; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, cit.

²²⁷ Cfr. T. GIOVANNETTI, *Governance della rete e ricorso alla sanzione penale: il caso della responsabilità dell’internet service provider tra tentazioni punitive e rispetto dei principi costituzionali*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 315 ss.

²²⁸ M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news*, cit., 21. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 154; A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia*, cit., 120 ss.

²²⁹ Sul punto, v., da ultimo, A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia*, cit., 108 ss.

²³⁰ Sul punto, tra gli altri, cfr. C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news*, cit., 35 ss.; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali*, cit., 4, ma v. anche 7 s.

²³¹ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 247, ma *passim*. Sul punto, v. anche ID., *Difesa della democrazia*, in ID., *Essenza e valore della democrazia* (2004), cit., 87 s.

²³² H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 248 ss.

²³³ Cfr. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, cit., 8 s.

²³⁴ Al riguardo, v. l’efficace quadro che offre F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 20 ss.

²³⁵ Cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 91.

²³⁶ *Contra*, v. T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 209.

²³⁷ Sul punto, cfr., da ultimo, C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso*, cit., 3 ss., che non manca di richiamare la Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 (anche cit. da S2485). Come si legge in tale fonte sovranazionale, “l’evoluzione di Internet dimostra che esso sta diventando uno strumento indispensabile per promuovere iniziative democratiche”.

²³⁸ Cfr. E. CATELANI, *Fake news e democrazia*, cit., 5 s.; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy*, cit., §§ 5 s.

²³⁹ F. PIZZETTI, *Dati e diritti*, cit., 28. In argomento, cfr. quanto osservano P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit., § 7, e O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web*, cit., 8 ss.; G.L. CONTI, *La governance dell’internet: dalla costituzione della rete alla costituzione nella rete*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 77 ss.; C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso*, cit., 12; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy*, cit., § 4.

Sotto il profilo del leaderismo contemporaneo, occorre rilevare che la democrazia è connotata da una intrinseca dinamicità di chi detiene il potere²⁴⁰; pertanto, si avvicinano a forme autocratiche quelle forze politiche il cui capo carismatico, che sia direttamente impegnato sul piano politico o che sia un ideologo che agisce “dietro le quinte”, non muta con il passare del tempo. Se questo è un problema generale della democrazia, ancora più delicata appare la questione allorché una forza politica di tal guisa sia quella (o tra quelle) che maggiormente ripone una incondizionata fiducia in internet, facendo di quest’ultimo un abituale strumento che molto influisce sulla propria azione politica. Al di là delle altre considerazioni che si possono fare (e che in parte si sono già fatte), e stando ai profili che più interessano questo studio, sarebbe opportuno garantire l’alternanza del leader (quello “reale” e non soltanto quello che in alcuni casi è solo “di facciata”) all’interno delle forze politiche, a cominciare da quelle che sono più presenti sulle piazze virtuali (ove vengono anche adottate decisioni rilevanti). Occorre infatti fugare ogni possibile “ombra” che possa aggiungersi a quelle che già la rete, per sua natura, presenta.

Inoltre, democrazia e internet si possono conciliare a condizione che il secondo non sia un mezzo per eludere – nella sostanza – il dettato dell’art. 67 Cost. e quindi per vincolare i parlamentari ai momentanei utenti del web.

Non è certo questa la sede per soffermarsi sull’imprescindibilità del divieto di mandato imperativo per la democrazia, che ad avviso di chi scrive non può essere messa in dubbio²⁴¹; tuttavia, non si esclude che le “discussioni” telematiche (le virgolette sono d’obbligo) possano provocare una pressione psicologica sui rappresentanti democraticamente eletti (anche da chi non frequenta la rete, il che non è irrilevante) e, al tempo stesso, favorire una maggiore (ma non completa) comprensione delle esigenze dell’elettorato. Ciò che però non può accadere è che i “dibattiti” sul web possano incidere a tal punto sui parlamentari da fare correre ad essi il rischio di estraneazione dalla realtà politica di appartenenza, non fosse altro che per la elementare ragione – come si accennava – che essi sono stati eletti con i voti anche di chi non è attivo su quelle piattaforme (sebbene non sia facile, ovviamente, dimostrare in quale percentuale).

Infine, il “vaglio mediatico”²⁴² al quale sono sottoposti i leader in un certo senso controbilancia (o dovrebbe controbilanciare) l’enorme potere che essi per la stessa via acquisiscono, il che rende in parte accettabile la “convivenza” di democrazia ed internet; tuttavia, bisogna ammettere che possa rivelarsi una illusione (anche) quella di credere che il web possa essere il modo migliore per controllare chi detiene il potere, per la semplice ragione che quest’ultimo “se ne serve meglio”²⁴³ degli elettori nella misura in cui (e finché) non si mettano in campo azioni concrete per limitare il potere degli algoritmi, di cui si è detto²⁴⁴. Peraltro, siamo di fronte ad un doppio male: per un verso le passioni e le emozioni dei cittadini “dettano l’agenda” dei leader politici, ma come detto questo dà vita ad una olocrazia; per altro verso, in alternativa, sono gli stessi leader che influiscono – come detto – sugli impulsi e sulle fragilità umane. In entrambi i casi siamo ben lungi da un sistema improntato a vera democrazia.

²⁴⁰ Cfr. H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 252.

²⁴¹ Sconfinata la bibliografia in materia; v. almeno N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 11; G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, cit., 131, 135; ID., *Crisi della rappresentanza politica*, cit., 256; A.M. CITRIGNO-G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, cit., spec. 12 s.; A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato*, cit. Quest’ultimo A. non manca di osservare come l’istituto in parola “rappresenti un connotato indefettibile della democrazia costituzionale” (82); anche di recente, Morelli ha messo in luce l’attualità del divieto del mandato imperativo (*I rischi della riforma*, cit., spec. 71, 82).

²⁴² M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., XI.

²⁴³ M. AINIS, *Il regno dell’euroboro*, cit., 73.

²⁴⁴ Al riguardo, sarebbe infatti necessario “normare gli algoritmi”, a livello nazionale, sovra e internazionale, operazione – questa – che non nasconde diversi profili problematici (sul punto, cfr. A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica*, cit., 3 ss.).

6. Notazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, sono adesso possibili talune osservazioni (provvisoriamente) conclusive, tentando di dare una risposta alla domanda posta all'inizio di questo studio. In questa sede, infatti, si è solo voluto offrire qualche spunto di riflessione in merito ad un tema che, per le molteplici sfaccettature che presenta, richiede un approfondimento che, come detto fin dall'inizio di questo scritto, non avrebbe comunque qui potuto aversi.

Non v'è dubbio che l'atteggiamento di chi scrive sia di apertura e di fiducia nei confronti di internet e delle enormi potenzialità per il genere umano che esso presenta; ben lungi dal demonizzare la tecnologia, si è convinti piuttosto che di quest'ultima debba farsi un ampio – ma corretto – uso, che deve essere indirizzato (e funzionale) allo sviluppo della persona umana.

Si è dell'idea, infatti, che un'equilibrata posizione sia quella di chi rileva che “lo strumento tecnologico deve essere certamente valorizzato ma non celebrato”²⁴⁵ e cioè che debba rimanere intatta la sua natura di “mezzo” e non di “fine”²⁴⁶. Ragionando altrimenti si rischia di cadere nello scientismo e nelle sue trappole; nella “mentalità scienziata”, infatti, “i valori sono relegati a semplici prodotti dell'emotività e la nozione di essere è accantonata per fare spazio alla pura e semplice fattualità”²⁴⁷. Quanto ora detto ci riporta a quella oclocrazia alla quale si è più volte accennato in questo studio ed alla quale si farà ancora richiamo.

Ritenere che si debba in qualche modo contrastare la diffusione dei nuovi mezzi di comunicazione non solo è cosa priva di senso, ma è comunque un'aspettativa destinata a rimanere vana e ingiustificata. Non si può fare a meno di considerare l'“avvento dell'informatica quale spartiacque nella storia del genere umano”²⁴⁸ che ha dato avvio ad un processo inarrestabile²⁴⁹; tale è anche l'uso delle nuove tecnologie da parte della classe politica²⁵⁰. Ecco perché non ha molto senso fare paragoni con il passato, piuttosto essendo necessario saper interpretare la realtà e “preparare” il futuro; per usare le parole di Giorgio La Pira, “la storia non torna mai indietro: può essere rallentato il processo storico: mai fundamentalmente deviato”²⁵¹.

Al tempo stesso, poi, non sembra giustificato un tentativo di contrasto se si considerano, anche alla stregua di quanto già detto, gli effetti positivi che può portare internet sul piano dello sviluppo delle libertà costituzionali e della democrazia²⁵². A beneficio delle une e dell'altra, non si negano le non poche opportunità che disvelano le nuove tecnologie²⁵³, ma non si trascurano neanche i non minori rischi: insomma, una “commistione di pericoli e promesse”²⁵⁴. Ciò che preoccupa, infatti, è ritenere che internet risponda all'esigenza di una illimitata democrazia, il che “rischi[a] di

²⁴⁵ A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 19.

²⁴⁶ ... come osserva GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio*, cit., p.to 3.

²⁴⁷ GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, 88.

²⁴⁸ ... come ha osservato Z. BAUMAN in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 163.

²⁴⁹ Cfr. F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica*, cit., 13.

²⁵⁰ P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, cit., 8.

²⁵¹ In questi termini, G. La Pira si esprimeva in una lettera, del 18 marzo 1965, indirizzata ad Adlai Stevenson, ambasciatore degli Stati Uniti all'ONU, ora in Id., *I miei pensieri*, Firenze 2007, 87.

²⁵² Cfr. P. COSTANZO, (voce) *Internet*, cit., § 7. L'A., in *La democrazia elettronica*, cit., 479, non manca di fissare taluni principi ai quali si dovrebbe uniformare la democrazia elettronica. Si concorda sul fatto che di fronte “all'autocrazia dei selfie”, non è possibile pensare di staccare “la spina dei social”, ma occorre “riprendere le fila della tela democratica proprio a partire dalle sterminate potenzialità che la stessa rete sembra offrire” (M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 83).

²⁵³ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 478, 485; T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., 211, 224.

²⁵⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio*, cit., p.to 2.

corrompere la stessa democrazia²⁵⁵. Com'è stato efficacemente rilevato, internet nutre "utopie iperdemocratiche"²⁵⁶ che, in quanto tali, sono irrealizzabili e che anzi sono di ostacolo alla stessa democrazia. Norberto Bobbio ebbe a dire che "nulla rischia di uccidere la democrazia più che l'eccesso di democrazia"²⁵⁷; quest'ultima, non potendosi identificare "tout court con la 'voce del popolo'"²⁵⁸, non si misura sulla quantità di volte che i cittadini sono chiamati ad esprimersi. Se a ciò si aggiungono i problemi connessi al *digital divide*, ben si comprende che, lungi dal volere tradire il senso etimologico del lemma, spesso si scambi per democrazia ciò che invero è "apparenza di democrazia"²⁵⁹.

L'equivoco di fondo, in aggiunta a quanto già rilevato, sembra risiedere nel convincimento che le semplificazioni consentite da internet possano attribuire la sovranità al popolo²⁶⁰. Come si è tentato di dimostrare, è questa un'operazione che si rivela effimera, solo legata a quella "cultura dell'immediato"²⁶¹ figlia di questo tempo; anzi, "sarà una coincidenza, però negli ultimi decenni la democrazia non è mai stata così fragile come da quando siamo tutti connessi con un clic"²⁶².

Non v'è dubbio, quindi, che occorra una "vigilanza democratica"²⁶³ sull'uso delle nuove tecnologie, perché queste ultime non diventino strumenti – come detto – per una politica autoritaria²⁶⁴: com'è stato osservato, "il passo verso un rinnovato totalitarismo è breve"²⁶⁵. A tal proposito, sembra urgente rintracciare modi e forme che siano in grado di favorire un recupero di una irrinunciabile mediazione, che è la prima ad essere sacrificata nella realtà virtuale ma che rimane "necessaria per stemperare le velleità dei capitani del popolo"²⁶⁶. Si è fermamente convinti – lo si ribadisce – che non è possibile "soppiantare i luoghi della rappresentanza"²⁶⁷; in questo senso, quindi, occorre che i partiti e il Parlamento sappiano approfittare di internet²⁶⁸ perché esso possa porsi al servizio della democrazia rappresentativa più che di quella diretta.

In generale, è allora il caso di interrogarci, come faceva P. Costanzo nel lontano 1993, su quali debbano essere "i confini tra tecnica e politica"²⁶⁹; nell'ambito di questo complesso rapporto, se è impensabile (e finanche ingenuo ritenere) che coloro che operano nella seconda non si servano

²⁵⁵ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., 60. Sul punto, cfr. anche G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit., 19, 39, 44.

²⁵⁶ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 188.

²⁵⁷ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 14.

²⁵⁸ S. CASSESE, *La svolta*, cit., 168.

²⁵⁹ A. SPADARO, *Cenni sulle pericolose involuzioni*, cit., 6.

²⁶⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 101.

²⁶¹ C. BORDONI in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 146

²⁶² M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 72. Non mancano anche altri autorevoli studiosi che si esprimono in maniera ancora più radicale. C'è chi rileva che "se i regimi democratici incontrano difficoltà, la causa non è tanto costituita dalla democrazia quanto dal progresso tecnologico e dalla rivoluzione dell'informazione" (S. CASSESE, *La svolta*, cit., 167) e chi afferma che la rete è una "sfida mortale alle odierne liberal-democrazie" (A. D'ATENA, *Tensioni e sfide*, cit., 16). Non a caso, infatti, è stato osservato che "la rete non è la panacea per i nostri problemi politici. Anzi, li può aggravare drammaticamente" (M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 133).

²⁶³ S. RODOTÀ, *Informazione e nuove tecnologie*, cit., 103.

²⁶⁴ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 116. Sul punto, v. quanto osserva anche F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 1, a cui avviso peraltro "nella sua versione digitale, il populismo è solo la forma tecnologicamente avanzata [...] di un altro suicidio annunciato della democrazia" (14); P. ZICCHITTU, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in questi stessi scritti. Di altro avviso, è T.E. FROSINI, *La democrazia informatica non è autoritaria, ma di massa*, in *Telèma*, n. 14/1998, 105 ss.

²⁶⁵ A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il Coronavirus*, cit., 24.

²⁶⁶ C. BORDONI, in Z. BAUMAN-C. BORDONI, *Stato di crisi*, cit., 159.

²⁶⁷ A. D'ATENA, *Tensioni e sfide*, cit., 14.

²⁶⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 67.

²⁶⁹ P. COSTANZO, (voce) *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., spec. 391 s.

delle potenzialità che offre la prima, al tempo stesso – passando da un eccesso all'altro – “una politica sedotta dalla tecnologia ne diviene ostaggio, rinuncia[ndo] alla sua stessa natura”²⁷⁰.

La “sfida” è allora quella di trovare (ed educare ad) un equilibrio nell'utilizzo di internet che renda quest'ultimo compatibile con la democrazia, obiettivo tutt'altro che impossibile per quanto – come si diceva – arduo. In chiusura di questo scritto, quindi, rimandando a quanto osservato (in particolare, nel paragrafo precedente), è possibile aggiungere qualche notazione che in qualche modo faccia sintesi del (o corollario al) ragionamento qui svolto.

Per prima cosa, ci si dovrebbe convincere che quella “democrazia continua”²⁷¹ che oggi si vorrebbe attuare è a conti fatti irrealizzabile; si tratta allora di accettare l'idea di quella necessaria “intermittenza” che è *in re ipsa* nella stessa democrazia.

Secondariamente, occorre che lo Stato immagini forme di intervento sul piano pedagogico²⁷² e culturale²⁷³ per educare all'uso di internet, come in parte si è già detto; lungi dal dover svolgere una funzione di tipo paternalistico, non si può negare che i pubblici poteri abbiano il dovere di diffondere sempre di più, nei svariati campi della vita, i valori costituzionali che stanno alla base dell'etica pubblica repubblicana²⁷⁴. Un'azione di questo tipo, che non potrebbe essere tacciata come tipica di uno “Stato etico”, sarebbe funzionale – puramente e semplicemente – a far vivere la nostra Carta fondamentale non solo nelle piazze “reali” ma anche in quelle “virtuali” e quindi ad indirizzare, in una prospettiva costituzionalmente orientata, l'operato di chi quegli “spazi” abita.

Tra le altre cose, se quello telematico è il “regno dell'autoreferenzialità”²⁷⁵ – lo si ribadisce – di stampo chiaramente narcisistico²⁷⁶, quanto da ultimo detto dovrebbe favorire anche una riscoperta di quel necessario “senso della comunità” che non può mancare in un sistema che voglia dirsi (ed essere) autenticamente democratico. Quest'ultimo, infatti, non può fare a meno di investire nel “capitale sociale”, che è dato dai “legami tra le persone”, dall’“essere insieme”, secondo l'accezione sociologica di tale espressione²⁷⁷.

È poi innegabile che internet sia (*rectius*, possa essere) una inesauribile fonte di conoscenza²⁷⁸ (anche di tipo giuridico)²⁷⁹ che può divenire volano per la cultura; a questo fine, esso deve essere utilizzato. Tuttavia, secondo una visione forse un po' pessimistica, “il nuovo che avanza non è un sapere diffuso, bensì un'ignoranza confusa”²⁸⁰; a prescindere che si condivida o meno questa idea, non v'è dubbio che occorra sperimentare modi sempre nuovi ed all'avanguardia per difendersi

²⁷⁰ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., XLII. Significativamente, S. CASSESE, *La svolta*, cit., 177, mette in luce che accanto a “possibilità” internet “può alimentare anche errori e vizi che riducono la politica a rissa”.

²⁷¹ Per tutti, v. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 4, 79 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 821

²⁷² Cfr. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà*, cit., 23, 32.

²⁷³ Cfr. A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto*, cit., 285 s.

²⁷⁴ Talune perplessità in merito alla possibilità che internet possa favorire la “trasmissione di valori”, come ricorda anche P. COSTANZO, *Aprire “i confini degli Stati”*, cit. (al quale si riferiscono le parole ora fedelmente trascritte), sono manifestate da GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio*, cit., p.to 4.

²⁷⁵ M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 17, 64.

²⁷⁶ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, cit.

²⁷⁷ Cfr. Z. BAUMAN, *Lo spirito e il clic*, 28 ss.

²⁷⁸ V., tra i tanti, J.C. DEMARTIN, *Conoscenza e educazione in rete*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, cit., 353 ss.; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 30, ma anche 119 ss. (spec. 130).

²⁷⁹ Al riguardo, cfr. P. COSTANZO, *La circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata*, cit., 579 ss.; Id., *La comunicazione giuridica alla prova della rete*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2004; Id., *Quale partecipazione politica*, cit., 44; B. BRANCATI, *La conoscibilità del diritto on line*, in AA. VV., *Internet e Costituzione*, cit., 221 ss.

²⁸⁰ M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 87.

dalle *fake news*, anche grazie ai quali internet potrebbe rivelarsi un micidiale boomerang per il demagogo del nostro tempo, se è vero che quest'ultimo "può trovar credito nell'ignoranza"²⁸¹.

Così facendo è ben possibile trasformare la rete da luogo di ricerca di emozioni a spazio di riflessione²⁸² o, se si preferisce esprimersi diversamente, è possibile impedire "il passaggio dalla democrazia delle opinioni alla democrazia delle emozioni"²⁸³. Che quella che si afferma tramite internet possa essere considerata una nuova forma democrazia²⁸⁴ (o che comunque con l'avvento di internet la nostra democrazia stia mutando volto) non è possibile escludere; ciò, tuttavia, non rassicura affatto (almeno chi scrive) ed anzi impegna, *in primis*, gli studiosi ad impegnarsi perché si affermi il principio – qui più volte richiamato – in base al quale la democrazia elettronica non può sostituirsi ai tradizionali modi in cui si atteggia la democrazia²⁸⁵. Questa appare una strada da percorrere necessariamente per proteggere la democrazia dai pericolosi assalti della "modernità liquida"²⁸⁶.

A questo punto, sembra spontaneo chiedersi se un'operazione come questa sia destinata a rimanere vana o se invece possa avere opportunità di riuscita; è forse vero quanto Kelsen già affermava ai suoi tempi (non oso immaginare cosa penserebbe ora) e cioè che "un amico della democrazia somiglia oggi fin troppo ad un medico al capezzale di un malato"? Già all'epoca, il maestro praghese affermava che si stesse continuando "il trattamento anche se le speranze di tenere in vita il paziente [fossero] quasi scomparse"²⁸⁷.

Com'è ovvio, non è possibile dare risposte a questi interrogativi, solo il tempo potrà darle. Tuttavia, in chi studia incombe l'obbligo di uno sforzo che oserei chiamare "profetico", capace di mettere in guardia dai pericoli che si intravedono e al tempo stesso di indicare le vie da percorrere perché quei pericoli siano scansati.

Giunti adesso al momento di concludere, sembra doveroso rimandare all'inizio di questo scritto e chiarire i motivi dell'epigrafe. Lo scenario dipinto da Franco Battiato, sebbene ad altro proposito, mi ha fatto subito pensare non già all'attuale situazione quanto, soprattutto, a quella che potrebbe delinearsi se non si apprestano opportuni correttivi all'uso che si fa di internet.

In fondo, però, non è forse vero che già ora, almeno in parte, ci "crediamo liberi" sul web ma siamo "schiavi" (e potremo esserlo sempre più) di chi controlla misteriosamente la rete? Eppure "è sull'autonomia – di scelta e di pensiero – dei cittadini che si gioca la partita per il futuro della democrazia"²⁸⁸.

I milioni di "profili" che riempiono i social network alla ricerca di nuovi contatti con i quali interagire, di risposte ai propri interrogativi, di riconoscimento della propria identità, desiderosi di acquietare le proprie insicurezze, assomigliano a "milioni di ombre sperdute" che si aggirano nella "realtà virtuale", espressione dalla carica ossimorica evidente. E ancora: il costante vociare telematico, dovuto al fatto che ognuno vuole poter dire la propria opinione quasi su ogni argomento non ci rende forse "rumorosi"? Il rischio, però, non è forse quello di muoverci tra le "strade" virtuali "alzando solo polvere" se (e quando) la nostra "voce" è priva di consistenza scientifica, non veritiera o è condizionata dalle *fake news* e, narcisisticamente, mira più all'apparire che all'essere? Infine, il "branco" a cui si riferisce il titolo del brano non fa forse

²⁸¹ L. CARLASSARE, *Informazione radiotelevisiva*, cit., 110.

²⁸² Cfr. M. AINIS, *Il regno dell'euroboro*, cit., 84.

²⁸³ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 60, 100.

²⁸⁴ Cfr. al riguardo T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit., 9.

²⁸⁵ Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 473, 484; Id., *Quale partecipazione politica*, cit., 42 s.; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., XVI, XXXIII.

²⁸⁶ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit.

²⁸⁷ H. KELSEN, *Difesa della democrazia*, in Id., *Essenza e valore della democrazia* (2004), cit., 80.

²⁸⁸ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., XIII. Gli AA. osservano che "il principale potenziale di innovazione della rete risiede nella libertà degli individui", nella possibilità di "gestire da sé le proprie idee" (133).

pensare all'idea di "massa" nella quale sembra scadere il concetto di "popolo" in tempo di populismo (per di più, digitale)?

Lungi dal volere assumere una visione pessimistica (se non addirittura catastrofica), e al di là dell'attuale situazione, le parole dell'artista siciliano si ritiene possano indurre ad una seria riflessione volta a prevenire danni futuri, forse irreparabili, anche alla democrazia e al tempo stesso a valorizzare al meglio internet per la realizzazione del bene comune ed aprirci ad una nuova – non meno importante – fase del costituzionalismo moderno²⁸⁹. Questo, in fin dei conti, è quanto si è provato a fare in questo studio

Consulta Online

²⁸⁹ Sulle ricadute di internet sul costituzionalismo, anche quale modo di esercizio della cittadinanza, si è molto e variamente discusso. Al riguardo, v. almeno S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., spec. 96, 200 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 835 s., 843, 852; T.E. FROSINI, *Il diritto di accesso ad Internet*, in O. POLLICINO-T.E. FROSINI-E. APA-M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, cit., 47; ID., *Internet e democrazia*, cit., 658 s.; ID., *Liberté Egalité Internet*, cit., 78 s., 138 (significativamente, l'A. parla di "costituzionalismo 2.0": 187 ss.); ID., *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, cit.; A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 20, ma *passim*; C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso*, cit., 1. A proposito di costituzionalismo "tecnologico" o "digitale", v., di recente, anche O. CARAMASCHI, *Tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica*, cit., § 3, e A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf*, cit., 8.

ANNAMARIA POGGI

Diritto a *Internet* o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?

SOMMARIO: 1. La rivoluzione telematica e i nuovi dilemmi per i giuristi. – 2. Internet e diritto costituzionale. – 3. Il rapporto problematico tradizionale del diritto all'informazione. – 4. Internet e principi costituzionali in materia di comunicazione e manifestazione del pensiero. – 5. Non un nuovo diritto, ma un diritto antico "rinnovato" da Internet. – 6. In conclusione: le tecnologie asservite allo Stato costituzionale.

1. *La rivoluzione telematica e i nuovi dilemmi per i giuristi.*

Tra i meriti che dobbiamo ascrivere alla produzione scientifica (davvero significativa) di Pasquale Costanzo vi è certamente quello di aver affrontato tra i primi¹, il tema di Internet (cioè uno dei temi tra i più insidiosi dei nostri tempi per un giurista) intuendo la profonda rivoluzione che l'avvento della rete avrebbe posto al diritto costituzionale. Ed in effetti, con il senno del poi, possiamo ben dire che il passaggio da una comunicazione "uno a molti" a una comunicazione "molti a molti", con il potenziale sfilacciamento delle possibilità di controllo sui social network, ha posto (e continua a porre), indubbi problemi, anche (e soprattutto) sotto il profilo del rapporto autorità-libertà.

Dopo una prima fase di entusiasmo, collegato alla scoperta che gli strumenti tecnologici potevano produrre rivoluzioni senza guerre come, per esempio in Malaysia dove «gli strumenti digitali avevano consentito agli attivisti democratici di pubblicare articoli che criticavano il regime autoritario»², o ancora «in paesi dall'Uzbekistan alle Filippine, e dal Venezuela alla Nigeria, avevano permesso ai cittadini comuni di accusare i loro governi documentandone gli abusi. Perfino in Cina, dove il Partito comunista aveva istituito un "Great Firewall" gli utenti si ingegnavano per eludere la pesante censura del regime»³, si iniziò a comprendere che si trattava di un fenomeno realmente complesso. Proprio come gli altri mezzi di comunicazione, infatti, gli strumenti tecnologici avrebbero potuto diventare sia veicoli del pluralismo, sia mezzi "requisiti" dai regimi per assumere il controllo dello Stato⁴.

La complessità del fenomeno si coglie a fondo nel paragone con la tradizione di libertà ottocentesche. In essa, infatti le libertà individuali (espressione, corrispondenza, circolazione, riunione, associazione) pur considerate tutte insieme connesse inscindibilmente con la libertà degli individui, erano cionondimeno, tra di loro separate. Nell'universo di Internet queste separazioni non hanno alcun senso: chi accede si esprime, corrisponde con chi vuole, si unisce o si separa da chi vuole e con chi vuole, con la massima libertà. Ciò cambia radicalmente l'esercizio delle libertà "pubbliche": sempre di più l'accesso alla rete e lo svolgimento su di essa di attività costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, ovvero esercita i suoi diritti di cittadinanza. A partire dalla fruizione di servizi sociali (sanità, previdenza, istruzione ecc.) per arrivare all'esercizio della porzione individuale di sovranità (il voto elettronico), il che è inevitabile anche in considerazione di molte delle attività pubbliche sulla rete e della significativa riduzione dei costi che ciò comporta. Non si tratta di una mera trasformazione di rapporti pubblici

¹ Come emerge chiaramente dalla bibliografia della voce *Internet (diritto pubblico)* del 2008 in cui le riflessioni del Nostro compaiono tra le prime (insieme a quelle di ZENO-ZENCOVICH, di D'ORAZIO, di V. FROSINI e di PASCUCCI) nel panorama italiano.

² Y. MOUNK, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, Feltrinelli, 2018, 133

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*, 135

pre-esistenti: cambiano le qualità e quantità dei rapporti, la loro crescente bi-univocità, l'accelerazione nei processi decisionali, viene meno la struttura gerarchica (tipicamente: centro-periferia) sostituita da relazioni, appunto, "a rete".

Per dare il senso della rivoluzione epocale così realizzatasi Zeno Zencovich non ha esitato ad utilizzare una metafora assai forte: «solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza»⁵

E' dunque, in parte la stessa struttura politica organizzativa a subire significativi mutamenti: «la democrazia, e la sua forma, si prospetta in una forma diversa da quella che era nei secoli precedenti: mutano i significati di rappresentanza e di sovranità, avanza una nuova democrazia di massa, che rompe le cerchie chiuse delle *élites* al potere, obbligando per così dire i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentanti, nelle nuove forme assunte dalla tecnopolitica»⁶.

Bastano pochi esempi per convincersene: Anonymous ha aiutato i cyberattivisti yemeniti ad aggirare le censure governative e ha aggredito, tramite la rete, alcuni clan di narcotrafficienti messicani; le primavere arabe hanno mostrato l'efficacia di nuove forme di giornalismo mediatico che, pur utilizzando tecnologie note (video, audio tradizionali) si avvalgono del web per diffondere in tempo reale le notizie.

Ne consegue che la vera rivoluzione sta nel fatto che gli strumenti tecnologici «colmano il divario tecnologico tra insider e outsider.

Fino a pochi decenni fa, i governi e le grandi imprese mediatiche esercitavano un oligopolio sui mezzi di comunicazione di massa. Di conseguenza erano loro a fissare gli standard del discorso politico accettabile (...), con l'avvento dei social media questo vantaggio tecnologico è quasi svanito. Pertanto, oggi nei paesi autoritari l'opposizione democratica ha molti più strumenti per rovesciare un dittatore al potere da lungo tempo. Tuttavia, per lo stesso motivo, anche i fomentatori dell'odio e i mercanti della menzogna possono minare le democrazie liberali molto più facilmente»⁷.

Insomma, «dando potere agli outsider, la tecnologia digitale destabilizza le élite di governo in tutto il mondo e accelera il ritmo del cambiamento»⁸. Ma non bisogna, tuttavia, incorrere nell'errore secondo cui queste tecnologie sono «onnipotenti, oppure come prive di sostanziali novità, ma solo più veloci»⁹, poiché, invece, è decisivo «sviluppare strumenti analitici che ci consentano una migliore comprensione delle condizionalità cui nemmeno queste tecnologie possono sfuggire»¹⁰.

⁵ V. ZENO ZENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2010, 71.

⁶ T. E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Informatica e diritto*, 2017, 663. La definizione di "Tecnopolitica" si deve a S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 1997; ID., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e Privacy: quali regole?* Atti del convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali, Roma 1998, 12 ss.

⁷ Y. MOUNK, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, cit., 137-138.

⁸ *Ibidem*, 140.

⁹ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, Mondadori, 2008, 417

¹⁰ *Ibidem*.

2. Internet e diritto costituzionale.

Ed è propriamente in questa direzione (quella cioè di comprendere i fenomeni in tutta la loro complessità al fine di tentare di definire le condizionalità degli stessi) che già nella voce *Informazione nel Diritto Costituzionale* (1992)¹¹, dopo aver precisato che, grazie ai progressi tecnologici pareva possibile «far riferimento ad una nuova proiezione o prolungamento del “diritto all’informazione” nel cosiddetto “diritto dell’informatica”»¹², Costanzo si poneva sulla strada di «lumeggiare le questioni poste dalla possibilità (inimmaginabile fino a tempi recenti) di accumulo delle informazioni, tra cui, principalmente, le questioni concernenti l’accesso e l’utilizzazione dei dati raccolti, avvertendo fin d’ora come le categorie giuridiche tradizionali appaiono denunciare notevoli insufficienze nella ricostruzione di un adeguato statuto della “comunicazione informatica”»¹³.

La valenza di mezzo tecnico di Internet, tuttavia, avvertiva già nei primi scritti sul tema, potrebbe risultare fuorviante dal momento che l’analogia con l’attività comunicativa «intesa secondo il paradigma classico della manifestazione del pensiero in modo interpersonale, copre soltanto alcune delle funzioni attivabili in rete»¹⁴.

Di qui l’esigenza di una indagine metodologica organica che rinunci ad una *reductio ad unum*, certamente più appetibile dal punto di vista dogmatico. La sottolineatura è importante: Internet costituisce (come la bioetica) uno di quei settori in cui la realtà sopravanza nettamente la dogmatica e rispetto a cui il giurista deve avere l’umiltà prima di comprendere e, poi, di suggerire possibilità di inquadramento che si collochino entro l’orizzonte dell’ordinamento democratico.

Ed il primo aspetto che certamente richiedeva una comprensione specifica era quello della natura giuridica della rete, ossia di un «fenomeno acentrico e diffusivo»¹⁵, in grado di porre «seri problemi di sussumibilità rispetto a discipline telecomunicative di qualsiasi livello, non essendo infatti univocamente individuabile alcuna infrastruttura né identificabile alcun soggetto responsabile cui potrebbero applicarsi corrispondenti regolamentazioni, trovandoci piuttosto (...) dinanzi ad una nozione riassuntiva di tante realtà interconnesse in rete planetaria (è proprio il caso di dire) virtuale»¹⁶.

Sotto un primo profilo, quello dell’intervento legislativo con riguardo alle regole che riguardano i rapporti interpersonali, va rammentato come solo dal 1996 i Parlamenti di vari Paesi, a cominciare da quello statunitense, iniziarono ad adottare leggi per regolarlo, pur con esiti assai incerti. Sino a quel momento, per la verità, avevano funzionato una serie di regole condivise dagli stessi utenti, di cui il gruppo più importante e maggiormente riconosciuto prende il nome di *netiquette*, dalla contrazione delle parole *net* ed *etiquette*.

Si tratta di una sorta di canoni di correttezza da rispettare mentre si naviga, inaugurate quando Internet passò ad essere da rete militare a mezzo di comunicazione tra centri di ricerca ed università. In allora la ristretta comunità di utenti si diede spontaneamente un insieme di regole di comportamento, note all’inizio come *Acceptable Use Policy*, norme che imponevano di utilizzare con intelligenza il *network* solo per fini accademici e di studio. L’estensione quantitativa e qualitativa del numero di utenti comportò lo sviluppo di norme ulteriori, di genere diverso. La maggior parte di queste regole è stata dettata per le prime attività della rete, la posta elettronica, le *newsgroupe* le *mailing list*.

¹¹ *Digesto*, IV ed., Torino, Utet.

¹² *Ibidem*, 320.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell’informazione*, 2/1996, 184.

¹⁵ *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>), 26.6.1997.

¹⁶ *Ibidem*.

Secondo la *netiquette* in rete non vi è censura: si può dire tutto, purché si usino accorgimenti, volti a neutralizzare l'eventualità di offese alla sensibilità o alla riservatezza di altri utenti; ovvero volti ad impedire la rivelazione di informazioni indesiderate. Veramente rilevante in proposito è una sorta di patto tacito tra coloro che entrano in comunicazione e consistente nella predisposizione degli utenti stessi a conoscere di un determinato argomento, evitando che alcuni possano trovarsi di fronte a contenuti non graditi. Per chi non rispetta la volontà, la dignità o la sensibilità altrui esiste anche un sistema, per così dire, sanzionatorio: una sorta di bombardamento della posta elettronica del o dei trasgressori (*mail bombing*), da cui può scaturire una sorta di corto circuito della casella postale dell'utente bombardato.

Un sistema, quest'ultimo, completamente asimmetrico rispetto al tradizionale modo di affrontare la questione da parte dei legislatori, che continuano ad imporre punizioni pensando alla rete come ad un tradizionale mezzo comunicativo. Del resto, la continua moltiplicazione del numero di utenti pone seriamente il tema della regolamentazione, mentre rende illusoria l'adesione alla *netiquette*, pensata per una comunità ristretta e coesa di utenti, accomunati da scopi comuni (la ricerca sostanzialmente) e, dunque certamente più propensi ad un uso responsabile del mezzo. Oggi, la facilità della navigazione, dovuta alla semplificazione progressiva della tecnologia, e la crescita esponenziale degli utenti mettono in dubbio il rispetto della *netiquette*, tanto da far ritenere che questo galateo sia sconosciuto ai più.

Sotto un secondo profilo, quello riguardante l'intervento legislativo rispetto alla "garanzia" della rete, secondo Costanzo, ciò che in primo luogo occorre indagare è «lo spazio fisico utilizzato per assicurare la generale connettività nel nostro Paese, vale a dire infrastrutture telecomunicative percorse o attraversate dalle applicazioni e dai servizi di Internet sul territorio nazionale»¹⁷. Uno spazio ancora sostanzialmente vuoto alla fine degli anni Novanta, posto che il nostro Paese, oltre a non aver seguito l'indirizzo di altri ordinamenti europei (Francia e Germania) verso una disciplina organica del settore telecomunicativo, risultava, inoltre, in ritardo nell'attuazione della normativa comunitaria sulla liberalizzazione delle telecomunicazioni. Le parziali attuazioni che Costanzo rammentava, inoltre, meritavano «verosimilmente il rilievo di una eccessiva burocratizzazione»¹⁸.

Risolto il tema riguardante il quadro generale (almeno comunitario) in cui si collocava il fenomeno Internet (essendo ovvio che la problematica dell'accesso e dell'utilizzo delle reti costituiva *condicio sine qua non* di ogni altro e ulteriore discorso), occorre interrogarsi sul regime giuridico «di ciò che attraverso le reti, viene veicolato, non potendosi, peraltro, dubitare della rilevanza di tale fenomeno, sia nei suoi aspetti interni, sia in quelli internazionali, per l'ordinamento dello Stato»¹⁹.

Il che non poteva considerarsi scontato, essendovi significative prese di posizione in favore di una massima libertà della rete, condizionata unicamente dai comportamenti, anch'essi necessariamente liberi, dei suoi frequentatori.

Tuttavia, sottolinea Costanzo, «anche questo auspicato regime di assoluta laicità dell'ordinamento statale (come, del resto, quello propugnato dal liberalismo classico), non potrebbe essere il portato naturale o automatico di comportamenti collettivi e individuali ispirati al principio del *laissez-faire*, esigendo, piuttosto, non meno di altre scelte, un positivo impegno per la sua garanzia e tutela»²⁰. Ed anzi, proprio l'esperienza degli altri Paesi che si erano incamminati sulla strada della regolamentazione metteva in luce le tensioni e le straordinarie opportunità che la rete poneva agli ordinamenti democratici.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*. Il riferimento è al d.lgs. n. 103 del 1997 di recezione della Direttiva 90/388/CEE che disciplinava il quadro generale delle connessioni e degli accessi.

¹⁹ *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, cit.

²⁰ *Ibidem*.

3. Il rapporto problematico tradizionale del diritto all'informazione.

Perciò, nella voce *Informazione nel Diritto Costituzionale*, Costanzo avvertiva circa l'innovatività, rispetto al quadro emergente dall'art. 21, della «cosiddetta editoria elettronica o telematica, nella quale, rispetto alla stampa, viene a mancare il tradizionale supporto cartaceo, sostituito infatti da un videoterminale, mentre rispetto alla stessa informazione radiotelevisiva, viene meno l'erogazione delle notizie nel quadro dei programmi, dal momento che queste fluiscono ininterrottamente dalle redazioni verso l'utente, al quale può anche essere consentito di interagire con l'emittente, particolarmente attraverso la ricezione di menu informativi che rendono l'utente stesso il vero compositore del giornale»²¹.

Il tema dell'accumulo di dati e informazioni e della loro gestione (che Internet avrebbe potenziato nel tempo all'ennesima potenza) poneva ancor più in evidenza sia l'insufficienza della normativa costituzionale (tarata dai Costituenti sulla libertà di stampa), sia, soprattutto, l'insufficienza della ricostruzione dottrinale imperante della normativa costituzionale sulla libertà di manifestazione del pensiero quale libertà "individuale", che «guarda cioè esclusivamente alla posizione del soggetto manifestante, emarginando ancor più dal discorso ogni considerazione circa gli effetti di ricaduta dei diversi contenuti dell'espressione sugli altri consociati, con l'effetto di incrementare al massimo l'area dell'indifferente costituzionale rispetto a quei contenuti»²². In tal modo, infatti, si pone in disparte come profilo, appunto quasi indifferente, l'essenziale funzione dell'informazione nella definizione delle condizioni di democraticità del sistema²³.

Un fenomeno così imponente come l'innovazione tecnologica, infatti, destinato ad incidere significativamente tanto sulle posizioni individuali, quanto sugli interessi generali «non potrebbe restare oltremodo in questa sorta di "indifferenza" costituzionale, forse nell'illusione paleolibertistica di una qualche autoregolamentazione del mercato e della società, pena la rinuncia o comunque una grave defezione del ruolo regolatore (e quindi del significato stesso) delle strutture istituzionali ai più diversi livelli»²⁴. Ed anzi, proprio alla luce di tali sviluppi ritorna centrale il nesso tra democrazia ed informazione, «così come lo fu agli albori delle forme dello Stato liberale l'affermazione dei diritti nelle Carte fondamentali e, nella successiva fase dell'allargamento del suffragio, la predisposizione di un livello medio di benessere che comportasse la libertà dai bisogni necessari per fruire in concreto di quei diritti»²⁵.

Dunque, pur non abbandonando l'impostazione "individualistica" della libertà di manifestazione del pensiero discendente dal primo comma dell'art. 21, occorre per Costanzo allargare quell'orizzonte verso la configurazione di diritti "spersonalizzati" in parte da quel "soggetto manifestante" (unico *focus* di dottrina e giurisprudenza costituzionale), verso la configurazione di confini più ampi del diritto di informazione, in cui si colleghi armonicamente il diritto di informare con il fine essenziale della democraticità dell'ordinamento²⁶.

Pertanto il ruolo di attuazione dei principi costituzionali da parte del legislatore dovrebbe svolgersi secondo due direttrici: «sotto il primo aspetto potrà allora aversi una regolamentazione che dettagli la fisionomia del rapporto conoscitivo individuo-libertà nella direzione del riconoscimento di veri e propri diritti all'informazione, azionabili direttamente dai diversi titolari e tutelabili giurisdizionalmente; sotto il secondo aspetto, invece, la disciplina legislativa indicherà le circostanze e la misura in cui la regola di trasparenza dovrà subire eccezioni nella materia e/o nel

²¹ *Informazione nel Diritto Costituzionale* cit., 385.

²² *Ibidem*, 332.

²³ *Ibidem*, 333.

²⁴ *Ibidem*, 394.

²⁵ *Ibidem*, 394-395.

²⁶ *Ibidem*, 336.

tempo in relazione alle quali sarà questa volta lo Stato a trovarsi munito sul piano penale di una garanzia giurisdizionale»²⁷.

Un aspetto questo assai rilevante per l'affronto dei temi posti dalla "libertà" che caratterizza la rete e che pone, invece nell'indifferente, il soggetto manifestante e pone, di converso, in primo piano, il tema dei contenuti. Insomma, un po' per miopia dei Costituenti, un po' in ragione dell'impronta liberale della dottrina nostrana, l'avvento di Internet non trovava, almeno inizialmente, un terreno arato di riflessioni e indicazioni.

4. Internet e principi costituzionali in materia di comunicazione e manifestazione del pensiero.

In uno scritto²⁸ che precede di poco la voce *Internet*, apparsa sul Digesto delle Discipline pubblicistiche nel 2000, Costanzo descrive i due atteggiamenti prevalenti dei giuristi «di casa nostra» nei confronti della nuova tecnologia, distinguendo tra chi predicava l'assoluta inidoneità di qualsiasi strumentazione giuridica a governare il fenomeno (in quanto «Internet presenterebbe caratteristiche tali da sfuggire ad una efficace sussunzione da parte di regolamentazioni pubblicistiche») ²⁹e chi, invece, pur lamentando la sproporzione tra il l'informalità del fenomeno Internet e la formalità stringente dei mezzi regolativi del diritto, non mancava, tuttavia, di invocare interventi regolatori ai vari livelli.

Una sorta di anticipazione di questioni che sempre più frequentemente si sarebbero poste di lì in avanti al giurista: dalla bioetica alla sovranità territoriale per citare due dei temi su cui l'inadeguatezza della strumentazione giuridica impone continui ripensamenti circa la vigenza o meno delle classiche categorie giuridiche.

Arruolandosi nelle fila di chi riteneva possibile inquadrare teoricamente il tema all'interno dei principi costituzionali (e anzi convinto di una «embricazione tra Internet e i principi costituzionali in materia di comunicazione ed espressione del pensiero»³⁰) Costanzo ricorda come la nostra Costituzione «presta particolare attenzione alla volontà del soggetto di limitare o meno la conoscibilità dei propri messaggi, distinguendo tra manifestazione del pensiero di tipo diffuso e manifestazione del pensiero a destinatari predeterminati, ponendo, corrispondentemente, in essere due diversi regimi di garanzia»³¹, contenuti rispettivamente negli articoli 15 e 21.

Non doveva esserci dubbio, dunque, circa l'estensione delle garanzie di cui all'art. 15 Cost. nei riguardi della posta elettronica, (ma anche con riguardo a quelle *Internet Relay Chat* che iniziavano a svilupparsi e che avrebbero assunto un peso significativo), pur con tutti i "nota bene" relativi alla problematicità della medesima estensione ai *files*, immagini, suoni e filmati allegati. Ma la prerogativa costituzionale di libertà non avrebbe comunque ammesso alcuna restrizione autoritarie per cui «forme di intromissione nelle comunicazioni possono ritenersi legittimate solo per la salvaguardia di diritti e valori di pari rango costituzionale»³², con il conseguente divieto da parte della polizia di dirette ad intromissioni non autorizzate del "domicilio informatico".

²⁷ *Ibidem*, 355.

²⁸ *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>), 12 novembre 1997.

²⁹ La dottrina della libertà informatica è stata elaborata dal "padre" del diritto dell'informatica. V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, nel vol. *Privacy e banche dei dati*, a cura di N. Matteucci, Il Mulino, Bologna 1981, 37 ss. (ora in *Id.*, *Informatica diritto e società*, 2a ed., Giuffrè, Milano 1992, 173 ss.), e poi, con riferimento a Internet: *Id.*, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir.inf.*, n. 2, 2000, 271 ss.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

Con la conseguenza che «ogni altra comunicazione “internettiana” doveva ritenersi inclusa nella libertà di manifestazione del pensiero»³³. Ed anzi, la tecnologia della rete funge da potente propulsore del principio costituzionale, nella duplice direzione dell’espressione libera del pensiero e della diffusività dello stesso.

Sembrava ormai lontana dall’orizzonte, dunque, la prospettiva di chiusura che aveva indotto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 59 del 1960 a ridimensionare la portata della libertà, in considerazione dello scarto tra il diritto “astratto” di manifestare il proprio pensiero e la possibilità “concreta” di farlo (in ragione della limitatezza delle frequenze utilizzabili per l’attività radiotelevisiva). Non vi era dubbio, infatti, rispetto a quella prospettiva, che, invece, Internet avesse esploso la possibilità del singolo non solo di trasmettere e propagare le proprie opinioni, ma altresì, in forza dei progressi tecnologici, anche di incrementare la gamma delle capacità espressive, oltre la semplice parole, seppure scritta.

Non solo, ma a ciò occorre aggiungere «la notevole e diffusa possibilità di utilizzazione del mezzo, insuscettibile di restrizioni, in quanto non facente capo né ad una tecnologia poggiate (come tanto per intenderci la televisione) su risorse naturali limitate, né ad investimenti finanziari particolarmente onerosi: ciò che sul piano giuridico, si traduceva, conformemente agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, nell’inammissibilità di ostacoli legali di qualsiasi genere all’accesso»³⁴.

Sul generale piano problematico delle telecomunicazioni, dunque, Costanzo inquadra Internet all’interno dell’art. 21 Cost (“ogni altro mezzo di diffusione”) con ciò ponendosi in dissonanza con quella pur autorevole posizione che, invece, della modifica costituzionale dell’art. 21 ha fatto la propria bandiera.

Il riferimento è principalmente a Stefano Rodotà e alla sua proposta di introduzione di un articolo 21 bis, sulla scorta delle proposte avanzate da vari filoni di pensiero e riguardanti quando un Internet *Bill of Right*, quando una *Magna Carta* per Internet, quando, ancora, una Dichiarazione per i diritti di Internet. Già dal 2005, infatti, in occasione del *World Summit of Information Society* organizzato dall’ONU a Tunisi, venne sottolineata la necessità di una convenzione internazionale sui diritti in Internet che implementasse la questione della protezione dei dati personali, sulla scorta ma anche oltre, l’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

Secondo Rodotà, dunque, occorre aggiungere un articolo 21 bis del seguente tenore: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».³⁵

Per Costanzo, invece, non sussiste alcun ostacolo all’applicazione ad Internet del principio di libertà di manifestazione del pensiero, grazie alla clausola aperta dell’art. 21 Cost.

Anzi Internet potrebbe rispondere più adeguatamente degli altri mezzi allo scopo della norma costituzionale: stampa e televisione, infatti, avrebbero mostrato tendenze concentrazionistiche, potenzialmente non in linea con il principio del pluralismo; la cinematografia, il teatro e gli altri mezzi di spettacolo, per la loro configurazione non sono alla portata di tutti. Internet supera tali problematiche, e, dunque, poteva ascrivere al paradigma dell’art. 21 Cost. «in modo pieno ed

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Adesivamente G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2011, secondo cui una costituzionalizzazione di Internet dovrebbe essere finalizzata ad impedire che i soggetti economicamente predominanti possano assoggettare la tutela dei diritti fondamentali di tutti, cosa che puntualmente avverrebbe nella misura in cui si lasci alla completa autoregolamentazione il fenomeno. Si assisterebbe così, infatti, alla concentrazione delle risorse nelle mani delle *corporations* informatiche contestualmente al rafforzamento degli Stati nazione che in tal modo recupererebbero il terreno perso sul dominio territoriale nella possibilità di sfruttare Internet a fini economici e politici.

esaustivo, potendo fruire sia della garanzia prevista per il messaggio, sia di quella del tutto corrispondente prevista per il mezzo. Ciò, se sotto il primo profilo omologa senz'altro Internet agli altri mezzi espressivi, non tollerando limiti contenutistici diversi da quelli costituzionalmente previsti, sotto il secondo profilo configura la rete come uno strumento di fatto dotato di una diffusività massima, refrattario in punto di diritto a qualsiasi indirizzo monopolista, oligopolista o soltanto dirigista»³⁶. Il passaggio non è di poco conto: ricondurre o meno Internet all'attuale articolo 21, infatti, divide nettamente le posizioni rispetto a tutte le questioni che ne conseguono.

Non c'è dubbio, infatti, che ricondurre Internet nell'alveo dell'art. 21 significa aderire all'impostazione "liberale" che nega ogni sovrastruttura autoritativa rispetto al governo della rete. Detto in altri termini ciò che lo Stato deve fare è astenersi dal restringere o limitare la libertà del singolo nell'accesso alla Rete (come del resto per la stampa vige il divieto di censura), potendo intervenire solo ed esclusivamente in funzione della persecuzione di reati.

Con una nota non di poco conto: la liberalizzazione delle telecomunicazioni pone il tema dell'accesso alla rete non più in termini di interesse legittimo, bensì di diritto soggettivo.

In questo senso la prospettiva "liberale" del Nostro non è quella legata ai principi dello Stato liberale ma in un'ottica diversa, quella liberale dello Stato democratico che si è affermata con la Costituzione repubblicana, ben esemplificata dalla sintesi di Jemolo: «se di una libertà fondamentale può parlarsi, questa è la libertà di esprimere le proprie idee, e cercare in ogni modo di divulgarle, la libertà di tentare di persuadere gli altri»³⁷ e condotta alla fine ed autorevole elaborazione di Paolo Barile³⁸.

La trasformazione che la Costituzione liberale imprime a tali principi di libertà dell'individuo sono innegabili e Internet li esalta all'ennesima potenza valorizzando ed estendendo i confini (nazionali) anche di altre libertà, quale, sottolinea Costanzo, quella di associazione: «si tratta in modo particolare della libertà di associazione, dato che alla sua caratterizzazione non attiene il necessario congresso fisico dei partecipanti»³⁹. Il che ha avuto sin ora conferme assai significative (indipendentemente dal giudizio di merito sulle diverse vicende): dalle Primavere arabe che probabilmente non si sarebbero concretizzate senza la forza diffusiva di Internet; al referendum catalano che, inibito dal Governo, si è potuto svolgere solo in forza della pubblicità assicurata dalla rete. Ed ancora: la comunicazione telematica favorisce l'azione di controllo dei cittadini sui pubblici poteri, sia attraverso la trasparenza che può garantire, sia mediante la possibilità di educazione civica che può supportare; ovvero la Rete può divenire strumentale al godimento di diritti di natura economica (commercio on line). Tutto ciò è prodromico ad evidenziare ancora una volta la vera "realtà" di Internet ancora ribadita in uno scritto del 2012⁴⁰ e cioè che con riguardo all'art. 21 «non si ragioni mai di un autonomo diritto di stampa o di accesso alla stessa, ma più "semplicemente" di stampa come *species* del *genus* "mezzo di diffusione", asservito all'unico diritto testualmente riguardato, ossia quello di manifestazione del pensiero».

5. Non un nuovo diritto, ma un diritto antico "rinnovato" da Internet.

Le pur straordinarie possibilità di Internet, in sostanza, secondo Costanzo non sono tali da accreditare l'idea, pur autorevolmente sostenuta, della comparsa nell'ordinamento di un nuovo

³⁶ *Le nuove forme di comunicazione in Rete: Internet*, in *Informatica e diritto*, 1997, II, 35.

³⁷ *I problemi pratici della libertà*, Milano, Giuffrè, 1972, 47.

³⁸ *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1974.

³⁹ *Internet, Digesto Quarta edizione (Discipline pubblicistiche)*, Appendice, Torino, Utet, 2000, 358.

⁴⁰ *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2012 (17.10.12), 4.

diritto soggettivo: il diritto di libertà informatica, come pretesa positiva di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere, come diritto di partecipare alla società virtuale in cui ogni individuo è sovrano delle sue decisioni e può esprimere le proprie idee nella forma della libera comunicazione⁴¹.

Secondo l'impostazione fatta proprio dal "padre" del diritto dell'informatica nel nostro Paese, infatti, il diritto libertà informatica «è diventato una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni»⁴².

Sempre nella medesima prospettiva, si sottolinea come la libertà di comunicazione introdotta da Internet (libertà di trasmettere e di ricevere) conduce a ritenere che «non è più soltanto l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica»⁴³.

Secondo Costanzo alla costituzionalizzazione di Internet si oppone la sua natura "strumentale" rispetto all'unico vero diritto costituzionale e cioè la libertà di manifestazione del pensiero. Inoltre, talune problematiche indubbiamente suscitate da Internet (*privacy*; identità personale; tutela della proprietà intellettuale; tutela dell'onore e della dignità personale ...) sconsigliano una sovraesposizione costituzionale e, suggeriscono, invece, la strada del bilanciamento "interno" all'unica libertà costituzionale.

Neppure, pare desumibile dall'impianto costituzionale inferirne la natura di diritto sociale, da più parti sostenuta in dottrina.

Una prima prospettiva assumendo che oggi la «cittadinanza è digitale»⁴⁴ ne fa conseguire il «diritto di pretendere dai pubblici uffici l'interazione in modalità digitale, al quale corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di adeguarsi sotto il profilo tecnico e organizzativo per soddisfare la pretesa dell'utente»⁴⁵. Si tratta, dunque, di un nuovo modo di rapportarsi tra Stato e cittadino per cui la piena alfabetizzazione informatica prende il posto del classico diritto all'istruzione e nell'art. 9 Cost. deve leggersi altresì il diritto allo sviluppo culturale informatico. Ne consegue che l'accesso ad Internet, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza, costituisce una «pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche (...) un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica»⁴⁶.

In una prospettiva più analiticamente elaborata «il diritto alla connessione veloce consiste nella pretesa della persona, individuo o soggetto collettivo, a che lo Stato stenda diffusamente sul territorio nazionale la banda larga per permettergli, ovunque risieda e a un prezzo abbordabile, di navigare in rete alla velocità idonea a partecipare alle comunità virtuali, telefonare tramite skype o altri sistemi di VOIP e ricevere i servizi digitalizzati della amministrazione. I vantaggi della connessione veloce sono dunque valutabili in termini di inclusione della persona nel processo sociale e politico, perché la banda asciuga le distanze tra remoti e vicini, azzera le differenze di età, livella le impari condizioni fisiche, insomma rende uguali coloro che tali non sarebbero per le

⁴¹ Così V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico di Internet*, in *Riv. inf. inf.*, 2000, 275.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ T. E. FROSINI, *Internet e democrazia in Diritto e Informatica*, 2017, 659.

⁴⁴ T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 1/2011, 8.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

diverse fortune, favorendo la partecipazione attiva dei cittadini alla società dell'informazione, e inventando modalità inedite di democrazia continuativa destinate a rivitalizzare il dialogo intermittente tra rappresentante e rappresentato, proprio della democrazia rappresentativa»⁴⁷.

A differenza di altri diritti sociali, inoltre, «il diritto alla connessione di per sé non soddisfa alcun bisogno; la soddisfazione dell'interesse è qui rinviata all'acquisizione del bene finale, di volta in volta procurato dalla navigazione: si è quindi, in presenza di un diritto sociale a utilità plurima e differenziata»⁴⁸.

Tale diritto sociale troverebbe fondamento in alcune disposizioni della Carta dei diritti (resa diritto vincolante per il nostro Paese dal Trattato di Lisbona), quali l'art. 25 che garantisce alle persone anziane il diritto a condurre una vita indipendente e a partecipare alla vita culturale e sociale; l'art. 26 che tutela l'autonomia delle persone disabili e, infine, l'art. 36 che si preoccupa della coesione sociale di chi vive in territori remoti.

Ed è propriamente dalla Carta dei diritti che è possibile inferire l'obbligo dello Stato italiano di garantire un diritto la cui soddisfazione non sarebbe possibile spontaneamente, perché non necessariamente vantaggiosa per gli operatori del mercato. Ed infatti, «l'interposizione normativa del diritto dell'Unione, disegnata dall'art. 117, co. I, Cost., avrà come conseguenza immediata (...) la coercibilità giuridica della pretesa prestazionale alla banda larga nei confronti del legislatore nazionale, non più libero di attivarsi o meno, perché tenuto da un preciso obbligo comunitario a procurare un risultato al *quisque de populo*»⁴⁹.

L'obiezione connessa alla programmaticità dei diritti sociali nel nostro ordinamento (ribadita costantemente dalla Corte costituzionale) viene in questa prospettiva superata solo nell'ipotesi di leggi che non soddisfino pienamente il diritto sociale di cui sopra e, dunque, abilitino la Corte ad adottare «una sentenza additiva di principio con due accorgimenti, ai quali peraltro in passato era già ricorso. In primo luogo, dovrebbe integrare il dispositivo prevedendo un termine certo entro cui il legislatore dovrebbe ottemperare al giudicato costituzionale, traducendo i principi orientativi dettati dalla Corte in precetti immediatamente operanti nei rapporti intersoggettivi. In secondo luogo, la Corte non dovrebbe disporre del regime giuridico delle sentenze additive di principio, le quali condividono con la pronuncia di annullamento la forza del giudicato costituzionale; vincolo questo, che in presenza dell'elemento additivo comporta altresì la cogenza del principio aggiunto, troppo spesso declassato dalla Corte stessa a mero indirizzo per il legislatore futuro»⁵⁰.

La natura di diritto sociale, secondo Costanzo, è da escludersi per un motivo che esula il livello statale. Infatti, alla dimensione di diritto sociale si può far fronte in maniera adeguata solo con lo «strumento del servizio universale»⁵¹, il che proietta la questione a livello comunitario, trattandosi di questione assoggettata alle regole del mercato aperto e per cui «solo da quel livello possono provenire efficaci spinte così come la sterilizzazione di qualsiasi previsione di livello costituzionale». Ed infatti, chi propugna la natura di diritto sociale di Internet è poi costretto ad ammettere che in sede europea non si è andati in questa direzione e, dunque, il tema dell'attuazione del servizio universale rimane inevaso⁵².

Il che, ovviamente non significa non concordare «sulla capacità della Rete di implementare i c.d. diritti di cittadinanza e lo sviluppo della persona di cui si ragiona in diverse disposizioni della

⁴⁷ G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2011.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a Internet alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 10 marzo 2015.

⁵² G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet* cit.

Costituzione repubblicana»⁵³. Tuttavia, a tale configurazione di Internet come diritto sociale non apportano un decisivo contributo, secondo il Nostro, le indicazioni ricavabili dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che pure si mostra particolarmente attenta a garantire l'accesso ad Internet ai soggetti svantaggiati, attraverso le misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. Cionondimeno «una ricostruzione del diritto di accesso ad internet come un diritto sociale costringerebbe, poi, a negare ad esso “capacità autosatisfattiva”, rimettendone “l'effettivo godimento” ad adeguate (nell'an, nel *quando* e nel *quantum*) determinazioni del legislatore, con l'ulteriore conseguenza di dover immaginare, del tutto problematicamente, le modalità di una reazione efficace del giudice costituzionale, unico soggetto abilitato a relazionarsi dialetticamente con eventuali omissioni legislative»⁵⁴.

In queste impostazioni, inoltre, è evidente la sovrapposizione di piani che in tal modo si realizza tra diritto costituzionalmente protetto e mezzi o prestazioni funzionali alla sua realizzazione, che la Costituzione, invece, correttamente sempre divide tra se medesima (indicazione del diritto o valore da proteggere) e legislatore (indirizzi politici di attuazione e scelte in merito alla selezione di strumenti) e amministrazione (prestazioni e predisposizione di organizzazione finalità all'erogazione delle prestazioni stesse).

Come è stato correttamente evidenziato, infatti, l'art. 21 «riconosce un solo diritto, anche se esercitabile con modalità differenti. Si tratta del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»⁵⁵. Dunque, diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e diritto di utilizzare qualsiasi mezzo di diffusione non possono configurarsi come diritti diversi, poiché in realtà essi costituiscono invece un'endiadi inscindibile⁵⁶.

E neppure risulta convincente l'obiezione secondo cui «l'indispensabilità del mezzo (banda larga) rispetto ai beni obiettivo (ad esempio, la manifestazione del pensiero) impone che si comunichi anche al primo il regime giuridico proprio dei secondi: diversamente la libertà di parola, formalmente rispettata dallo Stato, subirebbe una violazione indiretta, in quanto la lesione non interesserebbe in via immediata il diritto fine, bensì il mezzo tecnico per il suo esercizio, che reso però indisponibile, impedirebbe il concreto esercizio del diritto-fine pur formalmente tutelato»⁵⁷.

Si tratta di un'obiezione che non rileva dal punto di vista costituzionale: la Costituzione tutela il vero bene: la possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero, mentre gli strumenti sono correttamente rimessi al legislatore e all'amministrazione (poiché nel tempo possono mutare, come proprio la vicenda di Internet dimostra).

Si tratta di una distinzione che vale per tutti i diritti sociali previsti in Costituzione: il diritto è all'istruzione, non alla scuola; il diritto è alla salute, non all'ospedale.

Se poi la proposta è volta a contrastare la possibile inadempienza legislativa, allora il rimedio eccede il fine poiché l'inadempienza legislativa e amministrativa si “combatte” in Parlamento attraverso la battaglia per l'attuazione della Costituzione che correttamente la stessa Costituzione rimette alla dialettica parlamentare. Infine, imporre a tutti un identico strumento come mezzo per conseguire il bene costituzionale (in questo caso Internet) potrebbe risolversi nel suo contrario, cioè in una violazione della libertà personale. Che poi le prestazioni diventino funzionali all'inveramento del diritto è a noi tutti noto, come è altrettanto noto che proprio perciò si costruiscono i contenuti del “diritto” allo scopo di enucleare noccioli duri (da garantire comunque

⁵³ *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (Una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 5.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ D. BUTTURINI, *L'informazione giornalistica tra libertà, potere e servizio*, Bologna, Filodiritto, 2018, 61.

⁵⁶ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 427.

⁵⁷ Così G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, cit.

ad opera del legislatore e dell'amministrazione) e contenuti che diventano possibili a seconda delle contingenze storiche e delle risorse disponibili.

Dal 2001, con la revisione del Titolo V e in particolare con la costituzionalizzazione all'art. 117, comma 2, lett. m) della materia di competenza esclusiva dei *"livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"*, è stato introdotto nel nostro ordinamento uno strumento in grado di rendere più analitici i contenuti dei diritti, attraverso una stratificazione per gradi delle prestazioni via via ritenute essenziali, ai fini della soddisfazione del diritto. Si tratta di uno strumento reso necessario in conseguenza del forte decentramento che (almeno in teoria) potrebbe conseguire ad una effettiva attuazione del Titolo V, soprattutto sul terreno dei diritti sociali. Cionondimeno, le evidenti assonanze con il tema dei divari che potrebbero scaturire da un diverso godimento dei diritti tecnologici, consente di suggerire l'idea di Internet quale livello essenziale di prestazione rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero. Così come in un ordinamento fortemente decentrato ciò che unifica i soggetti appartenenti ad un unico Stato non è più e solo la cittadinanza politica, quale legame di fedeltà del cittadino allo Stato sovrano (dovere militare, dovere tributario...), ma la cittadinanza sociale; allo stesso modo in uno Stato in cui le tecnologie vanificano il legame tra Stato e territorio, la cittadinanza politica potrebbe assumere anche il volto della cittadinanza digitale. Occorre infatti, in un caso e nell'altro, individuare un *"collante"* in grado di evitare che le inevitabili (e ragionevoli) differenze prodotte dall'esercizio delle diverse decisioni politiche sull'attuazione dei diritti diventino intollerabili. Tuttavia, che quel qualcuno viva al di sotto della soglia dell'umanamente accettabile si tramuta nella sconfitta dell'ordinamento nel suo complesso che, in tal modo, disconoscerebbe *"i diritti inviolabili della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"* e, soprattutto, non si farebbe più garante di quei doveri di *"solidarietà sociale"* connessi al riconoscimento della centralità della persona nell'ordinamento. Pertanto, il collante indispensabile per la tenuta complessiva dell'ordinamento è una cittadinanza di tipo diverso da quella politica.

Sarebbe, dunque, più opportuno incamminarsi verso strade, come quella dei livelli essenziali, che consentano di continuare a distinguere i diritti costituzionalmente protetti dagli strumenti indispensabili per la loro protezione.

In conclusione, dunque, affermare il diritto alla rete come diritto sociale pone problemi notevoli alla sistematica costituzionale poiché sovrappone i due diversi piani dell'affermazione del diritto e delle prestazioni (o strumenti) necessari alla realizzazione del diritto stesso.

In questo senso la riflessione di Costanzo, che potrebbe a prima vista apparire di retroguardia, se non altro rispetto alle mirabolanti affermazioni sulla potenzialità della rete di azzerare le differenze e di realizzare l'eguaglianza sostanziale, consente, invece, di inquadrare il problema nella sua corretta dimensione costituzionale e, soprattutto di separare il terreno della *"politica costituzionale"* dal terreno della *"Costituzione"*

6. In conclusione: le tecnologie asservite allo stato costituzionale

Internet dunque non è un *"nuovo"* diritto e le nuove tecnologie si possono padroneggiare, perché non sono il regno del solo individualismo.

Ancora nell'audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a Internet (Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica – 10 marzo 2015) Costanzo ribadisce che la *"strumentalità"* di Internet rispetto all'esercizio di diritti fondamentali che attengono alla sfera personale e pubblica *«sembra costituire il filo rosso che collega la pionieristica decisione della Corte suprema americana del 26 giugno 1997 (Reno c. American Civil*

Liberties Union) a quelle più recenti, tra cui particolarmente quella della Corte costituzionale del Costa Rica del 30 luglio 2010». Lo confermano altresì le posizioni assunte dal Parlamento europeo (in particolare con la raccomandazione del 26 marzo 2009 concernente garanzie per l'accesso alla rete) e dalla Corte di Strasburgo che, con la sentenza del 18 dicembre 2012, ha configurato l'accesso ad Internet come componente essenziale della libertà di manifestazione del pensiero.

Certamente meno problematica, dal punto di vista dogmatico, è la ricostruzione tesa a «conferire espressamente all'accesso ad Internet il rango di situazione costituzionalmente prevista e garantita: il cui esito fruttuoso, lungi dal rivelarsi un'inutile superfetazione, potrebbe svolgere il ruolo proprio (e infungibile) delle norme costituzionali nell'orientare il legislatore e nel rappresentare un baluardo individuale nei confronti di qualsiasi autorità pubblica ed egemonia privata. È, tuttavia, evidente come, sul piano tecnico, la formulazione normativa più adeguata dovrebbe contestualmente comportare l'erogazione della connessione alla Rete nei termini di un'obbligazione categorica a carico di qualcuno (pubblici poteri e/o operatori privati), non molto diversamente da quanto si verifica nel campo dell'istruzione, dove, ad esempio, al diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi corrisponde (almeno in linea teorica) l'obbligo per la Repubblica di erogare, per concorso, borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze (art. 34 Cost.)»⁵⁸.

Di qui «una triplice considerazione: l'accesso ad Internet, in difetto di specifiche previsioni costituzionali, non assurge mai, nella considerazione comparatistica, ad autonomo diritto fondamentale; la sua caratterizzazione strumentale rispetto ad altri diritti fondamentali, permette tuttavia e probabilmente esige che vi si riconosca una pretesa costituzionalmente rilevante; in questi più specifici termini, l'accesso alla rete è più agevolmente idoneo di essere (ragionevolmente) bilanciabile con altri diritti costituzionalmente protetti da parte del legislatore, restando il tutto sotto il potenziale controllo del giudice costituzionale»⁵⁹.

Da ciò il suggerimento di modificare, in caso, il meno possibile l'art. 21 della Costituzione e, se proprio, con una formulazione di tal genere: «Tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto, l'audiovisivo e ogni altro mezzo di diffusione analogica e digitale» e con l'aggiunta nello stesso primo comma di una formula più ampia della libertà di informazione quale «E' garantita corrispondentemente la libertà di informare, di ricevere e di accedere alle informazioni presso fonti accessibili a tutti»⁶⁰.

Non vi è bisogno, dunque, di por mano a modifiche costituzionali poiché, (almeno per quanto riguarda la Parte Prima, si potrebbe aggiungere) «lo Stato costituzionale (...) non ha fatto che evolversi fin dalle sue origini, passando, ad esempio, da una configurazione monoclasse ad una universalistica, da un regime paleoliberales ad uno liberaldemocratico, da una struttura "minima" a quella assai più complessa del *Welfare State*: acquisizioni, del resto, queste, che, malgrado crisi e reflussi, paiono ormai difficilmente reversibili. E, infatti, se può indicarsi una qualità rilevante dello Stato costituzionale è la sua capacità di continuamente riplasmarsi, pur tenendo ferme le sue basi giuridico-assiologiche. Tanto che ogni eccessiva stagnazione nel processo di adeguamento rischia di mettere in crisi il sistema, anche delegittimandolo come, forse, può aver mostrato la vicenda statutaria italiana»⁶¹.

⁵⁸Miti e realtà dell'accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica), cit., 5-6.

⁵⁹*Ibidem*.

⁶⁰*Ibidem*.

⁶¹ *Avete detto diritti digitali?*, Relazione introduttiva al Convegno E-government e diritti fondamentali nello Stato costituzionale, Università europea di Roma, 20 novembre 2015, in *Tecniche normative* (www.tecnichenormative.it), 13.VII.2016.

Nell'alternativa tra dove collocare il fenomeno Costanzo non ha dubbi e, differentemente da quanti ritengono che «Internet abbia a che fare più con liberalismo che con la democrazia»⁶² (in quanto più che «condizionare il modo di essere del potere e la sua declinazione in termini di eguaglianza (...) valorizza la libertà dell'individuo che si estrinseca attraverso le potenzialità del c.d. *net freedom*»⁶³) preferisce, invece, incastonare la libertà stessa nell'ambito della tradizione costituzionalistica occidentale.

Con ciò ponendosi sulla scia della Corte Suprema americana che, nella decisione del 26 giugno del 1997 (con la quale furono dichiarate incostituzionali le disposizioni del *Telecommunications Act* comminanti sanzioni in caso di diffusione verso minorenni di comunicazioni oscene in Internet), ebbe a motivare la “coraggiosa” sentenza asserendo, tra l'altro, che «l'interesse nell'incoraggiare la libertà di espressione in una società democratica è preponderante su qualsiasi beneficio, teorico ma indimostrato, della censura»⁶⁴.

⁶² T. E. FROSINI, *Internet e democrazia in Diritto e Informatica*, 2017, 657.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Internet (diritto pubblico)* cit., 355.

ANNAMARIA POGGI

Diritto a *Internet* o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?

SOMMARIO: 1. La rivoluzione telematica e i nuovi dilemmi per i giuristi. – 2. Internet e diritto costituzionale. – 3. Il rapporto problematico tradizionale del diritto all'informazione. – 4. Internet e principi costituzionali in materia di comunicazione e manifestazione del pensiero. – 5. Non un nuovo diritto, ma un diritto antico "rinnovato" da Internet. – 6. In conclusione: le tecnologie asservite allo Stato costituzionale.

1. *La rivoluzione telematica e i nuovi dilemmi per i giuristi.*

Tra i meriti che dobbiamo ascrivere alla produzione scientifica (davvero significativa) di Pasquale Costanzo vi è certamente quello di aver affrontato tra i primi¹, il tema di Internet (cioè uno dei temi tra i più insidiosi dei nostri tempi per un giurista) intuendo la profonda rivoluzione che l'avvento della rete avrebbe posto al diritto costituzionale. Ed in effetti, con il senno del poi, possiamo ben dire che il passaggio da una comunicazione "uno a molti" a una comunicazione "molti a molti", con il potenziale sfilacciamento delle possibilità di controllo sui social network, ha posto (e continua a porre), indubbi problemi, anche (e soprattutto) sotto il profilo del rapporto autorità-libertà.

Dopo una prima fase di entusiasmo, collegato alla scoperta che gli strumenti tecnologici potevano produrre rivoluzioni senza guerre come, per esempio in Malaysia dove «gli strumenti digitali avevano consentito agli attivisti democratici di pubblicare articoli che criticavano il regime autoritario»², o ancora «in paesi dall'Uzbekistan alle Filippine, e dal Venezuela alla Nigeria, avevano permesso ai cittadini comuni di accusare i loro governi documentandone gli abusi. Perfino in Cina, dove il Partito comunista aveva istituito un "Great Firewall" gli utenti si ingegnavano per eludere la pesante censura del regime»³, si iniziò a comprendere che si trattava di un fenomeno realmente complesso. Proprio come gli altri mezzi di comunicazione, infatti, gli strumenti tecnologici avrebbero potuto diventare sia veicoli del pluralismo, sia mezzi "requisiti" dai regimi per assumere il controllo dello Stato⁴.

La complessità del fenomeno si coglie a fondo nel paragone con la tradizione di libertà ottocentesche. In essa, infatti le libertà individuali (espressione, corrispondenza, circolazione, riunione, associazione) pur considerate tutte insieme connesse inscindibilmente con la libertà degli individui, erano cionondimeno, tra di loro separate. Nell'universo di Internet queste separazioni non hanno alcun senso: chi accede si esprime, corrisponde con chi vuole, si unisce o si separa da chi vuole e con chi vuole, con la massima libertà. Ciò cambia radicalmente l'esercizio delle libertà "pubbliche": sempre di più l'accesso alla rete e lo svolgimento su di essa di attività costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, ovvero esercita i suoi diritti di cittadinanza. A partire dalla fruizione di servizi sociali (sanità, previdenza, istruzione ecc.) per arrivare all'esercizio della porzione individuale di sovranità (il voto elettronico), il che è inevitabile anche in considerazione di molte delle attività pubbliche sulla rete e della significativa riduzione dei costi che ciò comporta. Non si tratta di una mera trasformazione di rapporti pubblici

¹ Come emerge chiaramente dalla bibliografia della voce *Internet (diritto pubblico)* del 2008 in cui le riflessioni del Nostro compaiono tra le prime (insieme a quelle di ZENO-ZENCOVICH, di D'ORAZIO, di V. FROSINI e di PASCUCCI) nel panorama italiano.

² Y. MOUNK, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, Feltrinelli, 2018, 133

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*, 135

pre-esistenti: cambiano le qualità e quantità dei rapporti, la loro crescente bi-univocità, l'accelerazione nei processi decisionali, viene meno la struttura gerarchica (tipicamente: centro-periferia) sostituita da relazioni, appunto, "a rete".

Per dare il senso della rivoluzione epocale così realizzatasi Zeno Zencovich non ha esitato ad utilizzare una metafora assai forte: «solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza»⁵

E' dunque, in parte la stessa struttura politica organizzativa a subire significativi mutamenti: «la democrazia, e la sua forma, si prospetta in una forma diversa da quella che era nei secoli precedenti: mutano i significati di rappresentanza e di sovranità, avanza una nuova democrazia di massa, che rompe le cerchie chiuse delle *élites* al potere, obbligando per così dire i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentanti, nelle nuove forme assunte dalla tecnopolitica»⁶.

Bastano pochi esempi per convincersene: Anonymous ha aiutato i cyberattivisti yemeniti ad aggirare le censure governative e ha aggredito, tramite la rete, alcuni clan di narcotrafficienti messicani; le primavere arabe hanno mostrato l'efficacia di nuove forme di giornalismo mediatico che, pur utilizzando tecnologie note (video, audio tradizionali) si avvalgono del web per diffondere in tempo reale le notizie.

Ne consegue che la vera rivoluzione sta nel fatto che gli strumenti tecnologici «colmano il divario tecnologico tra insider e outsider.

Fino a pochi decenni fa, i governi e le grandi imprese mediatiche esercitavano un oligopolio sui mezzi di comunicazione di massa. Di conseguenza erano loro a fissare gli standard del discorso politico accettabile (...), con l'avvento dei social media questo vantaggio tecnologico è quasi svanito. Pertanto oggi nei paesi autoritari l'opposizione democratica ha molti più strumenti per rovesciare un dittatore al potere da lungo tempo. Tuttavia per lo stesso motivo, anche i fomentatori dell'odio e i mercanti della menzogna possono minare le democrazie liberali molto più facilmente»⁷.

Insomma, «dando potere agli outsider, la tecnologia digitale destabilizza le élite di governo in tutto il mondo e accelera il ritmo del cambiamento»⁸. Ma non bisogna, tuttavia, incorrere nell'errore secondo cui queste tecnologie sono «onnipotenti, oppure come prive di sostanziali novità, ma solo più veloci»⁹, poiché, invece, è decisivo «sviluppare strumenti analitici che ci consentano una migliore comprensione delle condizionalità cui nemmeno queste tecnologie possono sfuggire»¹⁰.

⁵ V. ZENO ZENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2010, 71.

⁶ T. E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Informatica e diritto*, 2017, 663. La definizione di "Tecnopolitica" si deve a S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 1997; ID., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e Privacy: quali regole?* Atti del convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali, Roma 1998, 12 ss.

⁷ Y. MOUNK, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, cit., 137-138.

⁸ *Ibidem*, 140.

⁹ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, Mondadori, 2008, 417

¹⁰ *Ibidem*.

2. Internet e diritto costituzionale.

Ed è propriamente in questa direzione (quella cioè di comprendere i fenomeni in tutta la loro complessità al fine di tentare di definire le condizionalità degli stessi) che già nella voce *Informazione nel Diritto Costituzionale* (1992)¹¹, dopo aver precisato che, grazie ai progressi tecnologici pareva possibile «far riferimento ad una nuova proiezione o prolungamento del “diritto all’informazione” nel cosiddetto “diritto dell’informatica”»¹², Costanzo si poneva sulla strada di «lumeggiare le questioni poste dalla possibilità (inimmaginabile fino a tempi recenti) di accumulo delle informazioni, tra cui, principalmente, le questioni concernenti l’accesso e l’utilizzazione dei dati raccolti, avvertendo fin d’ora come le categorie giuridiche tradizionali appaiono denunciare notevoli insufficienze nella ricostruzione di un adeguato statuto della “comunicazione informatica”»¹³.

La valenza di mezzo tecnico di Internet, tuttavia, avvertiva già nei primi scritti sul tema, potrebbe risultare fuorviante dal momento che l’analogia con l’attività comunicativa «intesa secondo il paradigma classico della manifestazione del pensiero in modo interpersonale, copre soltanto alcune delle funzioni attivabili in rete»¹⁴.

Di qui l’esigenza di una indagine metodologica organica che rinunci ad una *reductio ad unum*, certamente più appetibile dal punto di vista dogmatico. La sottolineatura è importante: Internet costituisce (come la bioetica) uno di quei settori in cui la realtà sopravanza nettamente la dogmatica e rispetto a cui il giurista deve avere l’umiltà prima di comprendere e, poi, di suggerire possibilità di inquadramento che si collochino entro l’orizzonte dell’ordinamento democratico.

Ed il primo aspetto che certamente richiedeva una comprensione specifica era quello della natura giuridica della rete, ossia di un «fenomeno acentrico e diffusivo»¹⁵, in grado di porre «seri problemi di sussumibilità rispetto a discipline telecomunicative di qualsiasi livello, non essendo infatti univocamente individuabile alcuna infrastruttura né identificabile alcun soggetto responsabile cui potrebbero applicarsi corrispondenti regolamentazioni, trovandoci piuttosto (...) dinanzi ad una nozione riassuntiva di tante realtà interconnesse in rete planetaria (è proprio il caso di dire) virtuale»¹⁶.

Sotto un primo profilo, quello dell’intervento legislativo con riguardo alle regole che riguardano i rapporti interpersonali, va rammentato come solo dal 1996 i Parlamenti di vari Paesi, a cominciare da quello statunitense, iniziarono ad adottare leggi per regolarlo, pur con esiti assai incerti. Sino a quel momento, per la verità, avevano funzionato una serie di regole condivise dagli stessi utenti, di cui il gruppo più importante e maggiormente riconosciuto prende il nome di *netiquette*, dalla contrazione delle parole *net* ed *etiquette*.

Si tratta di una sorta di canoni di correttezza da rispettare mentre si naviga, inaugurate quando Internet passò ad essere da rete militare a mezzo di comunicazione tra centri di ricerca ed università. In allora la ristretta comunità di utenti si diede spontaneamente un insieme di regole di comportamento, note all’inizio come *Acceptable Use Policy*, norme che imponevano di utilizzare con intelligenza il *network* solo per fini accademici e di studio. L’estensione quantitativa e qualitativa del numero di utenti comportò lo sviluppo di norme ulteriori, di genere diverso. La

¹¹ *Digesto*, IV ed., Torino, Utet.

¹² *Ibidem*, 320.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell’informazione*, 2/1996, 184.

¹⁵ *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>), 26.6.1997.

¹⁶ *Ibidem*.

maggior parte di queste regole è stata dettata per le prime attività della rete, la posta elettronica, le *newsgroupe* le *mailing list*.

Secondo la *netiquette* in rete non vi è censura: si può dire tutto, purché si usino accorgimenti, volti a neutralizzare l'eventualità di offese alla sensibilità o alla riservatezza di altri utenti; ovvero volti ad impedire la rivelazione di informazioni indesiderate. Veramente rilevante in proposito è una sorta di patto tacito tra coloro che entrano in comunicazione e consistente nella predisposizione degli utenti stessi a conoscere di un determinato argomento, evitando che alcuni possano trovarsi di fronte a contenuti non graditi. Per chi non rispetta la volontà, la dignità o la sensibilità altrui esiste anche un sistema, per così dire, sanzionatorio: una sorta di bombardamento della posta elettronica del o dei trasgressori (*mail bombing*), da cui può scaturire una sorta di corto circuito della casella postale dell'utente bombardato.

Un sistema, quest'ultimo, completamente asimmetrico rispetto al tradizionale modo di affrontare la questione da parte dei legislatori, che continuano ad imporre punizioni pensando alla rete come ad un tradizionale mezzo comunicativo. Del resto la continua moltiplicazione del numero di utenti pone seriamente il tema della regolamentazione, mentre rende illusoria l'adesione alla *netiquette*, pensata per una comunità ristretta e coesa di utenti, accomunati da scopi comuni (la ricerca sostanzialmente) e, dunque certamente più propensi ad un uso responsabile del mezzo. Oggi, la facilità della navigazione, dovuta alla semplificazione progressiva della tecnologia, e la crescita esponenziale degli utenti mettono in dubbio il rispetto della *netiquette*, tanto da far ritenere che questo galateo sia sconosciuto ai più.

Sotto un secondo profilo, quello riguardante l'intervento legislativo rispetto alla "garanzia" della rete, secondo Costanzo, ciò che in primo luogo occorre indagare è «lo spazio fisico utilizzato per assicurare la generale connettività nel nostro Paese, vale a dire infrastrutture telecomunicative percorse o attraversate dalle applicazioni e dai servizi di Internet sul territorio nazionale»¹⁷. Uno spazio ancora sostanzialmente vuoto alla fine degli anni Novanta, posto che il nostro Paese, oltre a non aver seguito l'indirizzo di altri ordinamenti europei (Francia e Germania) verso una disciplina organica del settore telecomunicativo, risultava, inoltre, in ritardo nell'attuazione della normativa comunitaria sulla liberalizzazione delle telecomunicazioni. Le parziali attuazioni che Costanzo rammentava, inoltre, meritavano «verosimilmente il rilievo di una eccessiva burocratizzazione»¹⁸.

Risolto il tema riguardante il quadro generale (almeno comunitario) in cui si collocava il fenomeno Internet (essendo ovvio che la problematica dell'accesso e dell'utilizzo delle reti costituiva *condicio sine qua non* di ogni altro e ulteriore discorso), occorre interrogarsi sul regime giuridico «di ciò che attraverso le reti, viene veicolato, non potendosi, peraltro, dubitare della rilevanza di tale fenomeno, sia nei suoi aspetti interni, sia in quelli internazionali, per l'ordinamento dello Stato»¹⁹.

Il che non poteva considerarsi scontato, essendovi significative prese di posizione in favore di una massima libertà della rete, condizionata unicamente dai comportamenti, anch'essi necessariamente liberi, dei suoi frequentatori.

Tuttavia, sottolinea Costanzo, «anche questo auspicato regime di assoluta laicità dell'ordinamento statale (come, del resto, quello propugnato dal liberalismo classico), non potrebbe essere il portato naturale o automatico di comportamenti collettivi e individuali ispirati al principio del *laissez-faire*, esigendo, piuttosto, non meno di altre scelte, un positivo impegno per la sua garanzia e tutela»²⁰. Ed anzi, proprio l'esperienza degli altri Paesi che si erano incamminati

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*. Il riferimento è al d.lgs. n. 103 del 1997 di recezione della Direttiva 90/388/CEE che disciplinava il quadro generale delle connessioni e degli accessi.

¹⁹ *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, cit.

²⁰ *Ibidem*.

sulla strada della regolamentazione metteva in luce le tensioni e le straordinarie opportunità che la rete poneva agli ordinamenti democratici.

3. Il rapporto problematico tradizionale del diritto all'informazione.

Perciò, nella voce *Informazione nel Diritto Costituzionale*, Costanzo avvertiva circa l'innovatività, rispetto al quadro emergente dall'art. 21, della «cosiddetta editoria elettronica o telematica, nella quale, rispetto alla stampa, viene a mancare il tradizionale supporto cartaceo, sostituito infatti da un videoterminale, mentre rispetto alla stessa informazione radiotelevisiva, viene meno l'erogazione delle notizie nel quadro dei programmi, dal momento che queste fluiscono ininterrottamente dalle redazioni verso l'utente, al quale può anche essere consentito di interagire con l'emittente, particolarmente attraverso la ricezione di menu informativi che rendono l'utente stesso il vero compositore del giornale»²¹.

Il tema dell'accumulo di dati e informazioni e della loro gestione (che Internet avrebbe potenziato nel tempo all'ennesima potenza) poneva ancor più in evidenza sia l'insufficienza della normativa costituzionale (tarata dai Costituenti sulla libertà di stampa), sia, soprattutto, l'insufficienza della ricostruzione dottrinale imperante della normativa costituzionale sulla libertà di manifestazione del pensiero quale libertà "individuale", che «guarda cioè esclusivamente alla posizione del soggetto manifestante, emarginando ancor più dal discorso ogni considerazione circa gli effetti di ricaduta dei diversi contenuti dell'espressione sugli altri consociati, con l'effetto di incrementare al massimo l'area dell'indifferente costituzionale rispetto a quei contenuti»²². In tal modo, infatti, si pone in disparte come profilo, appunto quasi indifferente, l'essenziale funzione dell'informazione nella definizione delle condizioni di democraticità del sistema²³.

Un fenomeno così imponente come l'innovazione tecnologica, infatti, destinato ad incidere significativamente tanto sulle posizioni individuali, quanto sugli interessi generali «non potrebbe restare oltremodo in questa sorta di "indifferenza" costituzionale, forse nell'illusione paleoliberistica di una qualche autoregolamentazione del mercato e della società, pena la rinuncia o comunque una grave defezione del ruolo regolatore (e quindi del significato stesso) delle strutture istituzionali ai più diversi livelli»²⁴. Ed anzi, proprio alla luce di tali sviluppi ritorna centrale il nesso tra democrazia ed informazione, «così come lo fu agli albori delle forme dello Stato liberale l'affermazione dei diritti nelle Carte fondamentali e, nella successiva fase dell'allargamento del suffragio, la predisposizione di un livello medio di benessere che comportasse la libertà dai bisogni necessari per fruire in concreto di quei diritti»²⁵.

Dunque, pur non abbandonando l'impostazione "individualistica" della libertà di manifestazione del pensiero discendente dal primo comma dell'art. 21, occorre per Costanzo allargare quell'orizzonte verso la configurazione di diritti "spersonalizzati" in parte da quel "soggetto manifestante" (unico *focus* di dottrina e giurisprudenza costituzionale), verso la configurazione di confini più ampi del diritto di informazione, in cui si colleghi armonicamente il diritto di informare con il fine essenziale della democraticità dell'ordinamento²⁶.

Pertanto il ruolo di attuazione dei principi costituzionali da parte del legislatore dovrebbe svolgersi secondo due direttrici: «sotto il primo aspetto potrà allora aversi una regolamentazione

²¹ *Informazione nel Diritto Costituzionale cit.*, 385.

²² *Ibidem*, 332.

²³ *Ibidem*, 333.

²⁴ *Ibidem*, 394.

²⁵ *Ibidem*, 394-395.

²⁶ *Ibidem*, 336.

che dettagli la fisionomia del rapporto conoscitivo individuo-libertà nella direzione del riconoscimento di veri e propri diritti all'informazione, azionabili direttamente dai diversi titolari e tutelabili giurisdizionalmente; sotto il secondo aspetto, invece, la disciplina legislativa indicherà le circostanze e la misura in cui la regola di trasparenza dovrà subire eccezioni nella materia e/o nel tempo in relazione alle quali sarà questa volta lo Stato a trovarsi munito sul piano penale di una garanzia giurisdizionale»²⁷.

Un aspetto questo assai rilevante per l'affronto dei temi posti dalla "libertà" che caratterizza la rete e che pone, invece nell'indifferente, il soggetto manifestante e pone, di converso, in primo piano, il tema dei contenuti. Insomma, un po' per miopia dei Costituenti, un po' in ragione dell'impronta liberale della dottrina nostrana, l'avvento di Internet non trovava, almeno inizialmente, un terreno arato di riflessioni e indicazioni.

4. Internet e principi costituzionali in materia di comunicazione e manifestazione del pensiero.

In uno scritto²⁸ che precede di poco la voce *Internet*, apparsa sul Digesto delle Discipline pubblicistiche nel 2000, Costanzo descrive i due atteggiamenti prevalenti dei giuristi «di casa nostra» nei confronti della nuova tecnologia, distinguendo tra chi predicava l'assoluta inidoneità di qualsiasi strumentazione giuridica a governare il fenomeno (in quanto «Internet presenterebbe caratteristiche tali da sfuggire ad una efficace sussunzione da parte di regolamentazioni pubblicistiche») ²⁹e chi, invece, pur lamentando la sproporzione tra il l'informalità del fenomeno Internet e la formalità stringente dei mezzi regolativi del diritto, non mancava, tuttavia, di invocare interventi regolatori ai vari livelli.

Una sorta di anticipazione di questioni che sempre più frequentemente si sarebbero poste di lì in avanti al giurista: dalla bioetica alla sovranità territoriale per citare due dei temi su cui l'inadeguatezza della strumentazione giuridica impone continui ripensamenti circa la vigenza o meno delle classiche categorie giuridiche.

Arruolandosi nelle fila di chi riteneva possibile inquadrare teoricamente il tema all'interno dei principi costituzionali (e anzi convinto di una «embricazione tra Internet e i principi costituzionali in materia di comunicazione ed espressione del pensiero»³⁰) Costanzo ricorda come la nostra Costituzione «presta particolare attenzione alla volontà del soggetto di limitare o meno la conoscibilità dei propri messaggi, distinguendo tra manifestazione del pensiero di tipo diffuso e manifestazione del pensiero a destinatari predeterminati, ponendo, corrispondentemente, in essere due diversi regimi di garanzia»³¹, contenuti rispettivamente negli articoli 15 e 21.

Non doveva esserci dubbio, dunque, circa l'estensione delle garanzie di cui all'art. 15 Cost. nei riguardi della posta elettronica, (ma anche con riguardo a quelle *Internet Relay Chat* che iniziavano a svilupparsi e che avrebbero assunto un peso significativo), pur con tutti i "nota bene" relativi alla problematicità della medesima estensione ai *files*, immagini, suoni e filmati allegati. Ma la prerogativa costituzionale di libertà non avrebbe comunque ammesso alcuna restrizione autoritarie per cui «forme di intromissione nelle comunicazioni possono ritenersi legittimate solo

²⁷ *Ibidem*, 355.

²⁸ *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>), 12 novembre 1997.

²⁹ La dottrina della libertà informatica è stata elaborata dal "padre" del diritto dell'informatica. V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, nel vol. *Privacy e banche dei dati*, a cura di N. Matteucci, Il Mulino, Bologna 1981, 37 ss. (ora in *Id.*, *Informatica diritto e società*, 2a ed., Giuffrè, Milano 1992, 173 ss.), e poi, con riferimento a Internet: *Id.*, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir.inf.*, n. 2, 2000, 271 ss.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

per la salvaguardia di diritti e valori di pari rango costituzionale»³², con il conseguente divieto da parte della polizia di dirette ad intromissioni non autorizzate del “domicilio informatico”.

Con la conseguenza che «ogni altra comunicazione “internetiana” doveva ritenersi inclusa nella libertà di manifestazione del pensiero»³³. Ed anzi, la tecnologia della rete funge da potente propulsore del principio costituzionale, nella duplice direzione dell’espressione libera del pensiero e della diffusività dello stesso.

Sembrava ormai lontana dall’orizzonte, dunque, la prospettiva di chiusura che aveva indotto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 59 del 1960 a ridimensionare la portata della libertà, in considerazione dello scarto tra il diritto “astratto” di manifestare il proprio pensiero e la possibilità “concreta” di farlo (in ragione della limitatezza delle frequenze utilizzabili per l’attività radiotelevisiva). Non vi era dubbio, infatti, rispetto a quella prospettiva, che, invece, Internet avesse esploso la possibilità del singolo non solo di trasmettere e propagare le proprie opinioni, ma altresì, in forza dei progressi tecnologici, anche di incrementare la gamma delle capacità espressive, oltre la semplice parole, seppure scritta.

Non solo, ma a ciò occorre aggiungere «la notevole e diffusa possibilità di utilizzazione del mezzo, insuscettibile di restrizioni, in quanto non facente capo né ad una tecnologia poggiante (come tanto per intenderci la televisione) su risorse naturali limitate, né ad investimenti finanziari particolarmente onerosi: ciò che sul piano giuridico, si traduceva, conformemente agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, nell’inammissibilità di ostacoli legali di qualsiasi genere all’accesso»³⁴.

Sul generale piano problematico delle telecomunicazioni, dunque, Costanzo inquadra Internet all’interno dell’art. 21 Cost (“ogni altro mezzo di diffusione”) con ciò ponendosi in dissonanza con quella pur autorevole posizione che, invece, della modifica costituzionale dell’art. 21 ha fatto la propria bandiera.

Il riferimento è principalmente a Stefano Rodotà e alla sua proposta di introduzione di un articolo 21 bis, sulla scorta delle proposte avanzate da vari filoni di pensiero e riguardanti quando un Internet *Bill of Right*, quando una *Magna Carta* per Internet, quando, ancora, una Dichiarazione per i diritti di Internet. Già dal 2005, infatti, in occasione del *World Summit of Information Society* organizzato dall’ONU a Tunisi, venne sottolineata la necessità di una convenzione internazionale sui diritti in Internet che implementasse la questione della protezione dei dati personali, sulla scorta ma anche oltre, l’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

Secondo Rodotà, dunque, occorre aggiungere un articolo 21 bis del seguente tenore: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».³⁵

Per Costanzo, invece, non sussiste alcun ostacolo all’applicazione ad Internet del principio di libertà di manifestazione del pensiero, grazie alla clausola aperta dell’art. 21 Cost.

Anzi Internet potrebbe rispondere più adeguatamente degli altri mezzi allo scopo della norma costituzionale: stampa e televisione, infatti, avrebbero mostrato tendenze concentrazionistiche, potenzialmente non in linea con il principio del pluralismo; la cinematografia, il teatro e gli altri

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Adesivamente G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2011, secondo cui una costituzionalizzazione di Internet dovrebbe essere finalizzata ad impedire che i soggetti economicamente predominanti possano assoggettare la tutela dei diritti fondamentali di tutti, cosa che puntualmente avverrebbe nella misura in cui si lasci alla completa autoregolamentazione il fenomeno. Si assisterebbe così, infatti, alla concentrazione delle risorse nelle mani delle *corporations* informatiche contestualmente al rafforzamento degli Stati nazione che in tal modo recupererebbero il terreno perso sul dominio territoriale nella possibilità di sfruttare Internet a fini economici e politici.

mezzi di spettacolo, per la loro configurazione non sono alla portata di tutti. Internet supera tali problematiche, e, dunque, poteva ascriversi al paradigma dell'art. 21 Cost. «in modo pieno ed esaustivo, potendo fruire sia della garanzia prevista per il messaggio, sia di quella del tutto corrispondente prevista per il mezzo. Ciò, se sotto il primo profilo omologa senz'altro Internet agli altri mezzi espressivi, non tollerando limiti contenutistici diversi da quelli costituzionalmente previsti, sotto il secondo profilo configura la rete come uno strumento di fatto dotato di una diffusività massima, refrattario in punto di diritto a qualsiasi indirizzo monopolista, oligopolista o soltanto dirigista»³⁶.

Il passaggio non è di poco conto: ricondurre o meno Internet all'attuale articolo 21, infatti, divide nettamente le posizioni rispetto a tutte le questioni che ne conseguono.

Non c'è dubbio, infatti, che ricondurre Internet nell'alveo dell'art. 21 significa aderire all'impostazione "liberale" che nega ogni sovrastruttura autoritativa rispetto al governo della rete. Detto in altri termini ciò che lo Stato deve fare è astenersi dal restringere o limitare la libertà del singolo nell'accesso alla Rete (come del resto per la stampa vige il divieto di censura), potendo intervenire solo ed esclusivamente in funzione della persecuzione di reati.

Con una nota non di poco conto: la liberalizzazione delle telecomunicazioni pone il tema dell'accesso alla rete non più in termini di interesse legittimo, bensì di diritto soggettivo.

In questo senso la prospettiva "liberale" del Nostro non è quella legata ai principi dello Stato liberale ma in un'ottica diversa, quella liberale dello Stato democratico che si è affermata con la Costituzione repubblicana, ben esemplificata dalla sintesi di Jemolo: «se di una libertà fondamentale può parlarsi, questa è la libertà di esprimere le proprie idee, e cercare in ogni modo di divulgarle, la libertà di tentare di persuadere gli altri»³⁷ e condotta alla fine ed autorevole elaborazione di Paolo Barile³⁸.

La trasformazione che la Costituzione liberale imprime a tali principi di libertà dell'individuo sono innegabili e Internet li esalta all'ennesima potenza valorizzando ed estendendo i confini (nazionali) anche di altre libertà, quale, sottolinea Costanzo, quella di associazione: «si tratta in modo particolare della libertà di associazione, dato che alla sua caratterizzazione non attiene il necessario congresso fisico dei partecipanti»³⁹ Il che ha avuto sin ora conferme assai significative (indipendentemente dal giudizio di merito sulle diverse vicende): dalle Primavera arabe che probabilmente non si sarebbero concretizzate senza la forza diffusiva di Internet; al referendum catalano che, inibito dal Governo, si è potuto svolgere solo in forza della pubblicità assicurata dalla rete.

Ed ancora: la comunicazione telematica favorisce l'azione di controllo dei cittadini sui pubblici poteri, sia attraverso la trasparenza che può garantire, sia mediante la possibilità di educazione civica che può supportare; ovvero la Rete può divenire strumentale al godimento di diritti di natura economica (commercio on line).

Tutto ciò è prodromico ad evidenziare ancora una volta la vera "realtà" di Internet ancora ribadita in uno scritto del 2012⁴⁰ e cioè che con riguardo all'art. 21 «non si ragiona mai di un autonomo diritto di stampa o di accesso alla stessa, ma più "semplicemente" di stampa come *species* del *genus* "mezzo di diffusione", asservito all'unico diritto testualmente riguardato, ossia quello di manifestazione del pensiero».

³⁶ *Le nuove forme di comunicazione in Rete: Internet*, in *Informatica e diritto*, 1997, II, 35.

³⁷ *I problemi pratici della libertà*, Milano, Giuffrè, 1972, 47.

³⁸ *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1974.

³⁹ *Internet, Digesto Quarta edizione (Discipline pubblicistiche)*, Appendice, Torino, Utet, 2000, 358.

⁴⁰ *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2012 (17.10.12), 4.

5. *Non un nuovo diritto, ma un diritto antico “rinnovato” da Internet.*

Le pur straordinarie possibilità di Internet, in sostanza, secondo Costanzo non sono tali da accreditare l'idea, pur autorevolmente sostenuta, della comparsa nell'ordinamento di un nuovo diritto soggettivo: il diritto di libertà informatica, come pretesa positiva di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere, come diritto di partecipare alla società virtuale in cui ogni individuo è sovrano delle sue decisioni e può esprimere le proprie idee nella forma della libera comunicazione⁴¹.

Secondo l'impostazione fatta proprio dal “padre” del diritto dell'informatica nel nostro Paese, infatti, il diritto libertà informatica «è diventato una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. E' il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni»⁴².

Sempre nella medesima prospettiva, si sottolinea come la libertà di comunicazione introdotta da Internet (libertà di trasmettere e di ricevere) conduce a ritenere che «non è più soltanto l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica»⁴³.

Secondo Costanzo alla costituzionalizzazione di Internet si oppone la sua natura “strumentale” rispetto all'unico vero diritto costituzionale e cioè la libertà di manifestazione del pensiero. Inoltre, talune problematiche indubbiamente suscitate da Internet (*privacy*; identità personale; tutela della proprietà intellettuale; tutela dell'onore e della dignità personale ...) sconsigliano una sovraesposizione costituzionale e, suggeriscono, invece, la strada del bilanciamento “interno” all'unica libertà costituzionale.

Neppure, pare desumibile dall'impianto costituzionale inferirne la natura di diritto sociale, da più parti sostenuta in dottrina.

Una prima prospettiva assumendo che oggi la «cittadinanza è digitale»⁴⁴ ne fa conseguire il «diritto di pretendere dai pubblici uffici l'interazione in modalità digitale, al quale corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di adeguarsi sotto il profilo tecnico e organizzativo per soddisfare la pretesa dell'utente»⁴⁵. Si tratta, dunque, di un nuovo modo di rapportarsi tra Stato e cittadino per cui la piena alfabetizzazione informatica prende il posto del classico diritto all'istruzione e nell'art. 9 Cost. deve leggersi altresì il diritto allo sviluppo culturale informatico. Ne consegue che l'accesso ad Internet, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza, costituisce una «pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche (...) un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica»⁴⁶.

In una prospettiva più analiticamente elaborata «il diritto alla connessione veloce consiste nella pretesa della persona, individuo o soggetto collettivo, a che lo Stato stenda diffusamente sul territorio nazionale la banda larga per permettergli, ovunque risieda e a un prezzo abbordabile, di

⁴¹ Così V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico di Internet*, in *Riv. inf. inf.*, 2000, 275.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ T. E. FROSINI, *Internet e democrazia in Diritto e Informatica*, 2017, 659.

⁴⁴ T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 1/2011, 8.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

navigare in rete alla velocità idonea a partecipare alle comunità virtuali, telefonare tramite skype o altri sistemi di VOIP e ricevere i servizi digitalizzati della amministrazione. I vantaggi della connessione veloce sono dunque valutabili in termini di inclusione della persona nel processo sociale e politico, perché la banda asciuga le distanze tra remoti e vicini, azzera le differenze di età, livella le impari condizioni fisiche, insomma rende uguali coloro che tali non sarebbero per le diverse fortune, favorendo la partecipazione attiva dei cittadini alla società dell'informazione, e inventando modalità inedite di democrazia continuativa destinate a rivitalizzare il dialogo intermittente tra rappresentante e rappresentato, proprio della democrazia rappresentativa»⁴⁷.

A differenza di altri diritti sociali, inoltre, «il diritto alla connessione di per sé non soddisfa alcun bisogno; la soddisfazione dell'interesse è qui rinviata all'acquisizione del bene finale, di volta in volta procurato dalla navigazione: si è quindi, in presenza di un diritto sociale a utilità plurima e differenziata»⁴⁸.

Tale diritto sociale troverebbe fondamento in alcune disposizioni della Carta dei diritti (resa diritto vincolante per il nostro Paese dal Trattato di Lisbona), quali l'art. 25 che garantisce alle persone anziane il diritto a condurre una vita indipendente e a partecipare alla vita culturale e sociale; l'art. 26 che tutela l'autonomia delle persone disabili e, infine, l'art 36 che si preoccupa della coesione sociale di chi vive in territori remoti.

Ed è propriamente dalla Carta dei diritti che è possibile inferire l'obbligo dello Stato italiano di garantire un diritto la cui soddisfazione non sarebbe possibile spontaneamente, perché non necessariamente vantaggiosa per gli operatori del mercato. Ed infatti, «l'interposizione normativa del diritto dell'Unione, disegnata dall'art. 117, co. I, Cost., avrà come conseguenza immediata (...) la coercibilità giuridica della pretesa prestazionale alla banda larga nei confronti del legislatore nazionale, non più libero di attivarsi o meno, perché tenuto da un preciso obbligo comunitario a procurare un risultato al *quisque de populo*»⁴⁹.

L'obiezione connessa alla programmaticità dei diritti sociali nel nostro ordinamento (ribadita costantemente dalla Corte costituzionale) viene in questa prospettiva superata solo nell'ipotesi di leggi che non soddisfino pienamente il diritto sociale di cui sopra e, dunque, abilitino la Corte ad adottare «una sentenza additiva di principio con due accorgimenti, ai quali peraltro in passato era già ricorso. In primo luogo, dovrebbe integrare il dispositivo prevedendo un termine certo entro cui il legislatore dovrebbe ottemperare al giudicato costituzionale, traducendo i principi orientativi dettati dalla Corte in precetti immediatamente operanti nei rapporti intersoggettivi. In secondo luogo, la Corte non dovrebbe disporre del regime giuridico delle sentenze additive di principio, le quali condividono con la pronuncia di annullamento la forza del giudicato costituzionale; vincolo questo, che in presenza dell'elemento additivo comporta altresì la cogenza del principio aggiunto, troppo spesso declassato dalla Corte stessa a mero indirizzo per il legislatore futuro»⁵⁰.

La natura di diritto sociale, secondo Costanzo, è da escludersi per un motivo che esula il livello statale. Infatti, alla dimensione di diritto sociale si può far fronte in maniera adeguata solo con lo «strumento del servizio universale»⁵¹, il che proietta la questione a livello comunitario, trattandosi di questione assoggettata alle regole del mercato aperto e per cui «solo da quel livello possono provenire efficaci spinte così come la sterilizzazione di qualsiasi previsione di livello costituzionale». Ed infatti, chi propugna la natura di diritto sociale di Internet è poi costretto ad

⁴⁷ G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2011.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a Internet alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 10 marzo 2015.

ammettere che in sede europea non si è andati in questa direzione e, dunque, il tema dell'attuazione del servizio universale rimane inevaso⁵².

Il che, ovviamente non significa non concordare «sulla capacità della Rete di implementare i c.d. diritti di cittadinanza e lo sviluppo della persona di cui si ragiona in diverse disposizioni della Costituzione repubblicana»⁵³. Tuttavia, a tale configurazione di Internet come diritto sociale non apportano un decisivo contributo, secondo il Nostro, le indicazioni ricavabili dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che pure si mostra particolarmente attenta a garantire l'accesso ad Internet ai soggetti svantaggiati, attraverso le misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. Cionondimeno «una ricostruzione del diritto di accesso ad internet come un diritto sociale costringerebbe, poi, a negare ad esso “capacità autosatisfattiva”, rimettendone “l'effettivo godimento” ad adeguate (nell'an, nel *quando* e nel *quantum*) determinazioni del legislatore, con l'ulteriore conseguenza di dover immaginare, del tutto problematicamente, le modalità di una reazione efficace del giudice costituzionale, unico soggetto abilitato a relazionarsi dialetticamente con eventuali omissioni legislative»⁵⁴.

In queste impostazioni, inoltre, è evidente la sovrapposizione di piani che in tal modo si realizza tra diritto costituzionalmente protetto e mezzi o prestazioni funzionali alla sua realizzazione, che la Costituzione, invece, correttamente sempre divide tra se medesima (indicazione del diritto o valore da proteggere) e legislatore (indirizzi politici di attuazione e scelte in merito alla selezione di strumenti) e amministrazione (prestazioni e predisposizione di organizzazione finalità all'erogazione delle prestazioni stesse).

Come è stato correttamente evidenziato, infatti, l'art. 21 «riconosce un solo diritto, anche se esercitabile con modalità differenti. Si tratta del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»⁵⁵. Dunque, diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e diritto di utilizzare qualsiasi mezzo di diffusione non possono configurarsi come diritti diversi, poiché in realtà essi costituiscono invece un'endiadi inscindibile⁵⁶.

E neppure risulta convincente l'obiezione secondo cui «l'indispensabilità del mezzo (banda larga) rispetto ai beni obiettivo (ad esempio, la manifestazione del pensiero) impone che si comunichi anche al primo il regime giuridico proprio dei secondi: diversamente la libertà di parola, formalmente rispettata dallo Stato, subirebbe una violazione indiretta, in quanto la lesione non interesserebbe in via immediata il diritto fine, bensì il mezzo tecnico per il suo esercizio, che reso però indisponibile, impedirebbe il concreto esercizio del diritto-fine pur formalmente tutelato»⁵⁷.

Si tratta di un'obiezione che non rileva dal punto di vista costituzionale: la Costituzione tutela il vero bene: la possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero, mentre gli strumenti sono correttamente rimessi al legislatore e all'amministrazione (poiché nel tempo possono mutare, come proprio la vicenda di Internet dimostra).

Si tratta di una distinzione che vale per tutti i diritti sociali previsti in Costituzione: il diritto è all'istruzione, non alla scuola; il diritto è alla salute, non all'ospedale.

Se poi la proposta è volta a contrastare la possibile inadempienza legislativa, allora il rimedio eccede il fine poiché l'inadempienza legislativa e amministrativa si “combatte” in Parlamento attraverso la battaglia per l'attuazione della Costituzione che correttamente la stessa Costituzione rimette alla dialettica parlamentare. Infine, impone a tutti un identico strumento come mezzo per

⁵² G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet* cit.

⁵³ *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (Una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 5.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ D. BUTTURINI, *L'informazione giornalistica tra libertà, potere e servizio*, Bologna, Filodiritto, 2018, 61.

⁵⁶ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 427.

⁵⁷ Così G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, cit.

conseguire il bene costituzionale (in questo caso Internet) potrebbe risolversi nel suo contrario, cioè in una violazione della libertà personale. Che poi le prestazioni diventino funzionali all'inveramento del diritto è a noi tutti noto, come è altrettanto noto che proprio perciò si costruiscono i contenuti del "diritto" allo scopo di enucleare noccioli duri (da garantire comunque ad opera del legislatore e dell'amministrazione) e contenuti che diventano possibili a seconda delle contingenze storiche e delle risorse disponibili.

Dal 2001, con la revisione del Titolo V e in particolare con la costituzionalizzazione all'art. 117, comma 2, lett. m) della materia di competenza esclusiva dei *"livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"*, è stato introdotto nel nostro ordinamento uno strumento in grado di rendere più analitici i contenuti dei diritti, attraverso una stratificazione per gradi delle prestazioni via via ritenute essenziali, ai fini della soddisfazione del diritto. Si tratta di uno strumento reso necessario in conseguenza del forte decentramento che (almeno in teoria) potrebbe conseguire ad una effettiva attuazione del Titolo V, soprattutto sul terreno dei diritti sociali. Cionondimeno, le evidenti assonanze con il tema dei divari che potrebbero scaturire da un diverso godimento dei diritti tecnologici, consente di suggerire l'idea di Internet quale livello essenziale di prestazione rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero. Così come in un ordinamento fortemente decentrato ciò che unifica i soggetti appartenenti ad un unico Stato non è più e solo la cittadinanza politica, quale legame di fedeltà del cittadino allo Stato sovrano (dovere militare, dovere tributario...), ma la cittadinanza sociale; allo stesso modo in uno Stato in cui le tecnologie vanificano il legame tra Stato e territorio, la cittadinanza politica potrebbe assumere anche il volto della cittadinanza digitale. Occorre infatti, in un caso e nell'altro, individuare un "collante" in grado di evitare che le inevitabili (e ragionevoli) differenze prodotte dall'esercizio delle diverse decisioni politiche sull'attuazione dei diritti diventino intollerabili. Tuttavia, che quel qualcuno viva al di sotto della soglia dell'umanamente accettabile si tramuta nella sconfitta dell'ordinamento nel suo complesso che, in tal modo, disconoscerebbe *"i diritti inviolabili della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"* e, soprattutto, non si farebbe più garante di quei doveri di *"solidarietà sociale"* connessi al riconoscimento della centralità della persona nell'ordinamento. Pertanto, il collante indispensabile per la tenuta complessiva dell'ordinamento è una cittadinanza di tipo diverso da quella politica.

Sarebbe, dunque, più opportuno incamminarsi verso strade, come quella dei livelli essenziali, che consentano di continuare a distinguere i diritti costituzionalmente protetti dagli strumenti indispensabili per la loro protezione.

In conclusione, dunque, affermare il diritto alla rete come diritto sociale pone problemi notevoli alla sistematica costituzionale poiché sovrappone i due diversi piani dell'affermazione del diritto e delle prestazioni (o strumenti) necessari alla realizzazione del diritto stesso.

In questo senso la riflessione di Costanzo, che potrebbe a prima vista apparire di retroguardia, se non altro rispetto alle mirabolanti affermazioni sulla potenzialità della rete di azzerare le differenze e di realizzare l'eguaglianza sostanziale, consente, invece, di inquadrare il problema nella sua corretta dimensione costituzionale e, soprattutto di separare il terreno della "politica costituzionale" dal terreno della "Costituzione"

6. In conclusione: le tecnologie asservite allo stato costituzionale

Internet dunque non è un "nuovo" diritto e le nuove tecnologie si possono padroneggiare, perché non sono il regno del solo individualismo.

Ancora nell'audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a Internet (Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica – 10 marzo 2015) Costanzo ribadisce che la “strumentalità” di Internet rispetto all'esercizio di diritti fondamentali che attengono alla sfera personale e pubblica «sembra costituire il filo rosso che collega la pionieristica decisione della Corte suprema americana del 26 giugno 1997 (*Reno c. American Civil Liberties Union*) a quelle più recenti, tra cui particolarmente quella della Corte costituzionale del Costa Rica del 30 luglio 2010». Lo confermano altresì le posizioni assunte dal Parlamento europeo (in particolare con la raccomandazione del 26 marzo 2009 concernente garanzie per l'accesso alla rete) e dalla Corte di Strasburgo che, con la sentenza del 18 dicembre 2012, ha configurato l'accesso ad Internet come componente essenziale della libertà di manifestazione del pensiero.

Certamente meno problematica, dal punto di vista dogmatico, è la ricostruzione tesa a «conferire espressamente all'accesso ad Internet il rango di situazione costituzionalmente prevista e garantita: il cui esito fruttuoso, lungi dal rivelarsi un'inutile superfetazione, potrebbe svolgere il ruolo proprio (e infungibile) delle norme costituzionali nell'orientare il legislatore e nel rappresentare un baluardo individuale nei confronti di qualsiasi autorità pubblica ed egemonia privata. È, tuttavia, evidente come, sul piano tecnico, la formulazione normativa più adeguata dovrebbe contestualmente comportare l'erogazione della connessione alla Rete nei termini di un'obbligazione categorica a carico di qualcuno (pubblici poteri e/o operatori privati), non molto diversamente da quanto si verifica nel campo dell'istruzione, dove, ad esempio, al diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi corrisponde (almeno in linea teorica) l'obbligo per la Repubblica di erogare, per concorso, borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze (art. 34 Cost.)»⁵⁸.

Di qui «una triplice considerazione: l'accesso ad Internet, in difetto di specifiche previsioni costituzionali, non assurge mai, nella considerazione comparatistica, ad autonomo diritto fondamentale; la sua caratterizzazione strumentale rispetto ad altri diritti fondamentali, permette tuttavia e probabilmente esige che vi si riconosca una pretesa costituzionalmente rilevante; in questi più specifici termini, l'accesso alla rete è più agevolmente idoneo di essere (ragionevolmente) bilanciabile con altri diritti costituzionalmente protetti da parte del legislatore, restando il tutto sotto il potenziale controllo del giudice costituzionale»⁵⁹.

Da ciò il suggerimento di modificare, in caso, il meno possibile l'art. 21 della Costituzione e, se proprio, con una formulazione di tal genere: «Tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto, l'audiovisivo e ogni altro mezzo di diffusione analogica e digitale» e con l'aggiunta nello stesso primo comma di una formula più ampia della libertà di informazione quale «E' garantita corrispondentemente la libertà di informare, di ricevere e di accedere alle informazioni presso fonti accessibili a tutti»⁶⁰.

Non vi è bisogno, dunque, di por mano a modifiche costituzionali poiché, (almeno per quanto riguarda la Parte Prima, si potrebbe aggiungere) «lo Stato costituzionale (...) non ha fatto che evolversi fin dalle sue origini, passando, ad esempio, da una configurazione monoclasse ad una universalistica, da un regime paleoliberales ad uno liberaldemocratico, da una struttura “minima” a quella assai più complessa del *Welfare State*: acquisizioni, del resto, queste, che, malgrado crisi e reflussi, paiono ormai difficilmente reversibili. E, infatti, se può indicarsi una qualità rilevante dello Stato costituzionale è la sua capacità di continuamente riplasmarsi, pur tenendo ferme le sue basi giuridico-assiologiche. Tanto che ogni eccessiva stagnazione nel processo di adeguamento rischia

⁵⁸Miti e realtà dell'accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica), cit., 5-6.

⁵⁹Ibidem.

⁶⁰Ibidem.

di mettere in crisi il sistema, anche delegittimandolo come, forse, può aver mostrato la vicenda statutaria italiana»⁶¹.

Nell'alternativa tra dove collocare il fenomeno Costanzo non ha dubbi e, differentemente da quanti ritengono che «Internet abbia a che fare più con liberalismo che con la democrazia»⁶² (in quanto più che «condizionare il modo di essere del potere e la sua declinazione in termini di eguaglianza (...) valorizza la libertà dell'individuo che si estrinseca attraverso le potenzialità del c.d. *net freedom*»⁶³) preferisce, invece, incastonare la libertà stessa nell'ambito della tradizione costituzionalistica occidentale.

Con ciò ponendosi sulla scia della Corte Suprema americana che, nella decisione del 26 giugno del 1997 (con la quale furono dichiarate incostituzionali le disposizioni del *Telecommunications Act* comminanti sanzioni in caso di diffusione verso minorenni di comunicazioni oscene in Internet), ebbe a motivare la "coraggiosa" sentenza asserendo, tra l'altro, che «l'interesse nell'incoraggiare la libertà di espressione in una società democratica è preponderante su qualsiasi beneficio, teorico ma indimostrato, della censura»⁶⁴.

⁶¹ *Avete detto diritti digitali?*, Relazione introduttiva al Convegno E-government e diritti fondamentali nello Stato costituzionale, Università europea di Roma, 20 novembre 2015, in *Tecniche normative* (www.tecnichenormative.it), 13.VII.2016.

⁶² T. E. FROSINI, *Internet e democrazia in Diritto e Informatica*, 2017, 657.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Internet* (diritto pubblico) cit., 355.

PAOLO CARETTI
Il pluralismo informativo e la Rete*

1. Le relazioni che abbiamo ascoltato in questa seconda sessione dedicata a “Problemi e prospettive dei diritti individuali nella società dell’informazione” hanno messo in luce due dati strettamente connessi tra loro. Il primo: la comunicazione internetiana ha certamente ampliato in modo straordinario l’area dell’informazione disponibile al pubblico, nonché la possibilità di utilizzare forme inedite di comunicazione interattiva che si collocano a cavallo tra libertà di informazione e libertà di corrispondenza, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano delle diverse garanzie che assistono le due libertà in questione (e in questo senso ha arricchito la gamma dei diritti tradizionalmente ricondotti alla libertà di manifestazione del pensiero)

Il secondo: gli sviluppi della comunicazione in Rete hanno evidenziato aspetti che in certi casi si traducono nella violazione dell’effettività di tali diritti. Aspetti più difficili da contrastare a causa delle specificità tecniche del “mezzo” (la Rete) e che in ogni caso pongono sempre di più al legislatore nazionale e europeo l’esigenza di intervenire con apposite regole (si pensi solo per fare un esempio al fenomeno delle “fake news” e all’avvio della redazione di un apposito regolamento al riguardo). Da questo punto di vista, credo che debba ormai considerarsi superata l’idea originaria della Rete quale luogo di esercizio di una libertà assoluta e come tale insuscettibile di subire interventi normativi analoghi a quelli che si rinvengono nel campo dei mezzi di comunicazione di massa tradizionali¹.

Il mio breve intervento si muove in questo quadro problematico per verificare se e in che misura, nel campo qui considerato trovi attuazione piena il principio cardine che da sempre guida gli sviluppi del sistema della comunicazione sociale, complessivamente considerato, ossia il principio del pluralismo informativo. Un principio che nella declinazione data dalla nostra Corte costituzionale può essere così riassunto: obbligo di predisporre garanzie per realizzare il diritto ad essere informati dal maggior numero possibile di fonti. Il che implica la tutela di una serie di diritti: da quello di accedere liberamente alle fonti disponibili, al diritto di scelta tra una gamma di fonti sufficientemente ampia da consentire la formazione di un’opinione pubblica consapevole.

L’interrogativo che mi sono posto è dunque il seguente: per quanto la Rete si presenti come uno straordinario moltiplicatore di fonti di informazione e di nuovi diritti rispetta davvero il principio del pluralismo informativo o vi sono delle criticità anche a questo riguardo? A me pare, anticipando il seguito, che a tale interrogativo si debba dare una risposta positiva. E questo per almeno tre ragioni.

2. La prima ragione attiene al profilo del diritto di accesso alla Rete, che costituisce in qualche modo la premessa perché si possa effettivamente parlare di un allargamento delle fonti di informazione e dei diritti connessi sul piano effettivo. Ebbene, come sappiamo, si può affermare che a vent’anni dalla diffusione della Rete il problema del c.d. “digital divide” è tutt’altro che approdato a soluzioni soddisfacenti, tanto che si presenta oggi come una grave forma di disegualianza sociale. Nasce da questa insoddisfazione l’dea, sostenuta tra gli altri da Rodotà, di elevare il diritto di accesso alla Rete a vero e proprio diritto fondamentale di rango costituzionale.

* Questo articolo trae origine dalla carta consegnata alla conferenza presso l’Università di Genova “Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell’informazione” per celebrare il 70 ° compleanno del prof. Pasquale Costanzo.

¹ Sul punto, in generale, si veda da ultimo G. DE MINICO, *Libertà digitali; Luci e ombre*, Torino, 2018.

3. Nell'art. 2 della *Dichiarazione dei diritti in Internet*² si legge infatti:

I. L'accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale.

II "Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale.

III. Il diritto fondamentale di accesso a internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete.

IV. L'accesso comprende la libertà di scelta per quanto riguarda dispositivi, sistemi operativi e applicazioni anche distribuite.

V. Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità perso banale e disabilità.

Non credo siano necessario spendere molte parole per sottolineare quanto la situazione attuale sia lontana da quella prefigurata in questa proposta che coglie appieno il rilievo centrale di questo profilo e punta a favorire un impegno dei pubblici poteri al riguardo più organico ed efficace di quanto non sia stato sinora (ad esempio includendo il diritto di accesso negli obblighi di servizio universale che esistono nel settore delle comunicazioni elettroniche). Non va dimenticato che oggi l'accesso ad Internet non è solo legato all'informazione, ma si collega all'adempimento di una numerosissima serie di adempimenti amministrativi relativi ai servizi alla persona: sul punto, rinvio al bel film di Ken Loach "*Io Daniel Blake*" per capire cosa significa sotto questo profilo non avere garantito un vero diritto di accesso.

4. La seconda ragione riguarda il profilo relativo alla libertà di scegliere i servizi e le informazioni disponibili in Rete, senza che essi subiscano discriminazioni quanto alla loro capacità trasmissiva, alla loro "visibilità". Se discriminazioni di questo tipo vengono messe in atto, è evidente che ne risulta lesa la libertà di scelta e di accesso in questo caso non alla Rete ma ai contenuti che essa diffonde.

Si tocca qui il tema della "neutralità della Rete, messa in discussione da pratiche di controllo e gestione dei dati che, del tutto legittime quando dirette alla tutela di precisi interessi pubblici (si pensi, ad esempio, al contrasto alla pirateria informatica o alla prevenzione dei reati), lo sono assai meno se dettate da interessi economici dell'*access provider*. Il problema ha assunto un rilievo tale da richiedere l'intervento del legislatore europeo. In prima battuta, con la direttiva 146/2009 che invita gli Stati membri "a promuovere la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o seguire applicazioni o servizi di loro scelta" e impone agli operatori che utilizzano pratiche discriminatorie un obbligo di trasparenza, quello di esplicitare nei contratti le "condizioni che limitano l'accesso e/o l'utilizzo di determinati servizi o applicazioni". Successivamente, sempre a questo riguardo, è stato approvato il regolamento 2015/2020 che, oltre a contenere per la prima volta una definizione della nozione di neutralità della Rete, pone un divieto formale "di bloccare, rallentare, limitare, interferire, discriminare tra specifici contenuti, applicazioni o servizi". Un divieto che tuttavia non è assoluto e offre una via d'uscita agli operatori là dove consente deroghe in relazione a servizi qualificati come "speciali" (un'espressione generica e che lascia agli stessi operatori un margine di discrezionalità non indifferente)³.

² Si tratta di un documento del 2015 elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, istituita presso la Camera dei deputati.

³ Si veda ancora G. DE MINICO, *op. cit.*, 173 ss.

5. La quarta ragione riguarda il rischio che anche nello spazio potenzialmente infinito della Rete si determinino posizioni dominanti, in grado di ledere il principio del pluralismo informativo, così come definito all'inizio. Un problema quest'ultimo che, date le caratteristiche della Rete in teoria non avrebbe dovuto nemmeno porsi. Invece, la prassi e gli sviluppi più recenti ci dimostrano che anche sotto questo profilo, le criticità non mancano. Alludo alle vicende che hanno interessato i grandi fornitori di servizi (i c.d. *gate-keepers*): da *Google* a *Microsoft*, da *Apple* a *Yahoo* a *Facebook* e così via). Il ruolo di questi operatori è cresciuto a dismisura anche grazie ad operazioni di acquisizione di operatori più deboli (replicando un fenomeno verificatosi nel settore dell'attività televisiva). Si pensi all'acquisizione da parte di *Microsoft* di *Skype*, *Nokia* e *Linkedin* o all'acquisizione da parte di *Google* di *Youtube* e *Motorola*. Si tratta di operazioni avvenute col beneplacito delle Autorità che presiedono alla tutela della concorrenza, con una permissività che molti hanno ritenuto eccessiva (il riferimento è soprattutto alle operazioni di acquisizione di *Google* di *DoubleClick* e di *WhatsApp* da parte di *Facebook*).

Di nuovo dunque una situazione che è difficile considerare in linea col principio del pluralismo informativo.

A ciò si aggiunga che queste operazioni di concentrazione al di là del "prezzo" relativo all'acquisizione di determinati contenuti comportano anche l'acquisizione dei data-base dell'operatore acquisito. Dati rilasciati dagli utenti per un certo servizio e che vengono invece (a loro insaputa) aggregati ad altri per una migliore definizione della loro profilatura a fini pubblicitari. Un elemento che incide ovviamente sull'effettivo potere di mercato dell'operatore "acquirente", ma di cui non si tiene conto, mentre rappresenta una componente fondamentale in questo tipo di operazioni⁴.

È da questa consapevolezza che sono venute, infatti da più parti le proposte volte ad ancorare il controllo antitrust da parte delle Autorità a ciò deputate non più solo al fatturato delle imprese che si integrano ma al valore complessivo dell'operazione, tenuto conto di tutti i vantaggi che essa determina (ivi compresa l'integrazione dei data-base) o, ancora la proposta di individuare un mercato rilevante dei dati (con tutte le difficoltà che ciò comporta facendo corpo i medesimi con i servizi cui sono connessi). Ma, al di là di proposte di questo tipo, il problema comincia ad essere avvertito anche dalla prassi in sede di controllo delle concentrazioni in atto. E' il caso dell'acquisizione da parte di *Apple* della società *Sharazam*, titolare di una nota *App* di servizi musicali. L'importo dell'operazione di concentrazione era sotto la soglia di notifica prevista dal regolamento europeo sulle concentrazioni (calcolato sul fatturato complessivo), ma su sollecitazione di alcune Autorità garanti nazionali (tra cui quella italiana), la Commissione si è mossa egualmente preoccupata, tra l'altro che i dati della società acquisita possano essere utilizzati da *Apple* per il proprio servizio *Apple-music*, sottraendoli così ad altri concorrenti e che l'operazione si risolva in una riduzione della libertà di scelta degli utenti nell'accesso a servizi di questo tipo.

6. Quelli qui richiamati sono solo pochi cenni che in questa sede non possono essere adeguatamente approfonditi. Credo però che siano sufficienti a giustificare la risposta positiva, anticipata all'inizio circa l'emergere anche nel campo della comunicazione internetiana di problemi e criticità che mettono a rischio il pieno rispetto del principio del pluralismo informativo, nelle sue diverse declinazioni. Si tratta di problemi in qualche modo "vecchi", nel senso che hanno

⁴ Il fenomeno è ben descritto da S. MANNONI e G. STAZI, *Is competition a click away? Sfida al monopolio nel mondo digitale*, Ed. Scientifica, 2018, 56 ss.

riguardato tutti i media tradizionali, ma che assumono una fisionomia e una dimensione inedita in relazione come del tutto inedito è l'ambiente della Rete.

Chiuderei con una citazione di Amato che mi pare corrisponda bene a quanto sin qui detto: Occorre riaffermare il principio del pluralismo informativo nella teoria e nella pratica se non si vuole scivolare verso la malattia del mondo contemporaneo, dove all'esercizio di poteri abusivi sembra non esservi più alcun rimedio"⁵.

Consulta Online

⁵ Cfr. G. AMATO, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Convegno presso l'Autorità Antitrust, 10 maggio 2018, disponibile sul sito www.radioradicale.it.

PAOLO CARETTI
Il pluralismo informativo e la Rete*

1. Le relazioni che abbiamo ascoltato in questa seconda sessione dedicata a “Problemi e prospettive dei diritti individuali nella società dell’informazione” hanno messo in luce due dati strettamente connessi tra loro. Il primo: la comunicazione internettiana ha certamente ampliato in modo straordinario l’area dell’informazione disponibile al pubblico, nonché la possibilità di utilizzare forme inedite di comunicazione interattiva che si collocano a cavallo tra libertà di informazione e libertà di corrispondenza, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano delle diverse garanzie che assistono le due libertà in questione (e in questo senso ha arricchito la gamma dei diritti tradizionalmente ricondotti alla libertà di manifestazione del pensiero)

Il secondo: gli sviluppi della comunicazione in Rete hanno evidenziato aspetti che in certi casi si traducono nella violazione dell’effettività di tali diritti. Aspetti più difficili da contrastare a causa delle specificità tecniche del “mezzo” (la Rete) e che in ogni caso pongono sempre di più al legislatore nazionale e europeo l’esigenza di intervenire con apposite regole (si pensi solo per fare un esempio al fenomeno delle “fake news” e all’avvio della redazione di un apposito regolamento al riguardo). Da questo punto di vista, credo che debba ormai considerarsi superata l’idea originaria della Rete quale luogo di esercizio di una libertà assoluta e come tale insuscettibile di subire interventi normativi analoghi a quelli che si rinvengono nel campo dei mezzi di comunicazione di massa tradizionali¹.

Il mio breve intervento si muove in questo quadro problematico per verificare se e in che misura, nel campo qui considerato trovi attuazione piena il principio cardine che da sempre guida gli sviluppi del sistema della comunicazione sociale, complessivamente considerato, ossia il principio del pluralismo informativo. Un principio che nella declinazione data dalla nostra Corte costituzionale può essere così riassunto: obbligo di predisporre garanzie per realizzare il diritto ad essere informati dal maggior numero possibile di fonti. Il che implica la tutela di una serie di diritti: da quello di accedere liberamente alle fonti disponibili, al diritto di scelta tra una gamma di fonti sufficientemente ampia da consentire la formazione di un’opinione pubblica consapevole.

L’interrogativo che mi sono posto è dunque il seguente: per quanto la Rete si presenti come uno straordinario moltiplicatore di fonti di informazione e di nuovi diritti rispetta davvero il principio del pluralismo informativo o vi sono delle criticità anche a questo riguardo? A me pare, anticipando il seguito, che a tale interrogativo si debba dare una risposta positiva. E questo per almeno tre ragioni.

2. La prima ragione attiene al profilo del diritto di accesso alla Rete, che costituisce in qualche modo la premessa perché si possa effettivamente parlare di un allargamento delle fonti di informazione e dei diritti connessi sul piano effettivo. Ebbene, come sappiamo, si può affermare che a vent’anni dalla diffusione della Rete il problema del c.d. “digital divide” è tutt’altro che approdato a soluzioni soddisfacenti, tanto che si presenta oggi come una grave forma di disegualianza sociale. Nasce da questa insoddisfazione l’dea, sostenuta tra gli altri da Rodotà, di elevare il diritto di accesso alla Rete a vero e proprio diritto fondamentale di rango costituzionale.

* Questo articolo trae origine dalla carta consegnata alla conferenza presso l’Università di Genova “Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell’informazione” per celebrare il 70 ° compleanno del prof. Pasquale Costanzo.

¹ Sul punto, in generale, si veda da ultimo G. DE MINICO, *Libertà digitali; Luci e ombre*, Torino, 2018.

3. Nell'art. 2 della *Dichiarazione dei diritti in Internet*² si legge infatti:

I. L'accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale.

II. "Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale.

III. Il diritto fondamentale di accesso a internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete.

IV. L'accesso comprende la libertà di scelta per quanto riguarda dispositivi, sistemi operativi e applicazioni anche distribuite.

V. Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità perso banale e disabilità.

Non credo siano necessario spendere molte parole per sottolineare quanto la situazione attuale sia lontana da quella prefigurata in questa proposta che coglie appieno il rilievo centrale di questo profilo e punta a favorire un impegno dei pubblici poteri al riguardo più organico ed efficace di quanto non sia stato sinora (ad esempio includendo il diritto di accesso negli obblighi di servizio universale che esistono nel settore delle comunicazioni elettroniche). Non va dimenticato che oggi l'accesso ad Internet non è solo legato all'informazione, ma si collega all'adempimento di una numerosissima serie di adempimenti amministrativi relativi ai servizi alla persona: sul punto, rinvio al bel film di Ken Loach "*Io Daniel Blake*" per capire cosa significa sotto questo profilo non avere garantito un vero diritto di accesso.

4. La seconda ragione riguarda il profilo relativo alla libertà di scegliere i servizi e le informazioni disponibili in Rete, senza che essi subiscano discriminazioni quanto alla loro capacità trasmissiva, alla loro "visibilità". Se discriminazioni di questo tipo vengono messe in atto, è evidente che ne risulta lesa la libertà di scelta e di accesso in questo caso non alla Rete ma ai contenuti che essa diffonde.

Si tocca qui il tema della "neutralità della Rete, messa in discussione da pratiche di controllo e gestione dei dati che, del tutto legittime quando dirette alla tutela di precisi interessi pubblici (si pensi, ad esempio, al contrasto alla pirateria informatica o alla prevenzione dei reati), lo sono assai meno se dettate da interessi economici dell'*access provider*. Il problema ha assunto un rilievo tale da richiedere l'intervento del legislatore europeo. In prima battuta, con la direttiva 146/2009 che invita gli Stati membri "a promuovere la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o seguire applicazioni o servizi di loro scelta" e impone agli operatori che utilizzano pratiche discriminatorie un obbligo di trasparenza, quello di esplicitare nei contratti le "condizioni che limitano l'accesso e/o l'utilizzo di determinati servizi o applicazioni". Successivamente, sempre a questo riguardo, è stato approvato il regolamento 2015/2020 che, oltre a contenere per la prima volta una definizione della nozione di neutralità della Rete, pone un divieto formale "di bloccare, rallentare, limitare, interferire, discriminare tra specifici contenuti, applicazioni o servizi". Un divieto che tuttavia non è assoluto e offre una via d'uscita agli operatori là dove consente deroghe

² Si tratta di un documento del 2015 elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, istituita presso la Camera dei deputati.

in relazione a servizi qualificati come “speciali” (un’espressione generica e che lascia agli stessi operatori un margine di discrezionalità non indifferente)³.

5. La quarta ragione riguarda il rischio che anche nello spazio potenzialmente infinito della Rete si determinino posizioni dominanti, in grado di ledere il principio del pluralismo informativo, così come definito all’inizio. Un problema quest’ultimo che, date le caratteristiche della Rete in teoria non avrebbe dovuto nemmeno porsi. Invece, la prassi e gli sviluppi più recenti ci dimostrano che anche sotto questo profilo, le criticità non mancano. Alludo alle vicende che hanno interessato i grandi fornitori di servizi (i c.d. *gate-keepers*): da *Google* a *Microsoft*, da *Apple* a *Yahoo* a *Facebook* e così via). Il ruolo di questi operatori è cresciuto a dismisura anche grazie ad operazioni di acquisizione di operatori più deboli (replicando un fenomeno verificatosi nel settore dell’attività televisiva). Si pensi all’acquisizione da parte di *Microsoft* di *Skype*, *Nokia* e *LinkedIn* o all’acquisizione da parte di *Google* di *Youtube* e *Motorola*. Si tratta di operazioni avvenute col beneplacito delle Autorità che presiedono alla tutela della concorrenza, con una permissività che molti hanno ritenuto eccessiva (il riferimento è soprattutto alle operazioni di acquisizione di *Google* di *DoubleClick* e di *WhatsApp* da parte di *Facebook*).

Di nuovo dunque una situazione che è difficile considerare in linea col principio del pluralismo informativo.

A ciò si aggiunga che queste operazioni di concentrazione al di là del “prezzo” relativo all’acquisizione di determinati contenuti comportano anche l’acquisizione dei data-base dell’operatore acquisito. Dati rilasciati dagli utenti per un certo servizio e che vengono invece (a loro insaputa) aggregati ad altri per una migliore definizione della loro profilatura a fini pubblicitari. Un elemento che incide ovviamente sull’effettivo potere di mercato dell’operatore “acquirente”, ma di cui non si tiene conto, mentre rappresenta una componente fondamentale in questo tipo di operazioni⁴.

È da questa consapevolezza che sono venute, infatti da più parti le proposte volte ad ancorare il controllo antitrust da parte delle Autorità a ciò deputate non più solo al fatturato delle imprese che si integrano ma al valore complessivo dell’operazione, tenuto conto di tutti i vantaggi che essa determina (ivi compresa l’integrazione dei data-base) o, ancora la proposta di individuare un mercato rilevante dei dati (con tutte le difficoltà che ciò comporta facendo corpo i medesimi con i servizi cui sono connessi). Ma, al di là di proposte di questo tipo, il problema comincia ad essere avvertito anche dalla prassi in sede di controllo delle concentrazioni in atto. E’ il caso dell’acquisizione da parte di *Apple* della società *Sharazam*, titolare di una nota *App* di servizi musicali. L’importo dell’operazione di concentrazione era sotto la soglia di notifica prevista dal regolamento europeo sulle concentrazioni (calcolato sul fatturato complessivo), ma su sollecitazione di alcune Autorità garanti nazionali (tra cui quella italiana), la Commissione si è mossa egualmente preoccupata, tra l’altro che i dati della società acquisita possano essere utilizzati da *Apple* per il proprio servizio *Apple-music*, sottraendoli così ad altri concorrenti e che l’operazione si risolva in una riduzione della libertà di scelta degli utenti nell’accesso a servizi di questo tipo.

³ Si veda ancora G. DE MINICO, *op. cit.*, 173 ss.

⁴ Il fenomeno è ben descritto da S. MANNONI e G. STAZI, *Is competition a click away? Sfida al monopolio nel mondo digitale*, Ed. Scientifica, 2018, 56 ss.

6. Quelli qui richiamati sono solo pochi cenni che in questa sede non possono essere adeguatamente approfonditi. Credo però che siano sufficienti a giustificare la risposta positiva, anticipata all'inizio circa l'emergere anche nel campo della comunicazione internettiana di problemi e criticità che mettono a rischio il pieno rispetto del principio del pluralismo informativo, nelle sue diverse declinazioni. Si tratta di problemi in qualche modo "vecchi", nel senso che hanno riguardato tutti i media tradizionali, ma che assumono una fisionomia e una dimensione inedita in relazione come del tutto inedito è l'ambiente della Rete.

Chiuderei con una citazione di Amato che mi pare corrisponda bene a quanto sin qui detto: Occorre riaffermare il principio del pluralismo informativo nella teoria e nella pratica se non si vuole scivolare verso la malattia del mondo contemporaneo, dove all'esercizio di poteri abusivi sembra non esservi più alcun rimedio"⁵.

Consulta Online

⁵ Cfr. G. AMATO, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Convegno presso l'Autorità Antitrust, 10 maggio 2018, disponibile sul sito www.radioradicale.it.

PALMINA TANZARELLA
Definizione e ridefinizione della libertà d'espressione nei settant'anni
di vigenza della Costituzione italiana*

SOMMARIO: 1. Un primo sguardo introduttivo. – 2. La fase della libertà. – 3. La fase dell'impegno. – 4. La fase della libertà responsabile.

1. Un primo sguardo introduttivo

Durante i settant'anni di vigenza della Costituzione italiana la tutela della manifestazione del pensiero, ex art. 21 cost., ha vissuto tre stagioni. Mentre le prime due si possono considerare concluse – lasciando tuttavia un marchio indelebile sul modo di considerare tale libertà – l'ultima è appena cominciata e al momento non si possono fare previsioni circa i cambiamenti che vi saranno.

In sintesi, queste sono tre i passaggi fondamentali:

1. la stagione della libertà;
2. la stagione dell'impegno;
3. la stagione della libertà responsabile

Il susseguirsi di queste tre fasi è dovuto principalmente a due motivi: il primo inerisce alla costruzione e al contenuto esplicito dell'art. 21 cost., soprattutto per come sono stati scritti il primo e l'ultimo comma¹, il secondo è legato a ciò che emerso da una sua lettura implicita ed esplicita, specialmente per l'interpretazione data dalla Corte costituzionale.

Pertanto, obiettivo di questo lavoro è ripercorrere le suddette fasi indagando in particolare sul ruolo della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto della Corte costituzionale, che si rivelano decisive per il modo in cui la libertà di pensiero viene tutelata nell'ordinamento italiano.

2. La fase della libertà

La prima fase si caratterizza per aver valorizzato la natura individuale della libertà in questione, intesa, in termini positivi, come diritto ad esprimersi e, in termini negativi, come diritto di tacere.

Profondamente e ingiustamente calpestato durante il periodo fascista, il diritto alla manifestazione del pensiero vive il suo momento d'oro nei lavori per la redazione della Costituzione repubblicana del 1948, ponendosi al centro delle attenzioni della dottrina costituzionalistica emergente. Ciò è testimoniato dalla stessa lunghezza dell'art. 21 cost., che consta di ben 6 commi, a differenza delle altre disposizioni costituzionali in materia di libertà fondamentali, decisamente più brevi.

È sufficiente leggere il primo e l'ultimo comma dell'art. 21 cost. per rendersi immediatamente conto di come il Costituente abbia voluto fortemente affermare la sua natura liberale, formulando con molta ampiezza sia l'ambito soggettivo, relativo alla titolarità del diritto di manifestare il pensiero, sia l'ambito oggettivo, relativo ai contenuti che si possono esprimere e ai mezzi attraverso

* Il testo prende spunto dalla relazione svolta al convegno *Los 70 años de la más bella del mundo. Estudio de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de derechos fundamentales*, IV Jornada del OiDH, 22-23 novembre, Saltillo, Coahuila (México).

¹ Vale la pena qui ricordare cosa recita l'art. 21 cost. Più nello specifico il primo comma dispone: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»; il sesto e ultimo comma dispone che: «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

cui farlo. Infatti, nel primo comma si fa riferimento a una genericità di soggetti, avendo scelto la parola “tutti” (hanno il diritto di manifestare il proprio pensiero) e affermando, al tempo stesso, di poter utilizzare qualunque canale di diffusione, dalla parola allo scritto, a qualunque altro strumento. Quanto ai contenuti, il sesto e ultimo comma dell’art. 21 cost. pone come unico limite quello del buon costume, il cui significato – dai contorni incerti e che ben si presta a una interpretazione mutevole a seconda delle sensibilità proprie di una società in un dato momento storico – ha subito un ridimensionamento nel corso del tempo, avendo la Corte costituzionale escluso la possibilità di limitare opinioni contrarie alla morale, in modo da contenere il rischio di affermare un’etica pubblica che ostacolerebbe il libero fluire dei pensieri del singolo². Perciò, i contenuti vietati in ottemperanza al limite del buon costume sarebbero in primo luogo quelli legati alla nozione penalistica di “osceno”, ovvero di quegli atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore³, in particolare – afferma la Corte costituzionale – «le manifestazioni della sessualità che si compiono in pubblico e non si esauriscono nella sfera privata delle persone»⁴. In secondo luogo, avendo la stessa Corte costituzionale fornito una nozione di buon costume più orientata costituzionalmente (nel senso di essere letto alla luce del principio della dignità umana), i pensieri non coperti dalla protezione costituzionale sarebbero quelli che si pongono in antitesi con «la pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea»⁵.

Sulla base di tali definizioni non è risultato difficile stabilire che, in relazione all’ambito soggettivo, viene tutelato il pensiero di chi lo diffonde occasionalmente e professionalmente, così come non sono permesse distinzioni tra cittadini e stranieri e tra i singoli e le formazioni sociali⁶. Di conseguenza, è stata esclusa categoricamente la possibilità di riconoscere posizioni privilegiate a seconda del ruolo che si riveste nella società. Fa eccezione in tal senso solo chi ricopre la carica di parlamentare in quanto, ex art. 68 cost., primo comma, deputati e senatori godono della prerogativa dell’insindacabilità che consiste nella non perseguibilità «delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle [...] funzioni»⁷. Tuttavia, questa è una deroga concepita al solo scopo di garantire nel migliore dei modi lo svolgimento della carica, preziosa per assicurare un adeguato livello di democraticità. Pertanto, come sostenuto autorevolmente in dottrina, l’esercizio della libertà d’espressione da parte dei parlamentari non è affatto illimitato, non estendendosi alla divulgazione di idee gratuitamente diffamatorie⁸.

Per quanto attiene più specificamente all’ambito oggettivo, la natura individuale del diritto emerge soprattutto dal modo in cui in dottrina e in giurisprudenza si siano stabiliti i confini tra pensiero lecito e pensiero illecito. Partendo dal presupposto che si tratta di una libertà che contribuisce insieme – e talvolta più delle altre – alla realizzazione della propria personalità⁹, non

² Si soffermano ampiamente sul significato “costituzionale” di buon costume M. CUNIBERTI, *Il buon costume e i reati di opinione*, in AA. Vv., *Diritto dell’informazione e dei media*, Torino, 2019, 171 ss.; ID., *Il limite del buon costume*, in AA. Vv., *Percorsi di diritto dell’informazione*, Torino, 2011, 33 ss.; R. PERRONE, «Buon costume» e valori costituzionali condivisi, Napoli, 2015.

³ Cfr. l’art. 529 c.p. Sull’accezione penalistica di buon costume G. FIANDACA, *Buon costume. III) Moralità pubblica e buon costume – Dir. pen.*, in «Enc. Giur.», V, 1 ss.

⁴ Corte cost., sent. n. 368 del 1992, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁵ Corte cost., sent. n. 293 del 2000, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶ In merito è stata chiara la Corte costituzionale quando ha espressamente sancito che la tutela della manifestazione del pensiero va a beneficio anche di militari che manifestano rimostranze collettivamente. In tal modo si è esteso esplicitamente il diritto in questione dai singoli ai gruppi (cfr. Corte cost., sent. n. 126 del 1985).

⁷ Corte cost., sent. n. 148 del 1983, in cui si afferma peraltro che nel caso del parlamentare è persino lecito ledere diritti a tutela della personalità: al punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁸ A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Comm. Cost. Branca, Bologna-Roma, 2006, 322 ss.

⁹ In tal senso Jemolo affermava che «se di una libertà fondamentale può parlarsi, questa è la libertà di esprimere le proprie idee, e cercare in ogni modo di divulgarle», mentre Barile affermava con convinzione che la libertà in questione

sarebbe concepibile limitare la tutela alla sola diffusione di opinioni, ben potendo al contrario essere considerate manifestazioni del pensiero anche i meri fatti, veri o falsi che siano¹⁰. Non stupisce allora come siano parimenti valorizzati il diritto di cronaca, di critica e di satira, così come le notizie divulgate per semplice pettegolezzo¹¹. Ciò, per usare le parole della Corte costituzionale, perché si tratta del diritto «più alto forse dei diritti primari e fondamentali»¹².

In relazione ai messaggi che si possono veicolare, Sergio Fois scriveva che «il pensiero considerato nell'articolo 21 non deve essere inteso in senso rigido e stretto: è garantita anche la manifestazione di suggestioni, emozioni, sensazioni, nonché qualsiasi attività volta a provocare corrispondenti stati d'animo. Nelle manifestazioni di pensiero devono perciò essere comprese le varie forme di propaganda, le espressioni apologetiche, i convincimenti verso modelli d'azione: probabilmente non si può considerare pensiero coperto dalla garanzia costituzionale solo il caso della vera e propria istigazione specificamente diretta a provocare un'azione concreta»¹³.

Quanto al potere dei discorsi d'influenzare chi ascolta, era già stato chiaro Costantino Mortati quando affermava che: «la libertà di manifestazione del pensiero abbraccia tutte le facoltà di dichiarare le proprie opinioni, di sostenerle difendendole con la discussione di fronte alle altrui obiezioni, di farne l'apologia, di diffonderle, propagandarle allo scopo di raccogliere intorno ad esse adesioni ed acquistare proseliti. I dubbi sollevati sull'inclusione fra tali facoltà di quella della propaganda o dell'apologia risultano smentiti dalla stessa formulazione dell'articolo 21 che consentendo la diffusione con ogni mezzo non ha inteso discriminare fra i vari scopi cui essa può rivolgersi rientrando fra le funzioni caratteristiche della manifestazione del pensiero quella di persuadere altri della bontà di determinate ideologie o fedi o convinzioni scientifiche o culturali, o di incitare all'uso di determinati prodotti o all'adozione di certi metodi»¹⁴.

Dello stesso avviso era Arturo Carlo Jemolo: «Abbiamo peraltro detto che guardando come si sviluppi un mondo liberale, deve dirsi che la prima libertà è quella non solo di esprimere le proprie idee, ma di cercare in ogni modo di divulgarle; di convincere chi non le divide. Un aspetto di tale libertà è la libertà di discussione; che non occorrerebbe neppur menzionare se nel nostro tempo [...] non avessimo sentito più di una volta cercar di minare questa fondamentale libertà con l'introdurre una distinzione tra libertà di discussione e libertà di propaganda»¹⁵.

Da questo rapido affresco circa le posizioni della più accreditata dottrina costituzionalistica italiana appare chiaro come, oltre al limite esplicito del buon costume, gli unici contenuti che non ricevono tutela costituzionale siano quelli che in concreto si tramutano in azione violenta. Si tratta dei casi in cui apologia e istigazione provocano nell'immediato disordini tangibili, mettendo in

avesse natura esclusivamente negativa, «come garanzia contro l'intervento dei poteri pubblici o privati». A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, 47. Mentre Barile affermava con convinzione che la libertà in questione avesse natura esclusivamente negativa, «come garanzia contro l'intervento dei poteri pubblici o privati». P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXIV, Milano, 1974, 424 ss.

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), n. 3 del 2013, 77 ss.

¹¹ L'unica materia esclusa dalla protezione dell'art. 21 cost. è, secondo la Corte costituzionale, l'informazione pubblicitaria, in quanto essa godrebbe della tutela offerta dall'art. 41 cost., sulla libera iniziativa economica (Corte cost., sent. n. 68 del 1965), *Contra* G.E. VIGEVANI, *Articolo 21*, in Aa.Vv. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 144 ss., 146. Per gli sviluppi della giurisprudenza sulla tutela di cronaca, critica e satira si vedano i contributi di G.E. VIGEVANI e M.P. VIVIANI SHLEIN, in Aa. Vv. *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, rispettivamente 47 ss., 67 ss.

¹² Corte cost., sent. n. 168/1971, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹³ S. FOIS, A. VIGNUDELLI (a cura di), *Principi fondamentali, diritti e doveri dei cittadini nella Costituzione italiana, Articoli 1-54*, Rimini, 1991, 55.

¹⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, 1068.

¹⁵ A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, cit., 48.

pericolo l'ordine pubblico¹⁶. Per questo, anche riguardo alla problematica dei reati d'opinione¹⁷, in particolare dei discorsi d'odio, e a quella relativa al negazionismo e al revisionismo storico sembrerebbe non potersi accettare un'interpretazione costituzionale della manifestazione del pensiero che li priverebbe di protezione quando il pericolo si consideri solo presunto¹⁸. Sul punto, tuttavia, permangono ancora molte incertezze, visto che la Corte costituzionale non ha avuto l'occasione di fare chiarezza.

Ciò detto, non si può affatto affermare che la libertà di manifestazione del pensiero sia da considerarsi in termini assoluti. Come tutti i diritti di libertà, essa incontra dei limiti in vista della tutela di altrettanti beni costituzionali meritevoli di tutela, ponendosi quindi necessariamente in bilanciamento con gli altri diritti fondamentali garantiti. Dalla prima sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1956, in cui in modo un po' apodittico venne affermato che "il concetto di limite è insito nel concetto di diritto"¹⁹, si è andati di volta in volta alla costante ricerca di beni costituzionali la cui tutela esige il sacrificio della manifestazione del pensiero²⁰. Si tratta essenzialmente della protezione di altri diritti individuali: nessuno metterebbe infatti in dubbio la necessità, ad esempio, di bilanciare caso per caso la libertà d'espressione col diritto all'onore o alla riservatezza, nonostante questi non siano diritti esplicitamente previsti dalla Costituzione, ma siano stati desunti in via interpretativa²¹.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 65 del 1970. Particolarmente critico rispetto a tale posizione C. Esposito, il quale negava qualunque possibilità di applicare il limite dell'ordine pubblico alla libertà d'espressione. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 50-51.

¹⁷ Il tratto caratteristico di tali reati è la punibilità della manifestazione del pensiero che offende beni tra i più svariati, eccetto quelli legati alla tutela di una posizione individuale, quali l'onore, la reputazione o la riservatezza. In genere, si tratta di reati che proteggono la personalità dello Stato (tra cui il prestigio delle istituzioni, come il vilipendio) – oppure l'ordine pubblico (come l'istigazione a delinquere o a disobbedire alle leggi, l'apologia di delitti, la diffusione di notizie false e tendenziose). Sono nati nel periodo prerепubblicano, in epoca liberale, e sono poi stati inaspriti durante il periodo fascista col codice penale Rocco, al fine di escludere il dissenso o molto più semplicemente la critica nei confronti del regime. Con l'avvento della Costituzione del 1948 molti di essi sono rimasti in vigore, nonostante molti studiosi, soprattutto costituzionalisti, li abbiano sempre guardati con sospetto in quanto impedirebbero il dissenso, ostacolando la circolazione di qualunque idea politica contraria a quella maggioritaria. Tra i molti, C. FIORE, *I reati d'opinione*, Padova, 1972; P. BARILE, *Il "vilipendio" è da abolire*, in *Temì*, 1969, 538 ss.; G. BOGNETTI, *Vilipendio del Governo o principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 641 ss.; C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in *Quale giustizia*, 1974, 271 ss.; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957. Nella dottrina più recente, E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, in *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 141 ss. Ad integrare la carrellata dei reati d'opinione vi è poi quello di apologia del fascismo, previsto all'art. 4 dalla Legge Scelba, n. 645 del 1952, Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione.

¹⁸ Sui discorsi d'odio sia consentito il rimando a P. TANZARELLA, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, Torino, in corso di pubblicazione. Per un affresco di carattere comparatistico, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018. Per un approfondimento sul concetto di apologia e di giustificazione dei crimini nazisti, uniche fattispecie che permetterebbero la criminalizzazione della menzogna di Aushwitz G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 4, 2014.

¹⁹ Corte cost., n. 1 del 1956. Molto critico rispetto a tale assunto Esposito il quale avvertiva del pericolo di giustificare in via generale limiti alle libertà costituzionalmente garantite e in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 15.

²⁰ Per correggere in qualche modo il tiro sull'affermazione fatta nella prima sentenza (v. nota precedente), la stessa Corte in molte sentenze successive si è affrettata a dire che le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero possono trovare fondamento solo in altri diritti, beni, interessi o valori di rango costituzionale: cfr. *ex multis*, Corte cost., sent. n. 19 del 1962; n. 9 del 1965. Per una carrellata dei limiti impliciti utilizzati per la tutela di beni di rango costituzionale individuati dalla giurisprudenza costituzionale cfr. E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, cit., 155-157.

²¹ Al fine di un corretto bilanciamento tra libertà d'espressione attraverso l'esercizio del diritto di cronaca, critica e satira, è di estrema importanza la sentenza della Cassazione civile, n. 5259 del 1984, la quale afferma la legittimità di tali diritti, pur in presenza di un'affermazione lesiva dell'onore di un soggetto, qualora l'informazione veicolata sia di interesse pubblico, i fatti narrati siano veri e siano espressi in forma civile.

Definizione e ridefinizione della libertà d'espressione

Per riassumere, dall'approvazione della Costituzione nessuno ha mai messo in dubbio la natura individuale della libertà d'espressione, valorizzando il più possibile la persona titolare di tale diritto per metterla al riparo da indebite interferenze del potere pubblico. A tal fine, nei primi decenni di vigenza della carta fondamentale le attenzioni del legislatore si sono concentrate sulla disciplina della stampa e dell'attività giornalistica²².

3. La fase dell'impegno

L'impostazione individualistica data dalla Costituzione non necessariamente si scontra con l'interpretazione data nella seconda stagione che caratterizza la tutela della libertà di pensiero che in questa sede si vuole definire "dell'impegno", in particolare dell'impegno da parte delle istituzioni. Dalla metà degli anni '70 in poi si è posta l'esigenza di reinterpretare tale diritto alla luce dei mutamenti tecnologici in atto e che si temeva potessero incidere profondamente sul suo livello di tutela. La diffusione capillare della televisione nelle case delle persone aveva fatto ben presagire come essa sarebbe diventata da lì a poco uno strumento del potere, grazie alla sua «peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa»²³. Si poneva quindi un problema di disciplina dei mezzi per evitare che, in un contesto sempre più simpatizzante verso il regime privatistico delle attività economiche, l'esercizio d'impresa radiotelevisiva producesse effetti distorsivi. Infatti, all'epoca sussistevano limiti oggettivamente strutturali che impedivano un mercato perfettamente concorrenziale in materia audiovisiva, rischiando la concentrazione del potere economico nelle mani di pochissimi²⁴. Fu per questo motivo che venne mostrato l'altro volto del diritto di manifestazione del pensiero, ovvero la sua natura anche sociale.

Già nel 1969 la Corte costituzionale ebbe a definire la libertà d'espressione come «la pietra angolare dell'ordine democratico»²⁵, o, per dirla, seguendo Luciani, «il valore fondante dell'ordinamento»²⁶, ravvisando l'obbligo per lo Stato di garantire la diffusione delle idee offrendo i mezzi adeguati²⁷.

Non è stato affatto difficile fornire questa lettura sociale all'art. 21 cost.: è stato infatti sufficiente interpretarlo in modo sistematico, tenendo conto dei principi che guidano l'intero testo della Costituzione. In sintesi, la manifestazione del pensiero è stata vista come "riflesso incondizionato" del principio democratico e del pluralismo.

Sin dagli esordi i migliori maestri costituzionalisti convergevano tutti sul riconoscimento di un profondo nesso tra libertà d'espressione – nella sua massima espansione che include la più ampia pluralità delle idee – e realizzazione della forma di stato democratica. Per quanto, a ragione, abbiano con forza osteggiato la natura esclusivamente sociale del diritto a manifestare il pensiero, rinnegando una sua funzione servile al principio della sovranità popolare, essi hanno tuttavia ammesso che tale libertà è essenziale anche per lo sviluppo di un ordinamento democratico. Ad esempio, secondo Mortati, non può negarsi che nelle democrazie la garanzia di buon funzionamento

²² Si considerino, ad esempio, la legge n. 47 del 1948 sulla disciplina della stampa e la legge n. 69 del 1963 sull'istituzione dell'Ordine dei giornalisti.

²³ Corte cost., sent. n. 148 del 1981, punto 3 del Considerato in diritto.

²⁴ Per una ricognizione attenta e critica della disciplina radiotelevisiva, B. TONOLETTI, *La televisione e i principi costituzionali*, in AA. VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 221 ss., Cfr., altresì, M. CUNIBERTI, *I servizi di media audiovisivi*, in *Diritto dell'informazione e dei media*, cit., 355 ss.

²⁵ Corte cost., sent. n. 84 del 1969, punto 5 del Considerato in diritto.

²⁶ M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del Diritto*, 1989, 605 ss., 616.

²⁷ Corte cost., sent. n. 105/1972.

del sistema poggia proprio sulla più ampia libertà di manifestazione del pensiero, essendo essa che alimenta la forza sociale di base, che è la pubblica opinione²⁸. Inoltre, è celebre la frase di Esposito che afferma: «non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà [di manifestazione del pensiero], sicché possa determinare la funzione e i limiti, ma le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà portano tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico»²⁹.

Se per Esposito l'esistenza del nesso libertà di pensiero-principio democratico era casuale, per Crisafulli invece ha natura strutturale, in quanto il primo rappresenta, insieme ad altri diritti di libertà, la preconditione per un effettivo esercizio dei diritti politici³⁰. Non per questo, l'A. disconosce che l'interesse tutelato dalla libertà del pensiero sia essenzialmente individuale, ma esso realizza anche un modo indiretto di partecipazione dei cittadini alla formazione degli indirizzi politici e quindi un modo di partecipazione all'esercizio del potere³¹.

Si esprime molto chiaramente Barile quando, riassumendo le ragioni di chi predilige la natura individuale della libertà di manifestazione del pensiero, afferma che «il concetto individualistico della libertà è e resta logicamente e storicamente un *prius* rispetto alla caratteristica funzionale, anche e proprio in un ordinamento non omogeneo come il nostro»³². Purtroppo, egli aderisce alla tesi di chi intende l'aggettivo funzionale in termini metodologici, prescindendo da ogni preclusione di contenuti anzi, ritenendo la diffusione di ogni ideologia un momento irrinunciabile del metodo democratico.

La sintesi proposta ben si concilia, inoltre, con la tesi di chi, come Pace, riconosce un'indiscutibile importanza al diritto ad essere informati. Pur ammettendo che questo non sia direttamente tutelato dall'art. 21 cost.³³, esso costituisce tuttavia «un valore deducibile da una serie di norme costituzionali che configurano la posizione dei singoli di fronte ai pubblici poteri (artt. 1, 3 comma 2, 9, 33, 64, 97 cost.): norme dalle quali discende che, per poter esercitare consapevolmente i diritti politici, i cittadini dovrebbero essere posti in grado di essere compiutamente informati»³⁴.

Come si è accennato, tale lettura sistematica è stata ampiamente accolta dalla Corte costituzionale che, in vista di ciò, ha richiamato Parlamento e Governo al dovere di cercare soluzioni che conciliassero il lato attivo e il lato passivo della manifestazione del pensiero per realizzare il principio pluralistico e democratico che la Costituzione sancisce. Pertanto, li ha sollecitati a porre rimedio alla situazione anomala tutta italiana dell'esistenza – che di fatto si era venuta a creare – di un duopolio nel settore radiotelevisivo. La soluzione da essa stessa proposta si fondava sull'elaborazione da un lato del concetto del pluralismo interno, dall'altro lato del concetto del

²⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 972.

²⁹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 12. In particolare sulla differenza tra natura individuale e natura funzionale del diritto in oggetto, l'A. affermava che «i diritti individuali di libertà sono attribuiti all'uomo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali, mentre la sovranità si manifesta o con atti di esercizio delle funzioni dello Stato oppure con atti e comportamenti, i quali, pur essendo imputabili all'individuo, sono diritti politici (o di partecipazione) – come il voto, la petizione, l'accesso ai pubblici uffici, l'iniziativa legislativa e il diritto di promuovere e di partecipare ai vari referendum – e quindi, come tutti i di diritti funzionali, sono attribuiti al singolo nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto»: *op. ult. cit.*, 8.

³⁰ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 119. Dello stesso avviso C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 398.

³¹ V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, in *Il Politico*, 1964, 292.

³² P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 429.

³³ Ciò a differenza di quanto previsto dalle Carte internazionali dei diritti, in particolare dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e che ha permesso alla Corte di Strasburgo di considerare il diritto ad essere informati un caposaldo.

³⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, 428.

pluralismo esterno. In base al primo, bisogna garantire attraverso la concessione a trasmettere all'emittente pubblica «l'accesso al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società [agevolando] la partecipazione dei cittadini allo sviluppo sociale e culturale del Paese»³⁵. In base al secondo, vi è la necessità di garantire il massimo accesso possibile alle emittenti private, «onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione»³⁶.

Seguendo questo solco da essa stessa tracciato, la Corte costituzionale ha poi ritenuto costituzionalmente conforme la legge sulla comunicazione politica n. 28 del 200 (cd. legge sulla *par condicio*) che regola l'accesso sui media alle forze politiche in competizione, soprattutto durante la campagna elettorale, onde evitare che candidati forti economicamente possano occupare la maggior parte degli spazi a disposizione per fare la propria propaganda politica, traendone un evidente vantaggio al momento del voto.

4. La fase della libertà responsabile

Fino alla vigilia del nuovo millennio la preoccupazione principale era dunque quella di assicurare che l'informazione venisse fruita nel modo più equo possibile dai consociati attraverso una rigorosa disciplina dei mezzi. Si richiedeva dunque un forte impegno da parte delle istituzioni per la realizzazione della piena tutela della libertà d'espressione. Con l'avvento dell'età della rete, invece, la prospettiva cambia nuovamente, tonando in auge la visione individualistica.

Grazie alla possibilità per gli utenti di usufruire indiscriminatamente di internet si potenzia l'aspetto partecipativo: l'informazione non si limita a quella dei professionisti, che anzi è percepita come qualcosa che si subisce, ma può essere divulgata in prima persona da chiunque. *Digito ergo sum* sembra essere il nuovo motto, soddisfatto attraverso il libero accesso a una rete neutrale³⁷.

Le conseguenze di questo mutamento sono tante. Innanzitutto, si profila la pretesa di accedere al mezzo tecnologico attraverso misure che risolvano i problemi di *digital divide*³⁸; in secondo luogo vi è la richiesta di protezione di nuovi diritti, in particolare all'oblio e all'anonimato. Allo stesso tempo si assiste a un cambio di paradigma: la libertà d'informare e di essere informati non passa più attraverso le garanzie dell'art. 21 cost., bensì attraverso tutte quelle norme costituzionali ed

³⁵ Corte cost., sent. n. 826 del 1988, punto 19 del *Considerato in diritto*.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Sulla libertà di utilizzare il mezzo internet grazie all'art. 21 Cost., P. COSTANZO, *Internet* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, 2000, 347 ss., 353.

³⁸ Sul problema relativo alla configurazione di un vero proprio diritto fondamentale di accesso al mezzo internet che aveva acceso il dibattito dottrinale soprattutto fino nel primo decennio del nuovo millennio, tra i più significativi, P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 2013, 9 ss.; ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, ivi, 2011, 367 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2 del 2011; e, volendo, P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?* in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di) *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia, il ruolo della giurisprudenza, Atti del Convegno di Trapani, 8-9 Giugno 2012*, Napoli, 2013, 517 ss. Torna più di recente sull'argomento A. POGGI, *Diritto a Internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*, in questi stessi scritti; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet – Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010* (Roma, 30 novembre 2010), Napoli, 2011, 23 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Access to network as a Fundamental right*, Relazione al Convegno *Human rights and New Technologies*, EUJ, Firenze, 15 dicembre 2008; G. DEMINICO, *Diritti, regole, internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2 del 2011;

europee che disciplinano l'iniziativa economica³⁹. Al centro ci sono adesso la disciplina della concorrenza e l'istituzione di corpi para legislativi di autorità indipendenti di settore.

A ben vedere si registra un'ulteriore e più importante conseguenza, i cui esiti non si è ancora in grado di valutare. Alle incessanti e sempre più insistenti richieste di partecipazione in rete si affianca inevitabilmente la necessità di trovare un giusto compromesso con gli interessi privati e collettivi di vecchia e nuova generazione che man mano vengono coinvolti. La facilità con cui si possono creare messaggi, la loro velocità di propagazione e la possibilità di trincerarsi dietro all'anonimato portano gli operatori pubblici a concentrarsi maggiormente sui limiti da apporre alla diffusione delle idee, appellandosi a un esercizio responsabile della libertà in questione. Si pensi solo ai discorsi d'odio che ledono la dignità d'interi gruppi di minoranza (etniche, razziali, legate all'orientamento sessuale). In più, vengono stravolti i principi costituzionali in materia penale, dalla responsabilità personale, alla tassatività delle fattispecie penali⁴⁰.

Questa è una stagione appena cominciata, in *working progress*, su cui è difficile fare previsioni, soprattutto a causa dei cambiamenti tecnologici repentini che caratterizzano il settore. Al momento non si può che registrare un sentimento d'insoddisfazione per il modo in cui gli operatori pubblici stanno affrontando il problema. A distanza ormai di un decennio da quando molte questioni hanno cominciato a porsi in modo evidente persiste ancora un vuoto legislativo. In assenza di una disciplina specifica che regoli la rete nel suo complesso, l'onere di sbrogliare la matassa spetta ai giudici comuni⁴¹, i quali si trovano nell'evidente difficoltà di poter applicare a internet le norme che

³⁹ In tal senso G.E. VIGEVANI, *Articolo 21*, cit., 150.

⁴⁰ Tra i tanti e ulteriori problemi giuridici che sorgono a tal proposito, è sufficiente qui accennare a uno solo di essi, ovvero la specificazione delle circostanze secondo le quali i *provider* possano essere imputati per omesso controllo, in modo da non derogare al principio della responsabilità penale individuale. V. il recente orientamento sul tema della Corte di Strasburgo con la sentenza Delfi c. Estonia del 10 ottobre 2013. Tra i commenti, cfr. F. VECCHIO, *Libertà d'espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1 del 2014, 43 ss.; Si v. inoltre l'orientamento dei giudici italiani per il caso Vividown. Cass. Pen., III Sez., n. 5107 del 3 febbraio 2014. Diversi i commentatori della vicenda. Tra gli altri si vedano G. CAMERA, O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google – Vividown*, Milano, 2010; A. PIROZZOLI, *La responsabilità dell'Internet Service Provider, il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 3 del 2012; A. INGRASSIA, *La Corte d'appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *Diritto Penale Contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 4 marzo 2013; T. GIOVANNETTI, *Governance della rete e ricorso alla sanzione penale: il caso della responsabilità dell'internet Service Provider tra tentazioni punitive e rispetto dei principi costituzionali*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 314 ss.; F. RESTA, *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1 del 2014, 237 ss.; In generale, sulla responsabilità del Provider v. M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Giur. merito*, n. 12 del 2013, 2584 ss. La riflessione giuridica sul punto continua ad essere nutrita, estendendosi al problema anche delle *fake news*. Di più recente pubblicazione la sezione monografica pubblicata in *MediaLaws (www.medialaws.eu)* n. 1 del 2017 dal titolo *Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete*. Tra i diversi contributi cfr. M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, 26 ss.; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, 91 ss.; G. MICELI, *Profili evolutivi della responsabilità in Rete: il ruolo degli Internet Service Provider tra prevenzione e repressione*, 106 ss.; F. DONATI, *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)* n. 2 del 2018, 440 ss.; A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)* n. 3 del 2018, 90 ss.; O. POLLICINO, *Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor*, in questi stessi scritti.

⁴¹ In tale solco s'inserisce la recente ordinanza n. 59264/2019 del Tribunale di Roma con cui si condanna Facebook che, in via cautelare, aveva rimosso la pagina di Casa Pound per alcune dichiarazioni rilasciate dal suo amministratore. Le motivazioni si fondano sull'assunto che una simile operazione si pone in contrasto col principio del pluralismo, in quanto si comprime la possibilità di esprimere messaggi politici da parte dei ricorrenti. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che non è sufficiente il generico riferimento alla divulgazione di presunti messaggi di odio per consentire l'esercizio del potere censorio. Tra i commenti in dottrina, C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound*

valgono per il regime della stampa, e ciò per il divieto di analogia in *malam partem*⁴². Inoltre, come in altri ambiti, è questa la conferma della tendenza generale del potere parlamentare ad essere inerte, addossando sul potere giudiziario l'onere di rispondere alle richieste dei cittadini. E ciò non fa che acuire non solo quel sentimento d'insoddisfazione di cui si diceva, ma porta a riflettere sulla china pericolosa su cui si sta progressivamente scivolando.

Si diceva che il richiamo esclusivo al senso di responsabilità individuale, soprattutto nell'utilizzo del mezzo internet⁴³, incide direttamente sulla portata e l'applicazione dei limiti alla manifestazione del pensiero da sempre riconosciuti, come si accennava più sopra, dalla dottrina e dalla giurisprudenza come limiti espliciti – legati al concetto di buon costume – e limiti impliciti all'art. 21 cost. Tuttavia, vista la possibilità oggi di far conoscere le proprie idee a un'audience numericamente consistente con un semplice click, l'esigenza di porre un freno a quelle disprezzabili, financo violente, ha convinto la giurisprudenza a riesumare la vecchia dottrina dei limiti "logici" alla libertà d'espressione, in base alla quale si escludono a priori certe forme di pensiero perché non considerate tali.

Più nello specifico, a metà degli anni '60, per legittimare la punibilità di alcuni reati d'opinione, quali la propaganda sovversiva, l'apologia di reato, l'istigazione a disobbedire alle leggi, la dottrina penalistica avanzò l'ipotesi di escluderli dal novero delle manifestazioni del pensiero garantite dalla Costituzione perché logicamente non "pensieri", bensì principi d'azione⁴⁴. Circostrita al dibattito accademico italiano, questa tesi è rimasta minoritaria, soprattutto per la difficoltà di distinguere tra pensiero garantito dall'art. 21 cost. e pensiero escluso dal suo ambito oggettivo sulla sola base dello stato emotivo del momento. Oggi, però, torna nelle argomentazioni della giurisprudenza che applica limiti logici perché riconosce alla parola la potenza sia di creare disordini che mettono a rischio l'ordine costituito sia di condizionare chi ascolta a mettere in pratica azioni discriminatorie, con la conseguente lesione del principio d'eguaglianza e della dignità di persone o gruppi offesi⁴⁵.

Sono tanti i motivi d'incertezza che si nutrono rispetto a questo approccio, consapevoli che la linea di confine tra pensiero tollerabile e pensiero punibile si sposta a seconda del peso che l'interprete attribuisce a propria discrezione a una serie di variabili.

In primo luogo, si acconsentirebbe l'esclusione di alcune opinioni dalla protezione costituzionale senza la necessità di verificare il nesso di causalità tra parola espressa e azione prodotta. In secondo luogo, la dottrina dei limiti logici ostacolerebbe qualunque tentativo che va a beneficio del compimento del processo democratico, decidendo di punire idee che magari vengono manifestate

c. Facebook, Atto I, in SIDIBlog, (<http://www.sidiblog.org/>) del 20 gennaio 2020; P. ZICCHITTO, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in questi stessi scritti. Contra, M. CASTELLANETA, P. DESENA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casa Pound c. Facebook*, in SIDIBlog, (<http://www.sidiblog.org/>) del 20 gennaio 2020; F. PALLANTE, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in *Questione Giustizia*, 20 gennaio 2020.

⁴² Cfr. Cass. pen., nn. 35511/2010, 44126/2011 e 23230/2012.

⁴³ Si conviene con quanto sostiene Passaglia, che sottolinea l'importanza di prevedere azioni positive da parte dei pubblici poteri per dotare gli individui delle competenze idonee a poter fruire delle tecnologie più innovative senza esserne dominati. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in questi stessi scritti.

⁴⁴ G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 641 ss. G. ZUCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, ivi, 1966, 1154 ss. Insiste sull'opportunità di distinguere tra le forme espressive lecite e quelle illecite anche Nuvolone, il quale ritiene che resterebbero escluse dalla protezione costituzionale della libera manifestazione del pensiero le espressioni "attivizzanti, teleologicamente orientate a suscitare nei destinatari comportamenti modificatori della realtà". P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 350 ss., 353.

⁴⁵ Per un approfondimento sull'applicazione dei limiti logici da parte della giurisprudenza penale e civilistica e sulla loro teorizzazione a livello dottrinale, sia consentito il rinvio a P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit.

per criticare aspramente certe decisioni politiche, pur nella volgarità delle parole scelte. Da ultimo, ancora più preoccupante è la tendenza di attribuire la facoltà di limitare “logicamente” i pensieri a organi interni a società di carattere commerciale, quali i *provider*, sulla base di propri codici di autoregolamentazione il cui rispetto è assicurato da apposite commissioni costituite *ad hoc*.

Il rischio di introdurre qualche forma di censura assolutamente vietata dall'art. 21 cost. è sotto gli occhi di tutti. Eppure, all'orizzonte non si scorge nessuna proposta legislativa che possa seriamente assicurare l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero secondo i canoni costituzionali, salvaguardando sia la sua natura individuale sia la sua natura sociale.

Consulta Online

PALMINA TANZARELLA
Definizione e ridefinizione della libertà d'espressione
nei settant'anni di vigenza della Costituzione italiana*

SOMMARIO: 1. Un primo sguardo introduttivo. – 2. La fase della libertà. – 3. La fase dell'impegno. – 4. La fase della libertà responsabile.

1. Un primo sguardo introduttivo

Durante i settant'anni di vigenza della Costituzione italiana la tutela della manifestazione del pensiero, ex art. 21 cost., ha vissuto tre stagioni. Mentre le prime due si possono considerare concluse – lasciando tuttavia un marchio indelebile sul modo di considerare tale libertà – l'ultima è appena cominciata e al momento non si possono fare previsioni circa i cambiamenti che vi saranno.

In sintesi, queste sono tre i passaggi fondamentali:

1. la stagione della libertà;
2. la stagione dell'impegno;
3. la stagione della libertà responsabile

Il susseguirsi di queste tre fasi è dovuto principalmente a due motivi: il primo inerisce alla costruzione e al contenuto esplicito dell'art. 21 cost., soprattutto per come sono stati scritti il primo e l'ultimo comma¹, il secondo è legato a ciò che emerso da una sua lettura implicita ed esplicita, specialmente per l'interpretazione data dalla Corte costituzionale.

Pertanto, obiettivo di questo lavoro è ripercorrere le suddette fasi indagando in particolare sul ruolo della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto della Corte costituzionale, che si rivelano decisive per il modo in cui la libertà di pensiero viene tutelata nell'ordinamento italiano.

2. La fase della libertà

La prima fase si caratterizza per aver valorizzato la natura individuale della libertà in questione, intesa, in termini positivi, come diritto ad esprimersi e, in termini negativi, come diritto di tacere.

Profondamente e ingiustamente calpestato durante il periodo fascista, il diritto alla manifestazione del pensiero vive il suo momento d'oro nei lavori per la redazione della Costituzione repubblicana del 1948, ponendosi al centro delle attenzioni della dottrina costituzionalistica emergente. Ciò è testimoniato dalla stessa lunghezza dell'art. 21 cost., che consta di ben 6 commi, a differenza delle altre disposizioni costituzionali in materia di libertà fondamentali, decisamente più brevi.

È sufficiente leggere il primo e l'ultimo comma dell'art. 21 cost. per rendersi immediatamente conto di come il Costituente abbia voluto fortemente affermare la sua natura liberale, formulando con molta ampiezza sia l'ambito soggettivo, relativo alla titolarità del diritto di manifestare il pensiero, sia l'ambito oggettivo, relativo ai contenuti che si possono esprimere e ai mezzi attraverso

* Il testo prende spunto dalla relazione svolta al convegno *Los 70 años de la más bella del mundo. Estudio de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de derechos fundamentales*, IV Jornada del OiDH, 22-23 novembre, Saltillo, Coahuila (México).

¹ Vale la pena qui ricordare cosa recita l'art. 21 cost. Più nello specifico il primo comma dispone: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»; il sesto e ultimo comma dispone che: «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

cui farlo. Infatti, nel primo comma si fa riferimento a una genericità di soggetti, avendo scelto la parola “tutti” (hanno il diritto di manifestare il proprio pensiero) e affermando, al tempo stesso, di poter utilizzare qualunque canale di diffusione, dalla parola allo scritto, a qualunque altro strumento. Quanto ai contenuti, il sesto e ultimo comma dell’art. 21 cost. pone come unico limite quello del buon costume, il cui significato – dai contorni incerti e che ben si presta a una interpretazione mutevole a seconda delle sensibilità proprie di una società in un dato momento storico – ha subito un ridimensionamento nel corso del tempo, avendo la Corte costituzionale escluso la possibilità di limitare opinioni contrarie alla morale, in modo da contenere il rischio di affermare un’etica pubblica che ostacolerebbe il libero fluire dei pensieri del singolo². Perciò, i contenuti vietati in ottemperanza al limite del buon costume sarebbero in primo luogo quelli legati alla nozione penalistica di “osceno”, ovvero di quegli atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore³, in particolare – afferma la Corte costituzionale – «le manifestazioni della sessualità che si compiono in pubblico e non si esauriscono nella sfera privata delle persone»⁴. In secondo luogo, avendo la stessa Corte costituzionale fornito una nozione di buon costume più orientata costituzionalmente (nel senso di essere letto alla luce del principio della dignità umana), i pensieri non coperti dalla protezione costituzionale sarebbero quelli che si pongono in antitesi con «la pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea»⁵.

Sulla base di tali definizioni non è risultato difficile stabilire che, in relazione all’ambito soggettivo, viene tutelato il pensiero di chi lo diffonde occasionalmente e professionalmente, così come non sono permesse distinzioni tra cittadini e stranieri e tra i singoli e le formazioni sociali⁶. Di conseguenza, è stata esclusa categoricamente la possibilità di riconoscere posizioni privilegiate a seconda del ruolo che si riveste nella società. Fa eccezione in tal senso solo chi ricopre la carica di parlamentare in quanto, ex art. 68 cost., primo comma, deputati e senatori godono della prerogativa dell’insindacabilità che consiste nella non perseguibilità «delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle [...] funzioni»⁷. Tuttavia, questa è una deroga concepita al solo scopo di garantire nel migliore dei modi lo svolgimento della carica, preziosa per assicurare un adeguato livello di democraticità. Pertanto, come sostenuto autorevolmente in dottrina, l’esercizio della libertà d’espressione da parte dei parlamentari non è affatto illimitato, non estendendosi alla divulgazione di idee gratuitamente diffamatorie⁸.

Per quanto attiene più specificamente all’ambito oggettivo, la natura individuale del diritto emerge soprattutto dal modo in cui in dottrina e in giurisprudenza si siano stabiliti i confini tra pensiero lecito e pensiero illecito. Partendo dal presupposto che si tratta di una libertà che contribuisce insieme – e talvolta più delle altre – alla realizzazione della propria personalità⁹, non

² Si soffermano ampiamente sul significato “costituzionale” di buon costume M. CUNIBERTI, *Il buon costume e i reati di opinione*, in AA. Vv., *Diritto dell’informazione e dei media*, Torino, 2019, 171 ss.; ID., *Il limite del buon costume*, in AA. Vv., *Percorsi di diritto dell’informazione*, Torino, 2011, 33 ss.; R. PERRONE, «Buon costume» e valori costituzionali condivisi, Napoli, 2015.

³ Cfr. l’art. 529 c.p. Sull’accezione penalistica di buon costume G. FIANDACA, *Buon costume. III) Moralità pubblica e buon costume – Dir. pen.*, in «Enc. Giur.», V, 1 ss.

⁴ Corte cost., sent. n. 368 del 1992, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁵ Corte cost., sent. n. 293 del 2000, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶ In merito è stata chiara la Corte costituzionale quando ha espressamente sancito che la tutela della manifestazione del pensiero va a beneficio anche di militari che manifestano rimostranze collettivamente. In tal modo si è esteso esplicitamente il diritto in questione dai singoli ai gruppi (cfr. Corte cost., sent. n. 126 del 1985).

⁷ Corte cost., sent. n. 148 del 1983, in cui si afferma peraltro che nel caso del parlamentare è persino lecito ledere diritti a tutela della personalità: al punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁸ A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero, Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 2006, 322 ss.

⁹ In tal senso Jemolo affermava che «se di una libertà fondamentale può parlarsi, questa è la libertà di esprimere le proprie idee, e cercare in ogni modo di divulgarle», mentre Barile affermava con convinzione che la libertà in questione

sarebbe concepibile limitare la tutela alla sola diffusione di opinioni, ben potendo al contrario essere considerate manifestazioni del pensiero anche i meri fatti, veri o falsi che siano¹⁰. Non stupisce allora come siano parimenti valorizzati il diritto di cronaca, di critica e di satira, così come le notizie divulgate per semplice pettegolezzo¹¹. Ciò, per usare le parole della Corte costituzionale, perché si tratta del diritto «più alto forse dei diritti primari e fondamentali»¹².

In relazione ai messaggi che si possono veicolare, Sergio Fois scriveva che «il pensiero considerato nell'articolo 21 non deve essere inteso in senso rigido e stretto: è garantita anche la manifestazione di suggestioni, emozioni, sensazioni, nonché qualsiasi attività volta a provocare corrispondenti stati d'animo. Nelle manifestazioni di pensiero devono perciò essere comprese le varie forme di propaganda, le espressioni apologetiche, i convincimenti verso modelli d'azione: probabilmente non si può considerare pensiero coperto dalla garanzia costituzionale solo il caso della vera e propria istigazione specificamente diretta a provocare un'azione concreta»¹³.

Quanto al potere dei discorsi d'influenzare chi ascolta, era già stato chiaro Costantino Mortati quando affermava che: «la libertà di manifestazione del pensiero abbraccia tutte le facoltà di dichiarare le proprie opinioni, di sostenerle difendendole con la discussione di fronte alle altrui obiezioni, di farne l'apologia, di diffonderle, propagandarle allo scopo di raccogliere intorno ad esse adesioni ed acquistare proseliti. I dubbi sollevati sull'inclusione fra tali facoltà di quella della propaganda o dell'apologia risultano smentiti dalla stessa formulazione dell'articolo 21 che consentendo la diffusione con ogni mezzo non ha inteso discriminare fra i vari scopi cui essa può rivolgersi rientrando fra le funzioni caratteristiche della manifestazione del pensiero quella di persuadere altri della bontà di determinate ideologie o fedi o convinzioni scientifiche o culturali, o di incitare all'uso di determinati prodotti o all'adozione di certi metodi»¹⁴.

Dello stesso avviso era Arturo Carlo Jemolo: «Abbiamo peraltro detto che guardando come si sviluppi un mondo liberale, deve dirsi che la prima libertà è quella non solo di esprimere le proprie idee, ma di cercare in ogni modo di divulgarle; di convincere chi non le divide. Un aspetto di tale libertà è la libertà di discussione; che non occorrerebbe neppur menzionare se nel nostro tempo [...] non avessimo sentito più di una volta cercar di minare questa fondamentale libertà con l'introdurre una distinzione tra libertà di discussione e libertà di propaganda»¹⁵.

Da questo rapido affresco circa le posizioni della più accreditata dottrina costituzionalistica italiana appare chiaro come, oltre al limite esplicito del buon costume, gli unici contenuti che non ricevono tutela costituzionale siano quelli che in concreto si tramutano in azione violenta. Si tratta dei casi in cui apologia e istigazione provocano nell'immediato disordini tangibili, mettendo in

avesse natura esclusivamente negativa, "come garanzia contro l'intervento dei poteri pubblici o privati». A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, 47. Mentre Barile affermava con convinzione che la libertà in questione avesse natura esclusivamente negativa, «come garanzia contro l'intervento dei poteri pubblici o privati». P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXIV, Milano, 1974, 424 ss.

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), n. 3 del 2013, 77 ss.

¹¹ L'unica materia esclusa dalla protezione dell'art. 21 cost. è, secondo la Corte costituzionale, l'informazione pubblicitaria, in quanto essa godrebbe della tutela offerta dall'art. 41 cost., sulla libera iniziativa economica (Corte cost., sent. n. 68 del 1965), *Contra* G.E. VIGEVANI, *Articolo 21*, in Aa.Vv. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 144 ss., 146. Per gli sviluppi della giurisprudenza sulla tutela di cronaca, critica e satira si vedano i contributi di G.E. VIGEVANI e M.P. VIVIANI SHLEIN, in Aa. Vv. *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, rispettivamente 47 ss., 67 ss.

¹² Corte cost., sent. n. 168/1971, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹³ S. FOIS, A. VIGNUDELLI (a cura di), *Principi fondamentali, diritti e doveri dei cittadini nella Costituzione italiana, Articoli 1-54*, Rimini, 1991, 55.

¹⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, 1068.

¹⁵ A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, cit., 48.

pericolo l'ordine pubblico¹⁶. Per questo, anche riguardo alla problematica dei reati d'opinione¹⁷, in particolare dei discorsi d'odio, e a quella relativa al negazionismo e al revisionismo storico sembrerebbe non potersi accettare un'interpretazione costituzionale della manifestazione del pensiero che li priverebbe di protezione quando il pericolo si consideri solo presunto¹⁸. Sul punto, tuttavia, permangono ancora molte incertezze, visto che la Corte costituzionale non ha avuto l'occasione di fare chiarezza.

Ciò detto, non si può affatto affermare che la libertà di manifestazione del pensiero sia da considerarsi in termini assoluti. Come tutti i diritti di libertà, essa incontra dei limiti in vista della tutela di altrettanti beni costituzionali meritevoli di tutela, ponendosi quindi necessariamente in bilanciamento con gli altri diritti fondamentali garantiti. Dalla prima sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1956, in cui in modo un po' apodittico venne affermato che "il concetto di limite è insito nel concetto di diritto"¹⁹, si è andati di volta in volta alla costante ricerca di beni costituzionali la cui tutela esige il sacrificio della manifestazione del pensiero²⁰. Si tratta essenzialmente della protezione di altri diritti individuali: nessuno metterebbe infatti in dubbio la necessità, ad esempio, di bilanciare caso per caso la libertà d'espressione col diritto all'onore o alla riservatezza, nonostante questi non siano diritti esplicitamente previsti dalla Costituzione, ma siano stati desunti in via interpretativa²¹.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 65 del 1970. Particolarmente critico rispetto a tale posizione C. Esposito, il quale negava qualunque possibilità di applicare il limite dell'ordine pubblico alla libertà d'espressione. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 50-51.

¹⁷ Il tratto caratteristico di tali reati è la punibilità della manifestazione del pensiero che offende beni tra i più svariati, eccetto quelli legati alla tutela di una posizione individuale, quali l'onore, la reputazione o la riservatezza. In genere, si tratta di reati che proteggono la personalità dello Stato (tra cui il prestigio delle istituzioni, come il vilipendio) – oppure l'ordine pubblico (come l'istigazione a delinquere o a disobbedire alle leggi, l'apologia di delitti, la diffusione di notizie false e tendenziose). Sono nati nel periodo prerепubblicano, in epoca liberale, e sono poi stati inaspriti durante il periodo fascista col codice penale Rocco, al fine di escludere il dissenso o molto più semplicemente la critica nei confronti del regime. Con l'avvento della Costituzione del 1948 molti di essi sono rimasti in vigore, nonostante molti studiosi, soprattutto costituzionalisti, li abbiano sempre guardati con sospetto in quanto impedirebbero il dissenso, ostacolando la circolazione di qualunque idea politica contraria a quella maggioritaria. Tra i molti, C. FIORE, *I reati d'opinione*, Padova, 1972; P. BARILE, *Il "vilipendio" è da abolire*, in *Temì*, 1969, 538 ss.; G. BOGNETTI, *Vilipendio del Governo o principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 641 ss.; C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in *Quale giustizia*, 1974, 271 ss.; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957. Nella dottrina più recente, E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, in *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 141 ss. Ad integrare la carrellata dei reati d'opinione vi è poi quello di apologia del fascismo, previsto all'art. 4 dalla Legge Scelba, n. 645 del 1952, Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione.

¹⁸ Sui discorsi d'odio sia consentito il rimando a P. TANZARELLA, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, Torino, in corso di pubblicazione. Per un affresco di carattere comparatistico, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018. Per un approfondimento sul concetto di apologia e di giustificazione dei crimini nazisti, uniche fattispecie che permetterebbero la criminalizzazione della menzogna di Aushwitz G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 4, 2014.

¹⁹ Corte cost., n. 1 del 1956. Molto critico rispetto a tale assunto Esposito il quale avvertiva del pericolo di giustificare in via generale limiti alle libertà costituzionalmente garantite e in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 15.

²⁰ Per correggere in qualche modo il tiro sull'affermazione fatta nella prima sentenza (v. nota precedente), la stessa Corte in molte sentenze successive si è affrettata a dire che le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero possono trovare fondamento solo in altri diritti, beni, interessi o valori di rango costituzionale: cfr. *ex multis*, Corte cost., sent. n. 19 del 1962; n. 9 del 1965. Per una carrellata dei limiti impliciti utilizzati per la tutela di beni di rango costituzionale individuati dalla giurisprudenza costituzionale cfr. E. LAMARQUE, *I reati d'opinione*, cit., 155-157.

²¹ Al fine di un corretto bilanciamento tra libertà d'espressione attraverso l'esercizio del diritto di cronaca, critica e satira, è di estrema importanza la sentenza della Cassazione civile, n. 5259 del 1984, la quale afferma la legittimità di tali diritti, pur in presenza di un'affermazione lesiva dell'onore di un soggetto, qualora l'informazione veicolata sia di interesse pubblico, i fatti narrati siano veri e siano espressi in forma civile.

Definizione e ridefinizione della libertà d'espressione

Per riassumere, dall'approvazione della Costituzione nessuno ha mai messo in dubbio la natura individuale della libertà d'espressione, valorizzando il più possibile la persona titolare di tale diritto per metterla al riparo da indebite interferenze del potere pubblico. A tal fine, nei primi decenni di vigenza della carta fondamentale le attenzioni del legislatore si sono concentrate sulla disciplina della stampa e dell'attività giornalistica²².

3. La fase dell'impegno

L'impostazione individualistica data dalla Costituzione non necessariamente si scontra con l'interpretazione data nella seconda stagione che caratterizza la tutela della libertà di pensiero che in questa sede si vuole definire "dell'impegno", in particolare dell'impegno da parte delle istituzioni. Dalla metà degli anni '70 in poi si è posta l'esigenza di reinterpretare tale diritto alla luce dei mutamenti tecnologici in atto e che si temeva potessero incidere profondamente sul suo livello di tutela. La diffusione capillare della televisione nelle case delle persone aveva fatto ben presagire come essa sarebbe diventata da lì a poco uno strumento del potere, grazie alla sua «peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa»²³. Si poneva quindi un problema di disciplina dei mezzi per evitare che, in un contesto sempre più simpatizzante verso il regime privatistico delle attività economiche, l'esercizio d'impresa radiotelevisiva producesse effetti distorsivi. Infatti, all'epoca sussistevano limiti oggettivamente strutturali che impedivano un mercato perfettamente concorrenziale in materia audiovisiva, rischiando la concentrazione del potere economico nelle mani di pochissimi²⁴. Fu per questo motivo che venne mostrato l'altro volto del diritto di manifestazione del pensiero, ovvero la sua natura anche sociale.

Già nel 1969 la Corte costituzionale ebbe a definire la libertà d'espressione come «la pietra angolare dell'ordine democratico»²⁵, o, per dirla, seguendo Luciani, «il valore fondante dell'ordinamento»²⁶, ravvisando l'obbligo per lo Stato di garantire la diffusione delle idee offrendo i mezzi adeguati²⁷.

Non è stato affatto difficile fornire questa lettura sociale all'art. 21 cost.: è stato infatti sufficiente interpretarlo in modo sistematico, tenendo conto dei principi che guidano l'intero testo della Costituzione. In sintesi, la manifestazione del pensiero è stata vista come "riflesso incondizionato" del principio democratico e del pluralismo.

Sin dagli esordi i migliori maestri costituzionalisti convergevano tutti sul riconoscimento di un profondo nesso tra libertà d'espressione – nella sua massima espansione che include la più ampia pluralità delle idee – e realizzazione della forma di stato democratica. Per quanto, a ragione, abbiano con forza osteggiato la natura esclusivamente sociale del diritto a manifestare il pensiero, rinnegando una sua funzione servile al principio della sovranità popolare, essi hanno tuttavia ammesso che tale libertà è essenziale anche per lo sviluppo di un ordinamento democratico. Ad esempio, secondo Mortati, non può negarsi che nelle democrazie la garanzia di buon funzionamento

²² Si considerino, ad esempio, la legge n. 47 del 1948 sulla disciplina della stampa e la legge n. 69 del 1963 sull'istituzione dell'Ordine dei giornalisti.

²³ Corte cost., sent. n. 148 del 1981, punto 3 del Considerato in diritto.

²⁴ Per una ricognizione attenta e critica della disciplina radiotelevisiva, B. TONOLETTI, *La televisione e i principi costituzionali*, in AA. VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 221 ss., Cfr., altresì, M. CUNIBERTI, *I servizi di media audiovisivi*, in *Diritto dell'informazione e dei media*, cit., 355 ss.

²⁵ Corte cost., sent. n. 84 del 1969, punto 5 del Considerato in diritto.

²⁶ M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del Diritto*, 1989, 605 ss., 616.

²⁷ Corte cost., sent. n. 105/1972.

del sistema poggia proprio sulla più ampia libertà di manifestazione del pensiero, essendo essa che alimenta la forza sociale di base, che è la pubblica opinione²⁸. Inoltre, è celebre la frase di Esposito che afferma: «non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà [di manifestazione del pensiero], sicché possa determinare la funzione e i limiti, ma le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà portano tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico»²⁹.

Se per Esposito l'esistenza del nesso libertà di pensiero-principio democratico era casuale, per Crisafulli invece ha natura strutturale, in quanto il primo rappresenta, insieme ad altri diritti di libertà, la preconditione per un effettivo esercizio dei diritti politici³⁰. Non per questo, l'A. disconosce che l'interesse tutelato dalla libertà del pensiero sia essenzialmente individuale, ma esso realizza anche un modo indiretto di partecipazione dei cittadini alla formazione degli indirizzi politici e quindi un modo di partecipazione all'esercizio del potere³¹.

Si esprime molto chiaramente Barile quando, riassumendo le ragioni di chi predilige la natura individuale della libertà di manifestazione del pensiero, afferma che «il concetto individualistico della libertà è e resta logicamente e storicamente un *prius* rispetto alla caratteristica funzionale, anche e proprio in un ordinamento non omogeneo come il nostro»³². Purtroppo, egli aderisce alla tesi di chi intende l'aggettivo funzionale in termini metodologici, prescindendo da ogni preclusione di contenuti anzi, ritenendo la diffusione di ogni ideologia un momento irrinunciabile del metodo democratico.

La sintesi proposta ben si concilia, inoltre, con la tesi di chi, come Pace, riconosce un'indiscutibile importanza al diritto ad essere informati. Pur ammettendo che questo non sia direttamente tutelato dall'art. 21 cost.³³, esso costituisce tuttavia «un valore deducibile da una serie di norme costituzionali che configurano la posizione dei singoli di fronte ai pubblici poteri (artt. 1, 3 comma 2, 9, 33, 64, 97 cost.): norme dalle quali discende che, per poter esercitare consapevolmente i diritti politici, i cittadini dovrebbero essere posti in grado di essere compiutamente informati»³⁴.

Come si è accennato, tale lettura sistematica è stata ampiamente accolta dalla Corte costituzionale che, in vista di ciò, ha richiamato Parlamento e Governo al dovere di cercare soluzioni che conciliassero il lato attivo e il lato passivo della manifestazione del pensiero per realizzare il principio pluralistico e democratico che la Costituzione sancisce. Pertanto, li ha sollecitati a porre rimedio alla situazione anomala tutta italiana dell'esistenza – che di fatto si era venuta a creare – di un duopolio nel settore radiotelevisivo. La soluzione da essa stessa proposta si fondava sull'elaborazione da un lato del concetto del pluralismo interno, dall'altro lato del concetto del

²⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 972.

²⁹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 12. In particolare sulla differenza tra natura individuale e natura funzionale del diritto in oggetto, l'A. affermava che «i diritti individuali di libertà sono attribuiti all'uomo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali, mentre la sovranità si manifesta o con atti di esercizio delle funzioni dello Stato oppure con atti e comportamenti, i quali, pur essendo imputabili all'individuo, sono diritti politici (o di partecipazione) – come il voto, la petizione, l'accesso ai pubblici uffici, l'iniziativa legislativa e il diritto di promuovere e di partecipare ai vari referendum – e quindi, come tutti i di diritti funzionali, sono attribuiti al singolo nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto»: *op. ult. cit.*, 8.

³⁰ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 119. Dello stesso avviso C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 398.

³¹ V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, in *Il Politico*, 1964, 292.

³² P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 429.

³³ Ciò a differenza di quanto previsto dalle Carte internazionali dei diritti, in particolare dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e che ha permesso alla Corte di Strasburgo di considerare il diritto ad essere informati un caposaldo.

³⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, 428.

pluralismo esterno. In base al primo, bisogna garantire attraverso la concessione a trasmettere all'emittente pubblica «l'accesso al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società [agevolando] la partecipazione dei cittadini allo sviluppo sociale e culturale del Paese»³⁵. In base al secondo, vi è la necessità di garantire il massimo accesso possibile alle emittenti private, «onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione»³⁶.

Seguendo questo solco da essa stessa tracciato, la Corte costituzionale ha poi ritenuto costituzionalmente conforme la legge sulla comunicazione politica n. 28 del 200 (cd. legge sulla *par condicio*) che regola l'accesso sui media alle forze politiche in competizione, soprattutto durante la campagna elettorale, onde evitare che candidati forti economicamente possano occupare la maggior parte degli spazi a disposizione per fare la propria propaganda politica, traendone un evidente vantaggio al momento del voto.

4. La fase della libertà responsabile

Fino alla vigilia del nuovo millennio la preoccupazione principale era dunque quella di assicurare che l'informazione venisse fruita nel modo più equo possibile dai consociati attraverso una rigorosa disciplina dei mezzi. Si richiedeva dunque un forte impegno da parte delle istituzioni per la realizzazione della piena tutela della libertà d'espressione. Con l'avvento dell'età della rete, invece, la prospettiva cambia nuovamente, tonando in auge la visione individualistica.

Grazie alla possibilità per gli utenti di usufruire indiscriminatamente di internet si potenzia l'aspetto partecipativo: l'informazione non si limita a quella dei professionisti, che anzi è percepita come qualcosa che si subisce, ma può essere divulgata in prima persona da chiunque. *Digito ergo sum* sembra essere il nuovo motto, soddisfatto attraverso il libero accesso a una rete neutrale³⁷.

Le conseguenze di questo mutamento sono tante. Innanzitutto, si profila la pretesa di accedere al mezzo tecnologico attraverso misure che risolvano i problemi di *digital divide*³⁸; in secondo luogo vi è la richiesta di protezione di nuovi diritti, in particolare all'oblio e all'anonimato. Allo stesso tempo si assiste a un cambio di paradigma: la libertà d'informare e di essere informati non passa più attraverso le garanzie dell'art. 21 cost., bensì attraverso tutte quelle norme costituzionali ed

³⁵ Corte cost., sent. n. 826 del 1988, punto 19 del *Considerato in diritto*.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Sulla libertà di utilizzare il mezzo internet grazie all'art. 21 Cost., P. COSTANZO, *Internet* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, 2000, 347 ss., 353.

³⁸ Sul problema relativo alla configurazione di un vero proprio diritto fondamentale di accesso al mezzo internet che aveva acceso il dibattito dottrinale soprattutto fino nel primo decennio del nuovo millennio, tra i più significativi, P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 2013, 9 ss.; ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, ivi, 2011, 367 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2 del 2011; e, volendo, P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?* in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di) *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia, il ruolo della giurisprudenza, Atti del Convegno di Trapani, 8-9 Giugno 2012*, Napoli, 2013, 517 ss. Torna più di recente sull'argomento A. POGGI, *Diritto a Internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*, in questi stessi scritti; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet – Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010* (Roma, 30 novembre 2010), Napoli, 2011, 23 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Access to network as a Fundamental right*, Relazione al Convegno *Human rights and New Technologies*, EUJ, Firenze, 15 dicembre 2008; G. DEMINICO, *Diritti, regole, internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2 del 2011;

europee che disciplinano l'iniziativa economica³⁹. Al centro ci sono adesso la disciplina della concorrenza e l'istituzione di corpi para legislativi di autorità indipendenti di settore.

A ben vedere si registra un'ulteriore e più importante conseguenza, i cui esiti non si è ancora in grado di valutare. Alle incessanti e sempre più insistenti richieste di partecipazione in rete si affianca inevitabilmente la necessità di trovare un giusto compromesso con gli interessi privati e collettivi di vecchia e nuova generazione che man mano vengono coinvolti. La facilità con cui si possono creare messaggi, la loro velocità di propagazione e la possibilità di trincerarsi dietro all'anonimato portano gli operatori pubblici a concentrarsi maggiormente sui limiti da apporre alla diffusione delle idee, appellandosi a un esercizio responsabile della libertà in questione. Si pensi solo ai discorsi d'odio che ledono la dignità d'interi gruppi di minoranza (etniche, razziali, legate all'orientamento sessuale). In più, vengono stravolti i principi costituzionali in materia penale, dalla responsabilità personale, alla tassatività delle fattispecie penali⁴⁰.

Questa è una stagione appena cominciata, in *working progress*, su cui è difficile fare previsioni, soprattutto a causa dei cambiamenti tecnologici repentini che caratterizzano il settore. Al momento non si può che registrare un sentimento d'insoddisfazione per il modo in cui gli operatori pubblici stanno affrontando il problema. A distanza ormai di un decennio da quando molte questioni hanno cominciato a porsi in modo evidente persiste ancora un vuoto legislativo. In assenza di una disciplina specifica che regoli la rete nel suo complesso, l'onere di sbrogliare la matassa spetta ai giudici comuni⁴¹, i quali si trovano nell'evidente difficoltà di poter applicare a internet le norme che

³⁹ In tal senso G.E. VIGEVANI, *Articolo 21*, cit., 150.

⁴⁰ Tra i tanti e ulteriori problemi giuridici che sorgono a tal proposito, è sufficiente qui accennare a uno solo di essi, ovvero la specificazione delle circostanze secondo le quali i *provider* possano essere imputati per omesso controllo, in modo da non derogare al principio della responsabilità penale individuale. V. il recente orientamento sul tema della Corte di Strasburgo con la sentenza Delfi c. Estonia del 10 ottobre 2013. Tra i commenti, cfr. F. VECCHIO, *Libertà d'espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1 del 2014, 43 ss.; Si v. inoltre l'orientamento dei giudici italiani per il caso Vividown. Cass. Pen., III Sez., n. 5107 del 3 febbraio 2014. Diversi i commentatori della vicenda. Tra gli altri si vedano G. CAMERA, O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google – Vividown*, Milano, 2010; A. PIROZZOLI, *La responsabilità dell'Internet Service Provider, il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 3 del 2012; A. INGRASSIA, *La Corte d'appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *Diritto Penale Contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 4 marzo 2013; T. GIOVANNETTI, *Governance della rete e ricorso alla sanzione penale: il caso della responsabilità dell'internet Service Provider tra tentazioni punitive e rispetto dei principi costituzionali*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 314 ss.; F. RESTA, *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1 del 2014, 237 ss.; In generale, sulla responsabilità del Provider v. M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Giur. merito*, n. 12 del 2013, 2584 ss. La riflessione giuridica sul punto continua ad essere nutrita, estendendosi al problema anche delle *fake news*. Di più recente pubblicazione la sezione monografica pubblicata in *MediaLaws (www.medialaws.eu)* n. 1 del 2017 dal titolo *Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete*. Tra i diversi contributi cfr. M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, 26 ss.; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, 91 ss.; G. MICELI, *Profili evolutivi della responsabilità in Rete: il ruolo degli Internet Service Provider tra prevenzione e repressione*, 106 ss.; F. DONATI, *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)* n. 2 del 2018, 440 ss.; A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)* n. 3 del 2018, 90 ss.; O. POLLICINO, *Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor*, in questi stessi scritti.

⁴¹ In tale solco s'inserisce la recente ordinanza n. 59264/2019 del Tribunale di Roma con cui si condanna Facebook che, in via cautelare, aveva rimosso la pagina di Casa Pound per alcune dichiarazioni rilasciate dal suo amministratore. Le motivazioni si fondano sull'assunto che una simile operazione si pone in contrasto col principio del pluralismo, in quanto si comprime la possibilità di esprimere messaggi politici da parte dei ricorrenti. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che non è sufficiente il generico riferimento alla divulgazione di presunti messaggi di odio per consentire l'esercizio del potere censorio. Tra i commenti in dottrina, C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound*

valgono per il regime della stampa, e ciò per il divieto di analogia in *malam partem*⁴². Inoltre, come in altri ambiti, è questa la conferma della tendenza generale del potere parlamentare ad essere inerte, addossando sul potere giudiziario l'onere di rispondere alle richieste dei cittadini. E ciò non fa che acuire non solo quel sentimento d'insoddisfazione di cui si diceva, ma porta a riflettere sulla china pericolosa su cui si sta progressivamente scivolando.

Si diceva che il richiamo esclusivo al senso di responsabilità individuale, soprattutto nell'utilizzo del mezzo internet⁴³, incide direttamente sulla portata e l'applicazione dei limiti alla manifestazione del pensiero da sempre riconosciuti, come si accennava più sopra, dalla dottrina e dalla giurisprudenza come limiti espliciti – legati al concetto di buon costume – e limiti impliciti all'art. 21 cost. Tuttavia, vista la possibilità oggi di far conoscere le proprie idee a un'audience numericamente consistente con un semplice click, l'esigenza di porre un freno a quelle disprezzabili, financo violente, ha convinto la giurisprudenza a riesumare la vecchia dottrina dei limiti "logici" alla libertà d'espressione, in base alla quale si escludono a priori certe forme di pensiero perché non considerate tali.

Più nello specifico, a metà degli anni '60, per legittimare la punibilità di alcuni reati d'opinione, quali la propaganda sovversiva, l'apologia di reato, l'istigazione a disobbedire alle leggi, la dottrina penalistica avanzò l'ipotesi di escluderli dal novero delle manifestazioni del pensiero garantite dalla Costituzione perché logicamente non "pensieri", bensì principi d'azione⁴⁴. Circostrita al dibattito accademico italiano, questa tesi è rimasta minoritaria, soprattutto per la difficoltà di distinguere tra pensiero garantito dall'art. 21 cost. e pensiero escluso dal suo ambito oggettivo sulla sola base dello stato emotivo del momento. Oggi, però, torna nelle argomentazioni della giurisprudenza che applica limiti logici perché riconosce alla parola la potenza sia di creare disordini che mettono a rischio l'ordine costituito sia di condizionare chi ascolta a mettere in pratica azioni discriminatorie, con la conseguente lesione del principio d'eguaglianza e della dignità di persone o gruppi offesi⁴⁵.

Sono tanti i motivi d'incertezza che si nutrono rispetto a questo approccio, consapevoli che la linea di confine tra pensiero tollerabile e pensiero punibile si sposta a seconda del peso che l'interprete attribuisce a propria discrezione a una serie di variabili.

In primo luogo, si acconsentirebbe l'esclusione di alcune opinioni dalla protezione costituzionale senza la necessità di verificare il nesso di causalità tra parola espressa e azione prodotta. In secondo luogo, la dottrina dei limiti logici ostacolerebbe qualunque tentativo che va a beneficio del compimento del processo democratico, decidendo di punire idee che magari vengono manifestate

c. Facebook, Atto I, in SIDIBlog, (<http://www.sidiblog.org/>) del 20 gennaio 2020; P. ZICCHITTO, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in questi stessi scritti. Contra, M. CASTELLANETA, P. DESENA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casa Pound c. Facebook*, in SIDIBlog, (<http://www.sidiblog.org/>) del 20 gennaio 2020; F. PALLANTE, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in *Questione Giustizia*, 20 gennaio 2020.

⁴² Cfr. Cass. pen., nn. 35511/2010, 44126/2011 e 23230/2012.

⁴³ Si conviene con quanto sostiene Passaglia, che sottolinea l'importanza di prevedere azioni positive da parte dei pubblici poteri per dotare gli individui delle competenze idonee a poter fruire delle tecnologie più innovative senza esserne dominati. P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in questi stessi scritti.

⁴⁴ G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 641 ss. G. ZUCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, ivi, 1966, 1154 ss. Insiste sull'opportunità di distinguere tra le forme espressive lecite e quelle illecite anche Nuvolone, il quale ritiene che resterebbero escluse dalla protezione costituzionale della libera manifestazione del pensiero le espressioni "attivizzanti, teleologicamente orientate a suscitare nei destinatari comportamenti modificatori della realtà". P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 350 ss., 353.

⁴⁵ Per un approfondimento sull'applicazione dei limiti logici da parte della giurisprudenza penale e civilistica e sulla loro teorizzazione a livello dottrinale, sia consentito il rinvio a P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit.

per criticare aspramente certe decisioni politiche, pur nella volgarità delle parole scelte. Da ultimo, ancora più preoccupante è la tendenza di attribuire la facoltà di limitare “logicamente” i pensieri a organi interni a società di carattere commerciale, quali i *provider*, sulla base di propri codici di autoregolamentazione il cui rispetto è assicurato da apposite commissioni costituite *ad hoc*.

Il rischio di introdurre qualche forma di censura assolutamente vietata dall'art. 21 cost. è sotto gli occhi di tutti. Eppure, all'orizzonte non si scorge nessuna proposta legislativa che possa seriamente assicurare l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero secondo i canoni costituzionali, salvaguardando sia la sua natura individuale sia la sua natura sociale.

Consulta Online

CORRADO CARUSO
I custodi di silicio.

Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei *social network*

SOMMARIO: 1. I conflitti al tempo della Rete. – 2. Davanti ai giudici: Casa Pound e Forza Nuova c. Facebook. – 3. Ancora su Forza nuova c. Facebook: alcuni rilievi critici sul provvedimento. – 4. La forza gravitazionale del discorso pubblico e il necessario scrutinio di proporzionalità sulla censura privata. – 5. La legge Scelba e il divieto di ricostituire il disciolto partito fascista: maneggiare con cura

1. I conflitti al tempo della Rete

L'avvento della Rete ha contribuito alla trasformazione delle strutture della società e, di conseguenza, dei conflitti che innervano il tessuto sociale. Alle contrapposizioni tra la persona e il potere pubblico, situate entro la tradizionale dialettica individuo/autorità, vanno affiancandosi conflitti tra soggetti privati e, in particolare, tra la persona che usufruisce, in posizione di subalternità, dei servizi e i titolari delle infrastrutture. Internet ha, infatti, favorito la nascita di nuove relazioni sociologiche collocate nella cornice dello scambio di informazioni attraverso apparati tecnologici. Il conflitto sociale è, ormai, anche lotta per la conoscenza, per il controllo e per l'accesso alle fonti di informazione¹.

I nuovi conflitti politico-sociali innescati dalla Rete implicano anche rinnovati conflitti giuridico-costituzionali. Come ha evidenziato Pasquale Costanzo nella sua seminale voce enciclopedica, la Rete possiede un duplice volto che guarda, per un verso, al potenziamento delle libertà fondamentali e, per un altro, in ragione delle sue capacità diffusive, al pregiudizio di altri beni che pure trovano fondamento nella Carta costituzionale².

La Rete è assurta al rango, tanto promettente quanto impegnativo, di «tecnologia di libertà», al servizio dell'auto-realizzazione individuale e delle potenzialità creative dell'essere umano. Con riferimento alla libera manifestazione del pensiero, ad esempio, internet ha contribuito a riequilibrare il rapporto tra autorità e individuo, riscrivendo «i codici (...) del potere nel loro rapporto con (...) il popolo sovrano»³. La circolazione in tempo reale di notizie ha ridotto l'asimmetria informativa tra governanti e governati, contribuendo a creare, su scala globale, uno spazio discorsivo pubblico, ove trovano posto quelle interazioni comunicative che sviluppano la partecipazione e l'autonomia politica della persona, storicamente sviluppatesi entro i circoscritti confini nazionali dei singoli stati liberal-democratici.

Per tali ragioni, l'introduzione di limiti *ad hoc* pensati per la diffusione di messaggi via web deve essere oggetto di attenta ponderazione, tentando di evitare, per quanto possibile, «sortite di (...) fervore puritano»⁴ capaci di provocare un "effetto raggelante" (*chilling effect*) su forme espressive coperte dalla garanzia dell'art. 21 Cost. Solo laddove vi sia una chiara evidenza di maggiore pericolosità dello strumento di internet rispetto ad altri mezzi sarebbero giustificati orientamenti giurisprudenziali o discipline positive particolarmente restrittive⁵.

¹ Tra i primi, A. TOURAINE, *Critica della modernità*, Giuffrè, Milano, 1993, 179.

² Cfr. P. COSTANZO, *Internet*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg.*, Torino, Utet, 2000, 357, 364. Se si vuole, v. anche C. CARUSO, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) 2012.

³ Così G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 368.

⁴ P. COSTANZO, *Internet*, cit., 357.

⁵ P. COSTANZO, *Internet*, cit., 364.

D'altro canto, un attento sguardo alle infrastrutture di internet suggerisce di abbandonare atteggiamenti candidamente ottimistici, volti ad estinguere, *in ogni caso*, controlli eteronomi (di natura, soprattutto pubblicistica) sulle fonti di diffusione del messaggio, quasi che un generale *laissez faire* istituzionale sia servente, *sempre e comunque*, alla palingenesi dell'*homo digitalis*.

Simile atteggiamento, che rimanda a un processo tipico della società contemporanea, pervasa dalla «religione del miracolo tecnico, dell'azione umana e del dominio della natura», tradisce una concezione del progresso tecnologico quale terreno comune, neutrale e a-politico, di condivisione sociale⁶.

Il concreto funzionamento della Rete induce a toni meno entusiastici: il web, infatti, basato su un sistema di indirizzi numerici e nomi di dominio⁷, gestiti da un piccolo numero di grandi *corporations* che operano su scala globale e che formano, così, i nodi dominanti della rete, riattualizza il rapporto di forza, tipico della società della comunicazione di massa, tra utenti e gestori dei servizi telematici. Il singolo utente, infatti, non solo contribuisce al sistema comunicativo esclusivamente nelle forme e nei limiti predisposti dai gestori della rete, ma subisce anche, nell'utilizzo del servizio, forti limitazioni alla propria sfera di autonomia.

Tali limitazioni incidono, per un verso, sulla riservatezza dell'utente, a causa delle tracce (*cookies*) lasciate dietro di sé che consentono al fornitore del servizio di risalire ai dati anagrafici, ai tempi e ai luoghi di utilizzazione del servizio e, più in generale, a tutte le scelte compiute on-line dalla persona; per un altro, il potere conformativo delle tecnostrutture private condiziona la libertà di espressione dell'individuo, sottoposto a un pervasivo controllo sui contenuti ammessi a circolare nelle piattaforme telematiche. Non solo: i processi automatizzati di creazione e diffusione di notizie false o tendenziose, generati nelle e tramite le piattaforme on-line, hanno reso nuovamente attuale l'esigenza di garantire una certa *qualità* del discorso pubblico sul web, secondo una tendenza che ricorda i dibattiti novecenteschi intorno alla necessità di garantire e rafforzare il servizio pubblico radiotelevisivo.

In simile contesto, l'assunto che vede nella Rete un nuovo libero mercato delle idee⁸ è smentito alla prova dei fatti, alla luce delle sue concrete modalità di funzionamento: il web è costellato, infatti, di imprese che, situate in posizione oligopolistica o, addirittura, monopolistica⁹, gestiscono le infrastrutture in posizione di superiorità tecnica ed economica rispetto agli utenti.

Quale tecnologia di controllo, la Rete smentisce le originarie promesse di libertà, e rischia quindi di essere piegata al servizio dei nuovi poteri privati che ne gestiscono i nodi. Secondo un paradosso tipico della società della tecnica¹⁰, internet può divenire, da strumento al servizio dell'individuo, un ordinamento giuridico autonomo¹¹, portatore di fini antinomici al valore della persona umana. La tecnologia della Rete cessa, allora, di essere terreno neutrale di condivisione sociale, preludio di una società virtuale organizzata orizzontalmente: la sua neutralità è un

⁶ Cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972, 172, 176 e ss.

⁷ Su tale funzionamento, per tutti, P. COSTANZO, *La regolazione della Rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie telecomunicative (Safer Internet)*, in G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, 963.

⁸ Come sancito dalla sentenza della Corte suprema in *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), 885, che ha riferito la nota metafora del giudice Holmes nella *dissenting* di *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919), 630.

⁹ Da ultimo, su tali aspetti, A. MORELLI, O. POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 2020, 23.

¹⁰ V. M. HORCKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino, 1974, *passim*.

¹¹ Così T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in Id., *Liberté égalité internet*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 82, che pure si mostra fiducioso sulla *self-regulation* della Rete.

semplice «(...) fatto provvisorio»¹², che in realtà rimanda a un determinato assetto di poteri e, quindi, a nuove forme di imposizione di valori. In questo contesto, la dialettica individuo/autorità si ripropone in termini affatto nuovi: l'autonomia individuale non è più (o, comunque, non solo) minacciata dai poteri pubblici, ma da istituzioni private che si servono delle nuove forme di comunicazione per restringere i confini della sfera pubblica che, oramai «sequestrata» dalle tecnostrutture private¹³, smarrisce la stessa capacità di mediazione tra individuo e istituzioni.

Simile dinamica pone un ulteriore dilemma fondamentale, circa il ruolo che sono chiamati a giocare i poteri istituzionali previsti dalla Costituzione. Rimane da capire, infatti, se ad essi spetta registrare le dinamiche che si svolgono in settori o infrastrutture sottoposte alla gestione privatistica o se, invece, il pubblico potere debba tentare di correggere, nei limiti e nelle forme previste dall'ordinamento, gli squilibri esistenti¹⁴.

2. Davanti ai giudici: Casa Pound e Forza Nuova c. Facebook

Alcuni recenti casi giurisprudenziali tradiscono le relazioni antagonistiche che nascono nell'ambito dei servizi offerti dai gestori della Rete e, in particolare, delle piattaforme on-line. Si tratta di controversie sorte in relazione all'esercizio del potere gestorio da parte dei *social network* (e Facebook in particolare) rispetto ai contenuti espressivi che vengono diffusi dagli utenti.

La giurisdizione ordinaria è stata chiamata a dirimere, in sede cautelare, le controversie tra Facebook gli amministratori delle pagine *social* di alcuni partiti politici di estrema destra (Casa Pound e Forza Nuova), che si sono visti disattivare, dalla piattaforma, i relativi profili. A distanza di poche settimane, i giudici, chiamati a pronunciarsi su vicende simili sorte a seguito di azioni cautelari promosse da individui o soggetti politici, hanno dato risposte diverse e, per molti versi, contraddittorie¹⁵: in un primo caso, infatti, il giudice della cautela ha accolto la domanda di Casa Pound, ordinando la riattivazione della pagina dell'associazione¹⁶; in una seconda controversia, instaurata davanti al medesimo Tribunale, è stato respinto il ricorso promosso da Forza Nuova¹⁷, ed è stato configurato, in capo alla piattaforma, un obbligo giuridico di rimozione dei contenuti illeciti. Una posizione intermedia è stata invece assunta, *medio tempore*, dal Tribunale di Siena, che ha respinto il ricorso di un attivista di Casa Pound a fronte della rimozione del proprio *account*: ad avviso del giudice toscano la rimozione della pagina è conseguenza del mancato rispetto delle condizioni di uso, che legittimano la piattaforma ad esercitare il proprio diritto di recesso nell'ambito del rapporto contrattuale instaurato con l'utente¹⁸.

¹² C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni*, cit., 182.

¹³ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 241.

¹⁴ Per una ipotesi intermedia di co-regolamentazione (*best practices*, con controlli *ex post* affidati a soggetti pubblici terzi e imparziali), M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 2019, 829. Tale impostazione sembra rinvenirsi anche in quella dottrina che considera internet alla stregua di una formazione sociale: cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò-P. Passaglia (a cura di), *Internet e costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, 45 e ss.

¹⁵ In questo senso, v. C. MELZI D'ERIL-G.E. VIGEVANI, *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook: giudice che vai, soluzione che trovi*, in *IlSole-24ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 27 febbraio 2020.

¹⁶ Cfr. Trib. Roma, sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, da cui è sorto un dibattito ospitato sul blog della Società italiana di diritto internazionale con contributi di C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I* e di P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casa Pound c. Facebook*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>) 20 gennaio 2020.

¹⁷ Cfr. Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione civile, ord. 23 febbraio 2019.

¹⁸ Cfr. Trib. Siena, ord. 19 gennaio 2020.

Si tratta di giudizi ad alta tensione *assiologica*, che coinvolgono conflitti tra plurimi beni di rango costituzionale: da una parte, la pretesa del *social network* di selezionare i contenuti espressivi pubblicabili, pretesa da ascrivere alla sua libertà di organizzazione imprenditoriale e, secondo talune letture, al suo diritto di manifestazione del pensiero, il quale includerebbe «anche quello a non diffondere informazioni considerate lesive di valori fondamentali»¹⁹; dall'altra parte, la libertà di espressione della persona e dei soggetti politici che, ai sensi dell'art. 49 Cost., ricoprono una posizione costituzionale qualificata. Sullo sfondo, si stagliano questioni più ampie, relative al conflitto tra le esigenze di protezione della democrazia costituzionale e i margini di azione di soggetti o partiti politici portatori di ideologie collocate ai confini dell'ordine democratico, ma che pure contribuiscono a colorare il pluralismo politico e ideologico della Repubblica. Il tema dello scontro tra la democrazia e i suoi nemici incrocia, a sua volta, il problema del ruolo giocato dalle piattaforme on-line, dei limiti che queste incontrano nella conformazione dei diritti fondamentali o, viceversa, della problematica configurabilità, in capo ad esse, di una funzione di custodia dei contenuti della democrazia costituzionale.

Con la prima decisione, il Tribunale di Roma ha ordinato a Facebook di riattivare le pagine della «Associazione di promozione sociale Casa Pound Italia» e del suo amministratore, oscurate lo scorso settembre.

L'ordinanza, avverso la quale è stato annunciato reclamo da parte del *social network*, presenta molteplici profili di interesse, non solo per l'inquadramento del servizio prestato dalle piattaforme *social*, ma anche per le considerazioni relative ai discorsi d'odio (cd. *hate speech*) e al pluralismo politico.

Il giudice della cautela riconosce la natura contrattuale del rapporto che l'utente intrattiene con la piattaforma e degli obblighi, risultanti dalle condizioni generali del contratto (c.d. condizioni di uso), che il primo si impegna a rispettare al momento della registrazione. Tra queste ultime, ricoprono una posizione peculiare i cd. Standard della Community, volti a limitare le opinioni inneggianti all'odio, e cioè, ai sensi dello Standard n. 13, i «discors[i] violent[i] o disumanizzant[i]», «dirett[i] alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi»²⁰.

La violazione di tali regole autorizza la piattaforma a escludere o rimuovere dal servizio gli individui e le organizzazioni che diffondono simili messaggi. Ad avviso del giudice, il rapporto tra la piattaforma e l'utente non è però «assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi, in quanto una delle parti [...] ricopre una speciale posizione: tale speciale posizione comporta che

¹⁹ Così P. De SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali*, cit.

²⁰ Così recita lo Standard n. 13, rubricato «Incitamento all'odio»: «[n]on permettiamo su Facebook discorsi di incitazione all'odio perché creano un ambiente di intimidazione ed esclusione e, in alcuni casi, possono promuovere violenza reale. Definiamo i discorsi di incitazione all'odio come un attacco diretto alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi. Forniamo anche misure di protezione per lo status di immigrato. Definiamo l'attacco come un discorso violento o disumanizzante, dichiarazioni di inferiorità o incitazioni all'esclusione o alla segregazione. Gli attacchi vengono suddivisi in tre livelli di gravità, descritti di seguito. Talvolta si condividono contenuti altrui che incitano all'odio con lo scopo di sensibilizzare o informare le altre persone. In alcuni casi, parole o termini che potrebbero in altro modo violare i nostri standard vengono usati in modo autoreferenziale o per rafforzare una causa. Talvolta le persone esprimono disprezzo nell'ambito di una rottura. Altre volte usano un linguaggio tipico di un genere per controllare i membri di un gruppo di supporto sanitario o positivo, ad esempio un gruppo sull'allattamento al seno riservato alle donne. In tutti questi casi, consentiamo il contenuto, ma ci aspettiamo che le persone indichino chiaramente la loro intenzione, aiutandoci a capire meglio perché lo hanno condiviso. Quando l'intenzione non è chiara, possiamo rimuovere il contenuto. Consentiamo anche commenti umoristici e social su questi argomenti. Inoltre, riteniamo che l'uso della propria identità spinga le persone a essere più responsabili quando condividono questi tipi di commenti».

Facebook, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente».

I social network svolgono una funzione essenziale per «l'attuazione di principi cardine [...] dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (art. 49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso [...] dal dibattito politico italiano».

In tal senso, la rimozione della pagina di Casa Pound «si pone in contrasto con il diritto al pluralismo», comprimendo la «possibilità di esprimere messaggi politici» da parte dei ricorrenti.

Ad avviso del Tribunale, l'intervento censorio della piattaforma non può trovare giustificazione nell'asserita divulgazione di espressioni "odiose" che, secondo il *social network*, coinciderebbero ora con gli stessi scopi dell'Associazione, ora con i comportamenti violenti tenuti da alcuni militanti, di cui è stata data notizia tramite la stessa piattaforma. L'eventuale responsabilità penale per simili condotte, ascrivibili ad alcuni tesserati di Casa Pound, non può ricadere automaticamente su quest'ultima, privandola del diritto alla partecipazione al dibattito social.

La valutazione intorno alle finalità dell'Associazione, in ipotesi contrarie alla Costituzione, non rientra – prosegue l'autorità giurisdizionale – tra i compiti del giudizio cautelare, attenendo piuttosto alla cognizione di merito.

Di diverso orientamento è invece l'ordinanza del Tribunale di Siena dello scorso gennaio, pronunciata a seguito del ricorso di un militante di Casa Pound che si è visto disattivare l'*account* a seguito della pubblicazione di due messaggi "odiosi" (il secondo, rivolto a una persona determinata, di evidente contenuto diffamatorio). Ad avviso di tale giudice, Facebook non «può essere seriamente paragonata a un soggetto pubblico», offrendo un servizio che, «pur di indubbia rilevanza sociale e socialmente diffuso», ha natura «prettamente privatistic[a]». La violazione delle condizioni d'uso e, in particolare, dello Standard n. 13, consente al social network di rimuovere l'*account* dell'utente, non essendo tenuto «a dare preavviso prima di intraprendere azioni per rimuovere contenuti o pagine che violano gli Standard della Comunità», così esercitando, «nell'ambito di un accordo di diritto privato», una facoltà che rientra nel proprio diritto di recesso.

Tale pronuncia depolitizza la relazione tra Facebook e i suoi utenti, ricollocandola nella sfera privatistica del rapporto contrattuale: la rimozione dei profili è attività legittima ma facoltativa, nella disponibilità del soggetto che gestisce la piattaforma.

Nella successiva e, in ordine cronologico, ultima pronuncia emessa dal Tribunale di Roma, che ha respinto il ricorso promosso da Forza nuova, il rapporto viene invece nuovamente politicizzato, in senso però radicalmente opposto rispetto alla controversia instaurata, poche settimane prima, davanti al medesimo Tribunale da Casa Pound. Il social network non *può* discrezionalmente scegliere se intervenire bensì *deve* rimuovere le pagine che diffondono messaggi contrari alle *policies* di utilizzo del mezzo, in esecuzione di un dovere giuridico, di indole pubblicista, ricavabile da una congerie di norme di derivazione (anzitutto) internazionale e sovranazionale.

Il giudice offre una ampia panoramica della normativa internazionale e sovranazionale, ritenuta rilevante in *subiecta materia*: la motivazione spazia dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla giurisprudenza della Corte Edu, passando per la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale e per il Patto sui diritti civili e politici; dalla normativa sovranazionale primaria (Trattato sull'Unione europea e Carta dei diritti dei fondamentali dell'Unione europea) alla decisione quadro 2008/913/GAI concernente la lotta al razzismo e alla xenofobia mediante il diritto penale; dalla direttiva 2000/31/CE sugli aspetti giuridici dei servizi della società della informazione al Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online, sottoscritto dalla Commissione UE e da quattro attori del web (Facebook, Microsoft, Twitter and YouTube). Una menzione specifica viene poi dedicata alla

disciplina interna e, in particolare, alla normativa di contrasto alla discriminazione razziale (d.lgs. n. 215 del 2003) e alla normativa penalistica di cui all'art. 604-bis c.p., che punisce sia la propaganda fondata sull'odio razziale o etnico sia l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e alla legge n. 645 del 1952 (cd. legge Scelba), la quale sanziona le condotte connesse alla ricostituzione del partito fascista.

Tale agglomerato normativo porterebbe, ad avviso del giudice della cautela, ad escludere dall'oggetto tutelato dall'art. 21 Cost. i «discorsi ostili e discriminatori»; tale disposizione costituzionale andrebbe temperata con il necessario «rispetto degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117 Cost.», i quali arricchirebbero il novero dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, tra cui spiccano «il rispetto della dignità umana ed il divieto di ogni discriminazione, a garanzia dei diritti inviolabili spettanti ad ogni persona».

Nel caso di specie, le pagine riconducibili a Forza Nuova veicolano messaggi di «dubbia compatibilità costituzionale»: nel nostro sistema costituzionale «nessuna forza politica, pena la sua immediata chiusura e responsabilità penale, può esplicitamente rifarsi all'ideologia fascista, nazista al razzismo, alla xenofobia o, in generale, proclamare idee apertamente discriminatorie».

In tal senso, Facebook non avrebbe solo la *facoltà* di rimuovere contenuti estremi, contrari alla normativa citata, in virtù delle condizioni contrattuali unilateralmente imposte agli utenti per potere usufruire del servizio, ma sarebbe gravato da un vero e proprio *dovere* giuridico di rimozione, in virtù degli «obblighi imposti dal diritto sovranazionale» e, soprattutto, dall'apposito Codice di condotta concordato con la Commissione europea.

3. Ancora su Forza nuova c. Facebook: alcuni rilievi critici sul provvedimento

L'impianto argomentativo dell'ordinanza *Forza nuova c. Facebook* non persuade.

E' arduo desumere un obbligo di rimozione da discipline tra loro assai diverse per forza, rango ed ambito di applicazione: così, ad esempio, il riferimento alla Dichiarazione universale non può che avere un rilievo eminentemente persuasivo, vista la assoluta carenza di precettività del documento, così come è dubbio che la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale e i Patti civili e politici possano avere, in assenza di una esplicita presa di posizione della Corte costituzionale, il medesimo rango riconosciuto alla Cedu²¹.

Inoltre, il menzionato codice di condotta sottoscritto dalla Commissione e da alcune imprese operanti nella comunicazione digitale non pare possa sprigionare effetti al di fuori delle relazioni intercorrenti tra i sottoscrittori, non essendo dotato di efficacia *erga omnes* e comunque risultando privo del regime tipico delle fonti del diritto. La stessa normativa sovranazionale evocata ricomprende atti dal contenuto e dagli effetti assai differenti (si pensi, in particolare, alla decisione quadro del 2008/913/GAI, rivolta anzitutto agli Stati membri per l'armonizzazione delle risposte punitive in ordine alle forme di discriminazione razziale), da cui è difficile desumere una funzione di controllo esercitabile nei rapporti *inter privatorum*.

Peraltro, l'iscrizione a Facebook di una sorta di posizione di garanzia, idonea a configurare a suo carico una responsabilità giuridicamente rilevante in caso di omesso controllo, pare contrastare con alcune disposizioni di diritto positivo tra cui, in particolare, l'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, che esonera i prestatori di servizi di rete da un generale obbligo di sorveglianza²².

²¹ Cfr. le note pronunce di Corte cost., sentt. nn. 348-349 del 2007. Nel prosieguo della sua giurisprudenza, la Corte costituzionale ha riconosciuto il rango di fonte interposta alla Convenzione sui diritti del fanciullo (sent. n. 7 del 2013) e alla Carta sociale europea (sent. n. 120 del 2018).

²² Cfr. art. 17, comma 1, d.lgs. n. 70 del 2003, secondo il quale «[n]ella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o

In generale, è criticabile il presupposto metodologico che sembra ispirare l'ordinanza in questione, a tenore del quale sarebbero gli obblighi internazionali a conformare il contenuto (o quanto meno: a orientare l'interpretazione) delle disposizioni costituzionali. L'assunto deve essere rovesciato: è la normativa internazionale che deve essere letta alla luce della Costituzione, perché è questa a delineare il grado e la misura dell'apertura internazionale dell'ordinamento.

L'osservazione vale, soprattutto, per gli ampi riferimenti contenuti nel provvedimento alla Convenzione Edu e alla *case law* della sua Corte, i quali, pur integrando un parametro interposto di costituzionalità, non ricoprono lo stesso rango della Costituzione. Fin dalle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007, infatti, la Corte costituzionale ha sottolineato che la fonte convenzionale è chiamata a rispettare *tutte* le disposizioni costituzionali, in virtù del predominio assiologico-normativo della Carta costituzionale²³.

Questa *pretesa di egemonia* della Costituzione sulla Convenzione trova giustificazione nella struttura e nelle finalità dell'ordinamento convenzionale: nonostante sia in auge il tentativo di annoverare la Corte Edu tra i protagonisti della costituzionalizzazione dello spazio giuridico europeo²⁴, i meccanismi istituzionali e gli scopi della Convenzione sono irriducibili ai processi di integrazione politica che caratterizzano lo Stato costituzionale.

Non è sufficiente, infatti, una lontana comunanza assiologica, che trova le proprie radici nel *milieu* del costituzionalismo liberal-democratico, per assimilare la tutela offerta da Strasburgo alla garanzia delle libertà fondamentali predisposta dalla Costituzione. La Corte Edu, infatti, «privilegia puramente o esclusivamente la pretesa soggettiva di un individuo. Il ricorrente agisce *uti singulus*, non come cittadino: la domanda non presuppone il sinallagma (...) propriamente (...) sotteso al rapporto di cittadinanza»²⁵, che assegna diritti ma richiede contestualmente l'adempimento di specifici doveri nei confronti della comunità. I giudici di Strasburgo operano caso per caso, in uno spazio neutro sottratto ai principi della rappresentanza politica e — persino — della separazione dei poteri²⁶. Il sistema convenzionale non conosce modalità di distribuzione del potere simili a quelle contenute nella seconda parte della Costituzione, che rimanda a una organizzazione fondata anche sul criterio di maggioranza e sul principio dell'intermediazione legislativa²⁷.

La Corte Edu ha di mira, come fini ultimi, la realizzazione e il mantenimento di un ordinamento internazionale *derivato*, creato affinché non si ripetano, nel continente europeo, le atrocità commesse dai regimi nazi-fascisti. Nell'ottica dei giudici di Strasburgo, le opinioni eversive delle coordinate valoriali della Convenzione *possono* essere represses dagli Stati nazionali, perché altrimenti verrebbe meno la stessa ragion d'essere del trattato, «strumento costituzionale dell'ordine pubblico internazionale»²⁸. Lungi dal costituire strumento d'inclusione politica, collocate in una cornice che esalta un certo atomismo individuale emancipato dai concreti rapporti sociali e dai tipici conflitti della società pluralista, molte pronunce della Corte internazionale attenuano i processi nazionali di condivisione democratica alimentati dalla libertà di espressione,

memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

²³Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

²⁴ Cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2013, nonché O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, t. II, CEDAM, Padova, 2011, 1 e ss.

²⁵ Così A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 97.

²⁶ M. BIGNAMI, *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 4 luglio 2016, 7.

²⁷ Se si vuole, su questi aspetti, C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 2018, 1996 e ss.

²⁸ Corte Edu, *Case of Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, § 75(1995).

in coerenza con il *telos* di un sistema che non conosce la tensione “tragica” di molte delle Costituzioni europee del dopo-guerra, strette tra le opposte necessità di salvaguardare le valvole di sfogo del dissenso e la conservazione dell’ordine liberal-democratico. Per tale ragione, l’insistenza argomentativa del provvedimento sulla Convenzione e, più in generale, sulla normativa internazionale, mira a disegnare un meta-valore, un ordine pubblico in senso ideale che assorbe gli interessi che le norme interne intendono tutelare (ad es. l’onore e la reputazione di determinati gruppi sociali, la sicurezza pubblica, ecc.) e che gode di una presunzione assoluta di prevalenza rispetto alle libertà fondamentali disciplinate dalle Costituzioni nazionali. In altri termini, «lo spazio guadagnato nelle moderne democrazie pluralistiche dalla libertà di pensiero viene (...) occupato da un ordinamento ideale internazionale, ovvero da una Ragione universale, dalla quale i singoli ordinamenti (...) [traggono], se non vita, alimento»²⁹.

Inoltre, la giurisprudenza di Strasburgo deve essere valutata alla luce della funzione sussidiaria svolta dalla Corte Edu. Vi è un evidente salto logico nel desumere, da questa giurisprudenza, non solo (e non tanto) una facoltà ma un dovere giuridico generalizzato di intervento, a carico del potere pubblico e dei soggetti privati. Non va poi dimenticato che gli stessi giudici europei offrono potenzialmente tutela a tutte le opinioni *irriguardose*, che per loro natura «*shock, or disturb the State or any sector of the population*»³⁰, riservando la “ghigliottina” dell’abuso del diritto (art. 17 Cedu) solo ad alcune, ben determinate, tipologie espressive, riconducibili essenzialmente al negazionismo dell’Olocausto e alla propaganda antisemita³¹.

4. La forza gravitazionale del discorso pubblico e il necessario scrutinio di proporzionalità sulla censura privata

Più convincente è l’approccio libertario del primo provvedimento cautelare, pronunciato avverso Casa Pound. L’ordinanza incide sulla gestione privatistica di uno spazio comunicativo di rilievo pubblico che, in quanto tale, non può essere regolato secondo assoluta discrezionalità. Non può dubitarsi che la disabilitazione – senza preavviso e in mancanza di motivazione – di una intera pagina *social* integri una misura non proporzionata, lesiva della libertà di espressione di un soggetto collettivo che ricopre, ai sensi dell’art. 49 Cost., una posizione costituzionalmente qualificata. La libertà di manifestazione del pensiero, non diversamente dagli altri diritti fondamentali, non pone solo un’aspettativa di riconoscimento a carico dei pubblici poteri, ma sprigiona anche effetti orizzontali nei rapporti *inter privatorum* (la nota *Drittwirkung* della dottrina tedesca³²). A maggior ragione quando l’interesse confliggente assume le sembianze di un potere sociale, e cioè di una struttura che, per dimensioni e capacità di azione, è dotata di una *vis* conformativa delle situazioni individuali, l’organizzazione privata è tenuta, non diversamente dalla pubblica autorità, a rispettare il *contenuto essenziale* del diritto fondamentale.

Queste considerazioni trovano particolare declinazione in riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero: come si è argomentato altrove³³, questa non può essere ridotta a una mera situazione soggettiva *difensiva*, ad una pretesa all’astensione, da parte del pubblico

²⁹ Così M. MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di G. Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, 526.

³⁰ Corte Edu, *Handyside v. the United Kingdom*, §49 (1996).

³¹ Per la giurisprudenza convenzionale in materia, sia consentito rinviare a C. CARUSO, *L’hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quad. cost.*, 2017, 963 e ss.

³² Per una *summa* R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, 554 e ss.

³³ Cfr. C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 155 e ss., *Id.*, *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti». Una rilettura dell’art. 21 Cost.*, in *Quad. cost.*, 2013, 913 e ss.

potere, dalla sfera di libertà individuale. Il diritto tutelato dall'art. 21 Cost. assume piuttosto un significato *promozionale* di partecipazione, individuale e collettiva, ad un pubblico processo comunicativo di natura necessariamente conflittuale, ad un *discorso pubblico* che include, nella cornice democratica, anche l'opinione di chi rifiuta l'ordine assiologico dell'ordinamento repubblicano. L'arena discorsiva è una struttura comunicativa che sublima una *contesa politica* generata da soggetti abilitati a contestare gli stessi presupposti della discussione. L'iconografia del discorso pubblico non è data dalla composta riunione cittadina, controllata e supervisionata da un *chairman* che fissa l'agenda pubblica della discussione, ma dal multiforme dibattito originato dalle opinioni, magari irriverenti o moralmente esecrabili, dell'uomo della strada³⁴.

Poiché il discorso pubblico crea le premesse per una identificazione condivisa dei cittadini *nel conflitto*, esso postula una sostanziale neutralità valutativa sui contenuti della manifestazione del pensiero e un'impalcatura istituzionale che mantenga l'apertura e la pari possibilità di accesso ai canali di formazione della sfera discorsiva.

Questo principio di massima apertura vale non solo nei confronti del potere pubblico ma anche per le tecnostrutture private che detengono, in virtù della loro *posizione di fatto*, le chiavi di accesso al *public discourse*.

A ragione, allora, la prima ordinanza sottolinea come non sia sufficiente il generico riferimento alla divulgazione di presunti messaggi di odio per consentire l'esercizio del potere censorio: il c.d. *hate speech* è una categoria sociologica di matrice anglosassone, dai confini giuridicamente indefiniti, che rimanda ad una serie indeterminata di opinioni implicanti una qualche forma di risentimento. Tali messaggi, che presentano un rilievo giuridico di volta in volta differente, sono da sussumere in fattispecie distinte, volte a tutelare beni giuridici non collimanti, predisposte dall'ordinamento per offrire risposte differenziate nel *quomod o* e nel *quantum* sanzionatorio.

Così, almeno astrattamente e a prescindere dai casi di specie, *hate speech* è l'ingiuria (recentemente depenalizzata, ma in relazione alla quale permangono i tradizionali rimedi civilistici); è il vilipendio della bandiera e delle istituzioni; è la diffamazione semplice o aggravata (se realizzata con finalità discriminatorie); è la propaganda razzista, anche aggravata (se fondata sulla negazione, sulla grave minimizzazione o sull'apologia dei crimini di genocidio³⁵).

Non vi è dubbio che il menzionato Standard n. 13, adottato dalla piattaforma, tenti di definire e circoscrivere l'incitamento all'odio da rimuovere nell'arena digitale. Si tratta però di una definizione più ampia rispetto a quanto previsto dal diritto penale interno (che sanziona esclusivamente la propaganda di idee fondate sull'odio *razziale o etnico*, o l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi *razziali, etnici, nazionali o religiosi*), e comunque difettosa in punto di tassatività e determinatezza, rinviando a concetti semanticamente vaghi o altamente controversi.

Peraltro, non va dimenticato che alcuni *dicere* possono essere considerati, sul piano descrittivo, come discorsi odiosi nonostante risultino, sul piano giuridico, coperti dalla garanzia dell'art. 21 Cost. Si pensi a tutte quelle ipotesi in cui, alla luce delle circostanze concrete, il fatto di reato sia da

³⁴ A proposito della natura inclusiva e necessariamente conflittuale del discorso pubblico, merita di essere segnalato un provvedimento adottato da Trib. Bologna, ord. 22 febbraio 2006, che ha rigettato la richiesta cautelare, avanzata da un'associazione islamica, di inibizione della diffusione di manifesti propagandistici (ritenuti) di stampo discriminatorio e provenienti dalla Lega nord emiliano-romagnola. Ad avviso del giudice della cautela, non «può essere posto a fondamento di provvedimenti cautelari [una] (...) attività che (...) riflette anch'essa l'esercizio di diritti (manifestazione del pensiero, partecipazione alla vita politica) di rilevanza costituzionale. La risposta ad un'iniziativa quale la campagna di comunicazione in esame va data, dai singoli o dalle formazioni sociali, sul terreno politico, culturale, morale (...): spetterà ai cittadini formulare un giudizio, di adesione o disapprovazione, sulle ragioni e gli argomenti esposti dall'una e dall'altra parte».

³⁵ Sulla criminalizzazione europea delle diverse forme di negazionismo, da ultimo, v. E. FRONZA, *Memory and Punishment Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Springer, Dordrecht, 2018, 77 e ss.

scriminare perché riconducibile a quelle forme espressive qualificate capaci di prevalere, laddove sussistano le condizioni enucleate dalla giurisprudenza, sugli eventuali interessi contrapposti (il diritto di cronaca, critica, satira, etc.)³⁶.

In ogni caso, non è sufficiente riferirsi a un generico concetto di dignità umana per dare copertura alle più varie limitazioni della libertà di espressione.

Sfuggente sul piano dei confini giuridico-dogmatici, il riferimento alla dignità si traduce in un vero e proprio argomento *knock-down* che chiude la discussione in partenza, «sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo volto a ridurre, nei limiti del possibile, l'indeterminatezza del suo contenuto, fluttuante e inafferrabile, soprattutto in rapporto all'esigenza di concedere legittimo spazio a eventuali contro-interessi antagonisti»³⁷.

La stessa norma penale che sanziona la propaganda razzista non è priva di profili di incostituzionalità, nella parte in cui sanziona un *tipo* di opinione in assenza di una clausola di pericolo capace di conferire maggiore concretezza alla fattispecie, formulata nei termini di un delitto di pericolo presunto.

Potrebbe così applicarsi alla propaganda di idee razziste quanto stabilito dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 415 c.p., dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva che l'istigazione all'odio tra le classi sociali potesse essere sanzionata solo se perpetrata con modalità pericolose per la tranquillità pubblica³⁸.

L'introduzione di una clausola di pericolo concentrerebbe il disvalore penale sulle modalità esecutive della condotta piuttosto che sul contenuto delle opinioni, consentendo una ponderazione giudiziale delle modalità realizzative del fatto (tempo, luogo, mezzo di diffusione, etc.).

La maggiore determinatezza della fattispecie condurrebbe, poi, ad una ridefinizione del bene giuridico tutelato: l'astratto ed eccessivamente pervasivo principio di dignità umana si avvicinerebbe al concetto di ordine pubblico materiale, sinonimo di uno stato di pace verificabile per via empirica. In tal senso, non è da escludere che il singolo messaggio diffuso tramite *social* possa integrare un discorso d'odio penalmente rilevante; un conto però è riconoscere una facoltà di rimozione di un determinato contenuto, altro è configurare un dovere di controllo del social network che escluda in *radice* determinati soggetti o formazioni politiche dall'accesso alla piattaforma a causa dei rispettivi orientamenti politici.

Non si vuole, in questa sede, predicare la necessità di un'apertura indiscriminata a qualsiasi forma espressiva: il concetto di limite, lo ha ricordato la Corte costituzionale nella sua prima pronuncia, «è insito nel concetto di diritto e (...) nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»³⁹.

Ciò che si vuole sostenere è, più moderatamente, che Facebook, in quanto espressione di un *potere istituzionale* conformativo di diritti e situazioni individuali, non può arbitrariamente disporre del servizio, comminando sanzioni non proporzionate alla condotta tenuta o alla violazione perpetuata e in assenza di contraddittorio con gli utenti, veri e propri soggetti deboli del rapporto contrattuale.

³⁶ Sul punto diffusamente M. MONTI, *Le Internet platforms*, cit., 817.

³⁷ Così A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene giuridico penalmente rilevante*, in *diritto & questioni pubbliche* (<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>), 11/2011, 888.

³⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 108 del 1974. Sul punto sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Dignità degli «altri»*, cit., 816 e ss.

³⁹ Corte cost., sent. n. 1 del 1956.

5. La legge Scelba e il divieto di ricostituire il disciolto partito fascista: maneggiare con cura

Queste considerazioni valgono anche quando il *social banning* riguarda forze politiche situate ai confini della democrazia pluralista. Le finalità perseguite da tali organizzazioni non sono di per sé idonee a giustificare il generale oscuramento delle loro pagine.

In effetti, non è sufficiente la *bad tendency* (la “cattiva inclinazione”) delle idee e/o dei programmi perseguiti da un soggetto politico affinché questo sia escluso dalla *agorà*, anche laddove quest’ultima sia in realtà una “piazza” digitale sottoposta al potere manageriale del privato. Il principio pluralista (in tutte le sue diverse declinazioni: di opinione, partitico, sociale etc.) irradia l’ordine politico: le sue eventuali limitazioni devono trovare un esplicito fondamento in Costituzione ed essere oggetto di stretta interpretazione.

Non è possibile, dunque, evocare una generica contrarietà alla Costituzione degli obiettivi programmatici di Casa Pound o Forza Nuova per giustificarne l’esclusione dalla sfera pubblica *in via generale e preventiva*. Vero è che la XII disposizione transitoria della Costituzione vieta, sotto qualsiasi forma, la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ma tale limite deve essere soggetto a una rigorosa *actio finium regundorum*⁴⁰.

Come ebbe a dire Palmiro Togliatti, autore dell’emendamento, nella discussione in Costituente intorno ai limiti dell’associazionismo partitico, il divieto di ricostituzione non ha ad oggetto un *concetto vago e indefinito*, capace di portare a una trasformazione militante dell’ordine democratico, bensì un *fatto storicamente determinato*, coincidente con quel movimento politico «che prese corpo in Italia dal 1919 fino al 25 luglio 1943, e che si chiamò fascismo»⁴¹.

Non vi è dubbio che le intenzioni dei Costituenti – i quali volevano segnare una netta cesura rispetto al passato piuttosto che realizzare una chiusura *pro futuro* dello spazio democratico nei confronti di partiti o movimenti estremisti – siano state in parte alterate dalla legge Scelba che, nell’attuare la stessa XII disp. trans., ne ha allargato surrettiziamente l’ambito di applicazione. In effetti, l’intervento legislativo non si limita a un generico riferimento al disciolto partito fascista ma contiene un tentativo di definizione contenutistica: fascista è quell’associazione, quel «movimento o comunque [quel] gruppo di persone [...] che] persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, *esaltando, minacciando o usando la violenza* quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista»⁴².

Nella prassi, tuttavia, la disposizione è stata rigorosamente interpretata: la legge Scelba non è stata di ostacolo all’inclusione nell’arco istituzionale del Movimento Sociale Italiano e ha trovato sporadiche applicazioni, ad esempio in occasione dello scioglimento delle formazioni di estrema destra “Ordine Nuovo” (1973), “Avanguardia nazionale” (1976) e “Fronte nazionale” (2000).

Gli stessi reati di opinione, previsti dalla l. n. 645 del 1952 a mo’ di corollario del divieto di riorganizzazione del partito fascista, sono stati puntualmente delimitati dalla Corte costituzionale, ad avviso della quale sono punibili esclusivamente le manifestazioni o le condotte apologetiche realizzate con modalità tali da risultare potenzialmente in grado di ricostituire il partito fascista⁴³.

⁴⁰ Per una opinione diversa v. invece F. PALLANTE, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 20 gennaio 2020.

⁴¹ Così Togliatti, nella I Sottocommissione, seduta del 19 novembre 1946. In generale su questo dibattito G.E. VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della negazione della shoah*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2014.

⁴² Art. 1, l. n. 645 del 1952 (corsivo aggiunto).

⁴³ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 1 del 1957, 74 del 1958, 15 del 1973.

Nella esegesi della legge Scelba, dunque, assume rilievo dirimente il requisito della violenza come metodo di lotta politica; non è sufficiente una ideologia ultra-conservatrice o contraria, in senso lato, ai valori della Costituzione affinché una determinata organizzazione sia bandita dal sistema democratico.

Simile interpretazione trova una serie di conferme sistematiche nel testo della Costituzione, ad esempio nel divieto di costituire organizzazioni militari per perseguire scopi politici (art. 18, comma 2, Cost.) o nel “metodo democratico” (art. 49 Cost.) quale condizione per la giuridica esistenza dei partiti politici (da intendersi come necessario rispetto della dialettica democratica “esterna” ai partiti medesimi), e risulta coerente con la genesi storica del partito fascista.

Come ribadito dal poderoso romanzo storico di Antonio Scurati⁴⁴, il fascismo, in Italia, è sorto quale movimento contro-rivoluzionario ispirato da un «alveare di contraddizioni»⁴⁵, da una cinica e opportunistica *ideologia della negazione*⁴⁶ che gli ha consentito di perseguire un’ampia gamma di opzioni politiche in nome della *conquista violenta* del potere e del suo *mantenimento autoritario*.

In ogni caso, non possono certo essere i poteri privati, sotto-forma di *social network*, a conferire patenti di liceità costituzionale ai soggetti politici.

Sarebbe questa una soluzione che presenterebbe il costo, non indifferente, di delocalizzare le sedi istituzionali deputate alla custodia della democrazia costituzionale, muovendo un ulteriore passo verso quel processo di appropriazione della Costituzione ad opera di soggetti privati e impolitici, che ha preso il nome, inquietante ed evocativo, di costituzionalismo civile o societario⁴⁷.

Lo stigma fascista può marchiare Casa Pound solo all’esito di un procedimento composito (art. 3, l. n. 645 del 1952), che vede intervenire sia la giurisdizione sia l’esecutivo: alla prima spetta pronunciare una sentenza *motivata*, da emettere a seguito di un pubblico dibattito che accerti l’avvenuta riorganizzazione delle associazioni vietate dall’art. 1; al secondo, e in particolare al Ministro dell’interno, compete l’adozione del provvedimento di scioglimento, di cui è politicamente responsabile nei confronti del Parlamento e, in senso lato, della pubblica opinione.

L’evocazione di messaggi d’odio, nella strategia difensiva del *social network*, consente di adottare una vera e propria censura privata, realizzata senza alcun contraddittorio, in nome della *politically correctness* e di una ortodossia costituzionale sicuramente estranea alla vocazione pluralista della Carta del 1947, fondata sul conflitto e sull’eterogeneità politica in vista dell’accettazione del *metodo democratico* e non dei *contenuti della democrazia*⁴⁸.

Persino chi, come Ronald Dworkin, ha più insistito per una *moral reading* della Costituzione, ha messo in guardia, in uno degli ultimi scritti prima della sua scomparsa, dai nuovi «nemici» della libertà di espressione, che pretendono di limitare la «pietra angolare»⁴⁹ del sistema democratico «in nome della giustizia, piuttosto che della tirannia»⁵⁰.

La Costituzione italiana accetta senz’altro un moderato oggettivismo morale, perché mira a riaffermare un ideale di giustizia *sub specie aeternitatis*.

Anche gli ordinamenti democratici e pluralisti tendono all’unità politica, a delineare cioè una comunità ordinata intorno ad alcuni fini politici fondamentali, da riaffermare e proteggere quotidianamente. Il punto cruciale sta, allora, nella scelta degli strumenti migliori per garantire

⁴⁴ A. SCURATI, *M. Il figlio del secolo*, Bompiani, Milano, 2018.

⁴⁵ Così U. ECO, *Il fascismo eterno*, La Nave di Teseo, Milano, 2017, 25.

⁴⁶ In questi termini, N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia*, Baldini & Castoldi, Milano, 1997, 61 e ss.

⁴⁷ Secondo la teorizzazione di G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005, 105 e ss.

⁴⁸ In questo senso G. E. VIGEVANI, *Radici della costituzione*, cit., 17.

⁴⁹ Così Corte cost., sent. n. 84 del 1969.

⁵⁰ R. DWORKIN, *Foreword*, in I. Hare-J. Weinstein (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, v.

tale ordine senza compromettere l'identità pluralista dello Stato costituzionale, senza rinunciare, in altri termini, ad un processo di integrazione politica aperto e plurale.

Non è possibile, in questa sede, sciogliere tale nodo cruciale ma si può, quanto meno, abbozzare una risposta *via negationis*: non è attraverso la criminalizzazione delle opinioni o tramite un potere censorio affidato ai «nuovi e vitalissimi giganti di silicio»⁵¹ che lo Stato costituzionale può mantenere le promesse di libertà ed eguaglianza su cui è stato edificato.

Consulta Online

⁵¹ In questi termini, S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 339.

CORRADO CARUSO

I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei *social network*

SOMMARIO: 1. I conflitti al tempo della Rete. – 2. Davanti ai giudici: Casa Pound e Forza Nuova c. Facebook. – 3. Ancora su Forza nuova c. Facebook: alcuni rilievi critici sul provvedimento. – 4. La forza gravitazionale del discorso pubblico e il necessario scrutinio di proporzionalità sulla censura privata. – 5. La legge Scelba e il divieto di ricostituire il disciolto partito fascista: maneggiare con cura

1. I conflitti al tempo della Rete

L'avvento della Rete ha contribuito alla trasformazione delle strutture della società e, di conseguenza, dei conflitti che innervano il tessuto sociale. Alle contrapposizioni tra la persona e il potere pubblico, situate entro la tradizionale dialettica individuo/autorità, vanno affiancandosi conflitti tra soggetti privati e, in particolare, tra la persona che usufruisce, in posizione di subalternità, dei servizi e i titolari delle infrastrutture. Internet ha, infatti, favorito la nascita di nuove relazioni sociologiche collocate nella cornice dello scambio di informazioni attraverso apparati tecnologici. Il conflitto sociale è, ormai, anche lotta per la conoscenza, per il controllo e per l'accesso alle fonti di informazione¹.

I nuovi conflitti politico-sociali innescati dalla Rete implicano anche rinnovati conflitti giuridico-costituzionali. Come ha evidenziato Pasquale Costanzo nella sua seminale voce enciclopedica, la Rete possiede un duplice volto che guarda, per un verso, al potenziamento delle libertà fondamentali e, per un altro, in ragione delle sue capacità diffusive, al pregiudizio di altri beni che pure trovano fondamento nella Carta costituzionale².

La Rete è assunta al rango, tanto promettente quanto impegnativo, di «tecnologia di libertà», al servizio dell'auto-realizzazione individuale e delle potenzialità creative dell'essere umano. Con riferimento alla libera manifestazione del pensiero, ad esempio, internet ha contribuito a riequilibrare il rapporto tra autorità e individuo, riscrivendo «i codici (...) del potere nel loro rapporto con (...) il popolo sovrano»³. La circolazione in tempo reale di notizie ha ridotto l'asimmetria informativa tra governanti e governati, contribuendo a creare, su scala globale, uno spazio discorsivo pubblico, ove trovano posto quelle interazioni comunicative che sviluppano la partecipazione e l'autonomia politica della persona, storicamente sviluppatesi entro i circoscritti confini nazionali dei singoli stati liberal-democratici.

Per tali ragioni, l'introduzione di limiti *ad hoc* pensati per la diffusione di messaggi via web deve essere oggetto di attenta ponderazione, tentando di evitare, per quanto possibile, «sortite di (...) fervore puritano»⁴ capaci di provocare un "effetto raggelante" (*chilling effect*) su forme espressive coperte dalla garanzia dell'art. 21 Cost. Solo laddove vi sia una chiara evidenza di maggiore pericolosità dello strumento di internet rispetto ad altri mezzi sarebbero giustificati orientamenti giurisprudenziali o discipline positive particolarmente restrittive⁵.

¹ Tra i primi, A. TOURAINE, *Critica della modernità*, Giuffrè, Milano, 1993, 179.

² Cfr. P. COSTANZO, *Internet*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg.*, Torino, Utet, 2000, 357, 364. Se si vuole, v. anche C. CARUSO, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) 2012.

³ Così G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 368.

⁴ P. COSTANZO, *Internet*, cit., 357.

⁵ P. COSTANZO, *Internet*, cit., 364.

D'altro canto, un attento sguardo alle infrastrutture di internet suggerisce di abbandonare atteggiamenti candidamente ottimistici, volti ad estinguere, *in ogni caso*, controlli eteronomi (di natura, soprattutto pubblicistica) sulle fonti di diffusione del messaggio, quasi che un generale *laissez-faire* istituzionale sia servente, *sempre e comunque*, alla palingenesi dell'*homo digitalis*.

Simile atteggiamento, che rimanda a un processo tipico della società contemporanea, pervasa dalla «religione del miracolo tecnico, dell'azione umana e del dominio della natura», tradisce una concezione del progresso tecnologico quale terreno comune, neutrale e a-politico, di condivisione sociale⁶.

Il concreto funzionamento della Rete induce a toni meno entusiastici: il web, infatti, basato su un sistema di indirizzi numerici e nomi di dominio⁷, gestiti da un piccolo numero di grandi *corporations* che operano su scala globale e che formano, così, i nodi dominanti della rete, riattualizza il rapporto di forza, tipico della società della comunicazione di massa, tra utenti e gestori dei servizi telematici. Il singolo utente, infatti, non solo contribuisce al sistema comunicativo esclusivamente nelle forme e nei limiti predisposti dai gestori della rete, ma subisce anche, nell'utilizzo del servizio, forti limitazioni alla propria sfera di autonomia. Tali limitazioni incidono, per un verso, sulla riservatezza dell'utente, a causa delle tracce (*cookies*) lasciate dietro di sé che consentono al fornitore del servizio di risalire ai dati anagrafici, ai tempi e ai luoghi di utilizzazione del servizio e, più in generale, a tutte le scelte compiute on-line dalla persona; per un altro, il potere conformativo delle tecnostutture private condiziona la libertà di espressione dell'individuo, sottoposto a un pervasivo controllo sui contenuti ammessi a circolare nelle piattaforme telematiche. Non solo: i processi automatizzati di creazione e diffusione di notizie false o tendenziose, generati nelle e tramite le piattaforme on-line, hanno reso nuovamente attuale l'esigenza di garantire una certa *qualità* del discorso pubblico sul web, secondo una tendenza che ricorda i dibattiti novecenteschi intorno alla necessità di garantire e rafforzare il servizio pubblico radiotelevisivo.

In simile contesto, l'assunto che vede nella Rete un nuovo libero mercato delle idee⁸ è smentito alla prova dei fatti, alla luce delle sue concrete modalità di funzionamento: il web è costellato, infatti, di imprese che, situate in posizione oligopolistica o, addirittura, monopolistica⁹, gestiscono le infrastrutture in posizione di superiorità tecnica ed economica rispetto agli utenti.

Quale tecnologia di controllo, la Rete smentisce le originarie promesse di libertà, e rischia quindi di essere piegata al servizio dei nuovi poteri privati che ne gestiscono i nodi. Secondo un paradosso tipico della società della tecnica¹⁰, internet può divenire, da strumento al servizio dell'individuo, un ordinamento giuridico autonomo¹¹, portatore di fini antinomici al valore della persona umana. La tecnologia della Rete cessa, allora, di essere terreno neutrale di condivisione sociale, preludio di una società virtuale organizzata orizzontalmente: la sua neutralità è un semplice «(...) fatto provvisorio»¹², che in realtà rimanda a un determinato assetto di poteri e, quindi, a nuove forme di

⁶ Cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972, 172, 176 e ss.

⁷ Su tale funzionamento, per tutti, P. COSTANZO, *La regolazione della Rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie telecomunicative (Safer Internet)*, in G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, 963.

⁸ Come sancito dalla sentenza della Corte suprema in *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), 885, che ha riferito la nota metafora del giudice Holmes nella *dissenting* di *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919), 630.

⁹ Da ultimo, su tali aspetti, A. MORELLI, O. POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 2020, 23.

¹⁰ V. M. HORCKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino, 1974, *passim*.

¹¹ Così T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in Id., *Liberté égalité internet*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 82, che pure si mostra fiducioso sulla *self-regulation* della Rete.

¹² C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni*, cit., 182.

imposizione di valori. In questo contesto, la dialettica individuo/autorità si ripropone in termini affatto nuovi: l'autonomia individuale non è più (o, comunque, non solo) minacciata dai poteri pubblici, ma da istituzioni private che si servono delle nuove forme di comunicazione per restringere i confini della sfera pubblica che, oramai «sequestrata» dalle tecnostrutture private¹³, smarrisce la stessa capacità di mediazione tra individuo e istituzioni.

Simile dinamica pone un ulteriore dilemma fondamentale, circa il ruolo che sono chiamati a giocare i poteri istituzionali previsti dalla Costituzione. Rimane da capire, infatti, se ad essi spetta registrare le dinamiche che si svolgono in settori o infrastrutture sottoposte alla gestione privatistica o se, invece, il pubblico potere debba tentare di correggere, nei limiti e nelle forme previste dall'ordinamento, gli squilibri esistenti¹⁴.

2. Davanti ai giudici: Casa Pound e Forza Nuova c. Facebook

Alcuni recenti casi giurisprudenziali tradiscono le relazioni antagonistiche che nascono nell'ambito dei servizi offerti dai gestori della Rete e, in particolare, delle piattaforme on-line. Si tratta di controversie sorte in relazione all'esercizio del potere gestorio da parte dei *social network* (e Facebook in particolare) rispetto ai contenuti espressivi che vengono diffusi dagli utenti.

La giurisdizione ordinaria è stata chiamata a dirimere, in sede cautelare, le controversie tra Facebook gli amministratori delle pagine *social* di alcuni partiti politici di estrema destra (Casa Pound e Forza Nuova), che si sono visti disattivare, dalla piattaforma, i relativi profili. A distanza di poche settimane, i giudici, chiamati a pronunciarsi su vicende simili sorte a seguito di azioni cautelari promosse da individui o soggetti politici, hanno dato risposte diverse e, per molti versi, contraddittorie¹⁵: in un primo caso, infatti, il giudice della cautela ha accolto la domanda di Casa Pound, ordinando la riattivazione della pagina dell'associazione¹⁶; in una seconda controversia, instaurata davanti al medesimo Tribunale, è stato respinto il ricorso promosso da Forza Nuova¹⁷, ed è stato configurato, in capo alla piattaforma, un obbligo giuridico di rimozione dei contenuti illeciti. Una posizione intermedia è stata invece assunta, *medio tempore*, dal Tribunale di Siena, che ha respinto il ricorso di un attivista di Casa Pound fronte della rimozione del proprio *account*: ad avviso del giudice toscano la rimozione della pagina è conseguenza del mancato rispetto delle condizioni di uso, che legittimano la piattaforma ad esercitare il proprio diritto di recesso nell'ambito del rapporto contrattuale instaurato con l'utente¹⁸.

Si tratta di giudizi ad alta tensione *assiologica*, che coinvolgono conflitti tra plurimi beni di rango costituzionale: da una parte, la pretesa del *social network* di selezionare i contenuti espressivi pubblicabili, pretesa da ascrivere alla sua libertà di organizzazione imprenditoriale e, secondo talune

¹³ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 241.

¹⁴ Per una ipotesi intermedia di co-regolamentazione (*best practices*, con controlli *ex post* affidati a soggetti pubblici terzi e imparziali), M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 2019, 829. Tale impostazione sembra rinvenirsi anche in quella dottrina che considera internet alla stregua di una formazione sociale: cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò-P. Passaglia (a cura di), *Internet e costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, 45 e ss.

¹⁵ In questo senso, v. C. MELZI D'ERIL-G.E. VIGEVANI, *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook: giudice che vai, soluzione che trovi*, in *IlSole-24ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 27 febbraio 2020.

¹⁶ Cfr. Trib. Roma, sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, da cui è sorto un dibattito ospitato sul blog della Società italiana di diritto internazionale con contributi di C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I* e di P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casa Pound c. Facebook*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>) 20 gennaio 2020.

¹⁷ Cfr. Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione civile, ord. 23 febbraio 2019.

¹⁸ Cfr. Trib. Siena, ord. 19 gennaio 2020.

letture, al suo diritto di manifestazione del pensiero, il quale includerebbe «anche quello a non diffondere informazioni considerate lesive di valori fondamentali»¹⁹; dall'altra parte, la libertà di espressione della persona e dei soggetti politici che, ai sensi dell'art. 49 Cost., ricoprono una posizione costituzionale qualificata. Sullo sfondo, si stagliano questioni più ampie, relative al conflitto tra le esigenze di protezione della democrazia costituzionale e i margini di azione di soggetti o partiti politici portatori di ideologie collocate ai confini dell'ordine democratico, ma che pure contribuiscono a colorare il pluralismo politico e ideologico della Repubblica. Il tema dello scontro tra la democrazia e i suoi nemici incrocia, a sua volta, il problema del ruolo giocato dalle piattaforme on-line, dei limiti che queste incontrano nella conformazione dei diritti fondamentali o, viceversa, della problematica configurabilità, in capo ad esse, di una funzione di custodia dei contenuti della democrazia costituzionale.

Con la prima decisione, il Tribunale di Roma ha ordinato a Facebook di riattivare le pagine della «Associazione di promozione sociale Casa Pound Italia» e del suo amministratore, oscurate lo scorso settembre.

L'ordinanza, avverso la quale è stato annunciato reclamo da parte del *social network*, presenta molteplici profili di interesse, non solo per l'inquadramento del servizio prestato dalle piattaforme *social*, ma anche per le considerazioni relative ai discorsi d'odio (cd. *hate speech*) e al pluralismo politico.

Il giudice della cautela riconosce la natura contrattuale del rapporto che l'utente intrattiene con la piattaforma e degli obblighi, risultanti dalle condizioni generali del contratto (c.d. condizioni di uso), che il primo si impegna a rispettare al momento della registrazione. Tra queste ultime, ricoprono una posizione peculiare i cd. Standard della Community, volti a limitare le opinioni inneggianti all'odio, e cioè, ai sensi dello Standard n. 13, i «discors[i] violent[i] o disumanizzant[i]», «dirett[i] alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi»²⁰.

La violazione di tali regole autorizza la piattaforma a escludere o rimuovere dal servizio gli individui e le organizzazioni che diffondono simili messaggi. Ad avviso del giudice, il rapporto tra la piattaforma e l'utente non è però «assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi, in quanto una delle parti [...] ricopre una speciale posizione: tale speciale posizione comporta che Facebook, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente».

¹⁹ Così P. De SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali*, cit.

²⁰ Così recita lo Standard n. 13, rubricato «Incitamento all'odio»: «[n]on permettiamo su Facebook discorsi di incitazione all'odio perché creano un ambiente di intimidazione ed esclusione e, in alcuni casi, possono promuovere violenza reale. Definiamo i discorsi di incitazione all'odio come un attacco diretto alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi. Forniamo anche misure di protezione per lo status di immigrato. Definiamo l'attacco come un discorso violento o disumanizzante, dichiarazioni di inferiorità o incitazioni all'esclusione o alla segregazione. Gli attacchi vengono suddivisi in tre livelli di gravità, descritti di seguito. Talvolta si condividono contenuti altrui che incitano all'odio con lo scopo di sensibilizzare o informare le altre persone. In alcuni casi, parole o termini che potrebbero in altro modo violare i nostri standard vengono usati in modo autoreferenziale o per rafforzare una causa. Talvolta le persone esprimono disprezzo nell'ambito di una rottura. Altre volte usano un linguaggio tipico di un genere per controllare i membri di un gruppo di supporto sanitario o positivo, ad esempio un gruppo sull'allattamento al seno riservato alle donne. In tutti questi casi, consentiamo il contenuto, ma ci aspettiamo che le persone indichino chiaramente la loro intenzione, aiutandoci a capire meglio perché lo hanno condiviso. Quando l'intenzione non è chiara, possiamo rimuovere il contenuto. Consentiamo anche commenti umoristici e social su questi argomenti. Inoltre, riteniamo che l'uso della propria identità spinga le persone a essere più responsabili quando condividono questi tipi di commenti».

I social network svolgono una funzione essenziale per «l'attuazione di principi cardine [...] dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (art. 49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso [...] dal dibattito politico italiano».

In tal senso, la rimozione della pagina di Casa Pound «si pone in contrasto con il diritto al pluralismo», comprimendo la «possibilità di esprimere messaggi politici» da parte dei ricorrenti.

Ad avviso del Tribunale, l'intervento censorio della piattaforma non può trovare giustificazione nell'asserita divulgazione di espressioni "odiose" che, secondo il *social network*, coinciderebbero ora con gli stessi scopi dell'Associazione, ora con i comportamenti violenti tenuti da alcuni militanti, di cui è stata data notizia tramite la stessa piattaforma. L'eventuale responsabilità penale per simili condotte, ascrivibili ad alcuni tesserati di Casa Pound, non può ricadere automaticamente su quest'ultima, privandola del diritto alla partecipazione al dibattito social.

La valutazione intorno alle finalità dell'Associazione, in ipotesi contrarie alla Costituzione, non rientra – prosegue l'autorità giurisdizionale – tra i compiti del giudizio cautelare, attenendo piuttosto alla cognizione di merito.

Di diverso orientamento è invece l'ordinanza del Tribunale di Siena dello scorso gennaio, pronunciata a seguito del ricorso di un militante di Casa Pound che si è visto disattivare l'*account* a seguito della pubblicazione di due messaggi "odiosi" (il secondo, rivolto a una persona determinata, di evidente contenuto diffamatorio). Ad avviso di tale giudice, Facebook non «può essere seriamente paragonata a un soggetto pubblico», offrendo un servizio che, «pur di indubbia rilevanza sociale e socialmente diffuso», ha natura «prettamente privatistic[a]». La violazione delle condizioni d'uso e, in particolare, dello Standard n. 13, consente al social network di rimuovere l'*account* dell'utente, non essendo tenuto «a dare preavviso prima di intraprendere azioni per rimuovere contenuti o pagine che violano gli Standard della Comunità», così esercitando, «nell'ambito di un accordo di diritto privato», una facoltà che rientra nel proprio diritto di recesso.

Tale pronuncia depolitizza la relazione tra Facebook e i suoi utenti, ricollocandola nella sfera privatistica del rapporto contrattuale: la rimozione dei profili è attività legittima ma facoltativa, nella disponibilità del soggetto che gestisce la piattaforma.

Nella successiva e, in ordine cronologico, ultima pronuncia emessa dal Tribunale di Roma, che ha respinto il ricorso promosso da Forza nuova, il rapporto viene invece nuovamente politicizzato, in senso però radicalmente opposto rispetto alla controversia instaurata, poche settimane prima, davanti al medesimo Tribunale da Casa Pound. Il social network non può discrezionalmente scegliere se intervenire bensì *deve* rimuovere le pagine che diffondono messaggi contrari alle *policies* di utilizzo del mezzo, in esecuzione di un dovere giuridico, di indole pubblicista, ricavabile da una congerie di norme di derivazione (anzitutto) internazionale e sovranazionale.

Il giudice offre una ampia panoramica della normativa internazionale e sovranazionale, ritenuta rilevante in *subiecta materia*: la motivazione spazia dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla giurisprudenza della Corte Edu, passando per la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale e per il Patto sui diritti civili e politici; dalla normativa sovranazionale primaria (Trattato sull'Unione europea e Carta dei diritti dei fondamentali dell'Unione europea) alla decisione quadro 2008/913/GAI concernente la lotta al razzismo e alla xenofobia mediante il diritto penale; dalla direttiva 2000/31/CE sugli aspetti giuridici dei servizi della società della informazione al Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online, sottoscritto dalla Commissione UE e da quattro attori del web (Facebook, Microsoft, Twitter and YouTube). Una menzione specifica viene poi dedicata alla disciplina interna e, in particolare, alla normativa di contrasto alla discriminazione razziale (d.lgs. n. 215 del 2003) e alla normativa penalistica di cui all'art. 604-*bis* c.p., che punisce sia la propaganda fondata sull'odio razziale o etnico sia l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici,

nazionali o religiosi, e alla legge n. 645 del 1952 (cd. legge Scelba), la quale sanziona le condotte connesse alla ricostituzione del partito fascista.

Tale agglomerato normativo porterebbe, ad avviso del giudice della cautela, ad escludere dall'oggetto tutelato dall'art. 21 Cost. i «discorsi ostili e discriminatori»; tale disposizione costituzionale andrebbe temperata con il necessario «rispetto degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117 Cost.», i quali arricchirebbero il novero dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, tra cui spiccano «il rispetto della dignità umana ed il divieto di ogni discriminazione, a garanzia dei diritti inviolabili spettanti ad ogni persona».

Nel caso di specie, le pagine riconducibili a Forza Nuova veicolano messaggi di «dubbia compatibilità costituzionale»: nel nostro sistema costituzionale «nessuna forza politica, pena la sua immediata chiusura e responsabilità penale, può esplicitamente rifarsi all'ideologia fascista, nazista al razzismo, alla xenofobia o, in generale, proclamare idee apertamente discriminatorie».

In tal senso, Facebook non avrebbe solo la *facoltà* di rimuovere contenuti estremi, contrari alla normativa citata, in virtù delle condizioni contrattuali unilateralmente imposte agli utenti per potere usufruire del servizio, ma sarebbe gravato da un vero e proprio *dovere* giuridico di rimozione, in virtù degli «obblighi imposti dal diritto sovranazionale» e, soprattutto, dall'apposito Codice di condotta concordato con la Commissione europea.

3. Ancora su Forza nuova c. Facebook: alcuni rilievi critici sul provvedimento

L'impianto argomentativo dell'ordinanza *Forza nuova c. Facebook* non persuade.

E' arduo desumere un obbligo di rimozione da discipline tra loro assai diverse per forza, rango ed ambito di applicazione: così, ad esempio, il riferimento alla Dichiarazione universale non può che avere un rilievo eminentemente persuasivo, vista la assoluta carenza di precettività del documento, così come è dubbio che la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale e i Patti civili e politici possano avere, in assenza di una esplicita presa di posizione della Corte costituzionale, il medesimo rango riconosciuto alla Cedu²¹.

Inoltre, il menzionato codice di condotta sottoscritto dalla Commissione e da alcune imprese operanti nella comunicazione digitale non pare possa sprigionare effetti al di fuori delle relazioni intercorrenti tra i sottoscrittori, non essendo dotato di efficacia *erga omnes* e comunque risultando privo del regime tipico delle fonti del diritto. La stessa normativa sovranazionale evocata ricomprende atti dal contenuto e dagli effetti assai differenti (si pensi, in particolare, alla decisione quadro del 2008/913/GAI, rivolta anzitutto agli Stati membri per l'armonizzazione delle risposte punitive in ordine alle forme di discriminazione razziale), da cui è difficile desumere una funzione di controllo esercitabile nei rapporti *inter privatorum*.

Peraltro, l'ascrizione a Facebook di una sorta di posizione di garanzia, idonea a configurare a suo carico una responsabilità giuridicamente rilevante in caso di omesso controllo, pare contrastare con alcune disposizioni di diritto positivo tra cui, in particolare, l'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, che esonera i prestatori di servizi di rete da un generale obbligo di sorveglianza²².

²¹ Cfr. le note pronunce di Corte cost., sentt. nn. 348-349 del 2007. Nel prosieguo della sua giurisprudenza, la Corte costituzionale ha riconosciuto il rango di fonte interposta alla Convenzione sui diritti del fanciullo (sent. n. 7 del 2013) e alla Carta sociale europea (sent. n. 120 del 2018).

²² Cfr. art. 17, comma 1, d.lgs. n. 70 del 2003, secondo il quale «[n]ella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

In generale, è criticabile il presupposto metodologico che sembra ispirare l'ordinanza in questione, a tenore del quale sarebbero gli obblighi internazionali a conformare il contenuto (o quanto meno: a orientare l'interpretazione) delle disposizioni costituzionali. L'assunto deve essere rovesciato: è la normativa internazionale che deve essere letta alla luce della Costituzione, perché è questa a delineare il grado e la misura dell'apertura internazionale dell'ordinamento.

L'osservazione vale, soprattutto, per gli ampi riferimenti contenuti nel provvedimento alla Convenzione Edu e alla *case law* della sua Corte, i quali, pur integrando un parametro interposto di costituzionalità, non ricoprono lo stesso rango della Costituzione. Fin dalle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007, infatti, la Corte costituzionale ha sottolineato che la fonte convenzionale è chiamata a rispettare *tutte* le disposizioni costituzionali, in virtù del predominio assiologico-normativo della Carta costituzionale²³.

Questa *pretesa di egemonia* della Costituzione sulla Convenzione trova giustificazione nella struttura e nelle finalità dell'ordinamento convenzionale: nonostante sia in auge il tentativo di annoverare la Corte Edu tra i protagonisti della costituzionalizzazione dello spazio giuridico europeo²⁴, i meccanismi istituzionali e gli scopi della Convenzione sono irriducibili ai processi di integrazione politica che caratterizzano lo Stato costituzionale.

Non è sufficiente, infatti, una lontana comunanza assiologica, che trova le proprie radici nel *milieu* del costituzionalismo liberal-democratico, per assimilare la tutela offerta da Strasburgo alla garanzia delle libertà fondamentali predisposta dalla Costituzione. La Corte Edu, infatti, «privilegia puramente o esclusivamente la pretesa soggettiva di un individuo. Il ricorrente agisce *uti singulus*, non come cittadino: la domanda non presuppone il sinallagma (...) propriamente (...) sotteso al rapporto di cittadinanza»²⁵, che assegna diritti ma richiede contestualmente l'adempimento di specifici doveri nei confronti della comunità. I giudici di Strasburgo operano caso per caso, in uno spazio neutro sottratto ai principi della rappresentanza politica e — persino — della separazione dei poteri²⁶. Il sistema convenzionale non conosce modalità di distribuzione del potere simili a quelle contenute nella seconda parte della Costituzione, che rimanda a una organizzazione fondata anche sul criterio di maggioranza e sul principio dell'intermediazione legislativa²⁷.

La Corte Edu ha di mira, come fini ultimi, la realizzazione e il mantenimento di un ordinamento internazionale *derivato*, creato affinché non si ripetano, nel continente europeo, le atrocità commesse dai regimi nazi-fascisti. Nell'ottica dei giudici di Strasburgo, le opinioni eversive delle coordinate valoriali della Convenzione *possono* essere represses dagli Stati nazionali, perché altrimenti verrebbe meno la stessa ragion d'essere del trattato, «strumento costituzionale dell'ordine pubblico internazionale»²⁸. Lungi dal costituire strumento d'inclusione politica, collocate in una cornice che esalta un certo atomismo individuale emancipato dai concreti rapporti sociali e dai tipici conflitti della società pluralista, molte pronunce della Corte internazionale attenuano i processi nazionali di condivisione democratica alimentati dalla libertà di espressione, in coerenza con il *telos* di un sistema che non conosce la tensione "tragica" di molte delle Costituzioni europee del dopo-guerra, strette tra le opposte necessità di salvaguardare le valvole di sfogo del dissenso e

²³Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

²⁴ Cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2013, nonché O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, t. II, CEDAM, Padova, 2011, 1 e ss.

²⁵ Così A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 97.

²⁶ M. BIGNAMI, *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 4 luglio 2016, 7.

²⁷ Se si vuole, su questi aspetti, C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 2018, 1996 e ss.

²⁸ Corte Edu, *Case of Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, § 75(1995).

la conservazione dell'ordine liberal-democratico. Per tale ragione, l'insistenza argomentativa del provvedimento sulla Convenzione e, più in generale, sulla normativa internazionale, mira a disegnare un meta-valore, un ordine pubblico in senso ideale che assorbe gli interessi che le norme interne intendono tutelare (ad es. l'onore e la reputazione di determinati gruppi sociali, la sicurezza pubblica, ecc.) e che gode di una presunzione assoluta di prevalenza rispetto alle libertà fondamentali disciplinate dalle Costituzioni nazionali. In altri termini, «lo spazio guadagnato nelle moderne democrazie pluralistiche dalla libertà di pensiero viene (...) occupato da un ordinamento ideale internazionale, ovvero da una Ragione universale, dalla quale i singoli ordinamenti (...) [traggono], se non vita, alimento»²⁹.

Inoltre, la giurisprudenza di Strasburgo deve essere valutata alla luce della funzione sussidiaria svolta dalla Corte Edu. Vi è un evidente salto logico nel desumere, da questa giurisprudenza, non solo (e non tanto) una facoltà ma un dovere giuridico generalizzato di intervento, a carico del potere pubblico e dei soggetti privati. Non va poi dimenticato che gli stessi giudici europei offrono potenzialmente tutela a tutte le opinioni *irriguardose*, che per loro natura «*shock, or disturb the State or any sector of the population*»³⁰, riservando la “ghigliottina” dell'abuso del diritto (art. 17 Cedu) solo ad alcune, ben determinate, tipologie espressive, riconducibili essenzialmente al negazionismo dell'Olocausto e alla propaganda antisemita³¹.

4. La forza gravitazionale del discorso pubblico e il necessario scrutinio di proporzionalità sulla censura privata

Più convincente è l'approccio libertario del primo provvedimento cautelare, pronunciato avverso Casa Pound. L'ordinanza incide sulla gestione privatistica di uno spazio comunicativo di rilievo pubblico che, in quanto tale, non può essere regolato secondo assoluta discrezionalità. Non può dubitarsi che la disabilitazione – senza preavviso e in mancanza di motivazione – di una intera pagina *social* integri una misura non proporzionata, lesiva della libertà di espressione di un soggetto collettivo che ricopre, ai sensi dell'art. 49 Cost., una posizione costituzionalmente qualificata. La libertà di manifestazione del pensiero, non diversamente dagli altri diritti fondamentali, non pone solo un'aspettativa di riconoscimento a carico dei pubblici poteri, ma sprigiona anche effetti orizzontali nei rapporti *inter privatorum* (la nota *Drittwirkung* della dottrina tedesca³²). A maggior ragione quando l'interesse confliggente assume le sembianze di un potere sociale, e cioè di una struttura che, per dimensioni e capacità di azione, è dotata di una *vis* conformativa delle situazioni individuali, l'organizzazione privata è tenuta, non diversamente dalla pubblica autorità, a rispettare il *contenuto essenziale* del diritto fondamentale.

Queste considerazioni trovano particolare declinazione in riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero: come si è argomentato altrove³³, questa non può essere ridotta a una mera situazione soggettiva *difensiva*, ad una pretesa all'astensione, da parte del pubblico potere, dalla sfera di libertà individuale. Il diritto tutelato dall'art. 21 Cost. assume piuttosto un significato

²⁹ Così M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di G. Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, 526.

³⁰ Corte Edu, *Handy side v. the United Kingdom*, §49 (1996).

³¹ Per la giurisprudenza convenzionale in materia, sia consentito rinviare a C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quad. cost.*, 2017, 963 e ss.

³² Per una *summa* R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, 554 e ss.

³³ Cfr. C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 155 e ss., *Id.*, *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti». Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. cost.*, 2013, 913 e ss.

promozionale di partecipazione, individuale e collettiva, ad un pubblico processo comunicativo di natura necessariamente conflittuale, ad un *discorso pubblico* che include, nella cornice democratica, anche l'opinione di chi rifiuta l'ordine assiologico dell'ordinamento repubblicano. L'arena discorsiva è una struttura comunicativa che sublima una *contesa politica* generata da soggetti abilitati a contestare gli stessi presupposti della discussione. L'iconografia del discorso pubblico non è data dalla composta riunione cittadina, controllata e supervisionata da un *chairman* che fissa l'agenda pubblica della discussione, ma dal multiforme dibattito originato dalle opinioni, magari irriverenti o moralmente esecrabili, dell'uomo della strada³⁴.

Poiché il discorso pubblico crea le premesse per una identificazione condivisa dei cittadini *nel conflitto*, esso postula una sostanziale neutralità valutativa sui contenuti della manifestazione del pensiero e un'impalcatura istituzionale che mantenga l'apertura e la pari possibilità di accesso ai canali di formazione della sfera discorsiva. Questo principio di massima apertura vale non solo nei confronti del potere pubblico ma anche per le tecnostrutture private che detengono, in virtù della loro *posizione di fatto*, le chiavi di accesso al *public discourse*.

A ragione, allora, la prima ordinanza sottolinea come non sia sufficiente il generico riferimento alla divulgazione di presunti messaggi di odio per consentire l'esercizio del potere censorio: il c.d. *hate speech* è una categoria sociologica di matrice anglosassone, dai confini giuridicamente indefiniti, che rimanda ad una serie indeterminata di opinioni implicanti una qualche forma di risentimento. Tali messaggi, che presentano un rilievo giuridico di volta in volta differente, sono da sussumere in fattispecie distinte, volte a tutelare beni giuridici non collimanti, predisposte dall'ordinamento per offrire risposte differenziate nel *quomodo* e nel *quantum* sanzionatorio.

Così, almeno astrattamente e a prescindere dai casi di specie, *hate speech* è l'ingiuria (recentemente depenalizzata, ma in relazione alla quale permangono i tradizionali rimedi civilistici); è il vilipendio della bandiera e delle istituzioni; è la diffamazione semplice o aggravata (se realizzata con finalità discriminatorie); è la propaganda razzista, anche aggravata (se fondata sulla negazione, sulla grave minimizzazione o sull'apologia dei crimini di genocidio³⁵). Non vi è dubbio che il menzionato Standard n. 13, adottato dalla piattaforma, tenti di definire e circoscrivere l'incitamento all'odio da rimuovere nell'arena digitale. Si tratta però di una definizione più ampia rispetto a quanto previsto dal diritto penale interno (che sanziona esclusivamente la propaganda di idee fondate sull'odio *razziale o etnico*, o l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi *razziali, etnici, nazionali o religiosi*), e comunque difettosa in punto di tassatività e determinatezza, rinviando a concetti semanticamente vaghi o altamente controversi.

Peraltro, non va dimenticato che alcuni *dicere* possono essere considerati, sul piano descrittivo, come discorsi odiosi nonostante risultino, sul piano giuridico, coperti dalla garanzia dell'art. 21 Cost. Si pensi a tutte quelle ipotesi in cui, alla luce delle circostanze concrete, il fatto di reato sia da scriminare perché riconducibile a quelle forme espressive qualificate capaci di prevalere, laddove

³⁴ A proposito della natura inclusiva e necessariamente conflittuale del discorso pubblico, merita di essere segnalato un provvedimento adottato da Trib. Bologna, ord. 22 febbraio 2006, che ha rigettato la richiesta cautelare, avanzata da un'associazione islamica, di inibizione della diffusione di manifesti propagandistici (ritenuti) di stampo discriminatorio e provenienti dalla Lega nord emiliano-romagnola. Ad avviso del giudice della cautela, non «può essere posto a fondamento di provvedimenti cautelari [una] (...) attività che (...) riflette anch'essa l'esercizio di diritti (manifestazione del pensiero, partecipazione alla vita politica) di rilevanza costituzionale. La risposta ad un'iniziativa quale la campagna di comunicazione in esame va data, dai singoli o dalle formazioni sociali, sul terreno politico, culturale, morale (...): spetterà ai cittadini formulare un giudizio, di adesione o disapprovazione, sulle ragioni e gli argomenti esposti dall'una e dall'altra parte».

³⁵ Sulla criminalizzazione europea delle diverse forme di negazionismo, da ultimo, v. E. FRONZA, *Memory and Punishment Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Springer, Dordrecht, 2018, 77 e ss.

sussistano le condizioni enucleate dalla giurisprudenza, sugli eventuali interessi contrapposti (il diritto di cronaca, critica, satira, etc.)³⁶.

In ogni caso, non è sufficiente riferirsi a un generico concetto di dignità umana per dare copertura alle più varie limitazioni della libertà di espressione.

Sfuggente sul piano dei confini giuridico-dogmatici, il riferimento alla dignità si traduce in un vero e proprio argomento *knock-down* che chiude la discussione in partenza, «sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo volto a ridurre, nei limiti del possibile, l'indeterminatezza del suo contenuto, fluttuante e inafferrabile, soprattutto in rapporto all'esigenza di concedere legittimo spazio a eventuali contro-interessi antagonisti»³⁷.

La stessa norma penale che sanziona la propaganda razzista non è priva di profili di incostituzionalità, nella parte in cui sanziona un *tipo* di opinione in assenza di una clausola di pericolo capace di conferire maggiore concretezza alla fattispecie, formulata nei termini di un delitto di pericolo presunto.

Potrebbe così applicarsi alla propaganda di idee razziste quanto stabilito dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 415 c.p., dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva che l'istigazione all'odio tra le classi sociali potesse essere sanzionata solo se perpetrata con modalità pericolose per la tranquillità pubblica³⁸.

L'introduzione di una clausola di pericolo concentrerebbe il disvalore penale sulle modalità esecutive della condotta piuttosto che sul contenuto delle opinioni, consentendo una ponderazione giudiziale delle modalità realizzative del fatto (tempo, luogo, mezzo di diffusione, etc.).

La maggiore determinatezza della fattispecie condurrebbe, poi, ad una ridefinizione del bene giuridico tutelato: l'astratto ed eccessivamente pervasivo principio di dignità umana si avvicinerrebbe al concetto di ordine pubblico materiale, sinonimo di uno stato di pace verificabile per via empirica.

In tal senso, non è da escludere che il singolo messaggio diffuso tramite *social* possa integrare un discorso d'odio penalmente rilevante; un conto però è riconoscere una facoltà di rimozione di un determinato contenuto, altro è configurare un dovere di controllo del social network che escluda in *radice* determinati soggetti o formazioni politiche dall'accesso alla piattaforma a causa dei rispettivi orientamenti politici.

Non si vuole, in questa sede, predicare la necessità di un'apertura indiscriminata a qualsiasi forma espressiva: il concetto di limite, lo ha ricordato la Corte costituzionale nella sua prima pronuncia, «è insito nel concetto di diritto e (...) nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»³⁹.

Ciò che si vuole sostenere è, più moderatamente, che Facebook, in quanto espressione di un *potere istituzionale* conformativo di diritti e situazioni individuali, non può arbitrariamente disporre del servizio, comminando sanzioni non proporzionate alla condotta tenuta o alla violazione perpetuata e in assenza di contraddittorio con gli utenti, veri e propri soggetti deboli del rapporto contrattuale.

³⁶ Sul punto diffusamente M. MONTI, *Le Internet platforms*, cit., 817.

³⁷ Così A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene giuridico penalmente rilevante*, in *diritto & questioni pubbliche* (<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>), 11/2011, 888.

³⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 108 del 1974. Sul punto sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Dignità degli «altri»*, cit., 816 e ss.

³⁹ Corte cost., sent. n. 1 del 1956.

5. *La legge Scelba e il divieto di ricostituire il disciolto partito fascista: maneggiare con cura*

Queste considerazioni valgono anche quando il *social banning* riguarda forze politiche situate ai confini della democrazia pluralista. Le finalità perseguite da tali organizzazioni non sono di per sé idonee a giustificare il generale oscuramento delle loro pagine. In effetti, non è sufficiente la *bad tendency* (la “cattiva inclinazione”) delle idee e/o dei programmi perseguiti da un soggetto politico affinché questo sia escluso dalla *agorà*, anche laddove quest’ultima sia in realtà una “piazza” digitale sottoposta al potere manageriale del privato. Il principio pluralista (in tutte le sue diverse declinazioni: di opinione, partitico, sociale etc.) irradia l’ordine politico: le sue eventuali limitazioni devono trovare un esplicito fondamento in Costituzione ed essere oggetto di stretta interpretazione.

Non è possibile, dunque, evocare una generica contrarietà alla Costituzione degli obiettivi programmatici di Casa Pound o Forza Nuova per giustificarne l’esclusione dalla sfera pubblica *in via generale e preventiva*. Vero è che la XII disposizione transitoria della Costituzione vieta, sotto qualsiasi forma, la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ma tale limite deve essere soggetto a una rigorosa *actio finium regundorum*⁴⁰.

Come ebbe a dire Palmiro Togliatti, autore dell’emendamento, nella discussione in Costituente intorno ai limiti dell’associazionismo partitico, il divieto di ricostituzione non ha ad oggetto un *concetto vago e indefinito*, capace di portare a una trasformazione militante dell’ordine democratico, bensì un *fatto storicamente determinato*, coincidente con quel movimento politico «che prese corpo in Italia dal 1919 fino al 25 luglio 1943, e che si chiamò fascismo»⁴¹.

Non vi è dubbio che le intenzioni dei Costituenti – i quali volevano segnare una netta cesura rispetto al passato piuttosto che realizzare una chiusura *pro futuro* dello spazio democratico nei confronti di partiti o movimenti estremisti – siano state in parte alterate dalla legge Scelba che, nell’attuare la stessa XII disp. trans., ne ha allargato surrettiziamente l’ambito di applicazione.

In effetti, l’intervento legislativo non si limita a un generico riferimento al disciolto partito fascista ma contiene un tentativo di definizione contenutistica: fascista è quell’associazione, quel «movimento o comunque [quel] gruppo di persone [...] che] persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, *esaltando, minacciando o usando la violenza* quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista»⁴².

Nella prassi, tuttavia, la disposizione è stata rigorosamente interpretata: la legge Scelba non è stata di ostacolo all’inclusione nell’arco istituzionale del Movimento Sociale Italiano e ha trovato sporadiche applicazioni, ad esempio in occasione dello scioglimento delle formazioni di estrema destra “Ordine Nuovo” (1973), “Avanguardia nazionale” (1976) e “Fronte nazionale” (2000). Gli stessi reati di opinione, previsti dalla l. n. 645 del 1952 a mo’ di corollario del divieto di riorganizzazione del partito fascista, sono stati puntualmente delimitati dalla Corte costituzionale, ad avviso della quale sono punibili esclusivamente le manifestazioni o le condotte apologetiche realizzate con modalità tali da risultare potenzialmente in grado di ricostituire il partito fascista⁴³.

⁴⁰ Per una opinione diversa v. invece F. PALLANTE, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 20 gennaio 2020.

⁴¹ Così Togliatti, nella I Sottocommissione, seduta del 19 novembre 1946. In generale su questo dibattito G.E. VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della negazione della shoah*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2014.

⁴² Art. 1, l. n. 645 del 1952 (corsivo aggiunto).

⁴³ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 1 del 1957, 74 del 1958, 15 del 1973.

Nella esegesi della legge Scelba, dunque, assume rilievo dirimente il requisito della violenza come metodo di lotta politica; non è sufficiente una ideologia ultra-conservatrice o contraria, in senso lato, ai valori della Costituzione affinché una determinata organizzazione sia bandita dal sistema democratico.

Simile interpretazione trova una serie di conferme sistematiche nel testo della Costituzione, ad esempio nel divieto di costituire organizzazioni militari per perseguire scopi politici (art. 18, comma 2, Cost.) o nel “metodo democratico” (art. 49 Cost.) quale condizione per la giuridica esistenza dei partiti politici (da intendersi come necessario rispetto della dialettica democratica “esterna” ai partiti medesimi), e risulta coerente con la genesi storica del partito fascista.

Come ribadito dal poderoso romanzo storico di Antonio Scurati⁴⁴, il fascismo, in Italia, è sorto quale movimento contro-rivoluzionario ispirato da un «alveare di contraddizioni»⁴⁵, da una cinica e opportunistica *ideologia della negazione*⁴⁶ che gli ha consentito di perseguire un’ampia gamma di opzioni politiche in nome della *conquista violenta* del potere e del suo *mantenimento autoritario*.

In ogni caso, non possono certo essere i poteri privati, sotto-forma di *social network*, a conferire patenti di liceità costituzionale ai soggetti politici. Sarebbe questa una soluzione che presenterebbe il costo, non indifferente, di delocalizzare le sedi istituzionali deputate alla custodia della democrazia costituzionale, muovendo un ulteriore passo verso quel processo di appropriazione della Costituzione ad opera di soggetti privati e impolitici, che ha preso il nome, inquietante ed evocativo, di costituzionalismo civile o societario⁴⁷.

Lo stigma fascista può marchiare Casa Pound solo all’esito di un procedimento composito (art. 3, l. n. 645 del 1952), che vede intervenire sia la giurisdizione sia l’esecutivo: alla prima spetta pronunciare una sentenza *motivata*, da emettere a seguito di un pubblico dibattimento che accerti l’avvenuta riorganizzazione delle associazioni vietate dall’art. 1; al secondo, e in particolare al Ministro dell’interno, compete l’adozione del provvedimento di scioglimento, di cui è politicamente responsabile nei confronti del Parlamento e, in senso lato, della pubblica opinione.

L’evocazione di messaggi d’odio, nella strategia difensiva del *social network*, consente di adottare una vera e propria censura privata, realizzata senza alcun contraddittorio, in nome della *politically correctness* e di una ortodossia costituzionale sicuramente estranea alla vocazione pluralista della Carta del 1947, fondata sul conflitto e sull’eterogeneità politica in vista dell’accettazione del *metodo democratico* e non dei *contenuti della democrazia*⁴⁸.

Persino chi, come Ronald Dworkin, ha più insistito per una *moral reading* della Costituzione, ha messo in guardia, in uno degli ultimi scritti prima della sua scomparsa, dai nuovi «nemici» della libertà di espressione, che pretendono di limitare la «pietra angolare»⁴⁹ del sistema democratico «in nome della giustizia, piuttosto che della tirannia»⁵⁰.

La Costituzione italiana accetta senz’altro un moderato oggettivismo morale, perché mira a riaffermare un ideale di giustizia *sub specie aeternitatis*.

Anche gli ordinamenti democratici e pluralisti tendono all’unità politica, a delineare cioè una comunità ordinata intorno ad alcuni fini politici fondamentali, da riaffermare e proteggere quotidianamente.

⁴⁴ A. SCURATI, *M. Il figlio del secolo*, Bompiani, Milano, 2018.

⁴⁵ Così U. ECO, *Il fascismo eterno*, La Nave di Teseo, Milano, 2017, 25.

⁴⁶ In questi termini, N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia*, Baldini&Castoldi, Milano, 1997, 61 e ss.

⁴⁷ Secondo la teorizzazione di G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005, 105 e ss.

⁴⁸ In questo senso G. E. VIGEVANI, *Radici della costituzione*, cit., 17.

⁴⁹ Così Corte cost., sent. n. 84 del 1969.

⁵⁰ R. DWORKIN, *Foreword*, in I. Hare-J. Weinstein (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, v.

Il punto cruciale sta, allora, nella scelta degli strumenti migliori per garantire tale ordine senza compromettere l'identità pluralista dello Stato costituzionale, senza rinunciare, in altri termini, ad un processo di integrazione politica aperto e plurale.

Non è possibile, in questa sede, sciogliere tale nodo cruciale ma si può, quanto meno, abbozzare una risposta *via negationis*: non è attraverso la criminalizzazione delle opinioni o tramite un potere censorio affidato ai «nuovi e vitalissimi giganti di silicio»⁵¹ che lo Stato costituzionale può mantenere le promesse di libertà ed eguaglianza su cui è stato edificato.

Consulta Online

⁵¹ In questi termini, S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 339.

ELISABETTA CATELANI

Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I presupposti della democrazia: libertà d'informazione nelle sue varie accezioni. – 3. Interventi dell'UE al fine di contrastare la disinformazione. – 4. La legge tedesca per migliorare la tutela dei diritti sui *social network*: una soluzione estendibile? - 5. *Fake news, hate speech e post truth*: le varie forme di contrasto all'art. 21 Cost. – 6. Infodemia, *sharp power* e *fake news* durante l'emergenza sanitaria Covid-19. – 7. Dubbi ed incertezze sulle modalità per consentire il mantenimento dei presupposti della democrazia

1. *Introduzione*

Una constatazione ormai ricorrente a livello mondiale è data dall'esistenza di una crisi della democrazia, crisi che non fa (ancora) venir meno l'essenza e l'importanza della democrazia, ma ne può determinare una trasformazione. Obiettivo di questo contributo è, pertanto, cercare di comprendere come le nuove tecnologie possono interferire su tale evoluzione.

Gli studi sulla crisi della democrazia hanno interessato un po' tutti i settori delle scienze sociali con criteri d'indagine molto diversi e giungendo parimenti a valutazioni divergenti. Alcuni hanno parlato di *Post democrazia* (Colin Crouch) di *Controdemocrazia* (Pierre Rosanvallon) o si sono domandati cosa può accadere *Dopo la democrazia* (Ralf Dahrendorf). Parimenti in Italia giuristi come Gustavo Zagrebelsky hanno affrontato il tema de *La difficile democrazia* o filosofi politici come Norberto Bobbio hanno dedicato molti dei propri studi a capire l'evoluzione della democrazia¹. Ciascuno di essi è indirizzato a comprendere le ragioni ed a ricercare soluzioni a tale crisi con proposte molto diverse, ma tutti partendo da una constatazione comune, ossia che la delegittimazione dei partiti e della politica ha determinato la formazione di un concetto diverso di democrazia. Si tratta di ricostruzioni importanti che tuttavia tenevano conto di profili storici di contesto che ormai hanno subito un'evoluzione. Si parlava dinanzi alla crisi economica post 2007/2008 della necessità della decisione di soggetti esterni ai partiti. Alcuni, come Claus Offe² in modo radicale hanno messo in evidenza che i partiti, anziché svolgere una funzione di informazione verso i cittadini su quello che si deve fare "si limitano ad agire opportunisticamente per mantenere il potere", cosicché l'unica via è quella di affidare ai tecnocrati l'adozione di questi provvedimenti che i politici non sono in grado, né possono fare. Dice in particolare Claus Offe che "*la democrazia e il regime parlamentare sono incompatibili con ciò che si deve fare adesso*" e quindi è necessario affidare ai tecnocrati che siano interni allo Stato o espressione dell'UE queste scelte. Ma la tecnocrazia, dice Offe, è antidemocratica.

**Queste riflessioni hanno origine in un contributo presentato in lingua spagnola al XIV Congresso iberoamericano de derecho constitucional, Buenos Aires, 21/23 maggio 2019, su La democracia representativa en crisis con una relazione dal titolo Fake news y democracia: ¿hacia una democracia tecnológica? Il contributo è stato poi interamente rivisto, in onore del Prof. Costanzo, anche alla luce delle novità sorte durante il periodo dell'emergenza sanitaria 2020.*

¹ Si fa riferimento ai titoli dei noti libri degli Autori richiamati che hanno trattato il tema dell'evoluzione della democrazia. Per quanto attiene l'Italia può poi essere utile ricordare oltre a G. ZAGREBELSKY, sia i lavori di uno dei più noti scienziati della politica quale GIOVANNI SARTORI ed in particolare *La democrazia in trenta lezioni*, Mondadori ed., Milano, 2008, sia NORBERTO BOBBIO considerato "*al tempo stesso il massimo teorico del diritto e il massimo filosofo della politica nella seconda metà del novecento*" che, fra i tanti scritti ha affrontato direttamente il tema in *Liberalismo e Democrazia*, Simonelli editore, Milano, 2006 e in *Quale democrazia?*, Morcelliana ed., Brescia, 2009.

² Claus Offe, sociologo politico collaboratore di Jurgen Habermas, è uno degli esponenti dell'attuale scuola di Francoforte che ha affrontato recentemente l'impatto che ha la politica sull'opinione pubblica. Da ultimo vedi l'intervista di A. CAVALLI a CLAUD OFFE, in *Il Mulino*, 5, 2012.

Altri, invece, mettono in evidenza un cambiamento della democrazia, ossia si sottolinea il fatto che il cittadino non si limita ad un controllo ed una verifica sull'operato del politico e dell'amministrazione una volta ogni quattro/cinque anni nel momento elettorale e con la semplice "scelta" dei rappresentanti, ma con continuità o direttamente attraverso l'incremento dell'uso dei *referendum* abrogativi e propositivi, oppure attraverso organi che ne garantiscano la correttezza. Ciò fa affermare a Rosanvallon che "un processo di legittimazione del potere è quello prodotto dall'imparzialità garantita dalle autorità indipendenti che vigilano per evitare che alcuni si appropriino delle istituzioni in maniera partigiana".

Non si può tuttavia non tener conto che questa trasformazione dell'essenza della democrazia è stata fortemente provocata dall'evoluzione della tecnologia e dalla nascita di sistemi d'informazione e, spesso, di disinformazione dell'elettorato. Tutti aspetti che hanno alterato le caratteristiche fondamentali della democrazia rappresentativa, così come conosciuta e studiata fino al secolo scorso. Si è realizzata in altre parole un'evoluzione nel rapporto fra eletti ed elettori determinando una crisi di quei *cleavage* della rappresentanza connessi all'esistenza stessa dei partiti³, crisi che non resta limitata alle singole sovranità, ma si evolve anche nei rapporti fra gli Stati.

Non è certamente possibile, in questa sede, indagare le cause generali della trasformazione del rapporto fra cittadini elettori e la politica, ma l'esperienza europea e quella italiana di questi ultimi anni possono costituire una chiave di lettura di una tendenza ad un incremento del populismo che è presente in molte realtà statali.

D'altra parte, ormai, non è più possibile parlare della nozione di democrazia se non si analizza contemporaneamente anche l'influenza che viene svolta dai *social media*, dai nuovi mezzi d'informazione e dall'eccesso d'informazione che si può tramutare in disinformazione, anche qualificata infodemia⁴, nonché da quelle tecniche di informazione/disinformazione che stanno alterando i rapporti fra gli individui, fra i cittadini e la politica, fra la politica e le istituzioni⁵. In altre parole, occorre cercare di capire come le nuove tecniche di comunicazione possono determinare una trasformazione dei caratteri essenziali della democrazia liberale, che ha caratterizzato le democrazie in tutto il XX secolo, verso una democrazia che può essere chiamata populista, se non addirittura immaginare altre forme di organizzazione istituzionale, ancora non ben qualificabili⁶.

2. I presupposti della democrazia: libertà d'informazione nelle sue varie accezioni

La prima domanda che occorre porsi, dinanzi ad una così repentina trasformazione tecnologica e ad un'interferenza così pervasiva sull'acquisizione delle informazioni da parte dei nuovi strumenti di comunicazione, è se le ultime occasioni in cui il corpo elettorale si è dovuto esprimere in Italia

³ Cfr. sia i principi fondamentali della teoria dei *cleavage* elaborata da secondo la teoria di STEIN ROKKAN (cfr. S. M. LIPSET-S. ROKKAN, *Party System and Voter Alignments*, 1967, sia più recentemente H. KRIESI, *The transformation of cleavage politics. The 1997 Stein Rokkan lecture*, in *European Journal Political Research*, 1998, 165 ss.

⁴ Cfr., da ultimo, il focus di *Federalismi.it* (www.federalismi.it) su *La disinformazione online* del 24/4/2020, curato da M. MONTI, *Introduzione: la disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, e *ivi*, in particolare, i contributi di M. CAVINO, *Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica* e di P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*.

⁵ Uno dei maggiori studiosi del tema è C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1995; ID, *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton 2017; ma si può anche richiamare W. LEE HOWELL, *Digital wildfires in a hyperconnected world*, in *Report Global Risks*, 2013, 23; K. STABIRD, *Information Wars: A Window into the Alternative Media Ecosystem*, in *Medium* (<https://medium.com/>), 15.05.2017.

⁶ Si è parlato ad esempio di *infomocracy* da parte di M. OLDER, *Infomocracy*, Tor.com Book, New York, 2016, di ciberdemocrazia in D. De Kerckhove-A. Tursi (a cura di), *Dopo la democrazia?*, Apogeo, Milano 2006 o, ancora, si è parlato di tecnopolitica in S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Ed. Laterza, Milano, 2004.

(elezioni politiche o amministrative e *referendum*), siano state davvero regolari e nel rispetto dei diritti dell'individuo, del principio della *par condicio* e della libertà del voto, oppure se le interferenze esterne siano state tali da alterare in maniera significativa la capacità degli elettori di scegliere in modo libero il partito o il movimento politico pienamente rispondente alle proprie aspettative o, comunque di comprendere esattamente il contenuto di un quesito referendario.

Questa domanda determina a sua volta una serie di ulteriori e conseguenti quesiti anche di più ampio respiro, che interferiscono sulla stessa evoluzione tecnologica, come ad esempio appare utile domandarsi se la stessa rete, così come è organizzata, sia compatibile con la democrazia⁷. Pare, in altre parole, improbabile che i meccanismi, attualmente presenti nelle nostre democrazie, possano riuscire a governare gli algoritmi, le banche dati, i dati sensibili, ma anzi siano queste nuove tecnologie e le loro espressioni concrete a governare la democrazia.

Se si parte dalla definizione classica di democrazia, ossia di governo del popolo che direttamente o indirettamente esercita la sovranità, è necessario verificare se la volontà del popolo, che si esprime in particolare in fase elettorale, nonché in occasione dei *referendum*, venga deviata da informazioni volontariamente errate o informazioni alterate da una parziale rappresentazione della realtà⁸. Il fatto che si tenda negli ultimi tempi a valorizzare l'intervento dei cittadini attraverso un'incentivazione della democrazia diretta (o partecipativa) accentua il problema, in quanto è necessario che i meccanismi che garantiscono l'informazione siano tali da permettere ai diretti interessati di avere una "corretta" comprensione della realtà, tale da consentire la formazione di una scelta consapevole. Un altro aspetto necessario, affinché la volontà popolare non sia manipolata ed utilizzata a fini politici, è rappresentato dal fatto che la partecipazione da parte dei cittadini alle scelte politiche o d'indirizzo siano effettivamente espressione di una volontà il più possibile ampia del corpo elettorale e non di una porzione assolutamente marginale di esso. Gli esempi che si sono verificati in passato possono essere molti, sia nazionali che europei: si pensi, per quanto riguarda l'Italia, alle votazioni fatte dai sostenitori del Movimento Cinque Stelle in una piattaforma (Rousseau), riservata ad un numero ristretto di cittadini iscritti al Movimento, che con poche migliaia di voti possono condizionare nomine anche di rilievo nelle strutture istituzionali, ovvero l'ipotesi che si prospettava di introdurre l'ora legale durante tutto l'anno in Europa dopo un sondaggio a cui avevano partecipato solo una parte dei cittadini europei e comunque solo appartenenti agli Stati del Nord-Europa, a causa di una limitata informazione data da parte degli Stati ai propri cittadini⁹.

In altre parole, s'incrementano le ipotesi di partecipazione dei cittadini a scelte d'indirizzo politico, agevolando così quella che viene qualificata democrazia partecipativa al fine di sottrarre la decisione ai politici o comunque per rendere compartecipi i cittadini su determinate scelte, senza tuttavia consentire poi una piena acquisizione di tutte le informazioni necessarie per esprimere una

⁷ Come giustamente rilevato da O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017, 47, se "sottesa al costituzionalismo europeo vi è la funzionalizzazione della libertà di espressione al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati, e dunque, indirettamente, alla formazione dell'opinione pubblica e al funzionamento della democrazia, il riconoscimento di un diritto ad essere informati si traduce nella previsione di un diritto a una *corretta* informazione. Proprio questo riconoscimento, talvolta esplicito talvolta implicito, consente di ritenere esistenti nel costituzionalismo europeo gli anticorpi per contrastare il diffondersi di una cattiva informazione".

⁸ Il tema è studiato ormai da tempo negli USA, anche in considerazione del fatto che già nelle elezioni presidenziali di Obama l'uso di internet è stato essenziale per il successo e da allora tutte le comunicazioni politiche sono state particolarmente influenzate dalla rete. D'altra parte, tutta la campagna elettorale di Trump e l'uso che è stato fatto di *Cambridge Analytica* dimostrano come le elezioni non sono più espressione della volontà popolare, ma della capacità dei partiti e dei movimenti d'influire su ampie masse d'individui.

⁹ Ipotesi che pare ora accantonata, ma non tanto per i risultati di questa indagine poco rappresentativa, ma per il mancato accordo fra gli Stati.

scelta consapevole. Molto spesso poi avviene che le notizie che sono immesse attraverso la rete, siano fortemente alterate o comunque indirizzate, così da non dare al cittadino la possibilità di essere correttamente informato.

È in gioco, in altri termini, la base fondante dello Stato di diritto e di uno Stato democratico, ossia la libertà di manifestazione del pensiero che si deve declinare nelle varie forme entro le quali si esprime tale diritto, ossia la libertà d'informare, la libertà di essere informati, che sono le due facce della stessa medaglia¹⁰.

La libertà di manifestazione del pensiero, che peraltro costituisce il caposaldo di ogni società democratica, è riconosciuta dalla Costituzione italiana in modo pervasivo, in quanto viene tutelata non solo nell'art. 21 Cost, ma anche da una pluralità di norme che costituiscono, si potrebbe dire, l'effetto della libertà di manifestazione del pensiero, che ne esplicitano il contenuto e lo declinano nelle sue varie forme. Cosicché occorre fare riferimento all'art. 19 dove si tutela la libertà di religione e quindi la libertà di manifestare la propria fede, nell'art. 33 che riconosce la libertà d'insegnamento, negli artt. 67 e 68 dove si riconosce il divieto di mandato imperativo e l'immunità parlamentari che si esplicano nella non perseguibilità del parlamentare per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni.

Tutto questo mette in evidenza la centralità di questo diritto, che si concretizza poi negli altri diritti connessi.

Le nuove tecnologie hanno sicuramente trasformato in modo radicale il modo di fare informazione, cosicché viene da domandarsi se l'art. 21 Cost., che ha costituito, in tutto questo periodo, l'ancora di salvezza, il perno del riconoscimento del diritto di manifestazione del pensiero e nello stesso tempo della democraticità dello Stato, possa rappresentare sempre quel "porto" ampio e sicuro di tutta la libertà d'informazione. In altre parole, questa norma sembra ora vacillare o quantomeno non appare più pienamente idonea e sufficiente a tutelare sia il diritto ad una corretta informazione sia i presupposti della democrazia, perché il cittadino non è più in grado di esercitare in modo libero le sue scelte¹¹. Non si tratta ovviamente di ipotizzare una limitazione del diritto di manifestazione del pensiero, che anzi è ampliato a tutti i livelli e per tutti i soggetti, ma riguarda gli altri profili contenuti direttamente o indirettamente in detta libertà, ossia il diritto ad essere "informati" e non "disinformati".

L'art. 21 Cost. nonostante l'evoluzione che vi è stata dal 1948 ad oggi ha tuttavia sempre dimostrato di garantire pienamente i diritti dei cittadini, sia nella sua forma della libertà di informare che di essere informati, sicuramente grazie anche all'intervento interpretativo che nel corso del tempo si è fatto della norma e dell'adattamento alle nuove tecnologie. Anche se, in realtà, gli strumenti per accrescere la propria informazione sono tanti, anzi, ci sarebbe da chiedere se siano

¹⁰ Chiare e riassuntive del dibattito sul tema sono le voci di P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, UTET, Torino, 1993, VIII, 319 ss. e *Stampa (libertà di)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, XIV, UTET, Torino, 1999, 525 ss. e, successivamente, *L'informazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

¹¹ Ad una riformulazione dell'art. 21 Cost., pensa, nelle conclusioni finali dell'ampia voce sull'informazione, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 395 e, d'altra parte, ad una integrazione costituzionale si era pensato anche in occasione dei lavori della Commissione Bozzi. Il tema della modifica dell'art. 21 Cost. è stato nuovamente affrontato, più recentemente, anche da M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)*, 2, 2019, 90. M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2020, affrontando il tema dei mutamenti costituzionali, giunge invece alla conclusione che "la tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero mantiene una sua prescrittività anche nel nuovo ambiente tecnologico nel quale oggi, si trova sempre più spesso ad essere esercitata. Il che, essenzialmente, significa ribadire che il senso del mutamento indotto dalle nuove tecnologie deve comunque essere guidato dai principi costituzionali sulla libertà di espressione".

troppi, come ben si è percepito durante il periodo di emergenza sanitaria che ha alterato significativamente i modelli informativi creando confusione e spesso disinformazione¹².

Già Martin Lutero nel 1569 scrisse in riferimento alla stampa a caratteri mobili “La moltitudine di libri è un grande male. Non c’è misura né limite a questa febbre della scrittura: tutti vogliono essere autori, alcuni per vanità, per acquisire fama e farsi un nome, altri per amore del mero guadagno”¹³.

Ma come il problema dell’informazione derivante da tanti o, si potrebbe dire seguendo Lutero, da un eccesso di libri, ovviamente è stato superato, così si è giunti al convincimento che la pluralità d’informazione non può essere censurata come principio fondamentale, ma occorre peraltro introdurre meccanismi “per proteggere i loro sistemi democratici e i loro dibattiti pubblici” Questo è stato in particolare l’indirizzo adottato da ultimo dall’UE, “in vista delle elezioni europee del 2019, alle quali dobbiamo aggiungere una serie di elezioni nazionali e locali che si terranno negli Stati membri nel 2020”¹⁴.

3. Interventi dell’UE al fine di contrastare la disinformazione

In quest’ultimo periodo l’Unione europea, forse più di molti singoli Stati europei, ha iniziato a discutere e ad adottare misure per contrastare la disinformazione in Europa. Inizialmente, nel 2015, l’UE ha creato un gruppo di lavoro, una *task force (East StratCom)*, al fine di «contrastare le attuali campagne di disinformazione della Russia», nel 2016 ha adottato un quadro comune sulla lotta contro le minacce ibride, seguito nel 2018 da un Comunicato stampa della Commissione europea per aumentare la resilienza e respingere in modo più efficace le minacce ibride¹⁵.

Un altro importante obiettivo raggiunto da parte dell’UE è costituito dalla richiesta da parte della Commissione europea alle IT Companies di sottoscrivere un codice di condotta contro le forme illegali di discorsi ispirati all’odio. Il Codice, firmato il 31 maggio 2016, impegna le IT Companies sottoscrittrici (Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube) a una serie di comportamenti fra cui l’obbligo di rimuovere dalle proprie piattaforme entro meno di ventiquattro ore i discorsi illegali ispirati di odio, cancellando o disabilitando, se necessario, l’accesso al loro contenuto. È poi prevista l’assunzione di impegni finalizzati a definire linee guida concordate con la Commissione che stabiliscano anche le modalità di notificazione e l’eventuale uso di flag relativi a contenuti illeciti. Importante è, parimenti, anche l’impegno assunto di consentire a esperti indipendenti, individuati dai singoli Stati, di notificare la richiesta di rimozione dai siti di quanto ritenuto in contrasto col Codice deontologico stesso. Il 26 settembre 2018 è stato poi adottato dalla Commissione europea

¹² Cfr., *infra*, al § 6.

¹³ Citazioni nella stessa linea sono riportate in S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 99 e in C. SHIRKY, *Cognitive Surplus: How Technology Makes Consumers into Collaborators*, Penguin, New York, 2010.

¹⁴ Comunicato stampa del 5 dicembre 2018.

¹⁵ Con minaccia ibrida normalmente si fa riferimento a quella minaccia “mutevole e necessariamente flessibile”. Definizione meglio precisata in un Comunicato della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo del 6 aprile 2016 dove si dice che tali minacce sono rappresentate dalla “combinazione di attività coercitive e sovversive, metodi convenzionali e non (siano essi diplomatici, militari, economici, tecnologici), che possono essere utilizzate in modo coordinato da attori statali e non statali al fine di ottenere obiettivi specifici, restando però al di sotto della soglia della guerra formalmente dichiarata”.

In definitiva, per “minacce ibride” si intendono una serie di attività che combinano metodi convenzionali e non convenzionali che hanno come obiettivo non soltanto di provocare danni diretti e di sfruttare le vulnerabilità oggettive di un determinato contesto, ma anche di destabilizzare le società e creare ambiguità per ostacolare il processo decisionale.

un nuovo codice di autoregolamentazione per le piattaforme digitali che tuttavia poco ha aggiunto rispetto a quanto già previsto.

L'atto più recente e indubbiamente più significativo della Commissione europea è rappresentato dall'approvazione di un piano d'azione contro la disinformazione nell'UE che veniva presentato dall'allora alta rappresentante della Commissione europea, Federica Mogherini, come uno strumento per garantire le libertà degli individui e nello stesso tempo la democrazia. Si asseriva infatti, che «la salute della democrazia dipende da un dibattito aperto, libero ed equo. Abbiamo il dovere di proteggere questo spazio e non permettere a nessuno di seminare odio, divisione e sfiducia nella democrazia. In quanto Unione europea, abbiamo deciso di agire insieme e rafforzare la nostra risposta per far progredire i nostri principi e migliorare la capacità di recupero delle nostre società, sia all'interno dei nostri confini che nei paesi limitrofi. È il modo europeo di rispondere a una delle grandi sfide del nostro tempo.

Un piano d'azione non rappresenta altro che un atto di privo di efficacia giuridica vincolante, ma che ha l'obiettivo d'indirizzare gli Stati attraverso un sistema specifico di allarme tra le istituzioni dell'UE e gli Stati membri per facilitare lo scambio di dati e la valutazione delle campagne di disinformazione, informando immediatamente gli altri Stati delle eventuali minacce all'informazione. Ci sono anche piani per garantire la trasparenza sulla pubblicità politica, intensificare gli sforzi per chiudere i siti falsi, individuando tutte le interazioni non-umane (messaggi trasmessi automaticamente dai «bots») e cooperare con gli ispettori e ricercatori universitari per rilevare campagne di disinformazione e rendere i contenuti verificati più visibili e godere di una maggiore diffusione. Infine, le istituzioni dell'UE e gli Stati membri hanno il compito di promuovere l'alfabetizzazione mediatica attraverso programmi specifici. Squadre nazionali multidisciplinari composte da verificatori di dati e ricercatori indipendenti saranno supportate per rilevare e smascherare campagne di disinformazione in tutti i *social network*.

Nella stessa direzione si è mosso il Consiglio d'Europa con la risoluzione dell'Assemblea n. 2143 del 25 gennaio 2017 "*Online media and journalism: challenges and accountability*" che ha raccomandato agli Stati di avviare, sia a livello nazionale che all'interno del Consiglio d'Europa, discussioni sulle norme e sui meccanismi necessari per prevenire il rischio di distorsione dell'informazione e manipolazione dell'opinione pubblica. Si ricorda poi che i media, espressione del servizio pubblico, dovrebbero esercitare la massima diligenza editoriale per quanto riguarda i contenuti generati dagli utenti o di terzi pubblicati sulla loro presenza su Internet.

Si tratta in definitiva di tutta una serie d'interventi, di raccomandazioni, d'indirizzi che provengono da soggetti europei, ma che non hanno ancora prodotto atti vincolanti e quindi hanno lasciato liberi gli Stati d'intervenire con propri atti normativi, che solo la Germania fino ad ora ha adottato.

4. *La legge tedesca per migliorare la tutela dei diritti sui social network: una soluzione estendibile?*

La Germania è stato il primo Stato in Europa che ha approvato una legge per introdurre strumenti per il contrasto degli illeciti commessi sulle piattaforme di comunicazione e che ha origine da un'attività che il governo tedesco aveva attivato da tempo (2015) attraverso il coinvolgimento dei principali operatori della rete e rappresentanti della società civile al fine di potenziare i sistemi di notifica, vaglio e rimozione tempestiva dei contenuti manifestamente illeciti e perseguibili penalmente quali l'incitamento alla violenza, l'ingiuria, la diffamazione o il procurato allarme.

La nuova legge per “migliorare la tutela dei diritti sui *social network*” (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* o NetzDG)¹⁶ si applica ai social network che abbiano più di due milioni di utenti registrati in Germania ed esclude invece le piattaforme che offrono contenuti di tipo giornalistico o editoriale, rispetto ai quali la responsabilità è dello stesso fornitore di servizi. Ha come obiettivo principale quello di contrastare il linguaggio dell’odio on line ed ogni forma di discriminazione basata sull’opinione, il colore della pelle, l’etnia, la religione, le tendenze sessuali, per poi estendersi a tutti i comportamenti illeciti sui social media, compresa la diffusione di notizie non veritiere (c.d. *fake news*). A tal fine si affida un ruolo centrale e di controllo al gestore del social network che ha il compito di garantire una procedura efficace e trasparente per la gestione delle segnalazioni di contenuti illeciti, consistente nella raccolta delle segnalazioni, nella rimozione e blocco del contenuto entro 24 ore dalla segnalazione. Si prevede poi che ogni gestore, che abbia ricevuto più di cento segnalazioni di illeciti in un anno solare, debba redigere un rapporto sulla gestione delle segnalazioni, spiegando le azioni intraprese dalla piattaforma al fine di eliminare ogni attività penalmente rilevante¹⁷. Non si elencano nella legge i contenuti che vengono considerati illeciti, ma vi è un rinvio alla disciplina penale¹⁸. Il mancato rispetto delle norme è sanzionato con pene pecuniarie significative.

Si tratta sicuramente di una soluzione, in linea con il piano d’azione poi approvato dall’Unione europea, forse anche al fine di ipotizzare in questo settore un’armonizzazione della disciplina degli Stati sulla falsariga dell’indirizzo tedesco.

Modello ancora forse da perfezionare perché ampio è il rischio che vi sia un margine di attività illecita incontrollabile e non sanzionabile, sia qualora vi siano ritardi nelle segnalazioni degli illeciti, sia nell’esercizio dell’attività di controllo e di rimozione della notizia. I tempi d’intervento sono relativamente veloci (24 ore in caso di manifesta illiceità e 7 giorni negli altri casi), ma che non sono sufficienti, così come regolati, ad evitare che il danno nei confronti della persona sia già stato compiuto. La carenza più rilevante di tale normativa è rappresentata, comunque, dalla incapacità di bloccare le *fake news* che non si sostanziano nei reati elencati dalla normativa, ma che in ogni caso incidono sulla libertà di ricevere informazioni ed in particolare informazioni corrette da parte dei destinatari della notizia.

Questo aspetto assume ancor più rilevanza se analizzato con riguardo al problema della disinformazione che può essere attivata al fine di formare convincimenti politici/ideologici, influire sulle scelte politiche dei cittadini e, in ultima istanza, incidere sul carattere democratico dello Stato.

¹⁶ Entrata in vigore il 1° ottobre 2017 il cui testo può leggersi tradotto in italiano da G. GIANNONE CODIGLIONE, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2017. Si veda, altresì, per un primo commento, M.R. ALLEGRI, *Ubi social, ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, cit., 203 ss.; nonché G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell’era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2017, 91-104 ed ancora C. MAGNANI, *Libertà d’informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 4 aprile 2019.

¹⁷ Interessante, a tale riguardo, è il rapporto sulla trasparenza pubblicato da *Google* in attuazione della legge tedesca (NetzDG) sul periodo 1/1/19-2/4/19.

¹⁸ In particolare si fa riferimento alle norme in tema di utilizzo di simboli e propaganda politica vietata (§§ 86, 86a), preparazione ed incitamento alla commissione di gravi crimini contro lo Stato (§§ 89a, 91), falso per l’alto tradimento dello Stato (§ 100a), pubblico incitamento alla violenza (§ 111), disturbo della pace pubblica con la minaccia di crimini (§ 126), associazione criminale o terroristica (§§ 129-129b), sedizione (§ 130), diffusione di contenuti violenti (§ 131), ricompensa e approvazione di crimini (§ 140), diffamazione religiosa o ideologica (§ 166), distribuzione, acquisto o detenzione di materiale pedopornografico (§ 184b), comunicazione al pubblico di contenuti pornografici (§ 184d), violazione della riservatezza attraverso la creazione o diffusione di fotografie (§ 201a), ingiuria, calunnia e diffamazione (§§ 185-187), minaccia (§ 241) e falsificazione di prove (§ 269).

5. Fake news, hate speech e post truth: *le varie forme di contrasto all'art. 21 Cost.*

Prima di analizzare alcune ipotesi d'intervento al fine di contenere le degenerazioni derivanti da un'informazione in rete priva di controlli e limiti, occorre distinguere le varie forme di disinformazione ed in rapporto a ciascuna di esse individuare le relative conseguenze ed i provvedimenti che possono essere adottati. D'altra parte, non possiamo dimenticarci che dinanzi ad un determinato fatto varie possono essere le interpretazioni e le opinioni che possono essere fornite, senza che si possa parlare di disinformazione. Più invasiva sull'informazione è, viceversa, la divulgazione di notizie completamente alterate, tanto da diventare false, se non addirittura la diffusione di informazioni che istigano o incitano alla denigrazione ed all'odio.

Lo studio e l'analisi di tali tematiche, relativamente recente, ha consentito in ogni caso la formazione di indagini scientifiche con pluralità di implicazioni sociologiche, politiche, economiche e giuridiche, che, tuttavia, considerate nel loro insieme consentono di fornire indicazioni sufficienti per comprenderne, almeno in parte, gli effetti¹⁹.

Non è sempre facile distinguere le informazioni volontariamente indirizzate, le notizie parziali che possono indurre una conoscenza alterata, dalle altre manifestazioni del pensiero che sono invece vietate.

Varie sono le definizioni che sono state date al termine di *fake news*, anche perché molteplici sono i fenomeni che s'intende includere in tale concetto: dall'identificazione con quegli articoli recanti notizie che sono intenzionalmente e verificabilmente false e potrebbero trarre in inganno i lettori²⁰, all'inclusione del concetto di informazioni "distorte" e quindi hanno una base di verità²¹, ma che poi vengono formulate in modo tale da alterarne il contenuto con il deliberato intento di disinformare e diffondere notizie non veritiere attraverso i mezzi d'informazione. Quello che tuttavia deve essere sottolineato è la trasformazione del concetto di informazione alterata in *fake news* deriva da alcuni fattori: in particolare dalla possibilità di utilizzare le nuove tecnologie digitali di comunicazione che agevolano questo sistema veloce di trasmissione delle conoscenze, nonché dal fatto che l'informazione sia caratterizzata da un'apparente plausibilità, anche indotta da pregiudizi e aspettative distorte dell'opinione pubblica.

Le *fake news* dovrebbero essere caratterizzate da un fondamento di pseudo-verità costruite ed alterate da alcune pre-convinzioni di una parte dell'opinione pubblica, che consentono di considerare tali informazioni come vere.

Occorre poi distinguere la *fake news* con la *post truth*. In quest'ultima ipotesi le notizie o i fatti che sono alla base di un'informazione possono essere veritieri o meno, ma la loro veridicità non influisce nel formare l'opinione pubblica che è invece indirizzata da emozioni e convinzioni personali²². Nel caso della *post truth* - la finalità del messaggio è quello di provocare emozioni (e credenze) e dunque una adesione di carattere più emotivo che razionale. In questo senso, nulla vieta che una *fake news*

¹⁹ Il tema delle *fake news* è oggetto d'indagine scientifica solo da pochi anni, sia a livello mondiale, sia italiano. Uno dei primi e più completi lavori collettanei sul tema si legge nel primo fascicolo di *MediaLaws* (www.medialaws.eu), del 2017, dedicato appunto, con una sezione monografica, al tema "*fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete*".

²⁰ Così H. ALLCOT-M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 31, n. 2, 2017, 211 ss.

²¹ Difficile dire cosa significhi esattamente verità, perché tutto dipende dall'ottica con cui si osservano le cose, dall'interpretazione, dal contesto con cui si leggono i fatti. D'altra parte, come, giustamente osserva P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., in part. § 25, con riguardo alla stampa ed alla radiotelevisione, "il perseguimento della verità sostanziale dei fatti (cui corrisponderebbe il vero interesse dei destinatari delle informazioni) si perseguirebbe, piuttosto, attraverso la dialettica pluralistica attuata dai diversi media".

²² Sul tema *amplius* C. PINELLI, *Postverità, libertà e manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 15 luglio 2017.

sia anche “*post truth*”, come accade quando la notizia falsa punta più sull’emotività che sulla razionalità di quanti ne vengono a conoscenza.

L’espressione “*post truth politics*” è utilizzata per indicare quella comunicazione politica che, riferita o meno che sia a fatti realmente accaduti e a idee correttamente rappresentate, è data in modo da suscitare emozioni in chi l’ascolta. L’obiettivo è quindi di suscitare una partecipazione emotiva all’evento descritto o al messaggio politico che ne è oggetto.

Un altro neologismo che spesso è accomunato a *fake news* è “*alternative facts*”, un termine usato dalla Consigliera della Casa Bianca Kellyanne Conway durante una conferenza stampa il 22 gennaio 2017, che starebbe ad indicare affermazioni o notizie relative a fatti accaduti che presentano una visione della realtà propria di chi la esprime anche se diversa da come gli stessi fatti sono stati visti e raccontati dalla maggioranza dei media o da fonti istituzionali²³.

Molto più invasivo sui diritti della persona è l’uso del c.d. *hate speech*, ossia, secondo la definizione del Consiglio d’Europa, «*tutte le forme di espressione miranti a diffondere, fomentare, promuovere o giustificare l’odio razziale, la xenofobia, l’antisemitismo o altre forme d’odio fondate sull’intolleranza. Tra cui l’intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, la discriminazione e l’ostilità nei confronti delle minoranze, dei migranti e delle persone di origine immigrata*» (Consiglio di Europa, Comitato dei Ministri). All’interno dell’Unione Europea l’*hate speech* è stato definito illegale fin dalla Decisione quadro 2008/913/JHA del 28 novembre 2008 ed è su questa base che la stessa Unione Europea ha concordato il 31 Maggio 2016 con Facebook, Microsoft, Twitter e YOU Tube, nell’ambito dell’Internet Forum, il “*Code of Conduct on illegal online hate speech*”.

Il concetto di *hate speech* è dunque precisamente determinato e giuridicamente regolato e perciò diverso da quello assai più generico e sfuggente di *fake news*. Nulla vieta che una *fake news* possa, per il suo contenuto, coincidere anche con l’*hate speech* e, se diffusa *on line*, possa ricadere nell’ambito del Codice di condotta appena citato.

La situazione in ordine all’acquisizione di una corretta informazione si è particolarmente aggravata in quanto ciascun individuo, quando naviga in rete alla ricerca di informazioni, viene sostanzialmente preso in consegna da un algoritmo personalizzato, che fornisce dati e notizie selezionati secondo il proprio specifico profilo, che tende a confermare opinioni e orientamenti già manifestati (mentre ciascun utente crede di avere a che fare con dati oggettivi disponibili a chiunque). Vengono meno, in definitiva, gli strumenti di un contraddittorio, perché il singolo non viene messo nelle condizioni di conoscere opinioni diverse da quelle che rientrano nei propri convincimenti, cosicché ciascuno viene inserito in una sorta di bolla di filtraggio (*filter bubble*), non viene esposto a punti di vista conflittuali e viene isolato intellettualmente nella propria bolla di informazioni²⁴.

6. Infodemia, sharp power e fake news durante l’emergenza sanitaria Covid-19

La fase dell’emergenza coronavirus ha posto ancor più in evidenza come le problematiche dell’informazione siano centrali a garanzia della democrazia.

L’iniziale tentativo della Cina di occultare la gravità e la diffusione dell’epidemia nella fase iniziale, la non comprensione della pericolosità del coronavirus dalle informazioni che provenivano dalla

²³ Dichiarazione riportata da *Free speech and facts in the Trump era*, in *The Lancet* (<https://www.thelancet.com/>), 4-10 feb. 2017, vol. 389, 478, dove si precisa anche che le *alternative facts* avrebbero la verità non come fondamento, ma come una delle molte prospettive alternative da tenere e abbandonare in base alle esigenze, ossia un semplice strumento di discussione.

²⁴ Cfr. P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, cit., 12 ss.

Cina nel periodo successivo nel momento in cui la comunicazione è stata ampia e diretta e poi la gravità dei rischi e la velocità della diffusione desumibili dalle notizie sanitarie italiane a fine febbraio e nei primi giorni di marzo, subito divulgate senza limitazioni e ciò nonostante non pienamente comprese, hanno determinato quella pandemia che ben conosciamo e che un'informazione adeguata e credibile poteva, se non evitare, quantomeno contenere nel numero di morti. Una fase, cioè, in cui una corretta informazione avrebbe davvero consentito un'evoluzione dei fatti molto diversa, così come, anche nella fase successiva alla prima emergenza, comunicazioni adeguate possono influire significativamente sulla comprensione e sul possibile sviluppo dell'epidemia, da un punto di vista sanitario ed istituzionale, ed ancora sui rapporti fra gli Stati.

Non si può certamente in poche parole riassumere le problematiche connesse alla disinformazione che l'emergenza ha posto ancor più in evidenza, ma che erano presenti e latenti ormai da tempo. Si può tuttavia segnalare come l'eccesso di informazioni (non solo di carattere sanitario), che ha inondato la popolazione, ha creato non poca confusione ed incertezza sulle modalità di azione ai fini della prevenzione della malattia (specialmente nella fase iniziale), sull'azione del governo centrale e sui diversi indirizzi adottati a livello locale.

L'eccesso d'informazione può trasformarsi appunto in epidemia dell'informazione²⁵, che non consente una adeguata consapevolezza della realtà, ma anzi un travisamento di essa con una percezione falsata, c.d. "dispercezione". Se, quindi si connettono insieme infodemia²⁶, dispercezione e *fake news* si realizza un effetto distorsivo, in quanto, sommati insieme, non consentono al cittadino di acquisire un adeguato e sufficiente livello d'informazione. In concreto rappresentano non solo una palese violazione delle garanzie costituzionali sull'informazione, ma possono a loro volta incidere anche sul modo di operare degli organi istituzionali che, inevitabilmente condizionati dal consenso (e non soltanto dalla responsabilità), indirizzano le loro scelte più verso le aspettative dei propri possibili elettori, che verso quanto effettivamente è necessario. Può apparire irragionevole che questo sillogismo sia utilizzato con riguardo alla fase dell'emergenza, quando sono state prese decisioni restrittive di molte libertà ed apparentemente impopolari. In realtà, anche la proliferazione di notizie fondate solo sulla paura, che in un contesto

²⁵ Non si fa riferimento in questa sede (ma vedasi, *infra*, alla nt. 42) per l'ampio dibattito sui possibili eccessi dei procedimenti d'accesso agli atti della pubblica amministrazione a partire dal c.d. modello FOIA, su cui vedasi I. NICOTRA, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of Information Act*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 12/2018; C. COLAPIETRO, *L' "importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime pretese ed impossibili (o quasi) imprese*, in A. Massaro – M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione dalla prevenzione alla repressione*, RomaTre Press, Roma, 2017, 11 ss.

Dibattito su cui, peraltro si è espressa ora l'Adunanza generale del Consiglio di Stato 10/2020, che ha ben chiarito che "Se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge". Rileva, peraltro, la Corte "che l'accesso, finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.). (...) Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da «contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza [...] a manipolare i dati di realtà»".

²⁶ Tale termine è stato per la prima volta utilizzato da D.J. ROTHKOPF, *When the Buzz Bites Back*, in *The Washington Post*, 11 maggio 2003, intendendo quella situazione che determina la circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non vagliate con accuratezza, che rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili.

di emergenza sanitaria sono facilmente comprensibili e condizionanti²⁷, legittimano restrizioni che sono tacitamente accettate ed approvate, ma che mettono in dubbio, nello stesso tempo, lo stesso Stato di diritto.

La somma di tante circostanze inaspettate ed inimmaginabili ha creato una richiesta continua e quasi ossessiva d'informazioni, che, sommate alla paura, hanno agevolato appunto l'infodemia e la dispercezione. Informazioni che tuttavia non vengono assunte dalle comunicazioni istituzionali e dai siti governativi o regionali, ma dalla rete che, talvolta si limita a semplificare un linguaggio istituzionale per lo più di difficile comprensione anche da parte dei cittadini mediamente istruiti, talaltra, invece, alterando il contenuto delle stesse informazioni istituzionali e quindi creando disinformazione.

La mancanza di conoscenza scientifica sul coronavirus ha poi determinato a sua volta una pluralità di notizie che nel corso del tempo si sono dimostrate errate (più che false), non sempre create *ad hoc*, ma che hanno in ogni caso indotto il governo a nominare una Unità di monitoraggio (*task force*) contro le *fake news*²⁸. Si tratta di un organismo privo di competenze sanzionatorie, ma solo con funzioni di ricognizione, promozione di iniziative e di campagne per incrementare l'informazione, non certo per limitarne la diffusione. Quindi un organo di supporto ulteriore, formato da professionalità e soggetti esterni rispetto alle strutture ministeriali, che dovrebbero indirizzare il governo ad adottare provvedimenti per agevolare l'informazione solo ed esclusivamente sulle tematiche del Covid-19, nonché al fine di elaborare proposte e di realizzare iniziative per arginare il fenomeno della diffusione di notizie false, che in questo periodo sono circolate specialmente all'interno delle piattaforme dei *social*.

In realtà, già prima esisteva in rete un controllo da parte delle *tech companies* che operano nei *social* e che hanno gli strumenti tecnici per bloccare, filtrare ed eventualmente rimuovere contenuti illeciti, ma si tratta di controlli affidati a società private, che spesso a loro volta utilizzano algoritmi o segnalazioni da parte di altri utenti che possono contribuire ad alterare la trasparenza dell'informazione²⁹. Per cui l'obiettivo dell'Unità di monitoraggio è quello di contribuire ad incentivare un controllo istituzionale ed incentivare comunicazioni ed informazioni istituzionali corrette.

La necessità della nomina di un organismo *ad hoc* può trovare una sua logica in due obiettivi primari: da un lato una ragione contingente, rappresentata dall'impossibilità di trovare all'interno

²⁷ Come è stato accertato, le notizie fondate sulla paura determinano frequenti ed appaganti scariche di dopamina, generando conseguentemente dipendenza. Cfr. sul punto R. DOBELLI, *Smetti di leggere*, il Saggiatore, Milano 2020.

Anche in precedenza, da un'indagine del MIT (*Massachusetts Institut of Technology*) del marzo 2018 era stato accertato che le informazioni false circolano sui social media sei volte più velocemente che le notizie vere.

²⁸ Si fa riferimento all'ordinanza del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega all'informazione ed all'editoria Andrea Martella del 4 aprile 2020 con cui è stata nominata la "Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19 sul *web* e sui *social network*", con compiti di analisi e monitoraggio dell'informazione diffusa relativamente al COVID-19 e di individuazione di specifiche misure di contrasto alla diffusione di *fake news*, anche tramite il coinvolgimento dei principali motori di ricerca e piattaforme social. A tale *task force* si aggiunge la creazione di un Osservatorio permanente creata dalla RAI come "ulteriore sforzo del Servizio Pubblico nell'informare correttamente il Paese". Si è impropriamente assimilato la nomina della *task force* alla normativa ungherese di contrasto alle *fake news*, che, si ricordi, configura come reato l'"impedimento (o intralcio) del controllo epidemico" e punisce chiunque diffonda pubblicamente false rappresentazioni di fatti che possono causare turbamento o agitazioni ovvero ostacolare o intralciare l'efficacia delle misure, in tal modo colpendo gravemente la libertà di informazione". Tale normativa prevede sanzioni penali che consentono la carcerazione da 1 a 5 anni. Il testo della legge è leggibile in ungherese e in una traduzione italiana non ufficiale con nota redazionale in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 1° aprile 2020. Cfr. anche P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 8/2020, 206 ss.

²⁹ Cfr. J.M. BALKIN, *Free speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review* (<https://columbialawreview.org/>), vol. 118, n. 7, 2018, part. 2024 e 2035.

dell'amministrazione pubblica competenze specifiche che fossero in grado di intervenire in modo puntuale e diretto su temi nuovi, su cui le conoscenze sono ristrette ad una cerchia limitata di studiosi, appunto nominati in questa *task force*. Dall'altro una ragione strutturale, rappresentata dalla difficoltà originaria della comunicazione istituzionale di essere compresa facilmente da parte dei cittadini. È noto, ad esempio, che le modalità di formulazione delle leggi, decreti legge o d.p.c.m., ampiamente utilizzati in questo periodo, rendono per lo più di difficile intelligibilità il loro contenuto, che viene così veicolato dai *social* o da siti che spesso ne possono alterare la portata. Il linguaggio normativo troppo tecnico e che inevitabilmente risponde alle necessità di un'impostazione giuridica di continui rinvii a precedenti normative ha determinato, a sua volta, l'uso delle c.d. FAQ (*frequently asked question*)³⁰ da parte del governo per giungere ad un'informazione più diretta ai cittadini.

In definitiva, si è cercato attraverso la nomina di questo organismo di limitare i danni di una disinformazione, di intervenire in maniera pronta in una fase, oggettivamente complessa, come quella dell'emergenza³¹, mettendo ancor più in evidenza che la comunicazione del governo ed il potere d'esternazione del Presidente del Consiglio hanno subito da un po' di tempo, ma in particolare in questa fase d'emergenza, una evoluzione che non può prescindere dall'avvento della rete e dei *social*.

D'altra parte, in questa fase è emersa una serie ulteriore di problemi connessi all'informazione, che possono incidere fortemente sull'assetto democratico, problemi già latenti da tempo, ma che l'emergenza ha posto ancor più in evidenza. Si fa riferimento a tutto il dibattito che negli ultimi anni si è sviluppato prima negli Stati Uniti, ma poi oggetto di ampia discussione anche in Europa, in ordine all'uso dell'informazione da parte degli Stati attraverso una strategia politica che si sostanzia in *sharp power, soft power, hard power*.

Concetti con cui si intende descrivere le varie forme di influenza con cui alcuni Stati intendono attrarre a sé altri Stati e più in generale intendono attrarre le loro opinioni pubbliche verso le proprie politiche ed i propri valori³².

Non si tratta certamente di un'attività nuova nei rapporti diplomatici ed internazionali fra gli Stati da sempre³³, ma, nell'attuale contesto, l'uso dell'informazione da parte di organismi che fanno capo a Stati sovrani, attraverso i *social* può diventare ancor più dirompente ed incidere fortemente nella

³⁰ Non pochi problemi hanno posto da un punto di vista giuridico anche questi strumenti anomali, in quanto la semplificazione e l'interpretazione alle norme date in questi contesti si sono sovrapposte all'effettivo contenuto delle norme, generando ulteriore disinformazione.

³¹ Non si può ad esempio dimenticare che decisioni "troppo" impopolari, che non erano sufficientemente supportate dalla "paura" sono state presto riviste, reinterpretate, adattate alle richieste dei cittadini. Si pensi ad esempio che dopo il dpcm che doveva regolare la c.d. fase 2, che non aveva riaperto ancora alcun tipo d'attività economica, la reazione e la delusione hanno presto indotto, prima a far circolare notizie sull'incremento del contagio in paesi che avevano iniziato a ridurre il *lockdown* (in parte non vere, come quelle riguardanti la Germania) e poi a indurre ad adottare provvedimenti di maggior apertura di molte attività.

³² Non si può certamente riassumere l'ampio dibattito su questi temi emerso in particolare negli Stati Uniti sulle modalità attraverso cui le grandi potenze, e non solo, cercano d'influire, nelle scelte politiche degli altri Stati. Utile su questi temi è la lettura di P. MESSA, *L'era dello Sharp Power*, Univ. Bocconi Ed., Milano 2018, che riassume la nascita del concetto di *soft power* e della successiva evoluzione dell'influenza della comunicazione (svolta da alcuni Stati che operano in maniera particolarmente invasiva) in *sharp power*, termine coniato da Christopher Walker and Jessica Ludwig del National Endowment for Democracy per definire i tentativi d'infiltrazione, influenza e condizionamento operati dai Paesi rivali. Sulla *soft power* si rinvia ai lavori di JOSEPH S. NYE JR., *Soft Power: The Means To Success In World Politics*, PublicAffairs, New York, 2004; Id, *Smart Power*, Laterza, Bari, 2012; e da ultimo Id, *How Sharp Power Threatens Soft Power*, in *Foreignaffairs.com*, 24 gennaio 2018. Sullo *sharp power* vedi da ultimo E. TABASSO, *Lo sharp power di Pechino a caccia di credibilità*, in *il Dubbio* (<http://ildubbio.ita.newsmemory.com/>), 16 aprile 2020, 8.

³³ S. RODA, *La legittimazione degli iperpoteri: imperi moderni e impero di Roma nel dibattito storico e politologico contemporaneo*, in N. Cusumano – D. Motta (a cura di), *Xenia. Studi in onore di L. Marino*, Salvatore Sciascia Editore, Caltanissetta-Roma, 2013, 293 ss.

formazione delle idee dei cittadini, degli indirizzi degli Stati e poi inevitabilmente nelle scelte politiche di questi³⁴.

7. Dubbi ed incertezze sulle modalità per consentire il mantenimento dei presupposti della democrazia

In queste brevi riflessioni si è solo accennato ad alcuni dei profili principali connessi alle più recenti interferenze degli strumenti della rete sulla libertà d'informazione.

Ciò che, tuttavia, emerge dagli ormai ampi studi che vengono fatti su questo tema in Italia e nel mondo³⁵ è la difficoltà per gli Stati di regolamentare la materia. I tempi di trasformazione di tali strumenti e la velocità con cui i vari soggetti interessati si adattano alle conseguenti evoluzioni tecniche (talvolta utilizzando in modo distorto questi mezzi di comunicazione), rendono assai complessi sia i controlli, che l'uso di sanzioni. Dagli studi e dalle ricerche fatte emergono interrogativi, talvolta proposte ed indirizzi da seguire, piuttosto che soluzioni concrete, ma la velocità della trasformazione di tali mezzi rende difficile anche la possibilità di introdurre meccanismi di controllo e di sanzione di tali attività, se non nei limiti ipotizzati dall'UE e sempre che vi siano interventi normativi armonizzati nei vari Stati.

Ci si domanda chi sia il guardiano dell'interesse all'accesso alle informazioni se la censura è un algoritmo³⁶. O, ancora, ci si chiede quale possibilità abbia il singolo di comprendere se una determinata informazione provenga da una rete di *troll* e quindi sia creata appositamente per interferire sulla percezione della realtà di molti o, invece, sia vera.

Si tratta del problema derivante dall'ampio utilizzo di tutta una serie di strumenti che in vario modo interferiscono e limitano non solo il diritto d'informazione dell'individuo, ma più in generale incidono sul rispetto della persona umana (onore e prestigio che possono essere limitati da varie forme di diffamazione ed ingiuria in particolare attraverso *l'hate speech*), sul principio di partecipazione (art. 3, II co., C.) ed ancora, più in generale, sui presupposti di uno Stato democratico.

La Corte costituzionale italiana ha più volte ribadito (v., ad es., sentt. nn. 312/2003, 29/1996 e 348/1990) come la libertà di manifestazione del pensiero e l'informazione siano valori essenziali per la democrazia: «L'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati), esprime... una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico». Tutto ciò confermato poi nell'art. 11 della Carta europea dei diritti UE che disciplina in modo connesso la libertà di espressione ed il diritto all'informazione³⁷.

³⁴ Cfr. L. DIAMOND, *Authoritarianism goes global?*, Johns Hopkins Univ. Press, 2016, E. TABASSO, *Disequilibri dinamici e geopolitiche della comunicazione*, in *Paradoxaforum.com* (<http://www.paradoxaforum.com/>), 21 ottobre 2019.

³⁵ Come abbiamo già visto in parte nelle citazioni fatte, l'analisi di questi temi è approfondita in particolare negli USA, cfr. fra gli altri J.M. BALKIN, *Free speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, n. 8, 2295 ss.; Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven and London, 2006, J. DAVID, M. J. LAZER, M. A. BAUM, Y. BENKLER, A. J. BERINSKY, K. M. GREENHILL, F. MENCZER, M. J. METZGER, B. NYHAN, G. PENNYCOOK, D. ROTHSCHILD, M. SCHUDSON, S. A. SLOMAN, C. R. SUNSTEIN, E. A. THORSON, D. J. WATTS e J. L. ZITTRAIN, *The science of fake news*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), 9 marzo 2018; L. LESSIG, *Code 2.0*, New York, 2006. Ma ormai ampia è la discussione anche in Europa alla luce anche degli interventi dell'UE già richiamati nel § 3.

³⁶ Pare, come è stato detto, che sia estremamente complesso trovare dei responsabili all'interno di *internet*, cfr. R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Vicenza 2016, 430 ss.

³⁷ «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

Si potrebbe dire che ormai sono solo bei principi teorici, ma non confermati e non garantiti nella situazione concreta. Sia la norma europea, sia la norma costituzionale qualificano il diritto d'informazione come principio inviolabile e quindi non può essere oggetto di limitazione in alcun modo ed i rispettivi ordinamenti devono garantirne la tutela.

D'altra parte, la cattiva informazione opera con sistemi particolarmente organizzati ed altamente finanziati, mentre non avviene altrettanto da parte dell'informazione di qualità. Si rileva in particolare che, pur essendoci "riviste scientifiche di eccellenza, canali OTP che propongono una programmazione specialistica e divulgativa di alto livello" poco sia fatto perché queste strutture riescano a "fare sistema", a collegarsi in modo tale da influire in modo incisivo sulla rete. Si è proposta quindi la costruzione di "strutture di collegamento e di valutazione della qualità delle informazioni, attivando meccanismi collettivi di *warning* e *alert*, aiutando l'utente medio a trovare i percorsi informativi giusti nel mare delle *fake* e delle *trash news*"³⁸.

Proposte queste condivisibili ma che richiedono fondi, infrastrutture tecnologiche, formazione e governance adeguata ed una volontà politica degli Stati o meglio dell'Unione europea ad operare in questo senso.

Questa strada sembra essere quella su cui si sta indirizzando anche il fondatore di *Wikipedia*, Jimmy Wales, che ha ipotizzato la creazione di un nuovo sito *Wikitribune* che avrebbe l'obiettivo di garantire che ogni notizia pubblicata venga prima analizzata da giornalisti professionisti che ne garantiscono non solo la veridicità ma anche la verificabilità. Progetto che presuppone risorse economiche significative e che comunque affida ad un soggetto privato il controllo delle informazioni e la valutazione di quelle che possono essere considerate notizie veritiere o meno.

Più che un'iniziativa privata è quindi auspicabile un intervento istituzionale, meglio se europeo al fine di disciplinare direttamente con regolamenti europei i meccanismi che consentono a quegli algoritmi alla base di tante *fake news* di diventare invece trasparenti, condivisibili e negoziabili. In altre parole, non è opportuno lasciare alle grandi multinazionali l'auto-regolamentazione della materia, perché ne deriverebbe poi la debolezza del singolo Stato di disciplinare diversamente o comunque di poter introdurre vincoli diversi e più stringenti.

Forse non si potrà prescindere dall'uso di un algoritmo per individuare le *fake news*, accompagnato tuttavia da un controllo successivo ed eventuale. L'elemento dirimente è comunque rappresentato da come e da chi viene programmato l'algoritmo e se c'è una responsabilità non solo tecnica, ma anche politica della sua gestione, tenendo conto del contesto democratico di organizzazione dello Stato ed ancor più in un contesto europeo. Accanto ad un intervento statale è necessaria una normativa europea che imponga maggiore trasparenza sulle modalità di funzionamento e di gestione delle reti *social*, che per ora rappresentano uno degli strumenti principali d'informazione per un numero significativo di cittadini³⁹.

Quello che sicuramente emerge da quanto finora analizzato è una percezione assai ridotta da parte della maggioranza degli utenti di *internet* di rischiare di essere manipolati ed eterodiretti, anche perché l'uso che viene fatto della rete da parte del singolo è prevalentemente passivo o comunque con meccanismi automatici senza conoscenze tecniche idonee ad autodifesa delle proprie libertà⁴⁰. Dall'altro, gli studi sul tema evidenziano, all'opposto, l'impotenza dei singoli

³⁸ Così B. CARAVITA, *Il consenso ai tempi dei social*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13, 2018.

³⁹ Sul punto cfr. in particolare G. PITRUZZELLA, *La libertà d'informazione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 80. È noto poi che notizie false circolano più facilmente e raggiungono l'obiettivo di una maggiore circolazione rispetto alle notizie vere.

⁴⁰ D'altra parte, le reti *social* favoriscono ed accentuano le polarizzazioni di gruppo che inducono appunto i vari interlocutori ad incrementare gli estremismi e ridurre di conseguenza la comprensione delle diverse opinioni. Cfr., sul tema, C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni? Dissenso politico e democrazia deliberativa*, il Mulino, Bologna, 2009, 17 ss.

individui a potersi creare delle convinzioni ed informazioni autonome, determinandosi una totale alterazione della libertà di essere informati così come l'abbiamo conosciuta fino al secolo scorso.

Ma dato che il presupposto della democrazia consiste nella possibilità del singolo individuo di poter scegliere liberamente una forza politica ed un governo che rappresenti i propri obiettivi ed ideali, dato che la democrazia si basa sulla libertà d'informazione (intesa sia come libertà d'informare, ma anche di essere informati, così come sulla libertà di cercare le informazioni), ben si percepisce come la rete rappresenti un pericolo sia per la libertà d'informazione, sia per la democrazia.

Il problema si presenta ancor più significativo nel momento in cui la partecipazione dei cittadini alle scelte d'indirizzo politico dello Stato si amplia sempre di più, attraverso la valorizzazione degli strumenti di democrazia diretta (*referendum* abrogativi⁴¹, ma in particolare propositivi⁴²). La tendenza che sembra volersi affermare di trasformare la nostra democrazia liberale, basata sul principio della rappresentanza, in una democrazia populista che affida molte scelte alla "voce del popolo"⁴³ fa sì che l'informazione corretta e libera da condizionamenti o interferenze dei soggetti decidenti sia essenziale alla stessa sopravvivenza della democrazia⁴⁴. L'esperienza del *referendum* inglese sulla Brexit, il *referendum* costituzionale in Italia del 2016, e la crisi della Catalogna sono tre esempi significativi di come sicuramente un peso significativo sulle decisioni assunte è stato raggiunto anche grazie ad interventi di disinformazione nei confronti dei cittadini.

Ciò non significa che si auspichi una forma di censura sui nuovi sistemi tecnologici, così come avviene nei regimi non democratici (si pensi alla censura ed alla non operatività di Facebook o Google in Cina), ma che appunto s'introducano normative più pregnanti di responsabilizzazione dei *social network* ed eventualmente anche la previsione di sanzioni là dove vi sia un'assenza d'intervento immediato dopo segnalazioni specifiche, che si attivi un'efficace regolamentazione della materia così come è stato fatto per la stampa, un tempo, e per la televisione successivamente.

⁴¹ In Italia si sta discutendo un disegno di legge costituzionale (d.d.l. cost. Fraccaro AC. 1173-A) per la riduzione della percentuale necessaria di partecipanti per la validità del *referendum* abrogativo.

⁴² Si ipotizza nel disegno di legge cost. A.C. 1173-A l'introduzione di un'iniziativa legislativa popolare rinforzata dalla previsione di un *referendum* qualora il testo non venga approvato dal Parlamento entro diciotto mesi dalla presentazione (ipotesi che introduce quindi un *referendum* propositivo).

D'altra parte, una particolare valorizzazione della trasparenza nell'azione della pubblica amministrazione è in atto in Italia ormai da tempo, a partire dalla l. n. 241 del 1990, passando poi dagli obblighi informativi contenuti nel d.lgs. 33 del 2013, fino al d.lgs. 97 del 2016 che ha introdotto il cd. FOIA su cui E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2016, 725 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23/2016; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016, 593 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1, 2017; A. Massaro – M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione dalla prevenzione alla repressione*, cit.; C. SANTACROCE, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*, in *Diritto e Società*, 3, 2017, 577 ss.; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. Amm. Riv. Trim.*, 2, 2018, 311 ss.; A. MOLITERNI, *La via italiana al FOIA: bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2019, 23-34.

Altro problema è poi ora rappresentato dalla sospensione dell'efficacia della normativa del FOIA durante l'emergenza sanitaria stabilito con d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv., con modif., nella l. 24 aprile 2020, n. 27. Sospensione che può essere giustificata solo temporaneamente e limitatamente alle ragioni contingenti, ma la normativa deve tornare operativa prima possibile, anche con riguardo a tutta l'attività posta in essere dall'amministrazione nel corso del periodo dell'emergenza.

⁴³ Secondo l'espressione di C. CROUCH, *Post-Democracy and Populism*, in *The Political Quarterly*, 2019, 124 ss.

⁴⁴ Si rinvia a quanto già analizzato in ordine al contenuto dei vari progetti di riforma costituzionale depositati nel corso dell'attuale legislatura, che affiancano e completano, in un disegno unitario di riforma costituzionale, l'attuale testo di riduzione dei parlamentari che sarà oggetto del prossimo *referendum*, in E. CATELANI, *Riforme costituzionali: procedere in modo organico o puntuale?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10, 2020.

Il codice di autoregolamentazione, sottoscritto volontariamente da parte di alcuni *social network* e prima richiamato (§ 3), costituisce un tentativo di ridurre le cause di disinformazione, ma forse è necessario che anche i singoli Stati si attivino per porre dei limiti quantomeno quando le informazioni in rete determinino la commissione di reati, secondo il modello della legge tedesca (§ 4). Ma non basta. È necessario poi che sia attivato un meccanismo che consenta a quei cittadini raggiunti da una *fake new* di essere parimenti informati del carattere illegittimo o comunque improprio della notizia. La tecnica deve intervenire anche a tutela delle persone direttamente interessate.

Tutto ciò non esclude che le nuove tecnologie possano trovare al loro interno un antidoto alla disinformazione, attraverso la formazione di meccanismi che garantiscano il contenuto delle informazioni.

Si ipotizza ad esempio di usare il meccanismo della *Blockchain* al fine di evitare la proliferazione di notizie la cui origine non sia certificata o comunque individuabile. D'altra parte, la tecnologia *Blockchain* nasce proprio con la finalità di garantire la "fiducia" tra due soggetti che abbiano la necessità di scambiarsi un quantitativo in denaro, un bene fisico, oppure, come nel caso che ci interessa, un'informazione.

Si potrebbe, cioè prevedere l'apposizione di una firma elettronica dell'autore sul contenuto originale di una notizia o lo sviluppo dell'identità pubblica digitale al fine di tracciare la propagazione di quel contenuto con un sistema basato appunto su *Blockchain*. Senza qui entrare nel dettaglio tecnico delle modalità per garantire l'autenticità di ogni informazione e della sua provenienza, nonché sui meccanismi per la responsabilizzazione dei soggetti che inseriscono le notizie, i dati e le informazioni, vi dovrebbe essere l'adesione ad un'unica *Blockchain* del maggior numero di organizzazioni fra loro indipendenti così da poter garantire la neutralità del sistema, se svolto in maniera unitaria e comunque collegata, dato che il *trust model* insito nell'intera *Blockchain* sarebbe federato dalle medesime organizzazioni.

In questo modo si potrebbe raggiungere un duplice obiettivo, da un lato si potrebbe consentire con maggiore facilità l'individuazione e la sanzionabilità dei soggetti che diffondono notizie false, dato che la *Blockchain* mantiene un registro pubblico non modificabile, che consente di ripercorrere la storia di una notizia dalla sua origine fino all'ultima condivisione o "like".

Dall'altro, poi, si creerebbe un sistema che potrebbe garantire la stessa libertà d'informazione e di essere informati. In definitiva si dovrebbe raggiungere una declinazione tecnologicamente democratica della libertà d'informazione.

ELISABETTA CATELANI

Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I presupposti della democrazia: libertà d'informazione nelle sue varie accezioni. – 3. Interventi dell'UE al fine di contrastare la disinformazione. – 4. La legge tedesca per migliorare la tutela dei diritti sui *social network*: una soluzione estendibile? - 5. *Fake news, hate speech e post truth*: le varie forme di contrasto all'art. 21 Cost. – 6. Infodemia, *sharp power* e *fake news* durante l'emergenza sanitaria Covid-19. – 7. Dubbi ed incertezze sulle modalità per consentire il mantenimento dei presupposti della democrazia

1. *Introduzione*

Una constatazione ormai ricorrente a livello mondiale è data dall'esistenza di una crisi della democrazia, crisi che non fa (ancora) venir meno l'essenza e l'importanza della democrazia, ma ne può determinare una trasformazione. Obiettivo di questo contributo è, pertanto, cercare di comprendere come le nuove tecnologie possono interferire su tale evoluzione.

Gli studi sulla crisi della democrazia hanno interessato un po' tutti i settori delle scienze sociali con criteri d'indagine molto diversi e giungendo parimenti a valutazioni divergenti. Alcuni hanno parlato di *Post democrazia* (Colin Crouch) di *Controdemocrazia* (Pierre Rosanvallon) o si sono domandati cosa può accadere *Dopo la democrazia* (Ralf Dahrendorf). Parimenti in Italia giuristi come Gustavo Zagrebelsky hanno affrontato il tema de *La difficile democrazia* o filosofi politici come Norberto Bobbio hanno dedicato molti dei propri studi a capire l'evoluzione della democrazia¹. Ciascuno di essi è indirizzato a comprendere le ragioni ed a ricercare soluzioni a tale crisi con proposte molto diverse, ma tutti partendo da una constatazione comune, ossia che la delegittimazione dei partiti e della politica ha determinato la formazione di un concetto diverso di democrazia. Si tratta di ricostruzioni importanti che tuttavia tenevano conto di profili storici di contesto che ormai hanno subito un'evoluzione. Si parlava dinanzi alla crisi economica post 2007/2008 della necessità della decisione di soggetti esterni ai partiti. Alcuni, come Claus Offe² in modo radicale hanno messo in evidenza che i partiti, anziché svolgere una funzione di informazione verso i cittadini su quello che si deve fare "si limitano ad agire opportunisticamente per mantenere il potere", cosicché l'unica via è quella di affidare ai tecnocrati l'adozione di questi provvedimenti che i politici non sono in grado, né possono fare. Dice in particolare Claus Offe che "*la democrazia e il regime parlamentare sono incompatibili con ciò che si deve fare adesso*" e quindi è necessario affidare ai tecnocrati che siano interni allo Stato o espressione dell'UE queste scelte. Ma la tecnocrazia, dice Offe, è antidemocratica.

**Queste riflessioni hanno origine in un contributo presentato in lingua spagnola al XIV Congresso iberoamericano de derecho constitucional, Buenos Aires, 21/23 maggio 2019, su La democracia representativa en crisis con una relazione dal titolo Fake news y democracia: ¿hacia una democracia tecnológica? Il contributo è stato poi interamente rivisto, in onore del Prof. Costanzo, anche alla luce delle novità sorte durante il periodo dell'emergenza sanitaria 2020.*

¹ Si fa riferimento ai titoli dei noti libri degli Autori richiamati che hanno trattato il tema dell'evoluzione della democrazia. Per quanto attiene l'Italia può poi essere utile ricordare oltre a G. ZAGREBELSKY, sia i lavori di uno dei più noti scienziati della politica quale GIOVANNI SARTORI ed in particolare *La democrazia in trenta lezioni*, Mondadori ed., Milano, 2008, sia NORBERTO BOBBIO considerato "*al tempo stesso il massimo teorico del diritto e il massimo filosofo della politica nella seconda metà del novecento*" che, fra i tanti scritti ha affrontato direttamente il tema in *Liberalismo e Democrazia*, Simonelli editore, Milano, 2006 e in *Quale democrazia?*, Morcelliana ed., Brescia, 2009.

² Claus Offe, sociologo politico collaboratore di Jurgen Habermas, è uno degli esponenti dell'attuale scuola di Francoforte che ha affrontato recentemente l'impatto che ha la politica sull'opinione pubblica. Da ultimo vedi l'intervista di A. CAVALLI a CLAUD OFFE, in *Il Mulino*, 5, 2012.

Altri, invece, mettono in evidenza un cambiamento della democrazia, ossia si sottolinea il fatto che il cittadino non si limita ad un controllo ed una verifica sull'operato del politico e dell'amministrazione una volta ogni quattro/cinque anni nel momento elettorale e con la semplice "scelta" dei rappresentanti, ma con continuità o direttamente attraverso l'incremento dell'uso dei *referendum* abrogativi e propositivi, oppure attraverso organi che ne garantiscano la correttezza. Ciò fa affermare a Rosanvallon che "un processo di legittimazione del potere è quello prodotto dall'imparzialità garantita dalle autorità indipendenti che vigilano per evitare che alcuni si appropriino delle istituzioni in maniera partigiana".

Non si può tuttavia non tener conto che questa trasformazione dell'essenza della democrazia è stata fortemente provocata dall'evoluzione della tecnologia e dalla nascita di sistemi d'informazione e, spesso, di disinformazione dell'elettorato. Tutti aspetti che hanno alterato le caratteristiche fondamentali della democrazia rappresentativa, così come conosciuta e studiata fino al secolo scorso. Si è realizzata in altre parole un'evoluzione nel rapporto fra eletti ed elettori determinando una crisi di quei *cleavage* della rappresentanza connessi all'esistenza stessa dei partiti³, crisi che non resta limitata alle singole sovranità, ma si evolve anche nei rapporti fra gli Stati.

Non è certamente possibile, in questa sede, indagare le cause generali della trasformazione del rapporto fra cittadini elettori e la politica, ma l'esperienza europea e quella italiana di questi ultimi anni possono costituire una chiave di lettura di una tendenza ad un incremento del populismo che è presente in molte realtà statali.

D'altra parte, ormai, non è più possibile parlare della nozione di democrazia se non si analizza contemporaneamente anche l'influenza che viene svolta dai *social media*, dai nuovi mezzi d'informazione e dall'eccesso d'informazione che si può tramutare in disinformazione, anche qualificata infodemia⁴, nonché da quelle tecniche di informazione/disinformazione che stanno alterando i rapporti fra gli individui, fra i cittadini e la politica, fra la politica e le istituzioni⁵. In altre parole, occorre cercare di capire come le nuove tecniche di comunicazione possono determinare una trasformazione dei caratteri essenziali della democrazia liberale, che ha caratterizzato le democrazie in tutto il XX secolo, verso una democrazia che può essere chiamata populista, se non addirittura immaginare altre forme di organizzazione istituzionale, ancora non ben qualificabili⁶.

2. I presupposti della democrazia: libertà d'informazione nelle sue varie accezioni

La prima domanda che occorre porsi, dinanzi ad una così repentina trasformazione tecnologica e ad un'interferenza così pervasiva sull'acquisizione delle informazioni da parte dei nuovi strumenti di comunicazione, è se le ultime occasioni in cui il corpo elettorale si è dovuto esprimere in Italia

³ Cfr. sia i principi fondamentali della teoria dei *cleavage* elaborata da secondo la teoria di STEIN ROKKAN (cfr. S. M. LIPSET-S. ROKKAN, *Party System and Voter Alignments*, 1967, sia più recentemente H. KRIESI, *The transformation of cleavage politics. The 1997 Stein Rokkan lecture*, in *European Journal Political Research*, 1998, 165 ss.

⁴ Cfr., da ultimo, il focus di *Federalismi.it* (www.federalismi.it) su *La disinformazione online* del 24/4/2020, curato da M. MONTI, *Introduzione: la disinformazione on line e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, e *ivi*, in particolare, i contributi di M. CAVINO, *Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica* e di P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*.

⁵ Uno dei maggiori studiosi del tema è C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1995; ID, *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton 2017; ma si può anche richiamare W. LEE HOWELL, *Digital wildfires in a hyperconnected world*, in *Report Global Risks*, 2013, 23; K. STABIRD, *Information Wars: A Window into the Alternative Media Ecosystem*, in *Medium* (<https://medium.com/>), 15.05.2017.

⁶ Si è parlato ad esempio di *infomocracy* da parte di M. OLDER, *Infomocracy*, Tor.com Book, New York, 2016, di ciberdemocrazia in D. De Kerckhove-A. Tursi (a cura di), *Dopo la democrazia?*, Apogeo, Milano 2006 o, ancora, si è parlato di tecnopolitica in S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Ed. Laterza, Milano, 2004.

(elezioni politiche o amministrative e *referendum*), siano state davvero regolari e nel rispetto dei diritti dell'individuo, del principio della *par condicio* e della libertà del voto, oppure se le interferenze esterne siano state tali da alterare in maniera significativa la capacità degli elettori di scegliere in modo libero il partito o il movimento politico pienamente rispondente alle proprie aspettative o, comunque di comprendere esattamente il contenuto di un quesito referendario.

Questa domanda determina a sua volta una serie di ulteriori e conseguenti quesiti anche di più ampio respiro, che interferiscono sulla stessa evoluzione tecnologica, come ad esempio appare utile domandarsi se la stessa rete, così come è organizzata, sia compatibile con la democrazia⁷. Pare, in altre parole, improbabile che i meccanismi, attualmente presenti nelle nostre democrazie, possano riuscire a governare gli algoritmi, le banche dati, i dati sensibili, ma anzi siano queste nuove tecnologie e le loro espressioni concrete a governare la democrazia.

Se si parte dalla definizione classica di democrazia, ossia di governo del popolo che direttamente o indirettamente esercita la sovranità, è necessario verificare se la volontà del popolo, che si esprime in particolare in fase elettorale, nonché in occasione dei *referendum*, venga deviata da informazioni volontariamente errate o informazioni alterate da una parziale rappresentazione della realtà⁸. Il fatto che si tenda negli ultimi tempi a valorizzare l'intervento dei cittadini attraverso un'incentivazione della democrazia diretta (o partecipativa) accentua il problema, in quanto è necessario che i meccanismi che garantiscono l'informazione siano tali da permettere ai diretti interessati di avere una "corretta" comprensione della realtà, tale da consentire la formazione di una scelta consapevole. Un altro aspetto necessario, affinché la volontà popolare non sia manipolata ed utilizzata a fini politici, è rappresentato dal fatto che la partecipazione da parte dei cittadini alle scelte politiche o d'indirizzo siano effettivamente espressione di una volontà il più possibile ampia del corpo elettorale e non di una porzione assolutamente marginale di esso. Gli esempi che si sono verificati in passato possono essere molti, sia nazionali che europei: si pensi, per quanto riguarda l'Italia, alle votazioni fatte dai sostenitori del Movimento Cinque Stelle in una piattaforma (Rousseau), riservata ad un numero ristretto di cittadini iscritti al Movimento, che con poche migliaia di voti possono condizionare nomine anche di rilievo nelle strutture istituzionali, ovvero l'ipotesi che si prospettava di introdurre l'ora legale durante tutto l'anno in Europa dopo un sondaggio a cui avevano partecipato solo una parte dei cittadini europei e comunque solo appartenenti agli Stati del Nord-Europa, a causa di una limitata informazione data da parte degli Stati ai propri cittadini⁹.

In altre parole, s'incrementano le ipotesi di partecipazione dei cittadini a scelte d'indirizzo politico, agevolando così quella che viene qualificata democrazia partecipativa al fine di sottrarre la decisione ai politici o comunque per rendere compartecipi i cittadini su determinate scelte, senza tuttavia consentire poi una piena acquisizione di tutte le informazioni necessarie per esprimere una

⁷ Come giustamente rilevato da O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017, 47, se "sottesa al costituzionalismo europeo vi è la funzionalizzazione della libertà di espressione al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati, e dunque, indirettamente, alla formazione dell'opinione pubblica e al funzionamento della democrazia, il riconoscimento di un diritto ad essere informati si traduce nella previsione di un diritto a una *corretta* informazione. Proprio questo riconoscimento, talvolta esplicito talvolta implicito, consente di ritenere esistenti nel costituzionalismo europeo gli anticorpi per contrastare il diffondersi di una cattiva informazione".

⁸ Il tema è studiato ormai da tempo negli USA, anche in considerazione del fatto che già nelle elezioni presidenziali di Obama l'uso di internet è stato essenziale per il successo e da allora tutte le comunicazioni politiche sono state particolarmente influenzate dalla rete. D'altra parte, tutta la campagna elettorale di Trump e l'uso che è stato fatto di *Cambridge Analytica* dimostrano come le elezioni non sono più espressione della volontà popolare, ma della capacità dei partiti e dei movimenti d'influire su ampie masse d'individui.

⁹ Ipotesi che pare ora accantonata, ma non tanto per i risultati di questa indagine poco rappresentativa, ma per il mancato accordo fra gli Stati.

scelta consapevole. Molto spesso poi avviene che le notizie che sono immesse attraverso la rete, siano fortemente alterate o comunque indirizzate, così da non dare al cittadino la possibilità di essere correttamente informato.

È in gioco, in altri termini, la base fondante dello Stato di diritto e di uno Stato democratico, ossia la libertà di manifestazione del pensiero che si deve declinare nelle varie forme entro le quali si esprime tale diritto, ossia la libertà d'informare, la libertà di essere informati, che sono le due facce della stessa medaglia¹⁰.

La libertà di manifestazione del pensiero, che peraltro costituisce il caposaldo di ogni società democratica, è riconosciuta dalla Costituzione italiana in modo pervasivo, in quanto viene tutelata non solo nell'art. 21 Cost, ma anche da una pluralità di norme che costituiscono, si potrebbe dire, l'effetto della libertà di manifestazione del pensiero, che ne esplicitano il contenuto e lo declinano nelle sue varie forme. Cosicché occorre fare riferimento all'art. 19 dove si tutela la libertà di religione e quindi la libertà di manifestare la propria fede, nell'art. 33 che riconosce la libertà d'insegnamento, negli artt. 67 e 68 dove si riconosce il divieto di mandato imperativo e l'immunità parlamentari che si esplicano nella non perseguibilità del parlamentare per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni.

Tutto questo mette in evidenza la centralità di questo diritto, che si concretizza poi negli altri diritti connessi.

Le nuove tecnologie hanno sicuramente trasformato in modo radicale il modo di fare informazione, cosicché viene da domandarsi se l'art. 21 Cost., che ha costituito, in tutto questo periodo, l'ancora di salvezza, il perno del riconoscimento del diritto di manifestazione del pensiero e nello stesso tempo della democraticità dello Stato, possa rappresentare sempre quel "porto" ampio e sicuro di tutta la libertà d'informazione. In altre parole, questa norma sembra ora vacillare o quantomeno non appare più pienamente idonea e sufficiente a tutelare sia il diritto ad una corretta informazione sia i presupposti della democrazia, perché il cittadino non è più in grado di esercitare in modo libero le sue scelte¹¹. Non si tratta ovviamente di ipotizzare una limitazione del diritto di manifestazione del pensiero, che anzi è ampliato a tutti i livelli e per tutti i soggetti, ma riguarda gli altri profili contenuti direttamente o indirettamente in detta libertà, ossia il diritto ad essere "informati" e non "disinformati".

L'art. 21 Cost. nonostante l'evoluzione che vi è stata dal 1948 ad oggi ha tuttavia sempre dimostrato di garantire pienamente i diritti dei cittadini, sia nella sua forma della libertà di informare che di essere informati, sicuramente grazie anche all'intervento interpretativo che nel corso del tempo si è fatto della norma e dell'adattamento alle nuove tecnologie. Anche se, in realtà, gli strumenti per accrescere la propria informazione sono tanti, anzi, ci sarebbe da chiedere se siano

¹⁰ Chiare e riassuntive del dibattito sul tema sono le voci di P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, UTET, Torino, 1993, VIII, 319 ss. e *Stampa (libertà di)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, XIV, UTET, Torino, 1999, 525 ss. e, successivamente, *L'informazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

¹¹ Ad una riformulazione dell'art. 21 Cost., pensa, nelle conclusioni finali dell'ampia voce sull'informazione, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., 395 e, d'altra parte, ad una integrazione costituzionale si era pensato anche in occasione dei lavori della Commissione Bozzi. Il tema della modifica dell'art. 21 Cost. è stato nuovamente affrontato, più recentemente, anche da M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)*, 2, 2019, 90. M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2020, affrontando il tema dei mutamenti costituzionali, giunge invece alla conclusione che "la tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero mantiene una sua prescrittività anche nel nuovo ambiente tecnologico nel quale oggi, si trova sempre più spesso ad essere esercitata. Il che, essenzialmente, significa ribadire che il senso del mutamento indotto dalle nuove tecnologie deve comunque essere guidato dai principi costituzionali sulla libertà di espressione".

troppi, come ben si è percepito durante il periodo di emergenza sanitaria che ha alterato significativamente i modelli informativi creando confusione e spesso disinformazione¹².

Già Martin Lutero nel 1569 scrisse in riferimento alla stampa a caratteri mobili “La moltitudine di libri è un grande male. Non c’è misura né limite a questa febbre della scrittura: tutti vogliono essere autori, alcuni per vanità, per acquisire fama e farsi un nome, altri per amore del mero guadagno”¹³.

Ma come il problema dell’informazione derivante da tanti o, si potrebbe dire seguendo Lutero, da un eccesso di libri, ovviamente è stato superato, così si è giunti al convincimento che la pluralità d’informazione non può essere censurata come principio fondamentale, ma occorre peraltro introdurre meccanismi “per proteggere i loro sistemi democratici e i loro dibattiti pubblici” Questo è stato in particolare l’indirizzo adottato da ultimo dall’UE, “in vista delle elezioni europee del 2019, alle quali dobbiamo aggiungere una serie di elezioni nazionali e locali che si terranno negli Stati membri nel 2020”¹⁴.

3. Interventi dell’UE al fine di contrastare la disinformazione

In quest’ultimo periodo l’Unione europea, forse più di molti singoli Stati europei, ha iniziato a discutere e ad adottare misure per contrastare la disinformazione in Europa. Inizialmente, nel 2015, l’UE ha creato un gruppo di lavoro, una *task force (East StratCom)*, al fine di «contrastare le attuali campagne di disinformazione della Russia», nel 2016 ha adottato un quadro comune sulla lotta contro le minacce ibride, seguito nel 2018 da un Comunicato stampa della Commissione europea per aumentare la resilienza e respingere in modo più efficace le minacce ibride¹⁵.

Un altro importante obiettivo raggiunto da parte dell’UE è costituito dalla richiesta da parte della Commissione europea alle IT Companies di sottoscrivere un codice di condotta contro le forme illegali di discorsi ispirati all’odio. Il Codice, firmato il 31 maggio 2016, impegna le IT Companies sottoscrittrici (Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube) a una serie di comportamenti fra cui l’obbligo di rimuovere dalle proprie piattaforme entro meno di ventiquattro ore i discorsi illegali ispirati di odio, cancellando o disabilitando, se necessario, l’accesso al loro contenuto. È poi prevista l’assunzione di impegni finalizzati a definire linee guida concordate con la Commissione che stabiliscano anche le modalità di notificazione e l’eventuale uso di flag relativi a contenuti illeciti. Importante è, parimenti, anche l’impegno assunto di consentire a esperti indipendenti, individuati dai singoli Stati, di notificare la richiesta di rimozione dai siti di quanto ritenuto in contrasto col Codice deontologico stesso. Il 26 settembre 2018 è stato poi adottato dalla Commissione europea

¹² Cfr., *infra*, al § 6.

¹³ Citazioni nella stessa linea sono riportate in S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 99 e in C. SHIRKY, *Cognitive Surplus: How Technology Makes Consumers into Collaborators*, Penguin, New York, 2010.

¹⁴ Comunicato stampa del 5 dicembre 2018.

¹⁵ Con minaccia ibrida normalmente si fa riferimento a quella minaccia “mutevole e necessariamente flessibile”. Definizione meglio precisata in un Comunicato della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo del 6 aprile 2016 dove si dice che tali minacce sono rappresentate dalla “combinazione di attività coercitive e sovversive, metodi convenzionali e non (siano essi diplomatici, militari, economici, tecnologici), che possono essere utilizzate in modo coordinato da attori statali e non statali al fine di ottenere obiettivi specifici, restando però al di sotto della soglia della guerra formalmente dichiarata”.

In definitiva, per “minacce ibride” si intendono una serie di attività che combinano metodi convenzionali e non convenzionali che hanno come obiettivo non soltanto di provocare danni diretti e di sfruttare le vulnerabilità oggettive di un determinato contesto, ma anche di destabilizzare le società e creare ambiguità per ostacolare il processo decisionale.

un nuovo codice di autoregolamentazione per le piattaforme digitali che tuttavia poco ha aggiunto rispetto a quanto già previsto.

L'atto più recente e indubbiamente più significativo della Commissione europea è rappresentato dall'approvazione di un piano d'azione contro la disinformazione nell'UE che veniva presentato dall'allora alta rappresentante della Commissione europea, Federica Mogherini, come uno strumento per garantire le libertà degli individui e nello stesso tempo la democrazia. Si asseriva infatti, che «la salute della democrazia dipende da un dibattito aperto, libero ed equo. Abbiamo il dovere di proteggere questo spazio e non permettere a nessuno di seminare odio, divisione e sfiducia nella democrazia. In quanto Unione europea, abbiamo deciso di agire insieme e rafforzare la nostra risposta per far progredire i nostri principi e migliorare la capacità di recupero delle nostre società, sia all'interno dei nostri confini che nei paesi limitrofi. È il modo europeo di rispondere a una delle grandi sfide del nostro tempo.

Un piano d'azione non rappresenta altro che un atto di privo di efficacia giuridica vincolante, ma che ha l'obiettivo d'indirizzare gli Stati attraverso un sistema specifico di allarme tra le istituzioni dell'UE e gli Stati membri per facilitare lo scambio di dati e la valutazione delle campagne di disinformazione, informando immediatamente gli altri Stati delle eventuali minacce all'informazione. Ci sono anche piani per garantire la trasparenza sulla pubblicità politica, intensificare gli sforzi per chiudere i siti falsi, individuando tutte le interazioni non-umane (messaggi trasmessi automaticamente dai «bots») e cooperare con gli ispettori e ricercatori universitari per rilevare campagne di disinformazione e rendere i contenuti verificati più visibili e godere di una maggiore diffusione. Infine, le istituzioni dell'UE e gli Stati membri hanno il compito di promuovere l'alfabetizzazione mediatica attraverso programmi specifici. Squadre nazionali multidisciplinari composte da verificatori di dati e ricercatori indipendenti saranno supportate per rilevare e smascherare campagne di disinformazione in tutti i *social network*.

Nella stessa direzione si è mosso il Consiglio d'Europa con la risoluzione dell'Assemblea n. 2143 del 25 gennaio 2017 "*Online media and journalism: challenges and accountability*" che ha raccomandato agli Stati di avviare, sia a livello nazionale che all'interno del Consiglio d'Europa, discussioni sulle norme e sui meccanismi necessari per prevenire il rischio di distorsione dell'informazione e manipolazione dell'opinione pubblica. Si ricorda poi che i media, espressione del servizio pubblico, dovrebbero esercitare la massima diligenza editoriale per quanto riguarda i contenuti generati dagli utenti o di terzi pubblicati sulla loro presenza su Internet.

Si tratta in definitiva di tutta una serie d'interventi, di raccomandazioni, d'indirizzi che provengono da soggetti europei, ma che non hanno ancora prodotto atti vincolanti e quindi hanno lasciato liberi gli Stati d'intervenire con propri atti normativi, che solo la Germania fino ad ora ha adottato.

4. *La legge tedesca per migliorare la tutela dei diritti sui social network: una soluzione estendibile?*

La Germania è stato il primo Stato in Europa che ha approvato una legge per introdurre strumenti per il contrasto degli illeciti commessi sulle piattaforme di comunicazione e che ha origine da un'attività che il governo tedesco aveva attivato da tempo (2015) attraverso il coinvolgimento dei principali operatori della rete e rappresentanti della società civile al fine di potenziare i sistemi di notifica, vaglio e rimozione tempestiva dei contenuti manifestamente illeciti e perseguibili penalmente quali l'incitamento alla violenza, l'ingiuria, la diffamazione o il procurato allarme.

La nuova legge per “migliorare la tutela dei diritti sui *social network*” (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* o NetzDG)¹⁶ si applica ai social network che abbiano più di due milioni di utenti registrati in Germania ed esclude invece le piattaforme che offrono contenuti di tipo giornalistico o editoriale, rispetto ai quali la responsabilità è dello stesso fornitore di servizi. Ha come obiettivo principale quello di contrastare il linguaggio dell’odio on line ed ogni forma di discriminazione basata sull’opinione, il colore della pelle, l’etnia, la religione, le tendenze sessuali, per poi estendersi a tutti i comportamenti illeciti sui social media, compresa la diffusione di notizie non veritiere (c.d. *fake news*). A tal fine si affida un ruolo centrale e di controllo al gestore del social network che ha il compito di garantire una procedura efficace e trasparente per la gestione delle segnalazioni di contenuti illeciti, consistente nella raccolta delle segnalazioni, nella rimozione e blocco del contenuto entro 24 ore dalla segnalazione. Si prevede poi che ogni gestore, che abbia ricevuto più di cento segnalazioni di illeciti in un anno solare, debba redigere un rapporto sulla gestione delle segnalazioni, spiegando le azioni intraprese dalla piattaforma al fine di eliminare ogni attività penalmente rilevante¹⁷. Non si elencano nella legge i contenuti che vengono considerati illeciti, ma vi è un rinvio alla disciplina penale¹⁸. Il mancato rispetto delle norme è sanzionato con pene pecuniarie significative.

Si tratta sicuramente di una soluzione, in linea con il piano d’azione poi approvato dall’Unione europea, forse anche al fine di ipotizzare in questo settore un’armonizzazione della disciplina degli Stati sulla falsariga dell’indirizzo tedesco. Modello ancora forse da perfezionare perché ampio è il rischio che vi sia un margine di attività illecita incontrollabile e non sanzionabile, sia qualora vi siano ritardi nelle segnalazioni degli illeciti, sia nell’esercizio dell’attività di controllo e di rimozione della notizia. I tempi d’intervento sono relativamente veloci (24 ore in caso di manifesta illiceità e 7 giorni negli altri casi), ma che non sono sufficienti, così come regolati, ad evitare che il danno nei confronti della persona sia già stato compiuto. La carenza più rilevante di tale normativa è rappresentata, comunque, dalla incapacità di bloccare le *fake news* che non si sostanziano nei reati elencati dalla normativa, ma che in ogni caso incidono sulla libertà di ricevere informazioni ed in particolare informazioni corrette da parte dei destinatari della notizia.

Questo aspetto assume ancor più rilevanza se analizzato con riguardo al problema della disinformazione che può essere attivata al fine di formare convincimenti politici/ideologici, influire sulle scelte politiche dei cittadini e, in ultima istanza, incidere sul carattere democratico dello Stato.

5. Fake news, hate speech e post truth: *le varie forme di contrasto all’art. 21 Cost.*

¹⁶ Entrata in vigore il 1° ottobre 2017 il cui testo può leggersi tradotto in italiano da G. GIANNONE CODIGLIONE, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2017. Si veda, altresì, per un primo commento, M.R. ALLEGRI, *Ubi social, ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, cit., 203 ss.; nonché G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell’era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2017, 91-104 ed ancora C. MAGNANI, *Libertà d’informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 4 aprile 2019.

¹⁷ Interessante, a tale riguardo, è il rapporto sulla trasparenza pubblicato da *Google* in attuazione della legge tedesca (NetzDG) sul periodo 1/1/19-2/4/19.

¹⁸ In particolare si fa riferimento alle norme in tema di utilizzo di simboli e propaganda politica vietata (§§ 86, 86a), preparazione ed incitamento alla commissione di gravi crimini contro lo Stato (§§ 89a, 91), falso per l’alto tradimento dello Stato (§ 100a), pubblico incitamento alla violenza (§ 111), disturbo della pace pubblica con la minaccia di crimini (§ 126), associazione criminale o terroristica (§§ 129-129b), sedizione (§ 130), diffusione di contenuti violenti (§ 131), ricompensa e approvazione di crimini (§ 140), diffamazione religiosa o ideologica (§ 166), distribuzione, acquisto o detenzione di materiale pedopornografico (§ 184b), comunicazione al pubblico di contenuti pornografici (§ 184d), violazione della riservatezza attraverso la creazione o diffusione di fotografie (§ 201a), ingiuria, calunnia e diffamazione (§§ 185-187), minaccia (§ 241) e falsificazione di prove (§ 269).

Prima di analizzare alcune ipotesi d'intervento al fine di contenere le degenerazioni derivanti da un'informazione in rete priva di controlli e limiti, occorre distinguere le varie forme di disinformazione ed in rapporto a ciascuna di esse individuare le relative conseguenze ed i provvedimenti che possono essere adottati. D'altra parte, non possiamo dimenticarci che dinanzi ad un determinato fatto varie possono essere le interpretazioni e le opinioni che possono essere fornite, senza che si possa parlare di disinformazione. Più invasiva sull'informazione è, viceversa, la divulgazione di notizie completamente alterate, tanto da diventare false, se non addirittura la diffusione di informazioni che istigano o incitano alla denigrazione ed all'odio.

Lo studio e l'analisi di tali tematiche, relativamente recente, ha consentito in ogni caso la formazione di indagini scientifiche con pluralità di implicazioni sociologiche, politiche, economiche e giuridiche, che, tuttavia, considerate nel loro insieme consentono di fornire indicazioni sufficienti per comprenderne, almeno in parte, gli effetti¹⁹.

Non è sempre facile distinguere le informazioni volontariamente indirizzate, le notizie parziali che possono indurre una conoscenza alterata, dalle altre manifestazioni del pensiero che sono invece vietate.

Varie sono le definizioni che sono state date al termine di *fake news*, anche perché molteplici sono i fenomeni che s'intende includere in tale concetto: dall'identificazione con quegli articoli recanti notizie che sono intenzionalmente e verificabilmente false e potrebbero trarre in inganno i lettori²⁰, all'inclusione del concetto di informazioni "distorte" e quindi hanno una base di verità²¹, ma che poi vengono formulate in modo tale da alterarne il contenuto con il deliberato intento di disinformare e diffondere notizie non veritiere attraverso i mezzi d'informazione. Quello che tuttavia deve essere sottolineato è la trasformazione del concetto di informazione alterata in *fake news* deriva da alcuni fattori: in particolare dalla possibilità di utilizzare le nuove tecnologie digitali di comunicazione che agevolano questo sistema veloce di trasmissione delle conoscenze, nonché dal fatto che l'informazione sia caratterizzata da un'apparente plausibilità, anche indotta da pregiudizi e aspettative distorte dell'opinione pubblica.

Le *fake news* dovrebbero essere caratterizzate da un fondamento di pseudo-verità costruite ed alterate da alcune pre-convinzioni di una parte dell'opinione pubblica, che consentono di considerare tali informazioni come vere.

Occorre poi distinguere la *fake news* con la *post truth*. In quest'ultima ipotesi le notizie o i fatti che sono alla base di un'informazione possono essere veritieri o meno, ma la loro veridicità non influisce nel formare l'opinione pubblica che è invece indirizzata da emozioni e convinzioni personali²². Nel caso della *post truth* - la finalità del messaggio è quello di provocare emozioni (e credenze) e dunque una adesione di carattere più emotivo che razionale. In questo senso, nulla vieta che una *fake news*

¹⁹ Il tema delle *fake news* è oggetto d'indagine scientifica solo da pochi anni, sia a livello mondiale, sia italiano. Uno dei primi e più completi lavori collettanei sul tema si legge nel primo fascicolo di *MediaLaws* (www.medialaws.eu), del 2017, dedicato appunto, con una sezione monografica, al tema "*fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete*".

²⁰ Così H. ALLCOT-M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 31, n. 2, 2017, 211 ss.

²¹ Difficile dire cosa significhi esattamente verità, perché tutto dipende dall'ottica con cui si osservano le cose, dall'interpretazione, dal contesto con cui si leggono i fatti. D'altra parte, come, giustamente osserva P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, cit., in part. § 25, con riguardo alla stampa ed alla radiotelevisione, "il perseguimento della verità sostanziale dei fatti (cui corrisponderebbe il vero interesse dei destinatari delle informazioni) si perseguirebbe, piuttosto, attraverso la dialettica pluralistica attuata dai diversi media".

²² Sul tema *amplius* C. PINELLI, *Postverità, libertà e manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 15 luglio 2017.

sia anche “*post truth*”, come accade quando la notizia falsa punta più sull’emotività che sulla razionalità di quanti ne vengono a conoscenza.

L’espressione “*post truth politics*” è utilizzata per indicare quella comunicazione politica che, riferita o meno che sia a fatti realmente accaduti e a idee correttamente rappresentate, è data in modo da suscitare emozioni in chi l’ascolta. L’obiettivo è quindi di suscitare una partecipazione emotiva all’evento descritto o al messaggio politico che ne è oggetto.

Un altro neologismo che spesso è accomunato a *fake news* è “*alternative facts*”, un termine usato dalla Consigliera della Casa Bianca Kellyanne Conway durante una conferenza stampa il 22 gennaio 2017, che starebbe ad indicare affermazioni o notizie relative a fatti accaduti che presentano una visione della realtà propria di chi la esprime anche se diversa da come gli stessi fatti sono stati visti e raccontati dalla maggioranza dei media o da fonti istituzionali²³.

Molto più invasivo sui diritti della persona è l’uso del c.d. *hate speech*, ossia, secondo la definizione del Consiglio d’Europa, «*tutte le forme di espressione miranti a diffondere, fomentare, promuovere o giustificare l’odio razziale, la xenofobia, l’antisemitismo o altre forme d’odio fondate sull’intolleranza. Tra cui l’intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, la discriminazione e l’ostilità nei confronti delle minoranze, dei migranti e delle persone di origine immigrata*» (Consiglio di Europa, Comitato dei Ministri). All’interno dell’Unione Europea l’*hate speech* è stato definito illegale fin dalla Decisione quadro 2008/913/JHA del 28 novembre 2008 ed è su questa base che la stessa Unione Europea ha concordato il 31 Maggio 2016 con Facebook, Microsoft, Twitter e YOU Tube, nell’ambito dell’Internet Forum, il “*Code of Conduct on illegal online hate speech*”.

Il concetto di *hate speech* è dunque precisamente determinato e giuridicamente regolato e perciò diverso da quello assai più generico e sfuggente di *fake news*. Nulla vieta che una *fake new* possa, per il suo contenuto, coincidere anche con l’*hate speech* e, se diffusa *on line*, possa ricadere nell’ambito del Codice di condotta appena citato.

La situazione in ordine all’acquisizione di una corretta informazione si è particolarmente aggravata in quanto ciascun individuo, quando naviga in rete alla ricerca di informazioni, viene sostanzialmente preso in consegna da un algoritmo personalizzato, che fornisce dati e notizie selezionati secondo il proprio specifico profilo, che tende a confermare opinioni e orientamenti già manifestati (mentre ciascun utente crede di avere a che fare con dati oggettivi disponibili a chiunque). Vengono meno, in definitiva, gli strumenti di un contraddittorio, perché il singolo non viene messo nelle condizioni di conoscere opinioni diverse da quelle che rientrano nei propri convincimenti, cosicché ciascuno viene inserito in una sorta di bolla di filtraggio (*filter bubble*), non viene esposto a punti di vista conflittuali e viene isolato intellettualmente nella propria bolla di informazioni²⁴.

6. *Infodemia, sharp power e fake news durante l’emergenza sanitaria Covid-19*

La fase dell’emergenza coronavirus ha posto ancor più in evidenza come le problematiche dell’informazione siano centrali a garanzia della democrazia.

L’iniziale tentativo della Cina di occultare la gravità e la diffusione dell’epidemia nella fase iniziale, la non comprensione della pericolosità del coronavirus dalle informazioni che provenivano dalla

²³ Dichiarazione riportata da *Free speech and facts in the Trump era*, in *The Lancet* (<https://www.thelancet.com/>), 4-10 feb. 2017, vol. 389, 478, dove si precisa anche che le *alternative facts* avrebbero la verità non come fondamento, ma come una delle molte prospettive alternative da tenere e abbandonare in base alle esigenze, ossia un semplice strumento di discussione.

²⁴ Cfr. P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, cit., 12 ss.

Cina nel periodo successivo nel momento in cui la comunicazione è stata ampia e diretta e poi la gravità dei rischi e la velocità della diffusione desumibili dalle notizie sanitarie italiane a fine febbraio e nei primi giorni di marzo, subito divulgate senza limitazioni e ciò nonostante non pienamente comprese, hanno determinato quella pandemia che ben conosciamo e che un'informazione adeguata e credibile poteva, se non evitare, quantomeno contenere nel numero di morti. Una fase, cioè, in cui una corretta informazione avrebbe davvero consentito un'evoluzione dei fatti molto diversa, così come, anche nella fase successiva alla prima emergenza, comunicazioni adeguate possono influire significativamente sulla comprensione e sul possibile sviluppo dell'epidemia, da un punto di vista sanitario ed istituzionale, ed ancora sui rapporti fra gli Stati.

Non si può certamente in poche parole riassumere le problematiche connesse alla disinformazione che l'emergenza ha posto ancor più in evidenza, ma che erano presenti e latenti ormai da tempo. Si può tuttavia segnalare come l'eccesso di informazioni (non solo di carattere sanitario), che ha inondato la popolazione, ha creato non poca confusione ed incertezza sulle modalità di azione ai fini della prevenzione della malattia (specialmente nella fase iniziale), sull'azione del governo centrale e sui diversi indirizzi adottati a livello locale.

L'eccesso d'informazione può trasformarsi appunto in epidemia dell'informazione²⁵, che non consente una adeguata consapevolezza della realtà, ma anzi un travisamento di essa con una percezione falsata, c.d. "dispercezione". Se, quindi si connettono insieme infodemia²⁶, dispercezione e *fake news* si realizza un effetto distorsivo, in quanto, sommati insieme, non consentono al cittadino di acquisire un adeguato e sufficiente livello d'informazione. In concreto rappresentano non solo una palese violazione delle garanzie costituzionali sull'informazione, ma possono a loro volta incidere anche sul modo di operare degli organi istituzionali che, inevitabilmente condizionati dal consenso (e non soltanto dalla responsabilità), indirizzano le loro scelte più verso le aspettative dei propri possibili elettori, che verso quanto effettivamente è necessario. Può apparire irragionevole che questo sillogismo sia utilizzato con riguardo alla fase dell'emergenza, quando sono state prese decisioni restrittive di molte libertà ed apparentemente impopolari. In realtà, anche la proliferazione di notizie fondate solo sulla paura, che in un contesto

²⁵ Non si fa riferimento in questa sede (ma vedasi, *infra*, alla nt. 42) per l'ampio dibattito sui possibili eccessi dei procedimenti d'accesso agli atti della pubblica amministrazione a partire dal c.d. modello FOIA, su cui vedasi I. NICOTRA, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of Information Act*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 12/2018; C. COLAPIETRO, *L' "importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime pretese ed impossibili (o quasi) imprese*, in A. Massaro – M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione dalla prevenzione alla repressione*, RomaTre Press, Roma, 2017, 11 ss.

Dibattito su cui, peraltro si è espressa ora l'Adunanza generale del Consiglio di Stato 10/2020, che ha ben chiarito che "Se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge". Rileva, peraltro, la Corte "che l'accesso, finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.). (...) Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da «*contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza [...] a manipolare i dati di realtà*»".

²⁶ Tale termine è stato per la prima volta utilizzato da D.J. ROTHKOPF, *When the Buzz Bites Back*, in *The Washington Post*, 11 maggio 2003, intendendo quella situazione che determina la circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non vagliate con accuratezza, che rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili.

di emergenza sanitaria sono facilmente comprensibili e condizionanti²⁷, legittimano restrizioni che sono tacitamente accettate ed approvate, ma che mettono in dubbio, nello stesso tempo, lo stesso Stato di diritto.

La somma di tante circostanze inaspettate ed inimmaginabili ha creato una richiesta continua e quasi ossessiva d'informazioni, che, sommate alla paura, hanno agevolato appunto l'infodemia e la dispercezione. Informazioni che tuttavia non vengono assunte dalle comunicazioni istituzionali e dai siti governativi o regionali, ma dalla rete che, talvolta si limita a semplificare un linguaggio istituzionale per lo più di difficile comprensione anche da parte dei cittadini mediamente istruiti, talaltra, invece, alterando il contenuto delle stesse informazioni istituzionali e quindi creando disinformazione.

La mancanza di conoscenza scientifica sul coronavirus ha poi determinato a sua volta una pluralità di notizie che nel corso del tempo si sono dimostrate errate (più che false), non sempre create *ad hoc*, ma che hanno in ogni caso indotto il governo a nominare una Unità di monitoraggio (*task force*) contro le *fake news*²⁸. Si tratta di un organismo privo di competenze sanzionatorie, ma solo con funzioni di ricognizione, promozione di iniziative e di campagne per incrementare l'informazione, non certo per limitarne la diffusione. Quindi un organo di supporto ulteriore, formato da professionalità e soggetti esterni rispetto alle strutture ministeriali, che dovrebbero indirizzare il governo ad adottare provvedimenti per agevolare l'informazione solo ed esclusivamente sulle tematiche del Covid-19, nonché al fine di elaborare proposte e di realizzare iniziative per arginare il fenomeno della diffusione di notizie false, che in questo periodo sono circolate specialmente all'interno delle piattaforme dei *social*.

In realtà, già prima esisteva in rete un controllo da parte delle *tech companies* che operano nei *social* e che hanno gli strumenti tecnici per bloccare, filtrare ed eventualmente rimuovere contenuti illeciti, ma si tratta di controlli affidati a società private, che spesso a loro volta utilizzano algoritmi o segnalazioni da parte di altri utenti che possono contribuire ad alterare la trasparenza dell'informazione²⁹. Per cui l'obiettivo dell'Unità di monitoraggio è quello di contribuire ad incentivare un controllo istituzionale ed incentivare comunicazioni ed informazioni istituzionali corrette.

La necessità della nomina di un organismo *ad hoc* può trovare una sua logica in due obiettivi primari: da un lato una ragione contingente, rappresentata dall'impossibilità di trovare all'interno

²⁷ Come è stato accertato, le notizie fondate sulla paura determinano frequenti ed appaganti scariche di dopamina, generando conseguentemente dipendenza. Cfr. sul punto R. DOBELLI, *Smetti di leggere*, il Saggiatore, Milano 2020.

Anche in precedenza, da un'indagine del MIT (*Massachusetts Institut of Technology*) del marzo 2018 era stato accertato che le informazioni false circolano sui social media sei volte più velocemente che le notizie vere.

²⁸ Si fa riferimento all'ordinanza del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega all'informazione ed all'editoria Andrea Martella del 4 aprile 2020 con cui è stata nominata la "Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19 sul *web* e sui *social network*", con compiti di analisi e monitoraggio dell'informazione diffusa relativamente al COVID-19 e di individuazione di specifiche misure di contrasto alla diffusione di *fake news*, anche tramite il coinvolgimento dei principali motori di ricerca e piattaforme social. A tale *task force* si aggiunge la creazione di un Osservatorio permanente creata dalla RAI come "ulteriore sforzo del Servizio Pubblico nell'informare correttamente il Paese". Si è impropriamente assimilato la nomina della *task force* alla normativa ungherese di contrasto alle *fake news*, che, si ricordi, configura come reato l'"impedimento (o intralcio) del controllo epidemico" e punisce chiunque diffonda pubblicamente false rappresentazioni di fatti che possono causare turbamento o agitazioni ovvero ostacolare o intralciare l'efficacia delle misure, in tal modo colpendo gravemente la libertà di informazione". Tale normativa prevede sanzioni penali che consentono la carcerazione da 1 a 5 anni. Il testo della legge è leggibile in ungherese e in una traduzione italiana non ufficiale con nota redazionale in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 1° aprile 2020. Cfr. anche P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 8/2020, 206 ss.

²⁹ Cfr. J.M. BALKIN, *Free speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review* (<https://columbialawreview.org/>), vol. 118, n. 7, 2018, part. 2024 e 2035.

dell'amministrazione pubblica competenze specifiche che fossero in grado di intervenire in modo puntuale e diretto su temi nuovi, su cui le conoscenze sono ristrette ad una cerchia limitata di studiosi, appunto nominati in questa *task force*. Dall'altro una ragione strutturale, rappresentata dalla difficoltà originaria della comunicazione istituzionale di essere compresa facilmente da parte dei cittadini. È noto, ad esempio, che le modalità di formulazione delle leggi, decreti legge o d.p.c.m., ampiamente utilizzati in questo periodo, rendono per lo più di difficile intelligibilità il loro contenuto, che viene così veicolato dai *social* o da siti che spesso ne possono alterare la portata. Il linguaggio normativo troppo tecnico e che inevitabilmente risponde alle necessità di un'impostazione giuridica di continui rinvii a precedenti normative ha determinato, a sua volta, l'uso delle c.d. FAQ (*frequently asked question*)³⁰ da parte del governo per giungere ad un'informazione più diretta ai cittadini.

In definitiva, si è cercato attraverso la nomina di questo organismo di limitare i danni di una disinformazione, di intervenire in maniera pronta in una fase, oggettivamente complessa, come quella dell'emergenza³¹, mettendo ancor più in evidenza che la comunicazione del governo ed il potere d'esternazione del Presidente del Consiglio hanno subito da un po' di tempo, ma in particolare in questa fase d'emergenza, una evoluzione che non può prescindere dall'avvento della rete e dei *social*.

D'altra parte, in questa fase è emersa una serie ulteriore di problemi connessi all'informazione, che possono incidere fortemente sull'assetto democratico, problemi già latenti da tempo, ma che l'emergenza ha posto ancor più in evidenza. Si fa riferimento a tutto il dibattito che negli ultimi anni si è sviluppato prima negli Stati Uniti, ma poi oggetto di ampia discussione anche in Europa, in ordine all'uso dell'informazione da parte degli Stati attraverso una strategia politica che si sostanzia in *sharp power*, *soft power*, *hard power*. Concetti con cui si intende descrivere le varie forme di influenza con cui alcuni Stati intendono attrarre a sé altri Stati e più in generale intendono attrarre le loro opinioni pubbliche verso le proprie politiche ed i propri valori³². Non si tratta certamente di un'attività nuova nei rapporti diplomatici ed internazionali fra gli Stati da sempre³³, ma, nell'attuale contesto, l'uso dell'informazione da parte di organismi che fanno capo a Stati sovrani, attraverso i

³⁰ Non pochi problemi hanno posto da un punto di vista giuridico anche questi strumenti anomali, in quanto la semplificazione e l'interpretazione alle norme date in questi contesti si sono sovrapposte all'effettivo contenuto delle norme, generando ulteriore disinformazione.

³¹ Non si può ad esempio dimenticare che decisioni "troppo" impopolari, che non erano sufficientemente supportate dalla "paura" sono state presto riviste, reinterpretate, adattate alle richieste dei cittadini. Si pensi ad esempio che dopo il dpcm che doveva regolare la c.d. fase 2, che non aveva riaperto ancora alcun tipo d'attività economica, la reazione e la delusione hanno presto indotto, prima a far circolare notizie sull'incremento del contagio in paesi che avevano iniziato a ridurre il *lockdown* (in parte non vere, come quelle riguardanti la Germania) e poi a indurre ad adottare provvedimenti di maggior apertura di molte attività.

³² Non si può certamente riassumere l'ampio dibattito su questi temi emerso in particolare negli Stati Uniti sulle modalità attraverso cui le grandi potenze, e non solo, cercano d'influire, nelle scelte politiche degli altri Stati. Utile su questi temi è la lettura di P. MESSA, *L'era dello Sharp Power*, Univ. Bocconi Ed., Milano 2018, che riassume la nascita del concetto di *soft power* e della successiva evoluzione dell'influenza della comunicazione (svolta da alcuni Stati che operano in maniera particolarmente invasiva) in *sharp power*, termine coniato da Christopher Walker and Jessica Ludwig del National Endowment for Democracy per definire i tentativi d'infiltrazione, influenza e condizionamento operati dai Paesi rivali. Sulla *soft power* si rinvia ai lavori di JOSEPH S. NYE JR., *Soft Power: The Means To Success In World Politics*, Publiaffairs, New York, 2004; Id, *Smart Power*, Laterza, Bari, 2012; e da ultimo Id, *How Sharp Power Threatens Soft Power*, in *Foreignaffairs.com*, 24 gennaio 2018. Sullo *sharp power* vedi da ultimo E. TABASSO, *Lo sharp power di Pechino a caccia di credibilità*, in *il Dubbio* (<http://ildubbio.ita.newsmemory.com/>), 16 aprile 2020, 8.

³³ S. RODA, *La legittimazione degli iperpoteri: imperi moderni e impero di Roma nel dibattito storico e politologico contemporaneo*, in N. Cusumano – D. Motta (a cura di), *Xenia. Studi in onore di L. Marino*, Salvatore Sciascia Editore, Caltanissetta-Roma, 2013, 293 ss.

social può diventare ancor più dirompente ed incidere fortemente nella formazione delle idee dei cittadini, degli indirizzi degli Stati e poi inevitabilmente nelle scelte politiche di questi³⁴.

7. Dubbi ed incertezze sulle modalità per consentire il mantenimento dei presupposti della democrazia

In queste brevi riflessioni si è solo accennato ad alcuni dei profili principali connessi alle più recenti interferenze degli strumenti della rete sulla libertà d'informazione.

Ciò che, tuttavia, emerge dagli ormai ampi studi che vengono fatti su questo tema in Italia e nel mondo³⁵ è la difficoltà per gli Stati di regolamentare la materia. I tempi di trasformazione di tali strumenti e la velocità con cui i vari soggetti interessati si adattano alle conseguenti evoluzioni tecniche (talvolta utilizzando in modo distorto questi mezzi di comunicazione), rendono assai complessi sia i controlli, che l'uso di sanzioni. Dagli studi e dalle ricerche fatte emergono interrogativi, talvolta proposte ed indirizzi da seguire, piuttosto che soluzioni concrete, ma la velocità della trasformazione di tali mezzi rende difficile anche la possibilità di introdurre meccanismi di controllo e di sanzione di tali attività, se non nei limiti ipotizzati dall'UE e sempre che vi siano interventi normativi armonizzati nei vari Stati.

Ci si domanda chi sia il guardiano dell'interesse all'accesso alle informazioni se la censura è un algoritmo³⁶. O, ancora, ci si chiede quale possibilità abbia il singolo di comprendere se una determinata informazione provenga da una rete di *troll* e quindi sia creata appositamente per interferire sulla percezione della realtà di molti o, invece, sia vera.

Si tratta del problema derivante dall'ampio utilizzo di tutta una serie di strumenti che in vario modo interferiscono e limitano non solo il diritto d'informazione dell'individuo, ma più in generale incidono sul rispetto della persona umana (onore e prestigio che possono essere limitati da varie forme di diffamazione ed ingiuria in particolare attraverso *l'hate speech*), sul principio di partecipazione (art. 3, II co., C.) ed ancora, più in generale, sui presupposti di uno Stato democratico.

La Corte costituzionale italiana ha più volte ribadito (v., ad es., sentt. nn. 312/2003, 29/1996 e 348/1990) come la libertà di manifestazione del pensiero e l'informazione siano valori essenziali per la democrazia: «L'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati), esprime... una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico». Tutto ciò confermato poi nell'art. 11 della Carta europea dei diritti UE che disciplina in modo connesso la libertà di espressione ed il diritto all'informazione³⁷.

³⁴ Cfr. L. DIAMOND, *Authoritarianism goes global?*, Johns Hopkins Univ. Press, 2016, E. TABASSO, *Disequilibri dinamici e geopolitiche della comunicazione*, in *Paradoxaforum.com* (<http://www.paradoxaforum.com/>), 21 ottobre 2019.

³⁵ Come abbiamo già visto in parte nelle citazioni fatte, l'analisi di questi temi è approfondita in particolare negli USA, cfr. fra gli altri J.M. BALKIN, *Free speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, n. 8, 2295 ss.; Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven and London, 2006, J. DAVID, M. J. LAZER, M. A. BAUM, Y. BENKLER, A. J. BERINSKY, K. M. GREENHILL, F. MENCZER, M. J. METZGER, B. NYHAN, G. PENNYCOOK, D. ROTHSCHILD, M. SCHUDSON, S. A. SLOMAN, C. R. SUNSTEIN, E. A. THORSON, D. J. WATTS e J. L. ZITTRAIN, *The science of fake news*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), 9 marzo 2018; L. LESSIG, *Code 2.0*, New York, 2006. Ma ormai ampia è la discussione anche in Europa alla luce anche degli interventi dell'UE già richiamati nel § 3.

³⁶ Pare, come è stato detto, che sia estremamente complesso trovare dei responsabili all'interno di *internet*, cfr. R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Vicenza 2016, 430 ss.

³⁷ «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

Si potrebbe dire che ormai sono solo bei principi teorici, ma non confermati e non garantiti nella situazione concreta. Sia la norma europea, sia la norma costituzionale qualificano il diritto d'informazione come principio inviolabile e quindi non può essere oggetto di limitazione in alcun modo ed i rispettivi ordinamenti devono garantirne la tutela.

D'altra parte, la cattiva informazione opera con sistemi particolarmente organizzati ed altamente finanziati, mentre non avviene altrettanto da parte dell'informazione di qualità. Si rileva in particolare che, pur essendoci "riviste scientifiche di eccellenza, canali OTP che propongono una programmazione specialistica e divulgativa di alto livello" poco sia fatto perché queste strutture riescano a "fare sistema", a collegarsi in modo tale da influire in modo incisivo sulla rete. Si è proposta quindi la costruzione di "strutture di collegamento e di valutazione della qualità delle informazioni, attivando meccanismi collettivi di *warning* e *alert*, aiutando l'utente medio a trovare i percorsi informativi giusti nel mare delle *fake* e delle *trash news*"³⁸.

Proposte queste condivisibili ma che richiedono fondi, infrastrutture tecnologiche, formazione e governance adeguata ed una volontà politica degli Stati o meglio dell'Unione europea ad operare in questo senso.

Questa strada sembra essere quella su cui si sta indirizzando anche il fondatore di *Wikipedia*, Jimmy Wales, che ha ipotizzato la creazione di un nuovo sito *Wikitribune* che avrebbe l'obiettivo di garantire che ogni notizia pubblicata venga prima analizzata da giornalisti professionisti che ne garantiscono non solo la veridicità ma anche la verificabilità. Progetto che presuppone risorse economiche significative e che comunque affida ad un soggetto privato il controllo delle informazioni e la valutazione di quelle che possono essere considerate notizie veritiere o meno.

Più che un'iniziativa privata è quindi auspicabile un intervento istituzionale, meglio se europeo al fine di disciplinare direttamente con regolamenti europei i meccanismi che consentono a quegli algoritmi alla base di tante *fake news* di diventare invece trasparenti, condivisibili e negoziabili. In altre parole, non è opportuno lasciare alle grandi multinazionali l'auto-regolamentazione della materia, perché ne deriverebbe poi la debolezza del singolo Stato di disciplinare diversamente o comunque di poter introdurre vincoli diversi e più stringenti.

Forse non si potrà prescindere dall'uso di un algoritmo per individuare le *fake news*, accompagnato tuttavia da un controllo successivo ed eventuale. L'elemento dirimente è comunque rappresentato da come e da chi viene programmato l'algoritmo e se c'è una responsabilità non solo tecnica, ma anche politica della sua gestione, tenendo conto del contesto democratico di organizzazione dello Stato ed ancor più in un contesto europeo. Accanto ad un intervento statale è necessaria una normativa europea che imponga maggiore trasparenza sulle modalità di funzionamento e di gestione delle reti *social*, che per ora rappresentano uno degli strumenti principali d'informazione per un numero significativo di cittadini³⁹.

Quello che sicuramente emerge da quanto finora analizzato è una percezione assai ridotta da parte della maggioranza degli utenti di *internet* di rischiare di essere manipolati ed eterodiretti, anche perché l'uso che viene fatto della rete da parte del singolo è prevalentemente passivo o comunque con meccanismi automatici senza conoscenze tecniche idonee ad autodifesa delle proprie libertà⁴⁰. Dall'altro, gli studi sul tema evidenziano, all'opposto, l'impotenza dei singoli

³⁸ Così B. CARAVITA, *Il consenso ai tempi dei social*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13, 2018.

³⁹ Sul punto cfr. in particolare G. PITRUZZELLA, *La libertà d'informazione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 80. È noto poi che notizie false circolano più facilmente e raggiungono l'obiettivo di una maggiore circolazione rispetto alle notizie vere.

⁴⁰ D'altra parte, le reti *social* favoriscono ed accentuano le polarizzazioni di gruppo che inducono appunto i vari interlocutori ad incrementare gli estremismi e ridurre di conseguenza la comprensione delle diverse opinioni. Cfr., sul tema, C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni? Dissenso politico e democrazia deliberativa*, il Mulino, Bologna, 2009, 17 ss.

individui a potersi creare delle convinzioni ed informazioni autonome, determinandosi una totale alterazione della libertà di essere informati così come l'abbiamo conosciuta fino al secolo scorso.

Ma dato che il presupposto della democrazia consiste nella possibilità del singolo individuo di poter scegliere liberamente una forza politica ed un governo che rappresenti i propri obiettivi ed ideali, dato che la democrazia si basa sulla libertà d'informazione (intesa sia come libertà d'informare, ma anche di essere informati, così come sulla libertà di cercare le informazioni), ben si percepisce come la rete rappresenti un pericolo sia per la libertà d'informazione, sia per la democrazia.

Il problema si presenta ancor più significativo nel momento in cui la partecipazione dei cittadini alle scelte d'indirizzo politico dello Stato si amplia sempre di più, attraverso la valorizzazione degli strumenti di democrazia diretta (*referendum* abrogativi⁴¹, ma in particolare propositivi⁴²). La tendenza che sembra volersi affermare di trasformare la nostra democrazia liberale, basata sul principio della rappresentanza, in una democrazia populista che affida molte scelte alla "voce del popolo"⁴³ fa sì che l'informazione corretta e libera da condizionamenti o interferenze dei soggetti decidenti sia essenziale alla stessa sopravvivenza della democrazia⁴⁴. L'esperienza del *referendum* inglese sulla Brexit, il *referendum* costituzionale in Italia del 2016, e la crisi della Catalogna sono tre esempi significativi di come sicuramente un peso significativo sulle decisioni assunte è stato raggiunto anche grazie ad interventi di disinformazione nei confronti dei cittadini.

Ciò non significa che si auspichi una forma di censura sui nuovi sistemi tecnologici, così come avviene nei regimi non democratici (si pensi alla censura ed alla non operatività di Facebook o Google in Cina), ma che appunto s'introducano normative più pregnanti di responsabilizzazione dei *social network* ed eventualmente anche la previsione di sanzioni là dove vi sia un'assenza d'intervento immediato dopo segnalazioni specifiche, che si attivi un'efficace regolamentazione della materia così come è stato fatto per la stampa, un tempo, e per la televisione successivamente.

⁴¹ In Italia si sta discutendo un disegno di legge costituzionale (d.d.l. cost. Fraccaro AC. 1173-A) per la riduzione della percentuale necessaria di partecipanti per la validità del *referendum* abrogativo.

⁴² Si ipotizza nel disegno di legge cost. A.C. 1173-A l'introduzione di un'iniziativa legislativa popolare rinforzata dalla previsione di un *referendum* qualora il testo non venga approvato dal Parlamento entro diciotto mesi dalla presentazione (ipotesi che introduce quindi un *referendum* propositivo).

D'altra parte, una particolare valorizzazione della trasparenza nell'azione della pubblica amministrazione è in atto in Italia ormai da tempo, a partire dalla l. n. 241 del 1990, passando poi dagli obblighi informativi contenuti nel d.lgs. 33 del 2013, fino al d.lgs. 97 del 2016 che ha introdotto il cd. FOIA su cui E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2016, 725 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23/2016; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016, 593 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1, 2017; A. Massaro – M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione dalla prevenzione alla repressione*, cit.; C. SANTACROCE, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*, in *Diritto e Società*, 3, 2017, 577 ss.; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. Amm. Riv. Trim.*, 2, 2018, 311 ss.; A. MOLITERNI, *La via italiana al FOIA: bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2019, 23-34.

Altro problema è poi ora rappresentato dalla sospensione dell'efficacia della normativa del FOIA durante l'emergenza sanitaria stabilito con d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv., con modif., nella l. 24 aprile 2020, n. 27. Sospensione che può essere giustificata solo temporaneamente e limitatamente alle ragioni contingenti, ma la normativa deve tornare operativa prima possibile, anche con riguardo a tutta l'attività posta in essere dall'amministrazione nel corso del periodo dell'emergenza.

⁴³ Secondo l'espressione di C. CROUCH, *Post-Democracy and Populism*, in *The Political Quarterly*, 2019, 124 ss.

⁴⁴ Si rinvia a quanto già analizzato in ordine al contenuto dei vari progetti di riforma costituzionale depositati nel corso dell'attuale legislatura, che affiancano e completano, in un disegno unitario di riforma costituzionale, l'attuale testo di riduzione dei parlamentari che sarà oggetto del prossimo *referendum*, in E. CATELANI, *Riforme costituzionali: procedere in modo organico o puntuale?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10, 2020.

Il codice di autoregolamentazione, sottoscritto volontariamente da parte di alcuni *social network* e prima richiamato (§ 3), costituisce un tentativo di ridurre le cause di disinformazione, ma forse è necessario che anche i singoli Stati si attivino per porre dei limiti quantomeno quando le informazioni in rete determinino la commissione di reati, secondo il modello della legge tedesca (§ 4). Ma non basta. È necessario poi che sia attivato un meccanismo che consenta a quei cittadini raggiunti da una *fake new* di essere parimenti informati del carattere illegittimo o comunque improprio della notizia. La tecnica deve intervenire anche a tutela delle persone direttamente interessate.

Tutto ciò non esclude che le nuove tecnologie possano trovare al loro interno un antidoto alla disinformazione, attraverso la formazione di meccanismi che garantiscano il contenuto delle informazioni.

Si ipotizza ad esempio di usare il meccanismo della *Blockchain* al fine di evitare la proliferazione di notizie la cui origine non sia certificata o comunque individuabile. D'altra parte, la tecnologia *Blockchain* nasce proprio con la finalità di garantire la "fiducia" tra due soggetti che abbiano la necessità di scambiarsi un quantitativo in denaro, un bene fisico, oppure, come nel caso che ci interessa, un'informazione.

Si potrebbe, cioè prevedere l'apposizione di una firma elettronica dell'autore sul contenuto originale di una notizia o lo sviluppo dell'identità pubblica digitale al fine di tracciare la propagazione di quel contenuto con un sistema basato appunto su *Blockchain*. Senza qui entrare nel dettaglio tecnico delle modalità per garantire l'autenticità di ogni informazione e della sua provenienza, nonché sui meccanismi per la responsabilizzazione dei soggetti che inseriscono le notizie, i dati e le informazioni, vi dovrebbe essere l'adesione ad un'unica *Blockchain* del maggior numero di organizzazioni fra loro indipendenti così da poter garantire la neutralità del sistema, se svolto in maniera unitaria e comunque collegata, dato che il *trust model* insito nell'intera *Blockchain* sarebbe federato dalle medesime organizzazioni.

In questo modo si potrebbe raggiungere un duplice obiettivo, da un lato si potrebbe consentire con maggiore facilità l'individuazione e la sanzionabilità dei soggetti che diffondono notizie false, dato che la *Blockchain* mantiene un registro pubblico non modificabile, che consente di ripercorrere la storia di una notizia dalla sua origine fino all'ultima condivisione o "like".

Dall'altro, poi, si creerebbe un sistema che potrebbe garantire la stessa libertà d'informazione e di essere informati. In definitiva si dovrebbe raggiungere una declinazione tecnologicamente democratica della libertà d'informazione.

Paolo Bianchi
Piesczek e l'IndependentOversight Board di FB:
piccoli passi verso la censura collaterale

In a lot of ways Facebook is more
like a government than a traditional company.
We're really setting policies.
Mark Zuckerberg¹

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo e giurisprudenziale. – 2. *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*. – 3. *L'Independent Oversight Board* di Facebook.

1. Il quadro normativo e giurisprudenziale

Gli albori della rete sono stati contrassegnati da una pretesa di indipendenza e da un'aspirazione all'eccezionalismo, che per un breve periodo hanno consentito di vederne lo sviluppo come realizzazione della assoluta libertà di espressione, al di fuori dei limiti posti dalle leggi vigenti nel "mondo reale"². La crescente diffusione delle comunicazioni via internet ha però rapidamente proposto la questione dei limiti della libertà di espressione – e delle modalità con cui farli rispettare – anche in quell'ambito. In queste pagine vorrei affrontare alcuni recenti sviluppi relativi ad uno specifico aspetto, quello che riguarda il ruolo degli intermediari che consentono (o impediscono) l'espressione del pensiero potenzialmente lesivo. Da almeno 25 anni, con riferimento al ruolo dei *provider* privati di servizi di comunicazione comunemente denominati *social*, è frequente la formulazione di timori per il rischio che essi siano chiamati a svolgere funzioni di "censura collaterale"³. Le prime regolazioni delle comunicazioni via web introdussero il principio della irresponsabilità del *provider* per i contenuti, purché non ne fosse conosciuta l'illegalità, escludendo anche, in termini generali, l'obbligo di attivarsi per monitorare gli scambi all'interno delle piattaforme gestite. In tal senso vanno sia il *Communication Decency Act* del 1996⁴, sia la direttiva CE del 2000 sul commercio elettronico⁵.

¹ Cit. in D. KIRKPATRICK, *The Facebook Defect*, in Time.com, APRIL 12, 2018.

² Indicativa di tale concezione è la celeberrima dichiarazione di J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Elec. FrontierFound., 8 febbraio 1996, in <https://www EFF.org/cyberspace-independence>. Sui caratteri della originaria "filosofia hacker" v. P. COSTANZO, *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. Passaglia – D. Poletti (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole. A trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Atti del Convegno. Pisa, 7-8 ottobre 2016, Pisa University Press, Pisa, 2017, 17ss., spec. 19.

³ Secondo la definizione di M.I. MEYERSON, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the New Media*, 71 *Notre Dame L. Rev.* 79, 118 (1995) la censura collaterale è «the silencing by a private party of the communication of others». Esprime un concetto analogo, con formula diversa, anche S.F. KREIMER, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 *U. Pa. L. Rev.* 11, 11, 16 (2006). Per un'efficace ricostruzione cfr. J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 *Harvard L. Rev.* 2296 (2014).

⁴ È il nome con il quale è comunemente nota la sec. V del *Telecommunications Act of 1996* (Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 133). In particolare, la sec. 230 stabilisce per la prima volta nella legislazione statunitense le condizioni di esercizio dell'attività di provider e le relative limitazioni di responsabilità: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider» (CDA, sec. 230, § c 1).

⁵ Direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, recepita con il D.Lgs. n. 70 del 2003), che all'art. 15 ha escluso qualunque obbligo generale di sorveglianza per gli ISP, in particolare quando svolgono servizi di c.d. *mere conduit* (art. 12), *caching* (art. 13) e *hosting* (art. 14).

In sostanza, il principio generale della *net neutrality* si traduce nella separazione tra la funzione di gestore della piattaforma e le attività che su di essa si svolgono. Il primo è tenuto a consentire le seconde, non a monitorarle; una volta esclusi obblighi generali di monitoraggio, è esclusa anche la responsabilità legata ai contenuti⁶.

Tale impostazione è stata però ben presto erosa dietro la spinta di eventi drammatici, quali le ondate di attacchi terroristici susseguitesesi a partire dal 2001, e sotto la pressione di ben organizzati gruppi di interessi, in particolare collegati alla produzione di contenuti audiovisivi.

È iniziata una fase nella quale si è ritenuto opportuno circoscrivere, con rigore crescente, gli spazi di libera circolazione delle informazioni. Significative in tale senso le numerose iniziative con le quali l'Unione europea è intervenuta, sia con direttive che per mezzo di strumenti di *soft law*, nei settori ritenuti più a rischio, dal terrorismo⁷ al contrasto all'*hate speech*⁸, alla pedopornografia⁹, alle misure restrittive in tema di tutela del diritto d'autore¹⁰, al riordino dei servizi di media audiovisivi¹¹, ai numerosi interventi contro l'impiego di internet a scopo di truffa o per la vendita di prodotti contraffatti¹².

Contestualmente ad una normativa eurounitaria sempre più stringente, la Corte di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza che nel giro di pochi anni è passata dall'esclusione di responsabilità per il *posting* o *reposting* di contenuti sui quali – affermava – non vi era obbligo per l'ISP di attivarsi, all'affermazione di un obbligo di controllo e di rimozione. Significativa in tal senso è la repentina evoluzione che si riscontra tra la sentenza *Sanoma* del 2016¹³ e la *Renckhoff* del 2018¹⁴.

Nella prima era in discussione la possibilità di creare link che rinviassero a contenuti protetti da diritto d'autore, rendendone più agevole il reperimento. In quell'occasione, la Corte di giustizia, alla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela della proprietà intellettuale e la libertà di espressione riconosciuta dall'art. 11 della Carta di Nizza, individuò il discrimine decisivo nello scopo di lucro, in assenza del quale ritenne dovesse prevalere il secondo degli elementi del bilanciamento¹⁵.

Nella sentenza *Renckhoff*, invece, ad analoga questione è stata data una soluzione opposta. In questo caso la Corte afferma il carattere prioritario che la direttiva del 2001 attribuisce alla tutela del diritto d'autore¹⁶, concludendo che rispetto ad esso siano recessivi sia la libertà di espressione,

⁶ Cfr. in proposito P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9 ss.;

⁷ V. la direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie volte ad assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti online che incitano a commettere atti di terrorismo (art. 21).

⁸ Sul codice di condotta adottato in tale ambito v. *infra*, n. 18.

⁹ Cfr. l'art. 25 della direttiva 2011/93/UE.

¹⁰ Cfr. la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹¹ Direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi.

¹² V. il protocollo d'intesa sulla vendita di merci contraffatte via internet promosso dalla Commissione UE nel maggio 2011 ed il piano per il controllo sulla vendita online di specie animali protette.

¹³ CGUE, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma*.

¹⁴ CGUE, causa C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*.

¹⁵ La Corte interpreta infatti l'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE nel senso che «per stabilire se il fatto di collocare su un sito Internet collegamenti ipertestuali verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una "comunicazione al pubblico" ai sensi di detta disposizione, occorre determinare se tali collegamenti siano forniti senza fini di lucro da una persona che non fosse a conoscenza, o non potesse ragionevolmente esserlo, dell'illegittimità della pubblicazione di tali opere su detto altro sito Internet, oppure se, al contrario, detti collegamenti siano forniti a fini di lucro, ipotesi nella quale si deve presumere tale conoscenza».

¹⁶ *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, § 18: «[...] si deve rammentare che dai considerando 4, 9 e 10 della direttiva 2001/29 discende che quest'ultima persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di

sia il diritto all'istruzione (l'immagine per la quale si lamentava la violazione dei diritti era stata acquisita per finalità didattiche ed era stata postata nel sito web di una scuola).

Un passaggio significativo è costituito dalla sentenza *Google Spain*¹⁷, che verte intorno al tema della configurabilità di un obbligo per il gestore del motore di ricerca di rimuovere informazioni, a tutela della riservatezza degli individui. La decisione riconosce nei dati personali disponibili nella rete dei dati potenzialmente sensibili, rispetto ai quali, su istanza dell'interessato, sorge l'obbligo di rimozione anche qualora fossero stati precedentemente resi pubblici, a condizione che non sussista un interesse generale alla loro conoscibilità.

Nel caso in questione, la Corte configura espressamente un bilanciamento fra tre elementi, l'interesse individuale alla protezione della *privacy*, quello di Google, di natura economica, ed infine quello della collettività ad ottenere le informazioni richieste, il primo dei quali prevale sempre a meno che non sia superato dalle condizioni dell'interessato, che potrebbero diminuire il rilievo della sua pretesa alla riservatezza (ad es. personaggi politici o dello spettacolo). Si crea in tal modo un obbligo a carico, non di chi fornisce l'informazione («legittimamente pubblicata»), bensì a chi la raccoglie e indicizza, in quanto «responsabile del trattamento». Contestualmente la Corte coglie l'occasione per estendere tale obbligo al complesso di attività del gestore, nel momento in cui afferma la soggezione di Google al diritto dell'Unione.

Il quadro normativo e giurisprudenziale appena ricordato per sommi capi ha posto le premesse per lo svuotamento del principio secondo il quale l'ISP è esonerato da un generale obbligo di monitoraggio, mentre questo potrebbe essere imposto solo per casi specifici: ad istanza di parte i contenuti lesivi devono essere rimossi e della loro omessa rimozione il *provider* è ritenuto responsabile, salva la prova della mancata conoscenza¹⁸. Il modello, concepito nell'ambito della diffusione di contenuti protetti, esteso all'ambito della circolazione delle informazioni (tramite l'intermediazione dei motori di ricerca) si rivela oggi funzionale ad un altro passo avanti nella restrizione degli spazi di libertà di espressione, trovando applicazione anche con riferimento alle comunicazioni e agli scambi tra utenti.

La leva impiegata, sul piano della normazione e su quello giurisprudenziale, è la responsabilità civile del *provider*, che ha il duplice effetto, sia di sollevare le autorità pubbliche, statali e dell'Unione, da gravosi compiti di controllo, sia di spostare la problematica, dall'impervio versante delle limitazioni della libertà d'espressione a quello più confortevole degli obblighi dei gestori di servizi.

Questi ultimi, allettati dalla prospettiva di minimizzare i costi potenziali, hanno ben presto assecondato la tendenza. Lo strumento prescelto è previsto dall'art. 16 della direttiva 2000/31/CE, che incoraggia «l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello dell'Unione volti a contribuire all'efficace applicazione» della direttiva stessa. È in base a tale disposizione che nel 2016 la Commissione e le principali aziende del settore hanno adottato un Codice di condotta in materia

protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzazione delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Ne consegue che la nozione di "comunicazione al pubblico" dev'essere intesa in senso ampio, come espressamente enunciato dal considerando 23 di tale direttiva [...].».

¹⁷CGUE, causa C 131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

¹⁸ Del resto, già la sentenza *L'Oreal* (CGUE, causa C 324/09) aveva affermato l'obbligo dell'ISP di impedire future violazioni identiche ad altre già sanzionate, implicitamente imponendo ad esso attività di controllo sistematiche e preventive.

di incitamento all'odio online¹⁹, nel quale queste ultime, «prendendo la guida nella lotta»²⁰, attraverso «un'opera di educazione e di sensibilizzazione sulle tipologie di contenuti non autorizzate»²¹, la predisposizione di *panel* di esperti e rappresentanti della società civile «e, se del caso, offrono sostegno e formazione ai partner delle organizzazioni della società civile per consentire loro di svolgere il ruolo di "relatore di fiducia" o equivalente»²². Lo scopo dichiarato consiste nel «rendere più rapida ed efficace la comunicazione fra le autorità degli Stati membri e le aziende informatiche, in particolare per quanto riguarda le segnalazioni, la disattivazione dell'accesso o la rimozione delle forme illegali di incitamento all'odio online»²³.

Il rischio della censura collaterale, esercitata dal gestore privato su ingiunzione dei poteri pubblici, che tanto angosciava l'originaria comunità di Internet, è divenuto oggi non solo una concreta possibilità, ma un obiettivo volentiersamente perseguito dai principali gestori delle piattaforme *social*. Ciò che differenzia l'incubo di ieri dal panorama odierno è l'orizzonte dei valori: la censura che si prospetta non è (direttamente) rivolta all'instaurazione di regimi autoritari, ma – in primo luogo – all'esclusione della responsabilità dei *provider* nonché alla massimizzazione dei loro profitti.

2. Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited.

In questo quadro si inserisce la recente sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*²⁴, in cui la Corte di giustizia decide sulla questione pregiudiziale, posta dall'Oberster Gerichtshof austriaco, se l'esclusione del generale obbligo di sorveglianza si applicasse al *provider* nell'eventualità che, oltre alla rimozione di contenuti illeciti, in seguito a decisione dell'autorità giudiziaria, potesse richiedersi al gestore di eliminare anche «altre informazioni identiche: a.a. a livello mondiale; a.b. nello Stato membro interessato; a.c. dell'utente interessato a livello mondiale; a.d. dell'utente interessato nello Stato membro interessato». Si chiedeva inoltre alla Corte, nel caso in cui avesse ritenuto obbligato il *provider* in tal senso, se ciò debba valere anche «per informazioni equivalenti» e «per informazioni equivalenti, non appena il gestore sia venuto a conoscenza di tale circostanza».

Com'è noto, la Corte ha risposto in senso sostanzialmente affermativo a tutte le richieste, sia pure con alcune precisazioni e limitazioni. In particolare, ha ritenuto che il giudice di uno stato membro possa ordinare all'ISP di rimuovere, oltre alle informazioni individuate come illecite, quelle «il cui contenuto sia identico», indipendentemente dall'identità dell'autore della memorizzazione sull'archivio.

Ha inoltre previsto analogo obbligo in relazione a informazioni «il cui contenuto sia equivalente», precisando però che la sorveglianza e la ricerca devono essere circoscritte a messaggi «il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato» e che contengono «gli elementi

¹⁹Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online (https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42861).V. in proposito K. KAESLING, *Privatising Law Enforcement in Social Networks: A Comparative Model Analysis*, in *ELR*, december 2018, No. 3, 151ss, 155.

²⁰ Così, testualmente, a pagina 2 del documento cit. *supra*, n. 18.

²¹*Ibidem*.

²² *Ivi*, 3.

²³ *Ivi*, 2.

²⁴ CGUE, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, sulla quale v. M. MONTI, *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti?*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu); O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 19/2019, spec. 8 ss.

specificati nell'ingiunzione», purché le differenze «non siano tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto».

Infine, la Corte prevede che l'obbligo di rimozione abbia portata mondiale, sia pure «nell'ambito del diritto internazionale pertinente».

Ciascuno dei capi in cui si articola il dispositivo presenta aspetti altamente problematici.

In primo luogo, l'identità del contenuto giustifica la rimozione di messaggi multipli. Si ripropone in questo caso la formula enunciata a proposito dell'obbligo di rimozione di contenuti protetti da diritti d'autore; ma qui siamo in presenza di comunicazioni (per quanto offensive). Persino la mera condivisione può avere significati non immediatamente (tanto meno, automaticamente) decifrabili. Si può riprodurre il testo per aprire un dibattito, o per contestare il messaggio originario. Anche qualora lo si riproduca approvandolo, siamo di fronte ad un atto distinto, posto in essere da un soggetto diverso. Può la decisione di un giudice di uno stato, a proposito di uno specifico messaggio, giustificare la rimozione e l'inibizione di contenuti identici ovunque, da chiunque e a qualsiasi titolo postati?

Ben più ambiguo è il riferimento al «contenuto equivalente», pur con le cautele ricordate. La Corte sembra presupporre che il ruolo passivo del *provider* possa essere mantenuto attraverso l'impiego di *software* in grado di filtrare automaticamente i testi alla ricerca degli «elementi specificati nell'ingiunzione»²⁵.

Risulta però difficilmente ipotizzabile, allo stato attuale della tecnologia disponibile, che strumenti del genere possano evitare clamorosi errori, vuoi per omissione, vuoi per eccessivo rigore²⁶. La vaghezza dell'aggettivo «equivalente» impone un'attività interpretativa che gli ISP, sottoposti a pressioni suscettibili di quantificazione in sede risarcitoria²⁷, volgeranno inevitabilmente in senso quanto più restrittivo possibile, risolvendo in via autonoma e sommaria il bilanciamento tra tutela del soggetto offeso e libertà di espressione.

Ulteriori incertezze derivano dalla pretesa di conferire all'obbligo di rimozione una portata mondiale. In una decisione quasi contemporanea (*Google v. CNIL*), con riferimento all'obbligo di deindicizzare specifici contenuti, la Corte ha infatti riconosciuto che «allo stato attuale, non sussiste, per il gestore di un motore di ricerca che accoglie una richiesta di deindicizzazione presentata dall'interessato, eventualmente, a seguito di un'ingiunzione di un'autorità di controllo o di un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, un obbligo, derivante dal diritto dell'Unione, di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore»²⁸. Non è affatto chiaro il motivo per cui, appena due mesi dopo, la stessa Corte non ritenga che i limiti di efficacia della decisione riconosciuti in *Google v. CNIL* si applichino al caso in questione. Altrettanto oscuro è il riferimento al «diritto internazionale pertinente», riguardo al quale non viene fornita alcuna indicazione.

²⁵In passato la Corte di Giustizia si è espressa contro sistemi di filtraggio automatici nei casi *Scarlet Extended* (C 70/10) e *Netlog / Sabam* (C 360/10). Prova a risolvere la contraddizione O. POLLICINO, *L' "autunno caldo"*, cit. 5 ss.

²⁶ In modo sintetico ma efficace, M. MASNICK, *Masnick's Impossibility Theorem: Content Moderation At Scale Is Impossible To Do Well*, in *Techdirt*, Nov., 20, 2019, espone le ragioni per cui, in contesti (quali Facebook) in cui la quantità di messaggi postati quotidianamente è enorme, la selezione automatica dei contenuti è virtualmente impossibile, al di là di ogni considerazione sulla sua opportunità.

²⁷ Nella copiosa dottrina in materia, v. L. BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, 536; E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 1, 56. V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Danno e responsabilità*, 1/2018.

²⁸ CGUE, *Google v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, C-507/17.

Alcune osservazioni devono infine essere svolte riguardo alla difettosa configurazione delle garanzie processuali che traspare dalla sentenza. Già abbiamo detto della difficoltà di ammettere la trasposizione di una decisione dell'autorità di uno stato membro ad altre fattispecie. Anche a voler ammettere l'identità dell'oggetto (la comunicazione illecita), dato tutt'altro che pacifico, sono sicuramente diversi i soggetti coinvolti, e qualora si tratti di stati diversi, altrettanto differenziati saranno il quadro normativo sostanziale e la disciplina processuale di riferimento. Ben più grave sarebbe l'ipotesi di applicazione del *decisum*, non solo a soggetti diversi, ma anche a contenuti valutati come "equivalenti" in modo unilaterale (oltre che ad opera di *software* che dovrebbero escludere proprio l'attività interpretativa) da un soggetto in evidente conflitto di interessi, perché esposto al rischio di un'azione risarcitoria.

In generale, la portata della decisione della Corte di giustizia dovrà essere testata nel rapporto con le discipline del fenomeno interne agli stati membri²⁹: ad es. il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) tedesco, in vigore dall'ottobre 2017, sembra compatibile con i meccanismi di accertamento e sanzionatori evocati dalla sentenza *Piesczek*, ma si tratta forse della normativa più restrittiva tra quelle vigenti nell'Unione³⁰. Alle argomentazioni della Corte potranno essere opposti sia i limiti derivanti dalle norme processuali di ciascuno degli stati membri, sia i controlimiti ricavabili dalle disposizioni costituzionali poste a tutela della libertà di espressione e a garanzia della difesa in giudizio dei diritti³¹.

3. L'Independent Oversight Board di Facebook

Contemporaneamente agli sviluppi giurisprudenziali ricordati, la *governance* di Facebook ha sviluppato un'autonoma – e significativa – riflessione sul controllo dei contenuti della propria piattaforma.

Nel novembre 2018 Mark Zuckerberg ha rilasciato un comunicato³² nel quale ha tracciato le linee di sviluppo del controllo sui contenuti, in particolare rivendicando un approccio definito proattivo (*proactive*), consistente nell'ostacolare l'espressione di idee (più in generale, di contenuti) non in linea con la *policy* aziendale, mediante l'impiego di algoritmi per la ricerca di *post* sospetti e l'anticipazione della sanzione ai primi sintomi di condotta discutibile. Dopo aver rilevato che la maggioranza dei *post* si colloca sulla linea di frontiera tra ciò che è ammesso e ciò che è proibito, Zuckerberg dichiara di volere invertire la tendenza, scoraggiando gli utenti dal postare elementi definiti *borderline*. Nel documento si precisa che le sanzioni colpiranno sia gli utenti che i gruppi ai quali essi aderiscono.

Parallelamente, nel documento si preannunciava l'istituzione di una struttura interna di controllo e attuazione della *policy* di inibizione dei contenuti e di esclusione dei loro autori. Tale

²⁹ In generale, sul complesso rapporto tra autorità statali ed aspirazioni ad una *global governance* della rete, v. M. ARONCZYK, S. BUDNITSKY, *Nation Branding and Internet Governance: Framing Debates over Freedom and Sovereignty*, in *The Net and the Nation State. Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, edited by U. Kohl, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2017, 90 ss.

³⁰ *Contra* (ma prima di *Piesczek*) G. SPINDLER, *Internet Intermediary Liability Reloaded: The New German Act on Responsibility of Social Networks and Its (In-) Compatibility with European Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 8, no. 2, 2017, 166ss.

³¹ Cfr. P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. Brusciuglia e R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Ed. Plus, Pisa, 2010, 5 ss.; ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Milano, 2017, 3 ss.

³² M. ZUCKERBERG, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*, November 15, 2018, reperibile su *Facebook*.

struttura, denominata *Independent Oversight Board*, attiva dall'inizio del 2020, è composta inizialmente da 11 membri, che a pieno regime saranno 40, con mandato triennale, selezionati dall'azienda ma pagati da un *trust* istituito appositamente³³. I componenti dell'organismo, secondo quanto dichiara l'azienda, sono scelti tra esperti di internet, comunicazioni social, diritti fondamentali nei diversi ordinamenti; ad essi si affiancano esperti di ciascuna delle lingue nelle quali avvengono le comunicazioni.

L'OB ha compiti di esame dei ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori, oltre che di interpretazione dei regolamenti aziendali, secondo quanto sancisce la *Chart* istitutiva, modellata esplicitamente sui caratteri degli organi giurisdizionali.

Si possono fare in proposito alcune osservazioni. In primo luogo, vi è il chiaro intento di FB di formalizzare le procedure interne di controllo istituendo una sorta di giurisdizione parallela, in qualche modo seguendo le indicazioni di chi da tempo propone la coesistenza di ambiti regolatori di matrice privatistica affiancati a quelli pubblici³⁴.

Un problema è però posto dall'ambigua formulazione dell'art. 7 della *Chart*³⁵, secondo la quale l'istituzione dell'OB non intende porsi in contrasto con la legge, né pretende di costituire applicazione "del diritto locale". Resta da capire sia quale spazio residui tra la non applicazione e il non contrasto della legge, sia, soprattutto, come intenderà porsi FB rispetto alle "leggi locali", cioè statali, con le quali si confronta. Il circuito giurisdizionale parallelo presenta, da subito, caratteristiche di maggiore rapidità e informalità che lo rendono preferibile rispetto a quelli tradizionali, ponendo dunque a rischio la tenuta degli istituti tradizionali³⁶.

Altro punto estremamente critico è l'indipendenza dell'organo che, al di là delle enunciazioni di principio, è diretta emanazione di uno degli interessi in gioco, casualmente quello più forte. Un'idea ce la dà Zuckerberg stesso, laddove, nel suo comunicato, ricorda la proficua collaborazione con Macron per la creazione di uno standard comune nella definizione dei contenuti illeciti e auspica che l'unificazione dei criteri sia raggiunta in tutta l'Unione Europea³⁷. Ancora una volta, le principali aziende del settore intendono porsi "alla guida" dei processi di trasformazione delle comunicazioni, in questo caso *social*, e di integrazione sovranazionale del quadro normativo, anticipandoli e accompagnandoli nelle direzioni preferite.

Si profila quindi la scomoda alternativa tra l'ingresso nella giurisdizione (per quanto la si voglia definire parallela, minore, provvisoria) di soggetti privati in conflitto di interessi, e la devoluzione (certo non nell'immediato, ma in prospettiva) a quegli stessi soggetti del governo dei processi della rete, recuperando sotto forma di paradosso quella dichiarazione di indipendenza del web da cui siamo partiti.

³³ B. HARRIS, *Establishing Structure and Governance for an Independent Oversight Board*, September 17, 2019 (<https://about.fb.com/news/2019/09/oversight-board-structure/>).

³⁴Cfr. C.T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2011, spec. 221 ss.; H. BLOCH-WEHBA, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 27 *SMU L. Rev.* 72 (2019).

³⁵ Article 7. Compliance with Law: Nothing in this charter or other governing documents shall be interpreted in a manner that would result in a violation of law by Facebook, the trust, the board or any other associated entity. The board will not purport to enforce local law.

³⁶ Sulle prospettive di un web interamente in mano alle grandi aziende di settore v. G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2018, n. 4 e M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. It. Inf. Dir.*, 2019, n. 1, 35 ss.

³⁷ M. ZUCKERBERG, *A Blueprint* cit., 10.

Paolo Bianchi
Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB:
piccoli passi verso la censura collaterale

In a lot of ways Facebook is more
like a government than a traditional company.
We're really setting policies.
Mark Zuckerberg¹

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo e giurisprudenziale. – 2. *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*. – 3. *L'Independent Oversight Board* di Facebook.

1. *Il quadro normativo e giurisprudenziale.*

Gli albori della rete sono stati contrassegnati da una pretesa di indipendenza e da un'aspirazione all'eccezionalismo, che per un breve periodo hanno consentito di vederne lo sviluppo come realizzazione della assoluta libertà di espressione, al di fuori dei limiti posti dalle leggi vigenti nel "mondo reale"². La crescente diffusione delle comunicazioni via internet ha però rapidamente proposto la questione dei limiti della libertà di espressione – e delle modalità con cui farli rispettare – anche in quell'ambito. In queste pagine vorrei affrontare alcuni recenti sviluppi relativi ad uno specifico aspetto, quello che riguarda il ruolo degli intermediari che consentono (o impediscono) l'espressione del pensiero potenzialmente lesivo. Da almeno 25 anni, con riferimento al ruolo dei *provider* privati di servizi di comunicazione comunemente denominati *social*, è frequente la formulazione di timori per il rischio che essi siano chiamati a svolgere funzioni di "censura collaterale"³. Le prime regolazioni delle comunicazioni via web introdussero il principio della irresponsabilità del *provider* per i contenuti, purché non ne fosse conosciuta l'illegalità, escludendo anche, in termini generali, l'obbligo di attivarsi per monitorare gli scambi all'interno delle piattaforme gestite. In tal senso vanno sia il *Communication Decency Act* del 1996⁴, sia la direttiva CE del 2000 sul commercio elettronico⁵.

¹ Cit. in D. KIRKPATRICK, *The Facebook Defect*, in Time.com, APRIL 12, 2018.

² Indicativa di tale concezione è la celeberrima dichiarazione di J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Elec. Frontier Found., 8 febbraio 1996, in <https://www EFF.org/cyberspace-independence>. Sui caratteri della originaria "filosofia hacker" v. P. COSTANZO, *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. Passaglia – D. Poletti (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole. A trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Atti del Convegno. Pisa, 7-8 ottobre 2016, Pisa University Press, Pisa, 2017, 17ss., spec. 19.

³ Secondo la definizione di M.I. MEYERSON, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the New Media*, 71 *Notre Dame L. Rev.* 79, 118 (1995) la censura collaterale è «the silencing by a private party of the communication of others». Esprime un concetto analogo, con formula diversa, anche S.F. KREIMER, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 *U. Pa. L. Rev.* 11, 11, 16 (2006). Per un'efficace ricostruzione cfr. J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 *Harvard L. Rev.* 2296 (2014).

⁴ È il nome con il quale è comunemente nota la sec. V del *Telecommunications Act of 1996* (Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 133). In particolare, la sec. 230 stabilisce per la prima volta nella legislazione statunitense le condizioni di esercizio dell'attività di provider e le relative limitazioni di responsabilità: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider» (CDA, sec. 230, § c 1).

⁵ Direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, recepita con il D.Lgs. n. 70 del 2003), che all'art. 15 ha escluso qualunque obbligo generale di sorveglianza per gli ISP, in particolare quando svolgono servizi di c.d. *mere conduit* (art. 12), *caching* (art. 13) e *hosting* (art. 14).

In sostanza, il principio generale della *net neutrality* si traduce nella separazione tra la funzione di gestore della piattaforma e le attività che su di essa si svolgono. Il primo è tenuto a consentire le seconde, non a monitorarle; una volta esclusi obblighi generali di monitoraggio, è esclusa anche la responsabilità legata ai contenuti⁶.

Tale impostazione è stata però ben presto erosa dietro la spinta di eventi drammatici, quali le ondate di attacchi terroristici susseguitesesi a partire dal 2001, e sotto la pressione di ben organizzati gruppi di interessi, in particolare collegati alla produzione di contenuti audiovisivi.

È iniziata una fase nella quale si è ritenuto opportuno circoscrivere, con rigore crescente, gli spazi di libera circolazione delle informazioni. Significative in tale senso le numerose iniziative con le quali l'Unione europea è intervenuta, sia con direttive che per mezzo di strumenti di *soft law*, nei settori ritenuti più a rischio, dal terrorismo⁷ al contrasto all'*hate speech*⁸, alla pedopornografia⁹, alle misure restrittive in tema di tutela del diritto d'autore¹⁰, al riordino dei servizi di media audiovisivi¹¹, ai numerosi interventi contro l'impiego di internet a scopo di truffa o per la vendita di prodotti contraffatti¹².

Contestualmente ad una normativa eurounitaria sempre più stringente, la Corte di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza che nel giro di pochi anni è passata dall'esclusione di responsabilità per il *posting* o *reposting* di contenuti sui quali – affermava – non vi era obbligo per l'ISP di attivarsi, all'affermazione di un obbligo di controllo e di rimozione. Significativa in tal senso è la repentina evoluzione che si riscontra tra la sentenza *Sanoma* del 2016¹³ e la *Renckhoff* del 2018¹⁴.

Nella prima era in discussione la possibilità di creare link che rinviassero a contenuti protetti da diritto d'autore, rendendone più agevole il reperimento. In quell'occasione, la Corte di giustizia, alla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela della proprietà intellettuale e la libertà di espressione riconosciuta dall'art. 11 della Carta di Nizza, individuò il discrimine decisivo nello scopo di lucro, in assenza del quale ritenne dovesse prevalere il secondo degli elementi del bilanciamento¹⁵.

Nella sentenza *Renckhoff*, invece, ad analoga questione è stata data una soluzione opposta. In questo caso la Corte afferma il carattere prioritario che la direttiva del 2001 attribuisce alla tutela del diritto d'autore¹⁶, concludendo che rispetto ad esso siano recessivi sia la libertà di espressione,

⁶ Cfr. in proposito P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9 ss.;

⁷ V. la direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie volte ad assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti online che incitano a commettere atti di terrorismo (art. 21).

⁸ Sul codice di condotta adottato in tale ambito v. *infra*, n. 18.

⁹ Cfr. l'art. 25 della direttiva 2011/93/UE.

¹⁰ Cfr. la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹¹ Direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi.

¹² V. il protocollo d'intesa sulla vendita di merci contraffatte via internet promosso dalla Commissione UE nel maggio 2011 ed il piano per il controllo sulla vendita online di specie animali protette.

¹³ CGUE, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma*.

¹⁴ CGUE, causa C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*.

¹⁵ La Corte interpreta infatti l'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE nel senso che «per stabilire se il fatto di collocare su un sito Internet collegamenti ipertestuali verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una "comunicazione al pubblico" ai sensi di detta disposizione, occorre determinare se tali collegamenti siano forniti senza fini di lucro da una persona che non fosse a conoscenza, o non potesse ragionevolmente esserlo, dell'illegittimità della pubblicazione di tali opere su detto altro sito Internet, oppure se, al contrario, detti collegamenti siano forniti a fini di lucro, ipotesi nella quale si deve presumere tale conoscenza».

¹⁶ *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, § 18: «[...] si deve rammentare che dai considerando 4, 9 e 10 della direttiva 2001/29 discende che quest'ultima persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di

sia il diritto all'istruzione (l'immagine per la quale si lamentava la violazione dei diritti era stata acquisita per finalità didattiche ed era stata postata nel sito web di una scuola).

Un passaggio significativo è costituito dalla sentenza *Google Spain*¹⁷, che verte intorno al tema della configurabilità di un obbligo per il gestore del motore di ricerca di rimuovere informazioni, a tutela della riservatezza degli individui. La decisione riconosce nei dati personali disponibili nella rete dei dati potenzialmente sensibili, rispetto ai quali, su istanza dell'interessato, sorge l'obbligo di rimozione anche qualora fossero stati precedentemente resi pubblici, a condizione che non sussista un interesse generale alla loro conoscibilità.

Nel caso in questione, la Corte configura espressamente un bilanciamento fra tre elementi, l'interesse individuale alla protezione della *privacy*, quello di Google, di natura economica, ed infine quello della collettività ad ottenere le informazioni richieste, il primo dei quali prevale sempre a meno che non sia superato dalle condizioni dell'interessato, che potrebbero diminuire il rilievo della sua pretesa alla riservatezza (ad es. personaggi politici o dello spettacolo). Si crea in tal modo un obbligo a carico, non di chi fornisce l'informazione («legittimamente pubblicata»), bensì a chi la raccoglie e indicizza, in quanto «responsabile del trattamento». Contestualmente la Corte coglie l'occasione per estendere tale obbligo al complesso di attività del gestore, nel momento in cui afferma la soggezione di Google al diritto dell'Unione.

Il quadro normativo e giurisprudenziale appena ricordato per sommi capi ha posto le premesse per lo svuotamento del principio secondo il quale l'ISP è esonerato da un generale obbligo di monitoraggio, mentre questo potrebbe essere imposto solo per casi specifici: ad istanza di parte i contenuti lesivi devono essere rimossi e della loro omessa rimozione il *provider* è ritenuto responsabile, salva la prova della mancata conoscenza¹⁸. Il modello, concepito nell'ambito della diffusione di contenuti protetti, esteso all'ambito della circolazione delle informazioni (tramite l'intermediazione dei motori di ricerca) si rivela oggi funzionale ad un altro passo avanti nella restrizione degli spazi di libertà di espressione, trovando applicazione anche con riferimento alle comunicazioni e agli scambi tra utenti.

La leva impiegata, sul piano della normazione e su quello giurisprudenziale, è la responsabilità civile del *provider*, che ha il duplice effetto, sia di sollevare le autorità pubbliche, statali e dell'Unione, da gravosi compiti di controllo, sia di spostare la problematica, dall'impervio versante delle limitazioni della libertà d'espressione a quello più confortevole degli obblighi dei gestori di servizi.

Questi ultimi, allettati dalla prospettiva di minimizzare i costi potenziali, hanno ben presto assecondato la tendenza. Lo strumento prescelto è previsto dall'art. 16 della direttiva 2000/31/CE, che incoraggia «l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello dell'Unione volti a contribuire all'efficace applicazione» della direttiva stessa. È in base a tale disposizione che nel 2016 la Commissione e le principali aziende del settore hanno adottato un Codice di condotta in materia

protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzazione delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Ne consegue che la nozione di "comunicazione al pubblico" dev'essere intesa in senso ampio, come espressamente enunciato dal considerando 23 di tale direttiva [...].».

¹⁷CGUE, causa C 131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

¹⁸ Del resto, già la sentenza *L'Oreal* (CGUE, causa C 324/09) aveva affermato l'obbligo dell'ISP di impedire future violazioni identiche ad altre già sanzionate, implicitamente imponendo ad esso attività di controllo sistematiche e preventive.

di incitamento all'odio online¹⁹, nel quale queste ultime, «prendendo la guida nella lotta»²⁰, attraverso «un'opera di educazione e di sensibilizzazione sulle tipologie di contenuti non autorizzate»²¹, la predisposizione di *panel* di esperti e rappresentanti della società civile «e, se del caso, offrono sostegno e formazione ai partner delle organizzazioni della società civile per consentire loro di svolgere il ruolo di "relatore di fiducia" o equivalente»²². Lo scopo dichiarato consiste nel «rendere più rapida ed efficace la comunicazione fra le autorità degli Stati membri e le aziende informatiche, in particolare per quanto riguarda le segnalazioni, la disattivazione dell'accesso o la rimozione delle forme illegali di incitamento all'odio online»²³.

Il rischio della censura collaterale, esercitata dal gestore privato su ingiunzione dei poteri pubblici, che tanto angosciava l'originaria comunità di Internet, è divenuto oggi non solo una concreta possibilità, ma un obiettivo volentiersamente perseguito dai principali gestori delle piattaforme *social*. Ciò che differenzia l'incubo di ieri dal panorama odierno è l'orizzonte dei valori: la censura che si prospetta non è (direttamente) rivolta all'instaurazione di regimi autoritari, ma – in primo luogo – all'esclusione della responsabilità dei *provider* nonché alla massimizzazione dei loro profitti.

2. Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited.

In questo quadro si inserisce la recente sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*²⁴, in cui la Corte di giustizia decide sulla questione pregiudiziale, posta dall'Oberster Gerichtshof austriaco, se l'esclusione del generale obbligo di sorveglianza si applicasse al *provider* nell'eventualità che, oltre alla rimozione di contenuti illeciti, in seguito a decisione dell'autorità giudiziaria, potesse richiedersi al gestore di eliminare anche «altre informazioni identiche: a.a. a livello mondiale; a.b. nello Stato membro interessato; a.c. dell'utente interessato a livello mondiale; a.d. dell'utente interessato nello Stato membro interessato». Si chiedeva inoltre alla Corte, nel caso in cui avesse ritenuto obbligato il *provider* in tal senso, se ciò debba valere anche «per informazioni equivalenti» e «per informazioni equivalenti, non appena il gestore sia venuto a conoscenza di tale circostanza».

Com'è noto, la Corte ha risposto in senso sostanzialmente affermativo a tutte le richieste, sia pure con alcune precisazioni e limitazioni. In particolare, ha ritenuto che il giudice di uno stato membro possa ordinare all'ISP di rimuovere, oltre alle informazioni individuate come illecite, quelle «il cui contenuto sia identico», indipendentemente dall'identità dell'autore della memorizzazione sull'archivio.

Ha inoltre previsto analogo obbligo in relazione a informazioni «il cui contenuto sia equivalente», precisando però che la sorveglianza e la ricerca devono essere circoscritte a messaggi «il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato» e che contengono «gli elementi

¹⁹Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online (https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42861).V. in proposito K. KAESLING, *Privatising Law Enforcement in Social Networks: A Comparative Model Analysis*, in *ELR*, december 2018, No. 3, 151ss, 155.

²⁰Così, testualmente, a pagina 2 del documento cit. *supra*, n. 18.

²¹*Ibidem*.

²²Ivi, 3.

²³Ivi, 2.

²⁴CGUE, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, sulla quale v. M. MONTI, *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti?*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu); O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 19/2019, spec. 8 ss.

specificati nell'ingiunzione», purché le differenze «non siano tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto».

Infine, la Corte prevede che l'obbligo di rimozione abbia portata mondiale, sia pure «nell'ambito del diritto internazionale pertinente».

Ciascuno dei capi in cui si articola il dispositivo presenta aspetti altamente problematici.

In primo luogo, l'identità del contenuto giustifica la rimozione di messaggi multipli. Si ripropone in questo caso la formula enunciata a proposito dell'obbligo di rimozione di contenuti protetti da diritti d'autore; ma qui siamo in presenza di comunicazioni (per quanto offensive). Persino la mera condivisione può avere significati non immediatamente (tanto meno, automaticamente) decifrabili. Si può riprodurre il testo per aprire un dibattito, o per contestare il messaggio originario. Anche qualora lo si riproduca approvandolo, siamo di fronte ad un atto distinto, posto in essere da un soggetto diverso. Può la decisione di un giudice di uno stato, a proposito di uno specifico messaggio, giustificare la rimozione e l'inibizione di contenuti identici ovunque, da chiunque e a qualsiasi titolo postati?

Ben più ambiguo è il riferimento al «contenuto equivalente», pur con le cautele ricordate. La Corte sembra presupporre che il ruolo passivo del *provider* possa essere mantenuto attraverso l'impiego di *software* in grado di filtrare automaticamente i testi alla ricerca degli «elementi specificati nell'ingiunzione»²⁵.

Risulta però difficilmente ipotizzabile, allo stato attuale della tecnologia disponibile, che strumenti del genere possano evitare clamorosi errori, vuoi per omissione, vuoi per eccessivo rigore²⁶. La vaghezza dell'aggettivo «equivalente» impone un'attività interpretativa che gli ISP, sottoposti a pressioni suscettibili di quantificazione in sede risarcitoria²⁷, volgeranno inevitabilmente in senso quanto più restrittivo possibile, risolvendo in via autonoma e sommaria il bilanciamento tra tutela del soggetto offeso e libertà di espressione.

Ulteriori incertezze derivano dalla pretesa di conferire all'obbligo di rimozione una portata mondiale. In una decisione quasi contemporanea (*Google v. CNIL*), con riferimento all'obbligo di deindicizzare specifici contenuti, la Corte ha infatti riconosciuto che «allo stato attuale, non sussiste, per il gestore di un motore di ricerca che accoglie una richiesta di deindicizzazione presentata dall'interessato, eventualmente, a seguito di un'ingiunzione di un'autorità di controllo o di un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, un obbligo, derivante dal diritto dell'Unione, di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore»²⁸. Non è affatto chiaro il motivo per cui, appena due mesi dopo, la stessa Corte non ritenga che i limiti di efficacia della decisione riconosciuti in *Google v. CNIL* si applichino al caso in questione. Altrettanto oscuro è il riferimento al «diritto internazionale pertinente», riguardo al quale non viene fornita alcuna indicazione.

²⁵In passato la Corte di Giustizia si è espressa contro sistemi di filtraggio automatici nei casi *Scarlet Extended* (C 70/10) e *Netlog / Sabam* (C 360/10). Prova a risolvere la contraddizione O. POLLICINO, *L' "autunno caldo"*, cit. 5 ss.

²⁶ In modo sintetico ma efficace, M. MASNICK, *Masnick's Impossibility Theorem: Content Moderation At Scale Is Impossible To Do Well*, in *Techdirt*, Nov., 20, 2019, espone le ragioni per cui, in contesti (quali Facebook) in cui la quantità di messaggi postati quotidianamente è enorme, la selezione automatica dei contenuti è virtualmente impossibile, al di là di ogni considerazione sulla sua opportunità.

²⁷ Nella copiosa dottrina in materia, v. L. BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, 536; E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 1, 56. V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Danno e responsabilità*, 1/2018.

²⁸ CGUE, *Google v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, C-507/17.

Alcune osservazioni devono infine essere svolte riguardo alla difettosa configurazione delle garanzie processuali che traspare dalla sentenza. Già abbiamo detto della difficoltà di ammettere la trasposizione di una decisione dell'autorità di uno stato membro ad altre fattispecie. Anche a voler ammettere l'identità dell'oggetto (la comunicazione illecita), dato tutt'altro che pacifico, sono sicuramente diversi i soggetti coinvolti, e qualora si tratti di stati diversi, altrettanto differenziati saranno il quadro normativo sostanziale e la disciplina processuale di riferimento. Ben più grave sarebbe l'ipotesi di applicazione del *decisum*, non solo a soggetti diversi, ma anche a contenuti valutati come "equivalenti" in modo unilaterale (oltre che ad opera di *software* che dovrebbero escludere proprio l'attività interpretativa) da un soggetto in evidente conflitto di interessi, perché esposto al rischio di un'azione risarcitoria.

In generale, la portata della decisione della Corte di giustizia dovrà essere testata nel rapporto con le discipline del fenomeno interne agli stati membri²⁹: ad es. il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) tedesco, in vigore dall'ottobre 2017, sembra compatibile con i meccanismi di accertamento e sanzionatori evocati dalla sentenza *Piesczek*, ma si tratta forse della normativa più restrittiva tra quelle vigenti nell'Unione³⁰. Alle argomentazioni della Corte potranno essere opposti sia i limiti derivanti dalle norme processuali di ciascuno degli stati membri, sia i controlimiti ricavabili dalle disposizioni costituzionali poste a tutela della libertà di espressione e a garanzia della difesa in giudizio dei diritti³¹.

3. L'Independent Oversight Board di Facebook.

Contemporaneamente agli sviluppi giurisprudenziali ricordati, la *governance* di Facebook ha sviluppato un'autonoma – e significativa – riflessione sul controllo dei contenuti della propria piattaforma.

Nel novembre 2018 Mark Zuckerberg ha rilasciato un comunicato³² nel quale ha tracciato le linee di sviluppo del controllo sui contenuti, in particolare rivendicando un approccio definito proattivo (*proactive*), consistente nell'ostacolare l'espressione di idee (più in generale, di contenuti) non in linea con la *policy* aziendale, mediante l'impiego di algoritmi per la ricerca di *post* sospetti e l'anticipazione della sanzione ai primi sintomi di condotta discutibile. Dopo aver rilevato che la maggioranza dei *post* si colloca sulla linea di frontiera tra ciò che è ammesso e ciò che è proibito, Zuckerberg dichiara di volere invertire la tendenza, scoraggiando gli utenti dal postare elementi definiti *borderline*. Nel documento si precisa che le sanzioni colpiranno sia gli utenti che i gruppi ai quali essi aderiscono.

Parallelamente, nel documento si preannunciava l'istituzione di una struttura interna di controllo e attuazione della *policy* di inibizione dei contenuti e di esclusione dei loro autori. Tale

²⁹ In generale, sul complesso rapporto tra autorità statale e aspirazioni ad una *global governance* della rete, v. M. ARONCZYK, S. BUDNITSKY, *Nation Branding and Internet Governance: Framing Debates over Freedom and Sovereignty*, in *The Net and the Nation State. Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, edited by U. Kohl, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2017, 90 ss.

³⁰ *Contra* (ma prima di *Piesczek*) G. SPINDLER, *Internet Intermediary Liability Reloaded: The New German Act on Responsibility of Social Networks and Its (In-) Compatibility with European Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 8, no. 2, 2017, 166ss.

³¹ Cfr. P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. Brusciuglia e R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Ed. Plus, Pisa, 2010, 5 ss.; ID., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Milano, 2017, 3 ss.

³² M. ZUCKERBERG, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*, November 15, 2018, reperibile su Facebook.

struttura, denominata *Independent Oversight Board*, attiva dall'inizio del 2020, è composta inizialmente da 11 membri, che a pieno regime saranno 40, con mandato triennale, selezionati dall'azienda ma pagati da un *trust* istituito appositamente³³. I componenti dell'organismo, secondo quanto dichiara l'azienda, sono scelti tra esperti di internet, comunicazioni social, diritti fondamentali nei diversi ordinamenti; ad essi si affiancano esperti di ciascuna delle lingue nelle quali avvengono le comunicazioni.

L'OB ha compiti di esame dei ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori, oltre che di interpretazione dei regolamenti aziendali, secondo quanto sancisce la *Chart* istitutiva, modellata esplicitamente sui caratteri degli organi giurisdizionali.

Si possono fare in proposito alcune osservazioni. In primo luogo, vi è il chiaro intento di FB di formalizzare le procedure interne di controllo istituendo una sorta di giurisdizione parallela, in qualche modo seguendo le indicazioni di chi da tempo propone la coesistenza di ambiti regolatori di matrice privatistica affiancati a quelli pubblici³⁴.

Un problema è però posto dall'ambigua formulazione dell'art. 7 della *Chart*³⁵, secondo la quale l'istituzione dell'OB non intende porsi in contrasto con la legge, né pretende di costituire applicazione "del diritto locale". Resta da capire sia quale spazio residui tra la non applicazione e il non contrasto della legge, sia, soprattutto, come intenderà porsi FB rispetto alle "leggi locali", cioè statali, con le quali si confronta. Il circuito giurisdizionale parallelo presenta, da subito, caratteristiche di maggiore rapidità e informalità che lo rendono preferibile rispetto a quelli tradizionali, ponendo dunque a rischio la tenuta degli istituti tradizionali³⁶.

Altro punto estremamente critico è l'indipendenza dell'organo che, al di là delle enunciazioni di principio, è diretta emanazione di uno degli interessi in gioco, casualmente quello più forte. Un'idea ce la dà Zuckerberg stesso, laddove, nel suo comunicato, ricorda la proficua collaborazione con Macron per la creazione di uno standard comune nella definizione dei contenuti illeciti e auspica che l'unificazione dei criteri sia raggiunta in tutta l'Unione Europea³⁷. Ancora una volta, le principali aziende del settore intendono porsi "alla guida" dei processi di trasformazione delle comunicazioni, in questo caso *social*, e di integrazione sovranazionale del quadro normativo, anticipandoli e accompagnandoli nelle direzioni preferite.

Si profila quindi la scomoda alternativa tra l'ingresso nella giurisdizione (per quanto la si voglia definire parallela, minore, provvisoria) di soggetti privati in conflitto di interessi, e la devoluzione (certo non nell'immediato, ma in prospettiva) a quegli stessi soggetti del governo dei processi della rete, recuperando sotto forma di paradosso quella dichiarazione di indipendenza del web da cui siamo partiti.

³³ B. HARRIS, *Establishing Structure and Governance for an Independent Oversight Board*, September 17, 2019 (<https://about.fb.com/news/2019/09/oversight-board-structure/>).

³⁴Cfr. C.T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2011, spec. 221 ss.; H. BLOCH-WEHBA, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 27 *SMU L. Rev.* 72 (2019).

³⁵ Article 7. Compliance with Law: Nothing in this charter or other governing documents shall be interpreted in a manner that would result in a violation of law by Facebook, the trust, the board or any other associated entity. The board will not purport to enforce local law.

³⁶ Sulle prospettive di un web interamente in mano alle grandi aziende di settore v. G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2018, n. 4 e M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. It. Inf. Dir.*, 2019, n. 1, 35 ss.

³⁷ M. ZUCKERBERG, *A Blueprint* cit., 10.

MAURA FOGLIA

Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete

SOMMARIO: 1. La proposta di legge francese per contrastare i discorsi d'odio *online*. – 2. Il tortuoso cammino della *Loi Avia*. – 3. Il precedente tedesco e la cornice eurounitaria. – 4. In conclusione: una disciplina ancora in cerca di equilibrio.

1. La proposta di legge francese per contrastare i discorsi d'odio online

Mentre in Italia si annuncia la creazione del “Gruppo di lavoro sul fenomeno dell'odio on line” ad opera della Ministra dell'Innovazione Paola Pisano¹, l'Assemblea Nazionale francese, lo scorso 22 gennaio 2020, approvava in seconda lettura la proposta di legge volta a contrastare i discorsi d'odio in rete². L'analisi del testo della *Loi Avia*³ e della sua gestazione rilanciano l'attualità del dibattito sul regime di responsabilità degli operatori della rete, puntando, al contempo, i riflettori sulla necessità di proteggere da attacchi oltremodo insidiosi «quella particolare dimensione della libertà di manifestazione del pensiero, che potremmo chiamare libertà audiovisiva», che l'avvento di Internet ha consentito⁴.

La proposta, nella versione modificata in seconda lettura ed in attesa di approvazione definitiva, prevede l'obbligo, per gli operatori delle piattaforme *online*, di ritirare entro 24 ore i contenuti illeciti, quali istigazioni all'odio, insulti a carattere razzista o di stampo religioso, che siano stati adeguatamente segnalati da uno o più utenti; il termine per la rimozione dei contenuti illeciti è ridotto ad una sola ora quando gli stessi abbiano carattere pedopornografico o siano ascrivibili alla propaganda terroristica. A distanza di tre anni dall'entrata in vigore della NetzDG (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*⁵), la legge tedesca intesa a migliorare la tutela dei diritti sui *social network* riducendo la diffusione e l'impatto dell'odio in rete e delle informazioni false create *ad hoc*, da cui il legislatore francese dichiara di trarre la propria ispirazione, un altro Paese membro dell'Unione europea prova, dunque, ad attrezzarsi con strumenti giuridici innovativi con l'obiettivo di contrastare la propagazione e la moltiplicazione dei discorsi d'odio in rete. La disciplina francese pare potere intaccare, ancora più della NetzDG, il principio di responsabilità limitata degli *Internet Service Providers* (Prestatori di servizi della società dell'informazione), consacrato dalla Direttiva 2000/31/CE. E, ad una serie di previsioni già collaudate in Germania, con gli esiti cui faremo cenno, la proposta d'Oltralpe aggiunge una novità significativa: il ricorso alla strumentazione penale⁶.

¹ Istituito presso l'Ufficio di Gabinetto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, il gruppo di lavoro, formato da sedici esperti con competenze diverse e complementari sul mondo digitale, avrà tre mesi per elaborare le proprie proposte, come si legge sulla *homepage* del sito del Ministero (<https://innovazione.gov.it/nasce-un-gruppo-di-lavoro-contro-l-odio-online/>).

² Si tratta dell'aproposta di legge n. 1785, *Proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet*, depositata il 20 marzo 2019, all'esame della *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République* nel corso del mese di aprile 2020. L'iter legislativo della proposta può essere seguito sul sito *web* dell'Assemblea nazionale.

³ Dal nome della prima firmataria, la deputata Laetitia Avia.

⁴ Così P. COSTANZO, *L'Informazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 37.

⁵ *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* o NetzDG), 30 giugno 2017, n. 536, entrata in vigore il 1/10/2017. Una traduzione della legge, a cura di G. GIANNONE CODIGLIONE, è pubblicata in appendice al n. 1/2017 della rivista *MediaLaws* (www.medialaws.eu).

⁶ Tra le prime riflessioni in Italia sulla scelta del regime di responsabilità giuridica da adottare per gli illeciti consumati tramite Internet, si segnalano: P. COSTANZO, *Ascesa (e declino?) di un nuovo operatore telecomunicativo*

2. Il tortuoso cammino della Loi Avia.

La legge proposta dall'Assemblea nazionale francese ha subito numerose modifiche nel corso del suo *iter* parlamentare, ancora aperto alla data in cui si scrive, e le oscillazioni ed i ripetuti rimaneggiamenti testimoniano la difficoltà del legislatore d'Oltralpe di addivenire ad una disciplina che contemperasse efficacia, rispetto della libertà d'espressione e previsione di obblighi di rimozione dei contenuti che siano pienamente realizzabili, dal punto di vista tecnico e da quello finanziario. La proposta di legge, depositata nel marzo del 2019, è stata sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato, con l'obiettivo di creare un impianto giuridico esente da faglie, che potesse entrare in vigore in tempi rapidi, per colmare quello che veniva additato come un vero e proprio vuoto legislativo⁷; il governo francese giustificava così la necessità di legiferare su un tema i cui contorni, per la parte afferente i contenuti terroristici, saranno presto ridisegnati in ambito eurounitario⁸.

Le modifiche suggerite nel parere del Consiglio di Stato⁹, reso nel corso del mese di maggio, sono state integrate velocemente: in particolare, la nozione di "contenuti illeciti" fatti oggetto dell'obbligo di rimozione veniva precisata ed ampliata, tramite il raccordo con l'articolo 6 della legge LCEN¹⁰; si prevedeva, inoltre, l'obbligo per gli Internet Service Providers di motivare adeguatamente le decisioni, sia nel caso in cui i contenuti segnalati fossero stati rimossi, che nel caso in cui la segnalazione fosse rimasta priva di conseguenze.

Il *Conseil d'Etat* non mancava di sottolineare, nel suo parere, i rischi di incompatibilità con la "Direttiva sul commercio elettronico"¹¹; la proposta di legge sarebbe stata, nel giro di poco, sottoposta anche al vaglio della Commissione europea, la quale ha inviato le proprie osservazioni il 22 novembre 2019, concentrandosi su tre fronti "caldi" di potenziale attrito con il diritto eurounitario. La proposta di legge francese notificata pareva, infatti, porsi in contrasto con la cosiddetta "clausola del mercato interno" della Direttiva sul commercio elettronico nella misura in cui, imponendo agli *Internet Service Providers* una serie di obblighi onerosi, quali la necessità di approntare meccanismi di notifica nella lingua dell'utente, l'obbligo di adottare misure atte ad evitare la ulteriore diffusione dei contenuti illeciti o quello di conformarsi alle linee-guida ed alle raccomandazioni da elaborarsi in seno al *Conseil supérieur de l'audiovisuel* francese, avrebbe finito per ostacolare la libera prestazione dei servizi¹².

(*Aspetti giuridici dell'Internet Service Provider*), in *DRT*, 2/1999, 83-102; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. informazione e informatica*, 1999, 1049-1057. Per i contributi più recenti, si veda: M. R. ALLEGRI, *Ubi social, ubi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2019.

⁷ Illuminante, sul punto, è l'intervista rilasciata da Laetitia Avia nel corso di giugno 2019, su *Le Point* (<https://www.lepoint.fr/>) 25/06/2019.

⁸ Si veda la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52018PC0640>).

⁹ *Avis sur la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur Internet*, *Assemblée générale, Séance du jeudi 16 mai 2019, Section de l'intérieur, N° 397368*, reperibile sul sito del *Conseil d'Etat* (<https://www.conseil-etat.fr/>)

¹⁰ *Loi n. 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*(LCEN), che recepisce la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

¹¹ Si tratta della già citata Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa alla regolamentazione di taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Si noti che il parere del Consiglio di Stato, pur senza disconoscere l'interesse nei tentativi di formulazione elaborati su scala nazionale, individua proprio il livello Ue come il più appropriato per fornire «un fondement commun et une efficacité considérablement accrue à une lutte que les valeurs inscrites dans les Traités imposent de conduire en même temps que le marché se développe».

¹² La Commissione citava, riferendosi ad una versione precedente del testo, e non a quella in commento, «l'obligation de nommer un représentant légal sur le territoire français (article 3); la nécessité de fournir un mécanisme de notification dans la langue de l'utilisateur (article 2); l'obligation d'adopter des mesures appropriées afin d'éviter la rediffusion de contenus illégaux (article 2, paragraphe 5 bis); l'obligation de se conformer aux lignes directrices et

Il regime di responsabilità limitata delle piattaforme *online*, quale configurato dalla sopraccitata Direttiva sul commercio elettronico, sembrava, poi, potersi scontrare con la proposta francese nella misura in cui quest'ultima prescriveva delle modalità semplificate di segnalazione dei contenuti ritenuti illeciti da indirizzarsi alle piattaforme elettroniche, prive dell'indicazione della collocazione esatta dei contenuti e delle stesse norme di legge ritenute lese. Tale previsione rischiava di indurre le piattaforme, onde evitare di incorrere in pesanti sanzioni, ad effettuare una "ricerca attiva", *ex ante*, degli eventuali contenuti da rimuovere, tramite sistemi di filtraggio automatici capaci di intercettare i discorsi d'odio illeciti prima della pubblicazione. Infine, laddove la Direttiva impone alle piattaforme di intervenire «prontamente», una volta presa conoscenza delle infrazioni, la proposta francese obbligava ad un'azione entro 24 ore dalla notifica; sul punto, la Commissione ha ravvisato un aperto contrasto con la logica della Direttiva e, con l'obiettivo di fornire una protezione adeguata ai diritti fondamentali, ha esortato il legislatore francese ad individuare un termine ultimo per la rimozione dei contenuti illeciti proporzionale e ragionevole, immettendo, inoltre, una dose di flessibilità supplementare per alcuni casi peculiari.

La Commissione europea chiosava mettendo in guardia il legislatore francese, ed osservando che «*l'obligation pour les plateformes de supprimer tout contenu illicite notifié dans un délai de 24 heures, combinée à la lourde sanction prévue à l'article 4 du projet notifié, à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation (pouvant nécessiter une évaluation contextuelle plus ou moins approfondie) et à la réduction des exigences de notification susmentionnée, pourraient avoir des conséquences néfastes. En ce sens, ceci pourrait notamment créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. Ce risque est particulièrement élevé pour les plateformes en ligne dont les ressources sont limitées*».

L'11 dicembre 2019, il Senato ha provato a recepire, almeno in parte, le osservazioni della Commissione europea modificando il testo della *Loi Avia*, tramite l'approvazione di 16 emendamenti. La misura più discussa e problematica del testo di legge - e quella sulla quale il Governo aveva maggiormente investito in termini di comunicazione - ovvero l'obbligo, per le piattaforme, di eliminare i contenuti d'odio entro 24 ore dalla segnalazione da parte di uno più utenti, provvisto di sanzione penale, veniva soppressa da un emendamento accolto in *commission des lois*, insieme con il dovere di impedire la riapparizione dei contenuti illeciti, già fatti oggetto di misure di *notice and take down*. Tuttavia, un'obbligazione di mezzi che riprendeva la formulazione espunta, spogliandola della sanzione penale, veniva reintrodotta a stretto giro dal Senato riunito in seduta plenaria; l'articolo imponeva alle piattaforme di mettere in campo «*les diligences proportionnées et nécessaires*» per rimuovere entro 24 ore dalla ricezione della segnalazione i contenuti illeciti, onde evitare di esporsi alla sanzione amministrativa erogata dal *Conseil supérieur de l'audiovisuel* per un importo massimo pari al 4% del fatturato dell'*Internet Service Provider* inottemperante.

La nuova disposizione faceva gridare al «tradimento» *La Quadrature du Net*, una tra le associazioni dedite alla tutela delle libertà in internet che, fin dai primi dibattiti sull'opportunità per la Francia di dotarsi di una legge contro i contenuti d'odio, si era nettamente schierata in posizione contraria. In un articolo pubblicato sul sito dell'associazione pochi giorni dopo il voto del Senato, la delusione appariva palese, soprattutto alla luce del dibattito svoltosi nella Camera alta del Parlamento, che aveva fatto ben sperare le (numerose) voci contrarie alla legge *Avia*, opportunamente ponendo l'accento sulla necessità di legiferare tenendo in debito conto il

recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel (article 4), ainsi qu'aux obligations de transparence et de rapport (vraisemblablement en français) déterminées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (article 3)».

modello economico su cui gli *Internet Service Providers* fondano la propria esistenza e prosperità¹³, che riposa sulla viralità di alcune tipologie di contenuti prodotti dagli utenti.

Incassato il fallimento della Commissione mista paritaria nel mettere d'accordo le due Camere sul medesimo testo di legge, l'Assemblea nazionale ha esaminato nuovamente la proposta di legge per contrastare i discorsi d'odio in rete lo scorso 13 gennaio ed in tale occasione ha proceduto alla reintroduzione della misura che costituisce il nerbo della regolamentazione. La *Loi Avia*, nella sua attuale formulazione, in forza dell'emendamento CL49¹⁴, punisce, perciò, con sanzioni penali la mancata rimozione entro 24 ore dei contenuti ritenuti manifestamente illeciti, adeguatamente segnalati, rientranti nelle seguenti categorie:

- *Apologie des crimes d'atteinte volontaire à la vie, d'atteinte volontaire à l'intégrité de la personne, d'agression sexuelle, de vol aggravé, d'extorsion, de destruction, de dégradation ou détérioration volontaire dangereuse pour les personnes, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs ;*

- *Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion ;*

- *Provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou ayant provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal;*

- *Contestation de l'existence des crimes contre l'humanité, négation, minoration ou banalisation des crimes de génocides, des crimes de réduction en esclavage ou des crimes de guerre;*

- *Injure commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée;*

- *Injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap*

- *Harcèlement sexuel;*

- *Captation, enregistrement, transmission, offre, mise à disposition, diffusion, importation ou exportation, acquisition ou détention d'image pornographique d'un mineur ; consultation habituelle ou en contrepartie d'un paiement d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition des images pornographiques de mineurs;*

¹³ V. *Loi «haine» : la trahison du Sénat*, in *La Quadrature du Net* (<https://www.laquadrature.net/>) 18 décembre 2019. Le associazioni dedite alla tutela della libertà di parola ed alla difesa della libertà della rete in Francia hanno preso posizione a più riprese contro la proposta di legge in esame, sin dalle prime ore; tra i documenti prodotti per invitare ad un ripensamento il legislatore, si richiama, in particolare, il comunicato stampa del *Conseil National du Numérique*, apparso il 21 marzo 2019 (https://cnumerique.fr/files/uploads/2019/20190321_CP_regulations_contenus_haineux_VF.pdf) in cui sono richiamati i principi cardinali e gli strumenti irrinunciabili per la regolamentazione che il legislatore si prefigge di realizzare (definizione chiara dei contenuti ritenuti illeciti, tutela della libertà di espressione, disponibilità di meccanismi per ricorrere contro le misure ingiuste, salvaguardia del ruolo del giudice, ripensamento del modello delle piattaforme *online* nel premiare i contenuti più controversi, studi di impatto sull'efficacia e l'affidabilità dell'intelligenza artificiale nel filtrare i contenuti d'odio).

¹⁴ L'emendamento in commento (N°CL49) ha modificato l'articolo 7 della legge LCEN. Si tratta dei contenuti manifestamente contrari alle disposizioni di cui ai commi 5, 7 e 8 dell'articolo 24 della legge del 29 luglio 1881, dell'articolo 24 e 24 bis della medesima legge, nonché dei commi 3 e 4 dell'articolo 33 della legge, cui si aggiungono gli articoli 227.23, 227.24 e 421-2-5 del Codice penale.

- *Fabrication, transport, diffusion ou commerce de message pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur;*

- *Provocation directe à des actes de terrorisme ou apologie publique de ces actes*¹⁵.

Si tratta di un elenco visibilmente ampio, dal quale sono stati eliminati taluni contenuti ritenuti eccessivamente vaghi, come quelli qualificati come "violenti" e, al tempo stesso, suscettibili di essere esposti ad un pubblico di bambini. Per far scattare l'ammenda pecuniaria, per un importo che va fino a 250000 euro per ciascun contenuto non rimosso entro i termini prescritti, è necessario che il carattere intenzionale dell'infrazione risulti dall'assenza di un esame «*proportionné et nécessaire*» dei contenuti d'odio segnalati.

La segnalazione ad opera degli utenti dovrà essere effettuata precisando le generalità dell'autore del post, la collocazione dei contenuti, nonché «*les motifs légaux pour lesquels le contenu litigieux devrait être retiré ou rendu inaccessible*», a meno che il sito che ospita i contenuti oggetto di contestazione non disponga di un formulario per le segnalazioni che proponga «*d'indiquer la catégorie d'infraction à laquelle peut être rattaché ce contenu litigieux*». L'articolo 6 bis A crea un tribunale giudiziario ed un ufficio della procura specializzati, con competenza concorrente rispetto alle giurisdizioni ordinarie. Il rifiuto di rimozione di un contenuto manifestamente illecito potrà essere giudicato dal *Tribunal correctionnel* in composizione monocratica.

Un emendamento governativo presentato a poche ore dall'inizio della discussione parlamentare ha aggiornato un dispositivo della legge LCEN, imponendo il blocco amministrativo dei siti che diffondono contenuti di tipo pedopornografico, facenti apologia del terrorismo o vera propria propaganda terroristica. Si tratta di una novità significativa, che il Parlamento non ha avuto occasione di valutare durante gli ormai numerosi mesi di gestazione della legge¹⁶: se la normativa vigente lasciava agli editori ed agli *Internet Service Providers* un margine di 24 ore per potere rimuovere i contenuti, su segnalazione della polizia e senza alcun previo intervento giurisdizionale¹⁷, ora si richiede, a tutte le piattaforme, a prescindere dalla taglia delle stesse, una rimozione dei contenuti entro 60 minuti. Tale obbligo potrebbe risultare di difficile adempimento soprattutto per gli operatori di dimensioni medio-piccole, che non dispongono dei mezzi necessari, ad esempio, per far fronte ad eventuali richieste da parte della polizia trasmesse nel corso della notte, e che si vedrebbero obbligati a fare ricorso agli strumenti di filtraggio automatici forniti dai "colossi" del web; va rimarcato, peraltro, come il legislatore francese continui ad affidare alla valutazione esclusiva da parte delle forze di polizia la qualificazione dei contenuti di stampo terroristico¹⁸. Per gli *Internet Service Providers* e gli editori inadempienti si profilano sanzioni penali importanti ed il blocco dell'accesso disposto dall'autorità amministrativa¹⁹.

La proposta di legge prova a fornire un quadro giuridico *ad hoc* per la conservazione dei contenuti d'odio illeciti rimossi dal web; alle piattaforme ed ai motori di ricerca si richiede di conservare i contenuti rimossi «*pendant le délai de prescription de l'action publique pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales*», con un

¹⁵ L'elenco dei contenuti qualificati come «manifestamente illeciti» è ricostruito da M. REES, *Cyberhaine: la liste des contenus que devront retirer les plateformes en moins de 24 h*, in *Next INpact* (<https://www.nextinpact.com/>) 15 janvier 2020.

¹⁶ Si tratta di uno dei rilievi critici più importanti, accanto alla totale assenza di studi di impatto sulla misura. Per maggiori dettagli, si rinvia a *Coup d'État sur la «loi haine»*, in *La Quadrature du Net* (<https://www.laquadrature.net/>) (22 janvier 2020).

¹⁷ *Loi n. 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, come modificata dall'ordinanza n. 2018-1125 du 12 décembre 2018 - art. 27 (VD)

¹⁸ Sul punto, v. *Coup d'État sur la «loi haine»*, cit.

¹⁹ Peraltro, è proprio su questo tema che, nelle osservazioni inviate dalla Commissione europea, si invitava il legislatore a fare un passo indietro, in attesa della disciplina europea attualmente allo studio.

equilibrio tra esigenze di semplificazione delle indagini da parte delle autorità di pubblica sicurezza, onerosi obblighi di conservazione imposti agli operatori del web e tutela dei diritti degli utenti fortemente sbilanciato a favore delle prime. Resta da chiarire se il suddetto obbligo si estenderà ugualmente alla conservazione dei metadati, il cui stoccaggio è altrimenti predisposta per la durata di un anno.

3. Il precedente tedesco e la cornice eurounitaria.

La legge francese trae diretta ispirazione da un'analogia legge approvata dalla Repubblica federale tedesca nel corso del 2017, oggi soggetta a procedura di revisione anticipata²⁰. La normativa in vigore in Germania si propone di limitare la diffusione dei discorsi d'odio sui social network imponendo a questi ultimi di mettere a punto un sistema di notifica dei contenuti illeciti facilmente accessibile ed ergonomico, nonché la rimozione, od il blocco, dei contenuti manifestamente illeciti segnalati entro un termine di 24 ore; per i contenuti la cui illiceità non sia manifesta, il termine viene esteso a 7 giorni. La disposizione si applica esclusivamente alle piattaforme *social* che abbiano almeno 2 milioni di utenti registrati in Germania sulle quali gravano, accanto agli obblighi di rimozione già descritti, anche obblighi di rendicontazione, monitoraggio e di formazione del personale preposto alla gestione delle segnalazioni; si richiede, inoltre, alle suddette piattaforme di garantire una puntuale informazione degli utenti interessati in caso di segnalazione dei contenuti (l'utente che condivide i contenuti e l'utente che effettua la segnalazione) circa le misure adottate e le relative motivazioni. Sotto la supervisione di un'autorità amministrativa indipendente, l'Ufficio federale di giustizia, inoltre, si prevede la possibilità di contraddittorio, prima che sia resa la decisione della piattaforma *social*. I contenuti rimossi sono conservati, a titolo di prova, per un periodo di dieci settimane, nel rispetto delle direttive 2000/31/CE e 2010/13/UE; sul piano sanzionatorio, le ammende immaginate dal legislatore tedesco variano in funzione della condotta illecita della piattaforma, e vanno fino ad un importo massimo di cinque milioni di euro.

La normativa tedesca, lungi dal creare un consenso unanime, è stata accolta con diffidenza da più parti: «oltre all'inopportunità della scelta di affidare a soggetti privati funzioni che avrebbero invece rilevanza pubblica, [l'aspetto che più desta perplessità] è quello sanzionatorio: in caso di inottemperanza dolosa o colposa agli obblighi suindicati si applicano infatti sanzioni amministrative pecuniarie da cinquecentomila a cinque milioni di euro, in base alla gravità della condotta. L'entità delle sanzioni, congiuntamente ai limiti di tempo assai ristretti entro i quali i provider devono vagliare le segnalazioni di contenuti illeciti, potrebbero portare alla tendenza alla rimozione di contenuti in base anche al mero sospetto di illiceità, onde evitare le sanzioni, tanto più che la legge non riconduce alcuna conseguenza alla rimozione arbitraria di contenuti non illeciti né prevede la possibilità che gli utenti della piattaforma ricorrano al giudice avverso la decisione del provider di rimuovere taluni contenuti²¹».

L'attitudine delle piattaforme *social*, infatti, è mutata in maniera repentina, e «la legge, ancor prima della sua entrata in vigore, ha certamente comportato un cambiamento nella gestione dei contenuti da parte dei *social network*, specialmente nel periodo antecedente le elezioni politiche del 24 settembre 2017²²», con un abbassamento del livello di tolleranza per i contenuti ritenuti

²⁰ Cfr. E. THOMASSON, *Germany looks to revise social media law as Europe watches*, al sito di Reuters ([https://www.reuters.com/:World News](https://www.reuters.com/:World%20News), March 8, 2018).

²¹ Così M. R. ALLEGRI, *Ubi social, ubi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, cit., 204.

²² M. BASSINI, G. E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu) 1/2017.

ambigui palese. Se della disciplina tedesca resta apprezzabile lo sforzo nel differenziare le tempistiche degli obblighi di rimozione, assicurando «un più ampio lasso temporale per intervenire su quei contenuti che non sono manifestamente inquadrabili nella categoria dello *hate speech* e che, pertanto, richiedono una più attenta ponderazione²³», la concreta applicazione della normativa ha determinato un incremento sensibile del numero di contenuti oscurati in via precauzionale dai *social network* in Germania, per evitare di incorrere in sanzioni, con conseguente aumento del contenzioso dinanzi ai giudici per illegittima soppressione dei contenuti. E le modifiche attualmente in discussione non sembrano rispondere né alle inquietudini di quanti lamentano una restrizione eccessiva ed ingiustificata della libertà di espressione, né alle richieste delle piattaforme *social*, su cui gli obblighi di informazione e rendicontazione sembrano destinati ad aumentare ulteriormente²⁴.

L'elaborazione della legge tedesca si è inserita nel contesto di un'attenzione sempre più alta, da parte dell'opinione pubblica europea, alla presenza dei contenuti d'odio in rete e ha preso le mosse, a sua volta, dal *soft law* eurounitario e, in particolare, dal Codice di condotta sulla lotta contro l'incitamento all'odio illegale²⁵ della Commissione europea presentato nel maggio 2016, di cui condivide l'impostazione, precisando il ruolo - e la centralità - delle piattaforme online nella lotta ai contenuti illeciti.

Vale la pena soffermarsi, dunque, sui punti salienti del predetto Codice, elaborato di concerto con le più grandi aziende che operano nel web, siccome l'impostazione del documento fa da cornice ideale alla disciplina tedesca, come pure alla disciplina francese in via di approvazione. Il testo, sviluppato in seno allo «*EU Internet Forum 'Bringing together governments, Europol and technology companies to counter terrorist content and hate speech online*»²⁶, ritaglia, per gli *Internet Service Providers*, un ruolo proattivo nella lotta ai contenuti d'odio diffusi in rete: vi si legge, infatti, che «se da un lato l'applicazione effettiva delle disposizioni che prevedono il reato di incitamento all'odio dipende dall'esistenza di un solido sistema di applicazione delle sanzioni penali contro i singoli autori dei discorsi di incitamento all'odio, dall'altro questa azione deve essere integrata da iniziative atte a garantire che, appena ricevuta una valida segnalazione, gli intermediari online e le piattaforme dei media sociali reagiscano prontamente, contrastando le forme illegali di incitamento all'odio online».

²³ V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it). Si notino, tuttavia, i rilievi critici espressi a tal proposito in *Article 19* (<https://www.article19.org/>): “the Act provides no guidance to Social Networks on how they should differentiate “manifestly unlawful content” from “unlawful content”, and contains no duty on the part of Social Networks to consider user’s rights to freedom of expression when making these determinations (even though law enforcement authorities are required to consider this when acting to restrict freedom of expression pursuant to the GCC). Private companies are clearly not well placed to be making complex legal and factual determinations on the interpretation of the German Criminal Code, which require taking into account the content of expression, the mental state of the person publishing the content, the context in which that information is shared, and considerations of the impact of that expression on other individual’s rights or broader State interests in national security or public order”: cfr. *Germany: The Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks* (August 2017), 19 (<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/12/170901-Legal-Analysis-German-NetzDG-Act.pdf>).

²⁴ Cfr. D. KRETSCHMAR, *Kritik am Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Anti-Hass-Novelle ohne Gegenliebe*, in *Taz* (19. 1. 2020).

²⁵ *Code of conduct on countering illegal hate speech online*.

²⁶ Il *Forum* ha riunito i ministri degli Interni degli Stati membri ed i rappresentanti dei principali *stakeholder* (i giganti statunitensi della rete, l'Europol e le principali associazioni della società civile attive nella tutela della libertà di informazione). La trasparenza e dei lavori del Forum è stata fortemente contestata dai rappresentanti delle ONG coinvolti inizialmente; ammessi esclusivamente alle sessioni di lavoro riguardanti i discorsi d'odio, e non ai tavoli sul terrorismo, ed esclusi *in toto* dai negoziati finali, i portavoce delle associazioni hanno deciso di disertare i tavoli degli accordi. Per una ricostruzione più dettagliata della vicenda, si rinvia a K. FIEDLER, *EU Internet Forum against terrorist content and hate speech online: Document pool*, in *EDRi* (<https://edri.org/>) (10 march 2016)

Gli *Internet Service Providers* si impegnano a garantire, da una parte, la rimozione o l'oscuramento dei contenuti d'odio illeciti adeguatamente segnalati dagli utenti, entro 24 ore dall'avvenuta segnalazione; dall'altra parte, i medesimi attori promettono di rendere più completo ed incisivo il proprio intervento, attraverso «l'opera di elaborazione e promozione di narrazioni alternative indipendenti, di nuove idee e iniziative e di sostegno di programmi educativi che incoraggino il pensiero critico²⁷». Si delineano, così, i contorni di un'inedita forma di «privatizzazione delle funzioni statali²⁸», laddove alle grandi aziende che già sembrano monopolizzare la rete internet si chiede pure di valutare la liceità dei contenuti pubblicati dagli utenti, e di rendere inaccessibili i contenuti bollati come inaccettabili sollecitando, peraltro, anche la diffusione di contronarrazioni ad opera dei medesimi attori. Senza predisporre procedure in contraddittorio e senza garanzie giurisdizionali.

La successiva raccomandazione n. 1177 del 1 marzo 2018 sulle misure per contrastare l'odio *online* della Commissione europea ha aggiustato solo parzialmente il tiro, invitando gli Stati membri a fornire chiarimenti agli *Internet Service Providers* circa la tipologia di contenuti illegali da rimuovere, ed incoraggiando il ricorso a procedure stragiudiziali in caso di controversie; nel documento si richiede, poi, alle piattaforme del web di rendere più facilmente leggibili e fruibili le proprie politiche di servizio in materia di rimozione dei contenuti che rientrano nell'orbita dei discorsi d'odio.

Tuttavia, nel medesimo testo, la Commissione reclama pure un uso più intensivo degli strumenti di rilevazione automatizzata da parte degli *Internet Service Providers*, al fine di permettere un riconoscimento dei contenuti rientranti nell'ambito dei discorsi d'odio e/o legati alla propaganda terroristica sempre più incisiva: così, nuovamente, la Commissione sembra demandare ad un piccolo gruppo di operatori privati, che già si trovano in una posizione egemonica, la *governance* della rete, contemplando, tra l'altro, il ricorso ad algoritmi la cui efficacia, in questa fase, resta tutta da dimostrare. Il rischio è, con tutta evidenza, quello «di snaturare la stessa *ratio* sottesa, su tutti, alla disciplina degli Internet service provider, racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE e ispirata all'obiettivo di non responsabilizzare in via preventiva e diretta le piattaforme per contenuti e attività illecite degli utenti», evitando così «derive di iper-responsabilizzazione²⁹».

4. In conclusione: una disciplina ancora in cerca di equilibrio.

Fin dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, cui si riconosce oggi il rango di fonte costituzionale, la posizione francese rispetto alla tutela della libertà di espressione si è caratterizzata per il netto favore rispetto alle restrizioni legislative volte a tutelare altri beni giuridici costituzionalmente protetti; nel qualificare la libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni come «uno dei diritti più preziosi dell'uomo», l'articolo 11 della Dichiarazione dei Diritti

²⁷ Codice di condotta sull'illecito incitamento all'odio online.

²⁸ L'espressione è di B. SAETTA, *Hate speech: l'accordo UE – social network mette a rischio la libertà d'espressione*, in *Valigia Blu* (<https://www.valigiablu.it/>) del 3 giugno 2016.

²⁹ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, EGEA, Milano, 2017, 1-53, 15. Si noti incidentalmente che la Direttiva 2000/31/CE non è in grado di dare conto di e non risponde efficacemente agli sviluppi tecnologici più recenti e, in particolare, alla capacità degli *Internet Service Providers* di modificare il *feed* degli utenti, presentando un flusso delle informazioni personalizzato e non rispondente al flusso cronologico dei contenuti postati, che risente di logiche puramente economicistiche. Un aggiornamento della Direttiva in tempi brevi pare plausibile, sebbene non siano noti, allo stato attuale, gli indirizzi che tale intervento giuridico potrà seguire.

dell'Uomo e del Cittadino precisa che «ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge»³⁰.

La compenetrazione tra la libertà in discussione ed i limiti al suo esercizio, indispensabili per garantire l'assetto democratico della società, è stata talmente profonda, in particolar modo fino all'inizio degli anni Duemila, al punto da potersi qualificare come «*exception française*» in materia di libertà di espressione proprio quell'attitudine consistente in un «*contrôle relativement peu exigeant des ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression*», che ha avuto come corollario il «*triomphe quasi systématique du droit à la réputation ou à la protection de la vie privée au détriment de la liberté d'expression devant les tribunaux français*»³¹.

Nella nota contrapposizione tra la concezione della libertà di espressione propria del Vecchio continente e la diversa interpretazione che ne viene fornita negli Stati Uniti, la Francia rappresenta probabilmente il campione del modello europeo; non potrebbe suonare, perciò, più dissonante l'accostamento proprio con la definizione di libertà di espressione contenuta nel Primo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America, che pare avallare un esercizio totalmente libero della libertà in discussione³². Le due posizioni si confrontano costantemente, come è inevitabile nel contesto della rete internet, i cui attori hanno una vocazione apertamente transnazionale; raramente le due posizioni finiscono per trovare un terreno comune di intesa. «Vi è [...] sullo sfondo una diversa matrice storica che contribuisce certamente a creare un terreno fertile per il radicamento di meccanismi di filtraggio o di selezione nel contesto europeo, laddove lo osteggia nell'ambito statunitense», e questa «eterogeneità di approccio si traduce in una differente articolazione del contenuto della stessa libertà di espressione [...]. Così, se il Primo Emendamento si limita a stabilire un divieto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le Costituzioni degli Stati europei riconoscono, per esempio, la libertà di informazione quale parte qualificata della libertà di parola; e declinano tale libertà in tre diversi profili: quello attivo (libertà di informare, ossia diffondere informazioni), quello passivo (libertà di ricevere informazioni) e quello mediano (libertà di ricercare informazioni)³³». Sarebbe, dunque, sottesa al costituzionalismo europeo la «funzionalizzazione della libertà di espressione al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati, e dunque, indirettamente, alla formazione dell'opinione pubblica e al funzionamento della democrazia»³⁴.

Con la proposta di legge per contrastare il fenomeno dell'odio in rete, il legislatore francese sembra ribadire la centralità delle condizioni in cui la diffusione del messaggio ha luogo affinché la comunicazione possa dirsi pienamente libera; in questa prospettiva, per aversi un sistema democratico, è indispensabile che ciascun cittadino possa concorrere alla formazione dell'opinione pubblica su un piede di parità, abbandonando «l'illusione paleoliberistica di una qualche autoregolamentazione del mercato e della società, pena la rinuncia o comunque una grave defezione del ruolo regolatore (e quindi del significato stesso) delle strutture istituzionali ai più

³⁰ Il carattere pionieristico viene messo in luce da P. MBONGO, *La résonance française de l'“intolérance” européenne à l'égard des discours extrêmes ou de haine*, in M.-L. FRICK-P. MBONGO-F. SCHALLHART (a cura di), *Pluralismus Konflikte – Le pluralisme en conflit*, Lit, Berlino, 2010, 101-126.

³¹ E. DERIEUX-L. PECH, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, *Actes du colloque du 17 et 18 novembre 2011 organisé par l'Institut Louis Favoreu*, in *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, 1/ 2013, 156 e 157.

³² Si noti, tuttavia, come le numerose restrizioni approntate dal legislatore statunitense nel corso degli ultimi due secoli inducono a mitigare la percezione di una libertà che non incontra alcun limite, permettendo di osservare, più correttamente, che si tratta di una declinazione della libertà di espressione che conosce molti meno limiti che altrove.

³³ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, op. cit.

³⁴ *Ibidem*.

diversi livelli³⁵». I discorsi d'odio, per quanto variegata siano le forme ed i toni che essi assumono, e nonostante le ambiguità definitorie³⁶, concorrono nel loro insieme a ridurre la statura sociale di quanti ne sono bersaglio. Lo statuto di inferiorità in cui i discorsi d'odio costringono taluni membri del consesso sociale «*menace [...] la reconnaissance de l'égalité de statut des citoyens. Or celle-ci est une condition de la 'valeur équitable' de la liberté d'expression. Justifier sur cette base normative le recours, dans certaines circonstances, à des restrictions visant les discours de haine, ce n'est donc pas limiter cette liberté de l'extérieur, mais plutôt faire valoir que le droit égal à la libre expression, pour ne pas rester simplement formel, doit s'accompagner de mesures assurant des conditions équitables pour l'exercer effectivement. La limite, ici encore, n'est pas externe à la liberté mais en fait partie. Ce n'est pas assez, pour que les citoyens puissent s'affronter publiquement en égaux, débattre de leurs lois de leurs droits, qu'ils disposent d'un accès formel égal à la parole ; il faut encore que l'environnement créé par l'expression publique ne disqualifie pas d'emblée certains d'entre eux, en les décrivant avec constance comme indignes d'un tel affrontement entre égaux*³⁷».

La posizione francese (ed eurounitaria) si iscrive, dunque, nel solco di tradizioni costituzionali che hanno plasmato la libertà di espressione, modellandone il contenuto fino a lasciare lo spazio necessario per l'introduzione dei reati d'opinione. Pur collocando all'interno di una siffatta prospettiva la proposta di legge francese, e senza misconoscere la rilevanza dell'impegno nel contrasto ai contenuti d'odio in rete, resta, tuttavia, controversa agli occhi di scrive l'opportunità di fare ricorso al diritto sanzionatorio. In particolare, ci si chiede se le peculiari fattezze dei discorsi d'odio in internet³⁸ siano tali da imporre interventi normativi che allarghino ulteriormente il numero delle fattispecie penali che reprimono le opinioni lesive della dignità della persona. Resta, poi, tutta da verificare la proporzionalità delle misure delineate dal legislatore francese, di cui si è tentato di abbozzare qualche rilievo critico, tenendo bene a mente, da un lato, la genealogia dei reati di opinione, nati «proprio come strumenti di repressione del dissenso politico» e, dall'altro, come messo in evidenza da Andrea Pugiotto, che «l'eccedenza di risposta penale su temi quali

³⁵ P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto Quarta Edizione, (Discipline pubblicistiche)*, UTET, Torino, 1993, 385. Un ripensamento critico della metafora del *free marketplace of ideas* viene oggi invocato da più parti: sul punto, si segnala il contributo di G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)*, 1/2017, 91-105.

³⁶ Tali ambiguità sono messe in evidenza nell'introduzione all'ultimo rapporto dello *Special rapporteur on the promotion and the protection on the right to freedom of opinion and expression* dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, David Kaye, che richiama la possibilità di intervenire con un eccesso di risposta od, al contrario, con una risposta fin troppo debole, al contenimento dei discorsi d'odio in rete, a seconda della definizione di *hate speech* accolta dai diversi Governi, ed in funzione dell'interesse politico perseguito dagli stessi. In particolare, si sostiene che «*"Hate speech", a shorthand phrase that conventional international law does not define, has a double ambiguity. Its vagueness and the lack of consensus around its meaning can be abused to enable infringements on a wide range of lawful expression. Many Governments use "hate speech", similar to the way in which they use "fake news", to attack political enemies, non-believers, dissenters and critics. However, the phrase's weakness ("it's just speech") also seems to inhibit Governments and companies from addressing genuine harms, such as the kind resulting from speech that incites violence or discrimination against the vulnerable or the silencing of the marginalized. The situation gives rise to frustration in a public that often perceives rampant online abuse*»: all'indirizzo telematico https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A_74_486.pdf.

³⁷ C. GIRARD, *Le droit et la haine. Liberté d'expression et 'discours de haine' en démocratie*, in *Raison-Publique (http://www.raison-publique.fr/)*, mardi 22 avril 2014, 33.

³⁸ Le caratteristiche peculiari dei discorsi d'odio in rete, che ne rendono complessa la regolamentazione, sono individuate e descritte opportunamente nel rapporto Unesco del 2015, *Countering Online Hate Speech (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231)*; qui, i fenomeni di *hate speech online* vengono distinti dalle equivalenti espressioni d'odio *offline* in funzione di quattro caratteristiche: *permanence, itinerancy, anonymity, cross-jurisdictional character*.

l'omofobia (ma anche il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo, il sessismo) rischia di tradursi in ulteriori limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero³⁹».

Se l'obiettivo legittimo del legislatore francese è quello di conservare il carattere neutrale dell'arena pubblica in cui dibattere, non si potrà allora dimenticare che il cyberspazio fa parte a pieno titolo dello spazio pubblico e che, anzi, esso «risulta assai congeniale, nella logica del costituzionalismo, alla metabolizzazione di nuove idee, agevolando [...] l'informazione, la discussione e la critica su tutto quanto concerne i pubblici poteri. In altri termini, internet sembrerebbe prestarsi assai bene all'esercizio delle funzioni che secondo Rosanvallon danno corpo alla cd. 'contro-democrazia', vale a dire: il vigilare, l'impedire e il giudicare⁴⁰».

³⁹A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, Relazione al V Convegno Nazionale dell'Avvocatura per i diritti LGBT-Rete Lenford, Omofobia, Transfobia e Diritto penale, Bari, 30 novembre -1 dicembre 2012, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it) 15 luglio 2013.

⁴⁰P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss. A tal proposito, nel già citato documento dello *Special rapporteur on the promotion and the protection on the right to freedom of opinion and expression* dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, David Kaye insiste sulla necessità di accordare lo stesso livello di tutela alla libertà di espressione *offline* e *online*: «*State approaches to online hate speech should begin with two premises. First, human rights protections in an offline context must also apply to online speech. There should be no special category of online hate speech for which the penalties are higher than for offline hate speech. Second, Governments should not demand – through legal or extralegal threats – that intermediaries take action that international human rights law would bar States from taking directly*».

MAURA FOGLIA

Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete

SOMMARIO: 1. La proposta di legge francese per contrastare i discorsi d'odio *online*. – 2. Il tortuoso cammino della *Loi Avia*. – 3. Il precedente tedesco e la cornice eurounitaria. – 4. In conclusione: una disciplina ancora in cerca di equilibrio.

1. La proposta di legge francese per contrastare i discorsi d'odio online

Mentre in Italia si annuncia la creazione del “Gruppo di lavoro sul fenomeno dell'odio on line” ad opera della Ministra dell'Innovazione Paola Pisano¹, l'Assemblea Nazionale francese, lo scorso 22 gennaio 2020, approvava in seconda lettura la proposta di legge volta a contrastare i discorsi d'odio in rete². L'analisi del testo della *Loi Avia*³ e della sua gestazione rilanciano l'attualità del dibattito sul regime di responsabilità degli operatori della rete, puntando, al contempo, i riflettori sulla necessità di proteggere da attacchi oltremodo insidiosi «quella particolare dimensione della libertà di manifestazione del pensiero, che potremmo chiamare libertà audiovisiva», che l'avvento di Internet ha consentito⁴.

La proposta, nella versione modificata in seconda lettura ed in attesa di approvazione definitiva, prevede l'obbligo, per gli operatori delle piattaforme *online*, di ritirare entro 24 ore i contenuti illeciti, quali istigazioni all'odio, insulti a carattere razzista o di stampo religioso, che siano stati adeguatamente segnalati da uno o più utenti; il termine per la rimozione dei contenuti illeciti è ridotto ad una sola ora quando gli stessi abbiano carattere pedopornografico o siano ascrivibili alla propaganda terroristica. A distanza di tre anni dall'entrata in vigore della NetzDG (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*⁵), la legge tedesca intesa a migliorare la tutela dei diritti sui *social network* riducendo la diffusione e l'impatto dell'odio in rete e delle informazioni false create *ad hoc*, da cui il legislatore francese dichiara di trarre la propria ispirazione, un altro Paese membro dell'Unione europea prova, dunque, ad attrezzarsi con strumenti giuridici innovativi con l'obiettivo di contrastare la propagazione e la moltiplicazione dei discorsi d'odio in rete. La disciplina francese pare potere intaccare, ancora più della NetzDG, il principio di responsabilità limitata degli *Internet Service Providers* (Prestatori di servizi della società dell'informazione), consacrato dalla Direttiva 2000/31/CE. E, ad una serie di previsioni già collaudate in Germania, con gli esiti cui faremo cenno, la proposta d'Oltralpe aggiunge una novità significativa: il ricorso alla strumentazione penale⁶.

¹Istituito presso l'Ufficio di Gabinetto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, il gruppo di lavoro, formato da sedici esperti con competenze diverse e complementari sul mondo digitale, avrà tre mesi per elaborare le proprie proposte, come si legge sulla *homepage* del sito del Ministero (<https://innovazione.gov.it/nasce-un-gruppo-di-lavoro-contro-l-odio-online/>).

² Si tratta della proposta di legge n. 1785, *Proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet*, depositata il 20 marzo 2019, all'esame della *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République* nel corso del mese di aprile 2020. L'iter legislativo della proposta può essere seguito sul sito *web* dell'Assemblea nazionale.

³Dal nome della prima firmataria, la deputata Laetitia Avia.

⁴ Così P. COSTANZO, *L'Informazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 37.

⁵*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz o NetzDG)*, 30 giugno 2017, n. 536, entrata in vigore il 1/10/2017. Una traduzione della legge, a cura di G. GIANNONE CODIGLIONE, è pubblicata in appendice al n. 1/2017 della rivista *MediaLaws* (www.medialaws.eu).

⁶Tra le prime riflessioni in Italia sulla scelta del regime di responsabilità giuridica da adottare per gli illeciti consumati tramite Internet, si segnalano: P. COSTANZO, *Ascesa (e declino?) di un nuovo operatore telecomunicativo*

2. Il tortuoso cammino della Loi Avia.

La legge proposta dall'Assemblea nazionale francese ha subito numerose modifiche nel corso del suo *iter* parlamentare, ancora aperto alla data in cui si scrive, e le oscillazioni ed i ripetuti rimaneggiamenti testimoniano la difficoltà del legislatore d'Oltralpe di addivenire ad una disciplina che contemperasse efficacia, rispetto della libertà d'espressione e previsione di obblighi di rimozione dei contenuti che siano pienamente realizzabili, dal punto di vista tecnico e da quello finanziario. La proposta di legge, depositata nel marzo del 2019, è stata sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato, con l'obiettivo di creare un impianto giuridico esente da faglie, che potesse entrare in vigore in tempi rapidi, per colmare quello che veniva additato come un vero e proprio vuoto legislativo⁷; il governo francese giustificava così la necessità di legiferare su un tema i cui contorni, per la parte afferente i contenuti terroristici, saranno presto ridisegnati in ambito eurounitario⁸.

Le modifiche suggerite nel parere del Consiglio di Stato⁹, reso nel corso del mese di maggio, sono state integrate velocemente: in particolare, la nozione di "contenuti illeciti" fatti oggetto dell'obbligo di rimozione veniva precisata ed ampliata, tramite il raccordo con l'articolo 6 della legge LCEN¹⁰; si prevedeva, inoltre, l'obbligo per gli Internet Service Providers di motivare adeguatamente le decisioni, sia nel caso in cui i contenuti segnalati fossero stati rimossi, che nel caso in cui la segnalazione fosse rimasta priva di conseguenze.

Il *Conseil d'Etat* non mancava di sottolineare, nel suo parere, i rischi di incompatibilità con la "Direttiva sul commercio elettronico"¹¹; la proposta di legge sarebbe stata, nel giro di poco, sottoposta anche al vaglio della Commissione europea, la quale ha inviato le proprie osservazioni il 22 novembre 2019, concentrandosi su tre fronti "caldi" di potenziale attrito con il diritto eurounitario. La proposta di legge francese notificata pareva, infatti, porsi in contrasto con la cosiddetta "clausola del mercato interno" della Direttiva sul commercio elettronico nella misura in cui, imponendo agli *Internet Service Providers* una serie di obblighi onerosi, quali la necessità di approntare meccanismi di notifica nella lingua dell'utente, l'obbligo di adottare misure atte ad evitare la ulteriore diffusione dei contenuti illeciti o quello di conformarsi alle linee-guida ed alle raccomandazioni da elaborarsi in seno al *Conseil supérieur de l'audiovisuel* francese, avrebbe finito per ostacolare la libera prestazione dei servizi¹².

(*Aspetti giuridici dell'Internet Service Provider*), in *DRT*, 2/1999, 83-102; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. informazione e informatica*, 1999, 1049-1057. Per i contributi più recenti, si veda: M. R. ALLEGRI, *Ubi social, ubi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2019.

⁷ Illuminante, sul punto, è l'intervista rilasciata da Laetitia Avia nel corso di giugno 2019, su *Le Point* (<https://www.lepoint.fr/>) 25/06/2019.

⁸ Si veda la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52018PC0640>).

⁹ *Avis sur la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur Internet*, *Assemblée générale, Séance du jeudi 16 mai 2019, Section de l'intérieur, N° 397368*, reperibile sul sito del *Conseil d'Etat* (<https://www.conseil-etat.fr/>)

¹⁰ *Loi n. 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN), che recepisce la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

¹¹ Si tratta della già citata Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa alla regolamentazione di taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Si noti che il parere del Consiglio di Stato, pur senza disconoscere l'interesse nei tentativi di formulazione elaborati su scala nazionale, individua proprio il livello Ue come il più appropriato per fornire «un fondement commun et une efficacité considérablement accrue à une lutte que les valeurs inscrites dans les Traités imposent de conduire en même temps que le marché se développe».

¹² La Commissione citava, riferendosi ad una versione precedentemente testata, e non quella in commento, «l'obligation de nommer un représentant légal sur le territoire français (article 3); la nécessité de fournir un mécanisme de notification dans la langue de l'utilisateur (article 2); l'obligation d'adopter des mesures appropriées afin d'éviter la rediffusion de contenus illégaux (article 2, paragraphe 5 bis); l'obligation de se conformer aux lignes directrices et

Il regime di responsabilità limitata delle piattaforme *online*, quale configurato dalla sopraccitata Direttiva sul commercio elettronico, sembrava, poi, potersi scontrare con la proposta francese nella misura in cui quest'ultima prescriveva delle modalità semplificate di segnalazione dei contenuti ritenuti illeciti da indirizzarsi alle piattaforme elettroniche, prive dell'indicazione della collocazione esatta dei contenuti e delle stesse norme di legge ritenute lese. Tale previsione rischiava di indurre le piattaforme, onde evitare di incorrere in pesanti sanzioni, ad effettuare una "ricerca attiva", *ex ante*, degli eventuali contenuti da rimuovere, tramite sistemi di filtraggio automatici capaci di intercettare i discorsi d'odio illeciti prima della pubblicazione. Infine, laddove la Direttiva impone alle piattaforme di intervenire «prontamente», una volta presa conoscenza delle infrazioni, la proposta francese obbligava ad un'azione entro 24 ore dalla notifica; sul punto, la Commissione ha ravvisato un aperto contrasto con la logica della Direttiva e, con l'obiettivo di fornire una protezione adeguata ai diritti fondamentali, ha esortato il legislatore francese ad individuare un termine ultimo per la rimozione dei contenuti illeciti proporzionale e ragionevole, immettendo, inoltre, una dose di flessibilità supplementare per alcuni casi peculiari.

La Commissione europea chiosava mettendo in guardia il legislatore francese, ed osservando che «*l'obligation pour les plateformes de supprimer tout contenu illicite notifié dans un délai de 24 heures, combinée à la lourde sanction prévue à l'article 4 du projet notifié, à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation (pouvant nécessiter une évaluation contextuelle plus ou moins approfondie) et à la réduction des exigences de notification susmentionnée, pourraient avoir des conséquences néfastes. En ce sens, ceci pourrait notamment créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. Ce risque est particulièrement élevé pour les plateformes en ligne dont les ressources sont limitées*».

L'11 dicembre 2019, il Senato ha provato a recepire, almeno in parte, le osservazioni della Commissione europea modificando il testo della *Loi Avia*, tramite l'approvazione di 16 emendamenti. La misura più discussa e problematica del testo di legge - e quella sulla quale il Governo aveva maggiormente investito in termini di comunicazione - ovvero l'obbligo, per le piattaforme, di eliminare i contenuti d'odio entro 24 ore dalla segnalazione da parte di uno più utenti, provvisto di sanzione penale, veniva soppressa da un emendamento accolto in *commission des lois*, insieme con il dovere di impedire la riapparizione dei contenuti illeciti, già fatti oggetto di misure di *notice and take down*. Tuttavia, un'obbligazione di mezzi che riprendeva la formulazione espunta, spogliandola della sanzione penale, veniva reintrodotta a stretto giro dal Senato riunito in seduta plenaria; l'articolo imponeva alle piattaforme di mettere in campo «*les diligences proportionnées et nécessaires*» per rimuovere entro 24 ore dalla ricezione della segnalazione i contenuti illeciti, onde evitare di esporsi alla sanzione amministrativa erogata dal *Conseil supérieur de l'audiovisuel* per un importo massimo pari al 4% del fatturato dell'*Internet Service Provider* inottemperante.

La nuova disposizione faceva gridare al «tradimento» *La Quadrature du Net*, una tra le associazioni dedite alla tutela delle libertà in internet che, fin dai primi dibattiti sull'opportunità per la Francia di dotarsi di una legge contro i contenuti d'odio, si era nettamente schierata in posizione contraria. In un articolo pubblicato sul sito dell'associazione pochi giorni dopo il voto del Senato, la delusione appariva palese, soprattutto alla luce del dibattito svoltosi nella Camera alta del Parlamento, che aveva fatto ben sperare le (numerose) voci contrarie alla legge *Avia*, opportunamente ponendo l'accento sulla necessità di legiferare tenendo in debito conto il

modello economico su cui gli *Internet Service Providers* fondano la propria esistenza e prosperità¹³, che riposa sulla viralità di alcune tipologie di contenuti prodotti dagli utenti.

Incassato il fallimento della Commissione mista paritaria nel mettere d'accordo le due Camere sul medesimo testo di legge, l'Assemblea nazionale ha esaminato nuovamente la proposta di legge per contrastare i discorsi d'odio in rete lo scorso 13 gennaio ed in tale occasione ha proceduto alla reintroduzione della misura che costituisce il nerbo della regolamentazione. La *Loi Avia*, nella sua attuale formulazione, in forza dell'emendamento CL49¹⁴, punisce, perciò, con sanzioni penali la mancata rimozione entro 24 ore dei contenuti ritenuti manifestamente illeciti, adeguatamente segnalati, rientranti nelle seguenti categorie:

- *Apologie des crimes d'atteinte volontaire à la vie, d'atteinte volontaire à l'intégrité de la personne, d'agression sexuelle, de vol aggravé, d'extorsion, de destruction, de dégradation ou détérioration volontaire dangereuse pour les personnes, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs ;*

- *Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion ;*

- *Provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou ayant provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal;*

- *Contestation de l'existence des crimes contre l'humanité, négation, minoration ou banalisation des crimes de génocides, des crimes de réduction en esclavage ou des crimes de guerre;*

- *Injure commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée;*

- *Injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap*

- *Harcèlement sexuel;*

- *Captation, enregistrement, transmission, offre, mise à disposition, diffusion, importation ou exportation, acquisition ou détention d'image pornographique d'un mineur ; consultation habituelle ou en contrepartie d'un paiement d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition des images pornographiques de mineurs;*

¹³ V. *Loi «haine» : la trahison du Sénat*, in *La Quadrature du Net* (<https://www.laquadrature.net/>) 18 décembre 2019. Le associazioni dedite alla tutela della libertà di parola ed alla difesa della libertà della rete in Francia hanno preso posizione a più riprese contro la proposta di legge in esame, sin dalle prime ore; tra i documenti prodotti per invitare ad un ripensamento il legislatore, si richiama, in particolare, il comunicato stampa del *Conseil National du Numérique*, apparso il 21 marzo 2019 (https://cnumerique.fr/files/uploads/2019/20190321_CP_regulations_contenus_haineux_VF.pdf) in cui sono richiamati i principi cardinali e gli strumenti irrinunciabili per la regolamentazione che il legislatore si prefigge di realizzare (definizione chiara dei contenuti ritenuti illeciti, tutela della libertà di espressione, disponibilità di meccanismi per ricorrere contro le misure ingiuste, salvaguardia del ruolo del giudice, ripensamento del modello delle piattaforme *online* nel premiare i contenuti più controversi, studi di impatto sull'efficacia e l'affidabilità dell'intelligenza artificiale nel filtrare i contenuti d'odio).

¹⁴L'emendamento in commento (N°CL49) ha modificato l'articolo 7 della legge LCEN. Si tratta dei contenuti manifestamente contrari alle disposizioni di cui ai commi 5, 7 e 8 dell'articolo 24 della legge del 29 luglio 1881, dell'articolo 24 e 24 bis della medesima legge, nonché dei commi 3 e 4 dell'articolo 33 della legge, cui si aggiungono gli articoli 227.23, 227.24 e 421-2-5 del Codice penale.

- *Fabrication, transport, diffusion ou commerce de message pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur;*

- *Provocation directe à des actes de terrorisme ou apologie publique de ces actes*¹⁵.

Si tratta di un elenco visibilmente ampio, dal quale sono stati eliminati taluni contenuti ritenuti eccessivamente vaghi, come quelli qualificati come "violenti" e, al tempo stesso, suscettibili di essere esposti ad un pubblico di bambini. Per far scattare l'ammenda pecuniaria, per un importo che va fino a 250000 euro per ciascun contenuto non rimosso entro i termini prescritti, è necessario che il carattere intenzionale dell'infrazione risulti dall'assenza di un esame «*proportionné et nécessaire*» dei contenuti d'odio segnalati.

La segnalazione ad opera degli utenti dovrà essere effettuata precisando le generalità dell'autore del post, la collocazione dei contenuti, nonché «*les motifs légaux pour lesquels le contenu litigieux devrait être retiré ou rendu inaccessible*», a meno che il sito che ospita i contenuti oggetto di contestazione non disponga di un formulario per le segnalazioni che proponga «*d'indiquer la catégorie d'infraction à laquelle peut être rattaché ce contenu litigieux*». L'articolo 6 bis A crea un tribunale giudiziario ed un ufficio della procura specializzati, con competenza concorrente rispetto alle giurisdizioni ordinarie. Il rifiuto di rimozione di un contenuto manifestamente illecito potrà essere giudicato dal *Tribunal correctionnel* in composizione monocratica.

Un emendamento governativo presentato a poche ore dall'inizio della discussione parlamentare ha aggiornato un dispositivo della legge LCEN, imponendo il blocco amministrativo dei siti che diffondono contenuti di tipo pedopornografico, facenti apologia del terrorismo o vera propria propaganda terroristica. Si tratta di una novità significativa, che il Parlamento non ha avuto occasione di valutare durante gli ormai numerosi mesi di gestazione della legge¹⁶: se la normativa vigente lasciava agli editori ed agli *Internet Service Providers* un margine di 24 ore per potere rimuovere i contenuti, su segnalazione della polizia e senza alcun previo intervento giurisdizionale¹⁷, ora si richiede, a tutte le piattaforme, a prescindere dalla taglia delle stesse, una rimozione dei contenuti entro 60 minuti. Tale obbligo potrebbe risultare di difficile adempimento soprattutto per gli operatori di dimensioni medio-piccole, che non dispongono dei mezzi necessari, ad esempio, per far fronte ad eventuali richieste da parte della polizia trasmesse nel corso della notte, e che si vedrebbero obbligati a fare ricorso agli strumenti di filtraggio automatici forniti dai "colossi" del web; va rimarcato, peraltro, come il legislatore francese continui ad affidare alla valutazione esclusiva da parte delle forze di polizia la qualificazione dei contenuti di stampo terroristico¹⁸. Per gli *Internet Service Providers* e gli editori inadempienti si profilano sanzioni penali importanti ed il blocco dell'accesso disposto dall'autorità amministrativa¹⁹.

La proposta di legge prova a fornire un quadro giuridico *ad hoc* per la conservazione dei contenuti d'odio illeciti rimossi dal web; alle piattaforme ed ai motori di ricerca si richiede di conservare i contenuti rimossi «*pendant le délai de prescription de l'action publique pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales*», con un

¹⁵ L'elenco dei contenuti qualificati come «manifestamente illeciti» è ricostruito da M. REES, *Cyberhaine: la liste des contenus que devront retirer les plateformes en moins de 24 h*, in *Next INpact* (<https://www.nextinpact.com/>) 15 janvier 2020.

¹⁶ Si tratta di uno dei rilievi critici più importanti, accanto alla totale assenza di studi di impatto sulla misura. Per maggiori dettagli, si rinvia a *Coup d'État sur la «loihaine»*, in *La Quadrature du Net* (<https://www.laquadrature.net/>) (22 janvier 2020).

¹⁷ *Loi n. 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, come modificata dall'ordinanza n. 2018-1125 du 12 décembre 2018 - art. 27 (VD)

¹⁸ Sul punto, v. *Coup d'État sur la «loi haine»*, cit.

¹⁹ Peraltro, è proprio su questo tema che, nelle osservazioni inviate dalla Commissione europea, si invitava il legislatore a fare un passo indietro, in attesa della disciplina europea attualmente allo studio.

equilibrio tra esigenze di semplificazione delle indagini da parte delle autorità di pubblica sicurezza, onerosi obblighi di conservazione imposti agli operatori del web e tutela dei diritti degli utenti fortemente sbilanciato a favore delle prime. Resta da chiarire se il suddetto obbligo si estenderà ugualmente alla conservazione dei metadati, il cui stoccaggio è altrimenti predisposta per la durata di un anno.

3. Il precedente tedesco e la cornice eurounitaria.

La legge francese trae diretta ispirazione da un'analogha legge approvata dalla Repubblica federale tedesca nel corso del 2017, oggi soggetta a procedura di revisione anticipata²⁰. La normativa in vigore in Germania si propone di limitare la diffusione dei discorsi d'odio sui social network imponendo a questi ultimi di mettere a punto un sistema di notifica dei contenuti illeciti facilmente accessibile ed ergonomico, nonché la rimozione, od il blocco, dei contenuti manifestamente illeciti segnalati entro un termine di 24 ore; per i contenuti la cui illiceità non sia manifesta, il termine viene esteso a 7 giorni. La disposizione si applica esclusivamente alle piattaforme *social* che abbiano almeno 2 milioni di utenti registrati in Germania sulle quali gravano, accanto agli obblighi di rimozione già descritti, anche obblighi di rendicontazione, monitoraggio e di formazione del personale preposto alla gestione delle segnalazioni; si richiede, inoltre, alle suddette piattaforme di garantire una puntuale informazione degli utenti interessati in caso di segnalazione dei contenuti (l'utente che condivide i contenuti e l'utente che effettua la segnalazione) circa le misure adottate e le relative motivazioni. Sotto la supervisione di un'autorità amministrativa indipendente, l'Ufficio federale di giustizia, inoltre, si prevede la possibilità di contraddittorio, prima che sia resa la decisione della piattaforma *social*. I contenuti rimossi sono conservati, a titolo di prova, per un periodo di dieci settimane, nel rispetto delle direttive 2000/31/CE e 2010/13/UE; sul piano sanzionatorio, le ammende immaginate dal legislatore tedesco variano in funzione della condotta illecita della piattaforma, e vanno fino ad un importo massimo di cinque milioni di euro.

La normativa tedesca, lungi dal creare un consenso unanime, è stata accolta con diffidenza da più parti: «oltre all'inopportunità della scelta di affidare a soggetti privati funzioni che avrebbero invece rilevanza pubblica, [l'aspetto che più desta perplessità] è quello sanzionatorio: in caso di inottemperanza dolosa o colposa agli obblighi suindicati si applicano infatti sanzioni amministrative pecuniarie da cinquecentomila a cinque milioni di euro, in base alla gravità della condotta. L'entità delle sanzioni, congiuntamente ai limiti di tempo assai ristretti entro i quali i provider devono vagliare le segnalazioni di contenuti illeciti, potrebbero portare alla tendenza alla rimozione di contenuti in base anche al mero sospetto di illiceità, onde evitare le sanzioni, tanto più che la legge non riconduce alcuna conseguenza alla rimozione arbitraria di contenuti non illeciti né prevede la possibilità che gli utenti della piattaforma ricorrano al giudice avverso la decisione del provider di rimuovere taluni contenuti²¹».

L'attitudine delle piattaforme *social*, infatti, è mutata in maniera repentina, e «la legge, ancor prima della sua entrata in vigore, ha certamente comportato un cambiamento nella gestione dei contenuti da parte dei *social network*, specialmente nel periodo antecedente le elezioni politiche del 24 settembre 2017²²», con un abbassamento del livello di tolleranza per i contenuti ritenuti

²⁰Cfr. E. THOMASSON, *Germany looks to revise social media law as Europe watches*, al sito di Reuters (<https://www.reuters.com/:WorldNews>, March 8, 2018).

²¹Così M. R. ALLEGRI, *Ubi social, ubi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, cit., 204.

²²M. BASSINI, G. E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu) 1/2017.

ambigui palese. Se della disciplina tedesca resta apprezzabile lo sforzo nel differenziare le tempistiche degli obblighi di rimozione, assicurando «un più ampio lasso temporale per intervenire su quei contenuti che non sono manifestamente inquadrabili nella categoria dello *hate speech* e che, pertanto, richiedono una più attenta ponderazione²³», la concreta applicazione della normativa ha determinato un incremento sensibile del numero di contenuti oscurati in via precauzionale dai *social network* in Germania, per evitare di incorrere in sanzioni, con conseguente aumento del contenzioso dinanzi ai giudici per illegittima soppressione dei contenuti. E le modifiche attualmente in discussione non sembrano rispondere né alle inquietudini di quanti lamentano una restrizione eccessiva ed ingiustificata della libertà di espressione, né alle richieste delle piattaforme *social*, su cui gli obblighi di informazione e rendicontazione sembrano destinati ad aumentare ulteriormente²⁴.

L'elaborazione della legge tedesca si è inserita nel contesto di un'attenzione sempre più alta, da parte dell'opinione pubblica europea, alla presenza dei contenuti d'odio in rete e ha preso le mosse, a sua volta, dal *soft law* europeo e, in particolare, dal Codice di condotta sulla lotta contro l'incitamento all'odio illegale²⁵ della Commissione europea presentato nel maggio 2016, di cui condivide l'impostazione, precisando il ruolo - e la centralità - delle piattaforme online nella lotta ai contenuti illeciti.

Vale la pena soffermarsi, dunque, sui punti salienti del predetto Codice, elaborato di concerto con le più grandi aziende che operano nel web, siccome l'impostazione del documento fa da cornice ideale alla disciplina tedesca, come pure alla disciplina francese in via di approvazione. Il testo, sviluppato in seno allo «EU Internet Forum 'Bringingtogether governments, Europol and technology companies to counter terrorist content and hate speech online²⁶», ritaglia, per gli *Internet Service Providers*, un ruolo proattivo nella lotta ai contenuti d'odio diffusi in rete: vi si legge, infatti, che «se da un lato l'applicazione effettiva delle disposizioni che prevedono il reato di incitamento all'odio dipende dall'esistenza di un solido sistema di applicazione delle sanzioni penali contro i singoli autori dei discorsi di incitamento all'odio, dall'altro questa azione deve essere integrata da iniziative atte a garantire che, appena ricevuta una valida segnalazione, gli intermediari online e le piattaforme dei media sociali reagiscano prontamente, contrastando le forme illegali di incitamento all'odio online».

²³V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it). Si notino, tuttavia, i rilievi critici espressi a tal proposito in *Article 19* (<https://www.article19.org/>): “the Act provides no guidance to Social Networks on how they should differentiate “manifestly unlawful content” from “unlawful content”, and contains no duty on the part of Social Networks to consider user’s rights to freedom of expression when making these determinations (even though law enforcement authorities are required to consider this when acting to restrict freedom of expression pursuant to the GCC). Private companies are clearly not well placed to be making complex legal and factual determinations on the interpretation of the German Criminal Code, which require taking into account the content of expression, the mental state of the person publishing the content, the context in which that information is shared, and considerations of the impact of that expression on other individual’s rights or broader State interests in national security or public order”:cfr. *Germany: The Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks* (August 2017), 19 (<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/12/170901-Legal-Analysis-German-NetzDG-Act.pdf>).

²⁴Cfr. D. KRETSCHMAR, *Kritik am Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Anti-Hass-Novelle ohne Gegenliebe*, in *Taz* (19. 1. 2020).

²⁵*Code of conduct on countering illegal hate speech online.*

²⁶ Il *Forum* ha riunito i ministri degli Interni degli Stati membri ed i rappresentanti dei principali *stakeholder* (i giganti statunitensi della rete, l'Europol e le principali associazioni della società civile attive nella tutela della libertà di informazione). La trasparenza e dei lavori del Forum è stata fortemente contestata dai rappresentanti delle ONG coinvolti inizialmente; ammessi esclusivamente alle sessioni di lavoro riguardanti i discorsi d'odio, e non ai tavoli sul terrorismo, ed esclusi *in toto* dai negoziati finali, i portavoce delle associazioni hanno deciso di disertare i tavoli degli accordi. Per una ricostruzione più dettagliata della vicenda, si rinvia a K. FIEDLER, *EU Internet Forum against terrorist content and hate speech online: Document pool*, in *EDRI* (<https://edri.org/>) (10 march 2016)

Gli *Internet Service Providers* si impegnano a garantire, da una parte, la rimozione o l'oscuramento dei contenuti d'odio illeciti adeguatamente segnalati dagli utenti, entro 24 ore dall'avvenuta segnalazione; dall'altra parte, i medesimi attori promettono di rendere più completo ed incisivo il proprio intervento, attraverso «l'opera di elaborazione e promozione di narrazioni alternative indipendenti, di nuove idee e iniziative e di sostegno di programmi educativi che incoraggino il pensiero critico²⁷». Si delineano, così, i contorni di un'inedita forma di «privatizzazione delle funzioni statali²⁸», laddove alle grandi aziende che già sembrano monopolizzare la rete internet si chiede pure di valutare la liceità dei contenuti pubblicati dagli utenti, e di rendere inaccessibili i contenuti bollati come inaccettabili sollecitando, peraltro, anche la diffusione di contronarrazioni ad opera dei medesimi attori. Senza predisporre procedure in contraddittorio e senza garanzie giurisdizionali.

La successiva raccomandazione n. 1177 del 1 marzo 2018 sulle misure per contrastare l'odio *online* della Commissione europea ha aggiustato solo parzialmente il tiro, invitando gli Stati membri a fornire chiarimenti agli *Internet Service Providers* circa la tipologia di contenuti illegali da rimuovere, ed incoraggiando il ricorso a procedure stragiudiziali in caso di controversie; nel documento si richiede, poi, alle piattaforme del web di rendere più facilmente leggibili e fruibili le proprie politiche di servizio in materia di rimozione dei contenuti che rientrino nell'orbita dei discorsi d'odio.

Tuttavia, nel medesimo testo, la Commissione reclama pure un uso più intensivo degli strumenti di rilevazione automatizzata da parte degli *Internet Service Providers*, al fine di permettere un riconoscimento dei contenuti rientranti nell'ambito dei discorsi d'odio e/o legati alla propaganda terroristica sempre più incisiva: così, nuovamente, la Commissione sembra demandare ad un piccolo gruppo di operatori privati, che già si trovano in una posizione egemonica, la *governance* della rete, contemplando, tra l'altro, il ricorso ad algoritmi la cui efficacia, in questa fase, resta tutta da dimostrare. Il rischio è, con tutta evidenza, quello «di snaturare la stessa *ratio* sottesa, su tutti, alla disciplina degli Internet service provider, racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE e ispirata all'obiettivo di non responsabilizzare in via preventiva e diretta le piattaforme per contenuti e attività illecite degli utenti», evitando così «derive di iper-responsabilizzazione²⁹».

4. In conclusione: una disciplina ancora in cerca di equilibrio.

Fin dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, cui si riconosce oggi il rango di fonte costituzionale, la posizione francese rispetto alla tutela della libertà di espressione si è caratterizzata per il netto favore rispetto alle restrizioni legislative volte a tutelare altri beni giuridici costituzionalmente protetti; nel qualificare la libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni come «uno dei diritti più preziosi dell'uomo», l'articolo 11 della Dichiarazione dei Diritti

²⁷Codice di condotta sull'illecito incitamento all'odio online.

²⁸L'espressione è di B. SAETTA, *Hate speech: l'accordo UE – social network mette a rischio la libertà d'espressione*, in *ValigiaBlu* (<https://www.valigiablu.it/>) del 3 giugno 2016.

²⁹O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, EGEA, Milano, 2017, 1-53, 15. Si noti incidentalmente che la Direttiva 2000/31/CE non è in grado di dare conto di e non risponde efficacemente agli sviluppi tecnologici più recenti e, in particolare, alla capacità degli *Internet Service Providers* di modificare il *feed* degli utenti, presentando un flusso delle informazioni personalizzato e non rispondente al flusso cronologico dei contenuti postati, che risente di logiche puramente economicistiche. Un aggiornamento della Direttiva in tempi brevi pare plausibile, sebbene non siano noti, allo stato attuale, gli indirizzi che tale intervento giuridico potrà seguire.

dell'Uomo e del Cittadino precisa che «ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge»³⁰.

La compenetrazione tra la libertà in discussione ed i limiti al suo esercizio, indispensabili per garantire l'assetto democratico della società, è stata talmente profonda, in particolar modo fino all'inizio degli anni Duemila, al punto da potersi qualificare come «*exception française*» in materia di libertà di espressione proprio quell'attitudine consistente in un «*contrôle relativement peu exigeant des ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression*», che ha avuto come corollario il «*triomphe quasi systématique du droit à la réputation ou à la protection de la vie privée au détriment de la liberté d'expression devant les tribunaux français*»³¹.

Nella nota contrapposizione tra la concezione della libertà di espressione propria del Vecchio continente e la diversa interpretazione che ne viene fornita negli Stati Uniti, la Francia rappresenta probabilmente il campione del modello europeo; non potrebbe suonare, perciò, più dissonante l'accostamento proprio con la definizione di libertà di espressione contenuta nel Primo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America, che pare avallare un esercizio totalmente libero della libertà in discussione³². Le due posizioni si confrontano costantemente, come è inevitabile nel contesto della rete internet, i cui attori hanno una vocazione apertamente transnazionale; raramente le due posizioni finiscono per trovare un terreno comune di intesa. «Vi è [...] sullo sfondo una diversa matrice storica che contribuisce certamente a creare un terreno fertile per il radicamento di meccanismi di filtraggio o di selezione nel contesto europeo, laddove lo osteggia nell'ambito statunitense», e questa «eterogeneità di approccio si traduce in una differente articolazione del contenuto della stessa libertà di espressione [...]. Così, se il Primo Emendamento si limita a stabilire un divieto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le Costituzioni degli Stati europei riconoscono, per esempio, la libertà di informazione quale parte qualificata della libertà di parola; e declinano tale libertà in tre diversi profili: quello attivo (libertà di informare, ossia diffondere informazioni), quello passivo (libertà di ricevere informazioni) e quello mediano (libertà di ricercare informazioni)³³». Sarebbe, dunque, sottesa al costituzionalismo europeo la «funzionalizzazione della libertà di espressione al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati, e dunque, indirettamente, alla formazione dell'opinione pubblica e al funzionamento della democrazia»³⁴.

Con la proposta di legge per contrastare il fenomeno dell'odio in rete, il legislatore francese sembra ribadire la centralità delle condizioni in cui la diffusione del messaggio ha luogo affinché la comunicazione possa dirsi pienamente libera; in questa prospettiva, per aversi un sistema democratico, è indispensabile che ciascun cittadino possa concorrere alla formazione dell'opinione pubblica su un piede di parità, abbandonando «l'illusione paleoliberistica di una qualche autoregolamentazione del mercato e della società, pena la rinuncia o comunque una grave defezione del ruolo regolatore (e quindi del significato stesso) delle strutture istituzionali ai più

³⁰Il carattere pionieristico viene messo in luce da P. MBONGO, *La résonance française de l'“intolérance” européenne à l'égard des discours extrêmes ou de haine*, in M.-L. FRICK-P. MBONGO-F. SCHALLHART (a cura di), *PluralismusKonflikte – Le pluralisme en conflit*, Lit, Berlino, 2010, 101-126.

³¹E. DERIEUX-L. PECH, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, *Actes du colloque du 17 et 18 novembre 2011 organisé par l'Institut Louis Favoreu*, in *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, 1/ 2013, 156 e 157.

³²Si noti, tuttavia, come le numerose restrizioni approntate dal legislatore statunitense nel corso degli ultimi due secoli inducono a mitigare la percezione di una libertà che non incontra alcun limite, permettendo di osservare, più correttamente, che si tratta di una declinazione della libertà di espressione che conosce molti meno limiti che altrove.

³³O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, op. cit.

³⁴*Ibidem*.

diversi livelli³⁵». I discorsi d'odio, per quanto variegata siano le forme ed i toni che essi assumono, e nonostante le ambiguità definitorie³⁶, concorrono nel loro insieme a ridurre la statura sociale di quanti ne sono bersaglio. Lo statuto di inferiorità in cui i discorsi d'odio costringono taluni membri del consesso sociale «*menace [...] la reconnaissance de l'égalité de statut des citoyens. Or celle-ci est une condition de la 'valeur équitable' de la liberté d'expression. Justifier sur cette base normative le recours, dans certaines circonstances, à des restrictions visant les discours de haine, ce n'est donc pas limiter cette liberté de l'extérieur, mais plutôt faire valoir que le droit égal à la libre expression, pour ne pas rester simplement formel, doit s'accompagner de mesures assurant des conditions équitables pour l'exercer effectivement. La limite, ici encore, n'est pas externe à la liberté mais en fait partie. Ce n'est pas assez, pour que les citoyens puissent s'affronter publiquement en égaux, débattre de leurs lois de leurs droits, qu'ils disposent d'un accès formel égal à la parole ; il faut encore que l'environnement créé par l'expression publique ne disqualifie pas d'emblée certains d'entre eux, en les décrivant avec constance comme indignes d'un tel affrontement entre égaux*³⁷».

La posizione francese (ed eurounitaria) si iscrive, dunque, nel solco di tradizioni costituzionali che hanno plasmato la libertà di espressione, modellandone il contenuto fino a lasciare lo spazio necessario per l'introduzione dei reati d'opinione. Pur collocando all'interno di una siffatta prospettiva la proposta di legge francese, e senza misconoscere la rilevanza dell'impegno nel contrasto ai contenuti d'odio in rete, resta, tuttavia, controversa agli occhi di scrive l'opportunità di fare ricorso al diritto sanzionatorio. In particolare, ci si chiede se le peculiari fattezze dei discorsi d'odio in internet³⁸ siano tali da imporre interventi normativi che allarghino ulteriormente il numero delle fattispecie penali che reprimono le opinioni lesive della dignità della persona. Resta, poi, tutta da verificare la proporzionalità delle misure delineate dal legislatore francese, di cui si è tentato di abbozzare qualche rilievo critico, tenendo bene a mente, da un lato, la genealogia dei reati di opinione, nati «proprio come strumenti di repressione del dissenso politico» e, dall'altro, come messo in evidenza da Andrea Pugiotto, che «l'eccedenza di risposta penale su temi quali

³⁵P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto Quarta Edizione, (Discipline pubblicistiche)*, UTET, Torino, 1993, 385. Un ripensamento critico della metafora del *free marketplace of ideas* viene oggi invocato da più parti: sul punto, si segnala il contributo di G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws (www.medialaws.eu)*, 1/2017, 91-105.

³⁶ Tali ambiguità sono messe in evidenza nell'introduzione all'ultimo rapporto dello *Special rapporteur on the promotion and the protection on the right to freedom of opinion and expression* dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, David Kaye, che richiama la possibilità di intervenire con un eccesso di risposta od, al contrario, con una risposta fin troppo debole, al contenimento dei discorsi d'odio in rete, a seconda della definizione di *hate speech* accolta dai diversi Governi, ed in funzione dell'interesse politico perseguito dagli stessi. In particolare, si sostiene che «*Hate speech*», a shorthand phrase that conventional international law does not define, has a double ambiguity. Its vagueness and the lack of consensus around its meaning can be abused to enable infringements on a wide range of lawful expression. Many Governments use "hate speech", similar to the way in which they use "fake news", to attack political enemies, non-believers, dissenters and critics. However, the phrase's weakness ("it's just speech") also seems to inhibit Governments and companies from addressing genuine harms, such as the kind resulting from speech that incites violence or discrimination against the vulnerable or the silencing of the marginalized. The situation gives rise to frustration in a public that often perceives rampant online abuse» (https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A_74_486.pdf).

³⁷C. GIRARD, *Le droit et la haine. Liberté d'expression et 'discours de haine' en démocratie*, in *Raison-Publique* (<http://www.raison-publique.fr/>), mardi 22 avril 2014, 33.

³⁸ Le caratteristiche peculiari dei discorsi d'odio in rete, che ne rendono complessa la regolamentazione, sono individuate e descritte opportunamente nel rapporto Unesco del 2015, *Countering Online Hate Speech* (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>); qui, i fenomeni di *hate speech online* vengono distinti dalle equivalenti espressioni d'odio *offline* in funzione di quattro caratteristiche: *permanence, itinerancy, anonymity, cross-jurisdictional character*.

l'omofobia (ma anche il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo, il sessismo) rischia di tradursi in ulteriori limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero³⁹».

Se l'obiettivo legittimo del legislatore francese è quello di conservare il carattere neutrale dell'arena pubblica in cui dibattere, non si potrà allora dimenticare che il cyberspazio fa parte a pieno titolo dello spazio pubblico e che, anzi, esso «risulta assai congeniale, nella logica del costituzionalismo, alla metabolizzazione di nuove idee, agevolando [...] l'informazione, la discussione e la critica su tutto quanto concerne i pubblici poteri. In altri termini, internet sembrerebbe prestarsi assai bene all'esercizio delle funzioni che secondo Rosanvallon danno corpo alla cd. 'contro-democrazia', vale a dire: il vigilare, l'impedire e il giudicare⁴⁰».

³⁹A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, Relazione al V Convegno Nazionale dell'Avvocatura per i diritti LGBT-Rete Lenford, Omofobia, Transfobia e Diritto penale, Bari, 30 novembre -1 dicembre 2012, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it) 15 luglio 2013.

⁴⁰P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss. A tal proposito, nel già citato documento dello *Special rapporteur on the promotion and the protection on the right to freedom of opinion and expression* dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, David Kaye insiste sulla necessità di accordare lo stesso livello di tutela alla libertà di espressione *offline* e *online*: «*State approaches to online hate speech should begin with two premises. First, human rights protections in an offline context must also apply to online speech. There should be no special category of online hate speech for which the penalties are higher than for offline hate speech. Second, Governments should not demand – through legal or extralegal threats – that intermediaries take action that international human rights law would bar States from taking directly*».

ORESTE POLLICINO

Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor

SUMMARY. 1. The Technological and Constitutional Factor. – 2. European Constitutionalism Put to the Test by Hate Speech and Fake News. – 3. The Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. – 4. The Charter of Fundamental Rights of the European Union. – 5. A New Paradigm for the Internet. – 6. The Role of Internet Service Providers and the Problem of Collateral Censorship. – 7. A Marketplace of Ideas 2.0? The Role of the Technological Factor.

1. *The Technological and Constitutional Factor*

From the perspective of a constitutional scholar, the issue of combatting the spread of fake news and hate speech touches the essence of the Böckenförde dilemma, according to which «the liberal, secularized state lives by prerequisites which it cannot guarantee itself». The model chosen to protect freedom of expression is one of the distinctive features of the liberal state, which faces a decisive challenge in this area.

For some, the decision to intervene to filter hate speech and fake news from the web evokes the adoption of a series of limitations that restrict freedom of speech within confines that are probably stricter than those codified by the liberal constitutions. So, in order to avoid the spread of hate and lies online, and in the name of the protection of constitutional rights, we could end up indirectly limiting freedom. To return to the dilemma cited above, this is exactly the prerequisite that the liberal state is unable to stably guarantee over time.

These initial observations are sufficient to show that the arguments that have recently appeared in the political debate for the need to introduce legislative tools to combat the spread of fake news and hate speech, and the consequent harmful effects on public opinion, directly touch issues and concepts (democracy and freedom, above all), that are at the heart of constitutional law.

This makes necessary, for whoever intends to join this debate going beyond a merely superficial analysis, to address the constitutional statute of freedom of expression. This is a complex paradigm with that varies in different legal systems, despite the common liberal matrix that characterizes Europe and the United States. Thus, in different contexts, it entails more or less space, and thus a different attitude, towards the circulation of content that does not fulfill a true interest in information.¹

To simplify, we could then outline a dichotomy that with respect to the circulation of ideas and opinions, presents the option of a militant democracy, committed to the strenuous defense of a value system that the exercise of protected constitutional rights actually risks jeopardizing, and the model of a tolerant democracy, where the idea of an ethical state, or in any event of a greater control over the exercise of freedom by individuals, seems to disappear.

These different approaches are increasingly subject to comparison today, in light of the advent of a means of communication, Internet, that has allowed for connecting users and their ideas, opinions, and expressions of thought in various parts of the world. The discussions that involve activists on the web and from non-governmental organizations often evoke the idea of self-regulation on the web (which tends to be recessive, in light of the unquestioned ability of public authorities to interfere with the functioning of Internet) or those of supranational charters of rights. However, this is hard to reconcile with the constitutional pluralism that characterizes some areas,

¹K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review*, 31, 1937, 417 ss.

especially that of freedom of expression. This is not happening by chance. Prof. Costanzo had already foreseen the role of technology for constitutional law. He clearly taught us that the “technological factor” (and its consequences) is interrelated with phenomena which challenges how we traditionally define the notion of sovereignty, territory and exercise of powers². In other words,

²P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Rass. Parlam.*, 2012, 811-853 (v. anche in *Costituzionalismo e globalizzazione*, a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Atti del 27. Convegno annuale, Salerno, 22-24 novembre 2012, Jovene, Napoli, 2014, 43-82). Among the works of Prof. Pasquale Costanzo, see *Contributi al Forum Le Sfide della Democrazia Digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2019/03, 233, 239, 249, 255, 265, 270 e 278; *La “democrazia digitale” (precauzioni per l’uso)*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 71-88; *Internet e giustizia costituzionale* in P. Ivaldi e S. Carrea (curr.), *Lo spazio cibernetico. Rapporti pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera* (Quaderni del corso di Dottorato in Diritto dell'Università di Genova), Genova University Press, 2018, 3-20; *Quando la Corte di Strasburgo in internet continua a navigare a vista*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), [S.l.], v. 31, n. 3, oct. 2017; *L’impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (curr.), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Milano, 2017, 3-18; *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. Passaglia e D. Poletti (curr.), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, UPI, Pisa, 2017, 17-29; *Quale tutela del diritto d’autore in internet? (Osservazioni a margine della sentenza n. 247 del 2015 della corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, 2343-2357; *Internet e libertà d’informazione dentro le mura carcerarie*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2015, 939-956; *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) (FOCUS - Comunicazioni, media e nuove tecnologie N. 4 - 27/02/2015), 1-11; *Corte di giustizia e videosorveglianza multivello*, in *Giurisprudenza italiana* 2015, 29-33; *Note preliminari sullo statuto giuridico della geolocalizzazione (a margine di recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi)*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, 331-344; *Quali garanzie costituzionali per gli interventi rimediali in Rete*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2013, 17-26; *La governance di internet in Italia*, in E. Bertolini, V. Lubello, O. Pollicino (curr.), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma, 2013, 41-58, ed in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, 713-728; *Miti e realtà dell’accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (cur.), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9-26 (e in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2012); *Contributo ad una storia della libertà d’informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.Vv. *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 691-710. 2012); *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, relazione alle III Jornadas internacionales de Derecho Constitucional Brasil/España/Italia, Segovia, 30 settembre e venerdì 1° ottobre, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2011, 19-46, ed in E. Pajares (cur.), *Nuevas dimensiones de la participación política*, Valencia, 2015, 175-209; *I diritti nelle “maglie” della Rete*, in AA.Vv. *Diritto pubblico e diritto privato nelle rete delle nuove tecnologie*, Edizioni Plus, Pisa, 2010, 5-19; *Videosorveglianza e Internet*, in AA.Vv., *Videosorveglianza e Privacy*, Angelo Pontecorboli Editore, Firenze, 23-32); *Una conversazione mondiale continua (recensione al portale <http://www.teutas.it>, in CNEL, Il diritto governa la tecnica?*, doc. n. 12, Roma, 2009, 46-51, e in *Tecniche normative* 29.IV.2010; *La regolazione della Rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie telecomunicative* (Safer Internet), in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (curr.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*. Joverne, Napoli, 2009, 961-977; con Marina Pietrangelo, *Theory and Reality of the Official Publication of Legal Acts on Internet*, in G. Peruginelli, M. Ragona (eds), *Proceedings of the IX International Conference “Law via the Internet”* (Firenze, 30-31/10/2008), Florence, European Academic Publishing Press, 111-122; *Il blog tra vocazione libertaria della Rete e limiti costituzionali della manifestazione del pensiero*, in *Informatica e Diritto* (numero speciale: *Studi in memoria di Isabella D’Elia Ciampi*), 2008, nn. 1/2, 57-71; *Nomi di dominio della Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) N. 12, 11/06/2008; *La pubblicazione delle leggi approda ufficialmente su internet (osservazioni a margine della legge regionale toscana n 23 del 2007)*, in *Rivista dell’informazione e dell’informatica*, 2007, n. 3, 479-495; *Nuove tecnologie e “forma” dell’amministrazione*, in P. Costanzo, G. De Minico e R. Zaccaria, *I tre “codici” della società dell’informazione*, Atti del convegno di Firenze del 9 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 3-12; con G. De Minico e R. Zaccaria, *I tre “codici” della società dell’informazione*, Atti del convegno di Firenze del 9 giugno 2006, Giappichelli, Torino, VII-415; *La pubblicazione normativa al tempo di internet*, in AA.Vv., *Le fonti del diritto, oggi*, Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso, Edizioni Plus, Pisa, 2006, 203-219; *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti?*, in *Diritto dell’internet*, 2006, 545-549; *The impact of new technologies, fundamental liberties and the Italian legal system: an Overview*, relazione all’International conference “E- Democracy”, Athens, 3-4 June 2005, in S. Flogaitis, U. Karpen e A. Masucci, *E- Government and E-Democracy*, Esperia Publications Ltd, London, 2006, 251-260; *La privacy tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale fissa i paletti*, in *Diritto dell’internet*, 2005, 555-562; *Introduzione* a G. Cassano, *Diritto dell’internet*, Giuffrè, Milano, 2005, XII-XII; *Note minime in tema di tutela dei dati*

technology is also an important vehicle to interpret constitutional and democratic developments in a globalized society.

This work explains how the analysis of the protection of freedom of expression constitutes an indispensable and necessary step to recognize the criticalities linked to every plan that aims to regulate the matters of hate speech and fake news. This approach, which considers the “pre-digital” age and the “digital” age allows the recognition of possible antibodies in different constitutional systems, to engage in a battle that today, thanks to the potential of the web, seems to endanger some cornerstones of constitutional democracies.

2. European Constitutionalism Put to the Test by Hate Speech and Fake News

From the beginning, with the birth of the liberal state and the guarantee of negative liberties, enshrined in basic charters, European constitutionalism has placed the freedom of expressing one's

personali in internet e Privacy Enhancing Technologies, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 289-306; *L'accesso ad internet in cerca d'autore*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 247-251; *Diritto e informatica: questo matrimonio non s'ha da fare!*, in *Forum10 Società dell'informazione, il futuro dei diritti, il diritto del futuro*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>) 06.06.05; *Già avvenuto secondo il Tribunale di Roma lo switch off negli studi legali, ma sono in pochi ad essersene accorti ...*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 149-152; *Da Giovanale a internet: satura tota nostra est*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 27-32; *La comunicazione giuridica alla prova della Rete*, in B. Caravita (cur.), *I percorsi del federalismo*, Milano 2004, 168-183, e in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13 maggio 2004; *Aprire "i confini degli Stati" al messaggio cristiano: il ruolo di Internet nel pensiero di Giovanni Paolo II*, in A. Loiodice e M. Vari (curr.), *Giovanni Paolo II Le vie della giustizia, Omaggio dei giuristi a SS. Giovanni Paolo II in occasione del XXV anno di Pontificato*, Roma-Bari, 2003, e in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2005; *Profili costituzionali di internet*, in E. Tosi (cur.), *Diritto di internet e dell'e-business*, 3° ed., Milano, Giuffrè, tomo I, 53-97; *La democrazia elettronica*, relazione al Convegno di studi in ricordo di Ettore Giannantonio, Roma 6 dicembre 2002, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465-486; *Traccia per uno studio dei profili di diritto pubblico dell'economia nelle nuove tecnologie dell'informazione*, in F. Gabriele, G. Bucci e C.P. Guarini (curr.), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, Cacucci, 2002, 91-115; *L'internet et le droit. Droit européen et comparé de l'internet (réponses à un questionnaire)*, Risposte al questionario-intervista per il Convegno Parigi, 25-26 settembre 2000, in *Annali della Facoltà della Giurisprudenza di Genova*, XXXI, 2001-2002, 343-367; *La protection des droits fondamentaux a l'heure du numérique. La situation italienne*, relazione al Congresso mondiale di diritto comparato, Brisbane, luglio 2002, Milano, 2002, 565-600; *La magistratura sfida Internet. A proposito di una caso francese, ma non solo...*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 208-230; *Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in Internet e pubblicazione a mezzo stampa*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 653-664; *Internet e forme evolutive della libertà di comunicazione in Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, n. 4, 141-150; *Profili costituzionalistici del commercio elettronico*, relazione al Convegno di Camerino, 29-30 ottobre 1999, in V. Rizzo (cur.), *Diritto e tecnologie dell'informazione*, Atti del Convegno di Camerino, 11-12 ottobre 1996, Napoli, Novene, 1998 e in *Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, n. 3, 89-102; *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, Appendice, UTET, Torino, 2000, 347-371; *La circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata (fenomenologia e profili problematici)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, 579-590; *Ascesa (e declino?) di un nuovo operatore telecomunicativo (aspetti giuridici dell'internet service provider)*, in *Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, n. 2, 83-102; *La circulation des informations juridiques informatisées en Italie*, in AA.VV., *L'information juridique: contenu, accessibilité et circulation. Défis politique, juridique, économique et technique*, Actes du colloque des 22-23 octobre 1998, ADIJ, Paris, 1998, 6; *Recensione a I. D'Elia Ciampi, Diritto e nuove tecnologie dell'informazione*, Napoli, ESI, 1998, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 707-710; *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 807-817; *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" su Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 370-378; *Intervento in V. Rizzo (cur.), Diritto e tecnologie dell'informazione*, ESI, Napoli, 1998, Atti del Convegno, Camerino, 10/11 settembre 1996, 107-109. *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Informatica e Diritto*, 1997, n. 2, 1-40, e in R. Zaccaria (cur.), *Le telecomunicazioni*, in G. Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 32 ss. *Aspetti e problemi dell'informatica pubblica*, in *Scritti in onore di Victor Uckmar*, I, Padova, CEDAM, 291-317; *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 831-846; *Aspetti problematici del regime giurispubblicistico di Internet* in *Problemi dell'informazione*, 1996, n. 2, 183-195.

thoughts in a central position, making it one of the cornerstones of every democratic society and the distinctive feature of this model. The centrality of freedom of expression is due not only to the symbolic importance of this freedom, which has risen to be a distinctive trait of all democratic systems, but also its close connection with many of the rights and freedoms given constitutional protection. Conscious political participation, for example, both active and passive, assumes that citizen-voters have a store of knowledge, and at the same time, requires citizen-candidates not to encounter obstacles to the exercise of freedom of speech. But many other freedoms are based on the recognition of freedom of expression in a democratic society: freedom of research, so sadly disrupted in some recent situations (Turkey and Hungary); freedom of association, that assumes a common consociational bond based on shared core values; and religious freedom, a fundamental element of which involves free adherence to visions of the transcendental.

The central position occupied by freedom to express thoughts must not lead to believing that the field of application of this fundamental right cannot be subject to limitations or restrictions due to the need to prevent abuses or to balance its exercise with other rights, which equally deserve constitutional protection.

From the time of its solemn affirmation, found in art. 11 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, freedom of expression has had an intrinsically malleable nature, that can be inferred from its very formulation: «The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man. Every citizen may, accordingly, speak, write, and print with freedom, but shall be responsible for such abuses of this freedom as shall be defined by law».

This characteristic is not an isolated feature but represents the essence of European “DNA” on freedom of expression. This essence was perfectly and fully expressed when the Member States of the Council of Europe adopted a common instrument for the protection of human rights, divided into two levels: on the one hand, the solemn affirmation of freedom; on the other, the statement of a series of limitations that reflect the typical guarantees of the liberal state: the necessary establishment of a legislative foundation; respect for the criteria of proportionality (necessary in a democratic society); the protection of constitutionally relevant interests.

All of the European states model themselves on this paradigm, as by definition they conceive the protection of freedom of expression as a right susceptible to being balanced with others; thus, at times it is malleable, when it becomes necessary to guarantee the protection of other rights. This is true in Italy, for example, where art. 21 of the Constitution establishes the specific limit of public morality (a concept that by its nature and due to a far-sighted choice by the country’s founding fathers is permeable to the evolution of time). Less well-known in Italy are the various provisions of the legal system that incorporate “implicit” limits on the exercise of this freedom, such as those that punish defamation³. What are the specific instruments that European constitutionalism sets out to govern the exercise of the freedom to express thought, and in particular, to combat the spread of fake news and hate speech? There are at least two levels of analysis on which to parameterize the degree of tolerance (or to the contrary, of “intolerance”) that European constitutionalism exhibits in this regard.

3. The Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms

The European Convention on Human Rights (ECHR) expresses two crucial “parameters” to understand the margin of protection of actions that constitute an exercise of freedom of expression.

³ See J.F. FLAUS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal* (<http://ilj.law.indiana.edu/>), 84, 3, 2009, 809 ss.

On the one hand, freedom of expression is protected by art. 10 of the ECHR which presents a paradigm based on a rule-exception relationship. After the solemn affirmation of freedom of speech, the provision then indulges in providing three requirements that every limitation of the freedom in question must respect. More precisely, as anticipated, the limitations must be established by a law, they must be proportionate (necessary in a democratic society) and they must be aimed at reaching one of the objectives expressly set by the same second paragraph of art. 10.

Moving from the analysis of the legislative criterion to the ways in which this criterion operates in jurisprudence, it must be stressed that the activity of interpretation carried out by the European Court in applying art. 10 provides comforting outcomes with respect to the possibility to actually guarantee this freedom⁴. In particular, it must be recognized that the perimeter of protection guaranteed to this right was defined broadly by the Strasbourg Court, which pointed out some important fixed points, starting with the *Handyside* and *Jersild* cases.

In *Handyside*,⁵ a historic decision from 1976, the Court explained that the protection granted in art. 10 is applicable not only to the “information” or the “ideas” that are favorably received by the public or are regarded as inoffensive or as a matter of indifference; the scope of coverage offered by this provision also extends to expressions that offend, shock, or disturb the state or any part of the population. In a subsequent passage, the European Court emphasized that the scope of this area of protection responds to the needs of pluralism, tolerance, and broadmindedness without which it would not be possible to have a democratic society. This decision indeed greatly expanded the borders of freedom of expression, stating that even content that would have difficulty being approved by most members of the public as it is shocking or offensive cannot for that reason only be stripped of the guarantees that accompany freedom of expression. Thus, it is not the level of acceptance or social approval of content that justifies access to the guarantees of freedom of speech. These assertions seem to confirm the assumption that the more varied the panorama of ideas and opinions is, the more the democratic character of a democracy will benefit. However, this assumption must be measured with the variety of features of fake news, that do not have any specific value from an informational point of view, but rather achieve an effect contrary to the aims of freedom of expression, spreading untruthful messages among the public. Thus the question that needs to be posed is if that news entirely lacking social utility, that does not make any contribution to the information of individuals as it is false and tendentious, is equally deserving of circulation as content that, to the contrary, satisfies an interest of information according to the conventional parameter.

In *Jersild*,⁶ one of the first hate speech cases, the Strasbourg Court showed its appreciation for the peculiar context in which offensive expressions are formulated, finding that the contracting state involved (Denmark) had violated art. 10 of the ECHR by convicting a journalist who had interviewed a group of extremist youths, who during the radio broadcast had made offensive and racist statements.

The case law panorama cited above clearly provides indications in favor of an expansive scope of freedom of expression, whose perimeter, according to the European Court's interpretation, seems to also include those expressions that do not offer a significant contribution to the democratic development and formation of public opinion, and that have horrifying and disturbing contents. Nevertheless, the European Court provided some important clarifications in relation to the different cases of negationism in which the limits applied on freedom of speech from time to time have been submitted for its examination. In this direction, the instruments used by the Strasbourg Court were

⁴ C. PINELLI, “*Postverità*” *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu)1,2017, 41 ss.

⁵ ECtHR, *Handyside*, decision 7 December 1976, A No. 5493/72.

⁶ ECtHR, *Jersild*, decision 23 September 1994, A No. 15890/89.

enriched by art. 17 of the Convention, which prevents the abuse of rights, at least in this case adopting a tone reflecting militant democracy.⁷

While the application of art. 10 fits into a logic of balancing freedom of speech with some interests deserving protection (to be carried out by the Strasbourg Court), ensuring that the freedom is compatible with those interests, the use of art. 17 punishes the abuse of a right sanctioned by the Convention as a tool used strictly to destroy other rights or freedoms or to limit them in a more severe manner than as provided for by the Convention.

On this point, the Strasbourg Court has at times invoked art.17 to exclude the possibility of balancing from the start. This happened in the following cases, among others: *Garaudy v. France* (negationism)⁸, *Ivanov v. Russia* (racial hate),⁹ and *Norwood v. United Kingdom* (religious hate).¹⁰ In other cases of hate speech, the Court addressed the possible harm of art. 10: *Perinçek v. Switzerland*,¹¹ *Lehideux and Isorni v. France*,¹² verifying compliance with the criteria established by art. 10.

If we seek to identify some general trend lines, we must first of all note a particular attention by the European Court to the dimension of the public debate and the existence of a general interest (conditions in which we can speak of political speech), that legitimize and justify a greater degree of protection than those manifestations of thought that respond exclusively to the label of commercial speech. The trend shown by the Strasbourg Court fits into the perspective of an expansion of the reading of these criteria and the definition of the contents covered by public debate that respond to a general interest. This reading is also linked to the indication contained in par. 2 of the art. 10 of the ECHR, that subordinates the conventional conformity of any restrictive measures adopted by the contracting states to respect for necessity in a “democratic society”.

Particular attention has also been dedicated to freedom of information, a declination of freedom of speech that, among all freedoms, most intensely corresponds to its essence as the watchdog of the democratic character of the legal system. From this perspective, the Strasbourg Court showed particular sensitivity regarding the impact of any limitations established by the contracting states, focusing on the so-called “chilling effects”, meaning the possible imbalances deriving from the adoption of measures that excessively limit the legitimate exercise of rights protected by constitutions and conventional documents as well. Above all, we should mention the efforts made in the jurisprudence of the Strasbourg Court with respect to the application of disproportionate or excessive penalties to journalists guilty of the crime of libel.¹³ It is important to immediately stress the importance of the reference that art. 10 of the ECHR makes to both the freedom to spread information (“active” conduct), and the freedom to receive it (“passive” conduct). The latter cannot avoid a critical comparison with the unique model of protection in the United States is based exclusively on the citizen's demand to exercise his or her freedom of speech without any state interference (abridgment of speech). In fact, if we protect citizens’ right to receive information, we inevitably imply a reference to the need for non-polluted information that is correctly oriented

⁷ See H. CANNIE-D. VOORHOEF, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29, 1, 2011, 54.

⁸ ECtHR, *Garaudy*, decision 24 June 2003, A No. 65831/01.

⁹ ECtHR, *Ivanov*, decision 15 October 2009, A No. 40450/04.

¹⁰ ECtHR, *Norwood*, decision 16 November 2004, A No. 23131/03.

¹¹ ECtHR, *Perinçek*, decision 15 October 2015, A No. 27510/08.

¹² ECtHR, *Lehideux and Isor*, decision 23 September 1998, A No. 24662/94.

¹³ On this subject, see *ex multis*, also M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2014. *Inter alia*, we note the convictions of Italy in this direction in the cases ECtHR, *Belpietro*, decision 24 September 2013, A No. 43612/10; *Sallusti*, decision of 7 March 2019, A No. 22350/13.

towards a virtuous formation of public opinion, which appears to support a view that identifies a limit to the expansive capacity of the phenomenon of fake news. This is exactly one of the interpretations that allows us to explain the choice made by the European Commission, that in entrusting to a group of experts the development of appropriate initiatives, shifted the focus away from the very ambiguous and difficult-to-delimit concept of fake news¹⁴ to the less slippery concept of “disinformation”, finding in this notion a common nucleus that corresponds to the harm generated by false or tendentious information for the formation of public opinion and the healthy conduct of electoral competitions.¹⁵

With respect to the picture we have described with reference to the protection provided by the Strasbourg Court to freedom of expression and information in the world of atoms, what attitude seems to emerge when the same freedom is exercised in the world of bits? Looking at the decisions in which the European Court was asked to rule on lawsuits linked to presumed violations of freedom of expression on Internet, we note an inclination to remodulate the expansive scope that had characterized the prior case law of the European Court on the application of art. 10 in similar areas. This new definition of the area and scope of freedom of expression on the web seems to be rooted in the assumption that the use of digital technologies presents a greater degree of “danger” with respect to other interests with which the exercise of freedom of speech must be compared.¹⁶ Of course, the “relative” and “malleable” character with respect to operations for balancing the fundamental rights protected by the European Convention on Human Rights is certainly not new, but this character seems to be noticeable in cases that deal with Internet.

Early signs of this “restrictive” reading were present in the *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine* decision of 2011,¹⁷ in which the Court argued «Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press».

Unlike the Supreme Court of the United States, which, in *ACLU v. Reno*,¹⁸ immediately highlighted the potential for a “phenomenal” expansion of the room for the exercise of freedom of thought, in this decision the European Court appeared to be worried above all by the critical aspects of the use of Internet and the risks linked to more significant harm to the other fundamental rights that could clash with the freedom of expression and information. The match is taking place not in the world of atoms, but in that of bits. The difference with the US approach is not insignificant, if we consider that in the decision just cited the Supreme Court had observed «As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any

¹⁴ See the attempts at definition in M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2017, 11.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *A multi-dimensional approach to disinformation, Report of the independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation*, 2018, where the concept of disinformation, expressly referred to that of fake news, includes «all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit».

¹⁶ O. POLLICINO-M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. SAVIN- J. TRZASKOWSKI (eds), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss.

¹⁷ ECtHR, *Editorial Board Pravoye Delo*, decision 5 May 2011, A No. 33014/05.

¹⁸ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

theoretical but unproven benefit of censorship». The two courts seem driven by opposite assumptions: the US court presumes that content regulation and thus control do not lead to greater benefits (i.e. the need to guarantee the “marketplace of ideas”); the European court, which is more distrustful of the new technologies, finds it likely that the medium will generate danger for other rights and thus assumes the need, and the legitimacy, of correctives that can limit the exercise of free speech.

It should then be recalled, as highlighted previously, that the European Court has always pointed to freedom of expression, and in particular freedom of the press, as a sort of litmus test for the level of democracy of a system. It seems that this consolidated orientation in the Strasbourg Court's jurisprudence has also been revisited. First, in *Stoll v. Switzerland*,¹⁹ the Court appeared to endorse the imposition of stricter obligations for journalists when using Internet than in the case of print media: «The safeguard afforded by art. 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism [...]. These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance».

A similar orientation is confirmed in *KU v. Finland*: «Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own *privacy* and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others».²⁰

Naturally, we must not forget that the European Court's decisions are for the most part based on the specific nature of the individual situations that triggered the lawsuits. These elements allow for reducing or in any event correctly weighing the significance of rulings that appear to be radical. This is true, for example, in the case of *Delfi v. Estonia*,²¹ a decision of the Grand Chamber that confirms the trend line described to this point, tending to look more favorably on possible limitations on freedom of expression online. The following quote shall suffice: «Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online». The Court decided that to order the operator of an online information portal to pay a sum - although a small one (320 euros in this case) - as compensation for damages suffered by a person due to some defamatory remarks that remained accessible for approximately six weeks accompanying an article published on the site, does not represent a disproportionate restriction on freedom of expression, due to the need to balance that freedom with the protection to be granted to other personality rights of the defamed person (such as honor and reputation).

It should be said that the same matter would very likely have been judged differently by the Court of Justice. That Court's examination would probably be based on different criteria than those adopted by a judge of fundamental rights such as the Strasbourg Court, concentrating on the issue of potential liability of the operator of the online portal and thus on the application of Directive

¹⁹ ECtHR, *Stoll*, decision 10 December 2007, A No. 69698/01.

²⁰ ECtHR, *KU*, decision 2 December 2008, A No. 2872/02.

²¹ ECtHR, *Delfi AS*, decision 16 June 2015, A No. 64569/09.

2000/31/CE (that governs the releases of liability applicable to suppliers of services for contents published by third parties on their sites). This decision is unquestionably problematic and difficult to reconcile with European Union law. Apart from the need to adopt a perspective which is not misleading (the issue here is whether the imposition of pecuniary compensation, of a small amount, could represent an unjustified violation of Art. 10 of the ECHR, and the non-compatibility of that option with Directive 2000/31/EC), the decision opens up the possibility to attribute to the publisher of a portal liability for unlawful content published by third parties in certain circumstances.

Those indications emerge above all if we compare the scope of the *Delfi* decision with one from a few months later, which saw the Strasbourg Court again take a position on a similar case, but with a different outcome, in *MTE v. Hungary*.²² The case was not substantially different, since the lawsuit was aimed at provoking an examination of the compatibility with Art. 10 of the ECHR of the conviction of the operator of an information portal due to defamatory comments entered by third parties through the use of pseudonyms, below a news item published in the newspaper. As stated, the Strasbourg Court reached an opposite decision, since it found a violation of art. 10, thus deviating from the precedent in *Delfi*. According to the Court, the two cases are different due to the nature of the offensive comments and their different negative value. In *Delfi*, the contents entered by third parties was particularly offensive, to the point of representing a form of “hate speech”, being characterized by a tone which incited violence and racial hate. That character, which to the Court seemed to heighten the attraction for users, is not found in the *MTE* case, and it is precisely the absence of this attribute of manifest illegality that justifies a different attitude towards the Internet Service Provider. The Strasbourg Court thus revised its orientation. Moreover, in this case there was no issue of a delay in removing the comments as had taken place in *Delfi* (this time the content was removed promptly); rather, the question was the liability of the operator of the platform for offensive comments published by third parties. In this sense, we seem to see an attempt by the Court to come closer to European Law than in the *Delfi* case, and to the principles of liability for Internet Service Providers.

This attitude by the Strasbourg Court, without going too far or translating into consent for any tendency towards censure, is not aimed at diminishing the importance of Internet as a means of information, and the resulting need to ensure that the public has free access to various sources through the web. This is demonstrated by *Cengiz v. Turkey*,²³ in which the European Court expressly recognized the value of YouTube as a medium for receiving and spreading information and ideas, which furthermore are not always available through traditional media, thanks to the contribution of so-called participatory journalism, which is driven precisely by the availability of new technologies. In that decision, the Court found the generalized blocking of access to YouTube by the national authorities to be contrary to the Convention. According to the Court: «YouTube was a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and there were no equivalents that could replace it».

Previously, Turkey had already been convicted in the *Ahmet Yildirim* case for violation of art. 10 of the ECHR due to having blacked out all of the sites hosted by the Google platform, ordered in an entirely disproportionate way in the context of a criminal proceeding for the prosecution of some crimes of opinion committed on the web.²⁴ The measure, which was generalized and not intended to affect only the individual sites involved, was considered to lack the character of proportionality, having made inaccessible many Internet sites that were completely uninvolved in the matter and

²² ECtHR, *MTE*, decision 2 May 2016, A No 22947/13.

²³ ECtHR, *Cengiz*, decision 1 March 2016, A Nos. 48226/10 and 14027/11.

²⁴ ECtHR, *Yildirim*, decision 18 December 2012, A No. 3111/10.

that contributed to satisfying the needs of the public in the exercise of their right to search for and receive information.

4. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*

In European Union law, the relevant provision is the parameter set in art. 11 of the Charter of Fundamental Rights, that now represents a reference on a constitutional level, with the same weight as the treaties, and is binding for all of the secondary legislation that the European Institutions may adopt (i.e. regulations, directives and decisions). There is more: the presence of a document protecting fundamental rights, which has been binding since the day of entry into force of the Lisbon Treaty, strongly characterizes the identity of Europe, allowing it to take at least a partial step forward that had remained incomplete due to the failure of the project for a constitutional treaty. This involved adopting a charter of rights, which in addition to being binding on the activity of the legislature, allows the Court of Justice to review the legal acts of the Union that existed before the Charter, to verify their compatibility with the fundamental rights.²⁵ It must be said that the innovative contribution of the Charter will probably be limited to the formal sphere, since on the merits, the legal situations that are currently protected by the Charter already received protection in the construction of the European Community first, and then the Union, through the filter of the general principles and constitutional traditions of the Member States. It is certain, however, that the choice to codify a true “bill of rights” cannot but have systemic implications.

The European Union suffers from the limit of its genesis being linked to economics more than the protection of fundamental rights, unlike the system of the European Convention on Human Rights. Therefore, the area of fundamental rights has for a long time represented an exception that the Court of Justice could recognize with respect to the unmolested exercise of the economic freedoms proclaimed by the treaties. From time to time, the Court could be called on to decide whether the limitations on those freedoms established by the Member States in the name of the protection of fundamental rights were justified or not.

As a consequence, the decisions of the Court of Justice that deal more directly with the protection of freedom of expression are very rare, while the recent decisions that involve balancing this right with other rights of an economic origin are more frequent, such as copyrights and data protection. One case, among others, that is symptomatic of this attitude on the part of the judges in Luxembourg is *Omega*,²⁶ in which the Court of Justice was asked to rule on the compatibility with EU law of a measure by which in Germany, the practice of certain games, which constituted economic activity, was prohibited in the name of the protection of human dignity. Those games implied acts of simulated homicide and violence, such as to threaten public safety and order. According to the Court of Justice, an economic activity can be prohibited in accordance with European Union law when the aims of the measure correspond to the protection of public safety. Here we see the room for protection reserved to fundamental rights (in this case, the right is at the top of the system, i.e. human dignity).

Faced with the evolution of digital, some important rulings have come that regard the relationship between freedom of expression and other rights, in particular personal data protection and copyright rights. It is important to acknowledge these decisions, more for their specific contribution “on the merits” (which is in fact limited, given that no specific decisions are directed at

²⁵ See O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 31 December 2013.

²⁶ ECJ, *Omega*, decision 14 October 2004, case C-36/02.

the issue of preventing fake news) than for the “method”, i.e. for the conceptual and procedural tools that the Court has developed in considering the possible restrictions of freedom of expression on the web. This is an important step, because any national laws against disinformation and hate speech would ultimately have to deal with this sensitivity, if the “hard law” path were chosen.

The panorama of case law relating to balancing freedom of expression with the right to personal data protection and copyrights provides a “parametric” indication of the staying power of the paradigm of freedom of expression in the face of the spread of digital technologies.

First of all, it is useful to understand the relationship with personal data protection. The *Lindqvist* judgment of 2003 represents the first time that the Court of Justice had to deal with the new technological scenario.²⁷ The matter had begun with the publication by a Swedish citizen of an Internet site in which she had indicated the particulars of some parishioners and some details on their private and family lives, without their consent. These activities led to her conviction in the first instance, representing an unlawful processing of data. The Court of Justice was thus asked to specify if the limits set by the personal data protection directive were incompatible with the protection of freedom of expression, with which the *privacy* of individuals must be balanced. Despite remanding the evaluation on the point to the national court based on its internal regulations, the Court of Justice excluded the possibility that Directive 95/46 establishes restrictions incompatible with freedom of expression.

The ruling that more clearly indicates the search for a presumed equilibrium between freedom of expression and protection of personal data dates to 2014, when the Court of Justice pronounced the *Google Spain* decision.²⁸ The parties to the original dispute, held before the Spanish Data Protection Authority (“AEPD”), were Mr. Costeja González and Google. The former requested that the search engine cancel some links to the web pages of a publication, *La Vanguardia*, that contained details of a legal proceeding against him years earlier. The latter objected that such an intervention was not possible for a search engine, and that the request should be addressed to the party managing the source site.

The Court of Justice stated that EU law offers a secure foundation for the right to de-indexation of personal data and also specified that search engines operators are responsible for conducting an assessment regarding the presence of the conditions for the exercise of that right and the compatibility with freedom of information.

The Court of Justice reached this conclusion by following a varied path with multiple steps, whose outcome is the recognized possibility to apply to search engines the same obligations established for those who process personal data “on their own account” (as “controllers”, such as a journalistic publication, for example). This includes deleting personal information (in the specific case this meant news reported by third-party sites) when that information is no longer exact, up-to-date, pertinent, or relevant. The decision thus assigns the search engine operator the duty to decide, on a case-by-case basis, if the information deserves to stay on the web or is destined for “erasure” (in reality, more than being erased, we should speak of “de-indexation”, given that the information is removed only from search results, without affecting the possibility to find it on the web through direct access to the hosting site). In truth, without mentioning other critical aspects, the decision proposes a genetically asymmetric balance between the right to be informed and the protection of *privacy*, since the rule is the prevalence of the second over the first, and the contrary is allowed only in exceptional situations. Confirmation of that asymmetry is found in the disparity, in the Court's reasoning, between the many references to arts. 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights, dedicated to the protection of *privacy* and personal data, and the absence of any reference to art.

²⁷ ECJ, *Lindqvist*, decision 6 November 2003, case C-101/01.

²⁸ ECJ, *Google Spain*, decision 13 May 2014, case C-131/12.

11 of that same Charter, which as we have said repeatedly, deals with the protection of freedom of expression. This is a purely aesthetic point, but not insignificant.

The rulings just recalled seem to describe a paradigm in which freedom of expression on the web is often “malleable” with respect to the protection of other competing interests. That approach also does not seem to be immune from the characterization that is found in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, where it is clearly stated that demanding this freedom in a new technological environment leads to the multiplication of possible cases of danger, and thus a conflict with respect to other rights. It is therefore a “malleable” freedom because in the world of bits, it constitutes a more dangerous weapon than what it would in the world of atoms.

The second level of analysis is centered on balancing freedom of expression with copyright rights. There are in fact various rulings of the Court of Justice that have dealt with this difficult path, that is hard to travel in light of the multiple tensions that digitalization has produced in making protected works available for free to users.

Two decisions, triggered by the same events, must be recalled above all: in *Sabam* and *Netlog*,²⁹ the Court of Justice criticized the measure by the authorities of Belgium that had required the suppliers of Internet services to adopt a filtering system at their own expense to determine the presence of content spread illegally and to block its sharing. The methods by which that mechanism was structured were such as to represent an activity of surveillance by the operators, which is prohibited by European Law (art. 15 of Directive 2000/31/EC). In addition, the characteristics of this filtering system led to an unjustified primacy of copyright rights over other fundamental rights in question, including the freedom of economic initiative (of operators), the protection of personal data (of users), and the freedom of expression. Yet it should be specified that in the decisions in question the Court of Justice was not entirely contrary to the application of screening or filtering systems, finding that those mechanisms must however respect an equilibrium between the fundamental rights in play, according to an approach consistent with the principle of proportionality. Moreover, looking at the document on which the Court of Justice based its scrutiny of the respect of the rights (the Charter of Fundamental Rights) we see that the document does not incorporate an axiological hierarchy, but positions the rights listed there based on at least apparently equal logic. This is an important point, because the freedom of expression, despite being the cornerstone value of the democratic system, finds itself being balanced with various other interests that are relevant from time to time.

If we look carefully, in the case of fake news, only in certain cases do we see a conflict with the other rights protected by the legal system. Rather, we must ask whether groundless and unproven assertions can be classified as part of the realm of the exercise of freedom of expression, i.e. if they benefit from “constitutional” coverage or not; or, if we wish to reverse the perspective, if the right of the public to receive information assumes an information diet that is “filtered” of fake news.

A joint consideration of the attitude of the Strasbourg Court and the Court of Justice seems to show that freedom of expression can certainly run into limits, and thus that its extension is not boundless. The crucial problem, however, regards the definition of this perimeter. Although it does not reach the point of embracing the space for protection recognized by the First Amendment to the United States Constitution, that is truly broad in both textual terms and in the interpretation given by the Supreme Court, the European conception incorporated in the conventional documents and developed by case law is also inspired by liberal origins. Specifically, in the European Convention on Human Rights, the border is marked by those restrictions that pass the test of “necessity in a democratic society” for the pursuit of specific purposes, that include multiple, very different objectives, that affect both the position of individuals (the protection of reputation) and general

²⁹ ECJ, *Scarlet*, 24 November 2011, case C-70/10; *Netlog*, 16 February 2012, case C-360/10.

interests of the collectivity (the protection of national security). Certainly, in the European context, the threshold at which possible limitations can be triggered is much lower, as legitimate restrictions on freedom of expression can be imposed without necessarily facing “clear and present danger”.

Perhaps the litmus test that indicates the “internal” margin of tolerance of freedom of expression derives from the consideration of the jurisprudence that has developed on hate speech. Nevertheless, a fundamental qualifier is needed: apart from situations in which there are points of contact and identification between the two categories, fake news and hate speech present characteristics that tend to be different.

It is definitely possible for the intrinsic negative value of some obviously groundless news to imbue that content with the same character of hate speech; what is the dissemination of the so-called “Auschwitz lie”, like any negationist theory, if not a gigantic case of fake news? Yet not all fake news can rise to the level of hate speech, which derives from the different nature that the many-sided category of fake news can take on.

Aiming to conclude this initial photograph of the European panorama, it must be said that however much the Member States of the European Union, that are bound to observe the European Convention on Human Rights, have a constitutional tradition that tends to be homogenous with respect to protection of freedom of expression, specific legislation on such content is lacking, except for limited exceptions that regard particular sectors, such as that of audiovisual media services (where in any case, EU law does not address the merits of the qualification of the contents and balancing choices that remain under the discretion of the Member States). Only Decision 2008/913/JHA deserves to be pointed out, since it was the first measure focused on combatting some forms and expressions of racism and xenophobia through criminal law, whose implementation by the relevant Member States has in any event been differentiated, and not always consistent.³⁰ Nor do the competences attributed to the European Union by the Member States seem to promise the adoption of measures that could directly affect the subject of fake news.

Whatever initiatives are eventually adopted in the future by the Member States or by the European Union itself (that is waiting to verify the medium-term impact of the Code of practice against disinformation, which incorporated the work of the High-Level Expert Group), the principal actors in the spreading of fake news on the web, i.e. the operators of social media platforms and search engines, will certainly be at the center of the fight against disinformation. The proposals made, among which we must mention the German law approved in June 2017, indicate the attention for the role of Internet Service Providers. Even though this is a crucial hub for the functioning of the information ecosystem on the web, it is important not to forget the need to avoid the tendency to attribute too much responsibility, as that would transform, and ultimately distort, the role of platforms and the legal rules applicable to them, deviating from the understandable and justified spirit of defending people's rights. Otherwise, the choices made by the single Member States could run the risk of distorting the very reasoning underlining, for example, the rules for Internet Service Providers, contained in Directive 2000/31/EC and based on the goal of not preventively vesting the platforms with responsibility for content and illegal activities of users, but actively involving them in the subsequent process of removal. Moreover, in this scenario, we must not forget the initiatives increasingly moving towards co-regulation, in which the operators of online platforms are playing a leading role. The reform of the Audiovisual Media Service Directive (AVMSD) seems to go in that direction. As the result of the changes made by Directive 2018/1808, the Directive expressly governs the role of video sharing platforms in relation to particular categories of harmful content (including some types of hate speech); a similar attitude can also be seen in the recent Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market (Directive 2019/790).

³⁰ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, Padova, 2010.

We also must not forget that, the forms of self-regulation that have taken hold to date at the European level seem to tend to similar results; a leading example is the pre-existing code of conduct on hate speech already adopted by Facebook, Microsoft, Twitter, and YouTube in summer del 2016.

5. *A new paradigm for the Internet?*

Given this overview of the constitutional paradigm regarding the protection of the freedom of expression in Europe, we must ask if there is a margin to argue that “something has changed”, especially in the courts' approach to Internet, understood as the vehicle for the spread of ideas, thoughts, and opinions. This will allow us to verify what options can be pursued, on the level of positive law, in the field of combatting disinformation. It is known that the path chosen by the European Commission is that of self-regulation, which has led to the adoption of a code of conduct that some stakeholders have joined. This is a first step that however has not marked a point of arrival, since on the one hand, the European institutions themselves have promised to verify the effects of this initial form of cooperation, without excluding the possibility of “raising the bar” with different types of interventions. On the other hand, there has been discussion of initiatives that, whether through soft law or hard law, aim to introduce different types of remedies.

This is not a secondary issue, since the coordinates that in the real world allowed us to decipher the sovereignty of states are now strongly called into question, faced with the eruption of a technology which breaks down regulatory fences and crosses borders, at times thwarting the attempts of each state to impose laws reflecting their own peculiar sensitivities. The protection of freedom of expression represents one of the most important and emblematic battlegrounds between Europe and the United States. The respective paradigms imply different levels of constitutional protection. Yet the web exposes these different sensitivities to more frequent and likely clashes; such an intersection was certainly not impossible in the past (think of the circulation of a periodical in a state other than where it is published, or the relative ability to affect another person's reputation outside of a specific jurisdiction), but simply less frequent and simple. For example, the web allows a user located in the United States to publish content that, despite not exceeding the perimeter of protection guaranteed by the state of origin, could nevertheless be found offensive and illegal in the system of another state, such as one in Europe, in which the same content becomes visible. The rise of “forum-shopping” is no coincidence, i.e. the possibility to publish certain contents in the country where the legal system guarantees the broadest protections. Internet risks fueling a short circuit in which it would be impossible to decipher the standard of protection applicable to various phenomena that materialize on the web, creating a scenario in which the discretion of the judges would represent the decisive factor for resolving the constitutional conflicts that would emerge from time to time.

An emblematic case of the difficulties that can arise due to this ontological diversity in the paradigm of protection when it is considered in the context of Internet, is that offered by the *Yahoo! Licra* case.³¹ This is one of the oldest and most important cases in the field, which originated with the publication of a website that hosted auctions of Nazi relics, hosted by Yahoo! and managed by third parties in the United States. Some anti-discrimination organizations, including LICRA (*Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme*), sued to obtain the black out of the site in France, considering that such activities were expressly prohibited by the French Criminal Code. The case brings to light at least two critical aspects: on the one hand, it marks the latent conflict in the conceptions of freedom of expression in the constitutional paradigms of Europe and the United

³¹ J.R. REIDENBERG, *Yahoo and Democracy on Internet*, in *Jurimetrics*, 42, 2001, 261 ss.

States (not to mention other countries). On the other, it shows that - in the absence of a “common” standard for Internet or of international conventions that establish what level of protection to apply to online speech - the determination is de facto left to the discretion of the courts, that although they certainly have greater “proximity” to the questions raised from time to time, on the other hand they risk concentrating an almost legislative power in their own hands and generating uncertainty on the legal consequences of the conduct that individuals can follow on Internet and in the exercise of freedom of speech.

The case just referenced is one which provides a head-on clash, a probably unresolvable rift between the culture of the United States and that of Europe concerning freedom of expression. On this ground, the divide has been deepened even further as a result of the advent of new information technologies provoked opposite reactions in the interpretation of constitutional guarantees by the courts: a more suspicious attitude by the European courts, that tend to confirm restrictions on free speech necessary to protect other rights; a more favorable and “expansive” view on the part of the Supreme Court of the United States. This divergence of views has been at the center of attention for commentators and activists, whose reflections are generally located in two opposite poles. On the one hand, the recognition of the impossibility of establishing a uniform standard of protection of freedom of expression on Internet, which at times has led to conceiving forms of self-regulation of the web that would suggest the abandonment of the pretension of states to apply their laws on the web. On the other, there is the attempt to develop tools such as Internet Bill of Rights, which despite preserving the unrepeatability peculiarities of each constitution, would raise the debate on the need for *ad hoc* protections for the freedom of expression on Internet to a supranational level, while leading, mostly to soft law instruments, lacking a mandatory character.³² Nonetheless, these proposals, recently embraced by institutional actors as well, find their efficacy diminished by the impossibility to reconcile the different sensitivities that are exercised on some of these rights in Europe and the United States in particular.³³

Beyond the debate just referenced here, which involved many participants, this clash cannot but affect the search for uniform and shared solutions to the common goal among different legislatures in this particular period of history, that is, the prevention and repression of fake news and hate speech.

It must be said that this issue undoubtedly lends itself to some preliminary observations, not only of a juridical nature, that go beyond the area of this discussion, but that certainly must be taken into consideration with respect to the *de jure condendo* perspective on which we intend to concentrate. First of all, there is the issue of identification of the truth, and even before that, of the criteria necessary to define it and to separate the truth from what can be cataloged as fake. The Commission went beyond this operation, exerting its efforts in a different direction from merely defining what is false, and elevating a series of “contextual” characteristics as well in order to define the phenomenon of disinformation. Another central issue regards the opportunity to impose restrictions on content designed to circulate on the web and to introduce mechanisms for limiting that content. Is this a political option, that the lawmaker can embrace, or a choice necessitated by the existence of a hierarchy of interests that demand protection?

In other words, can the European framework rely on constitutional antibodies that allow for reacting to a phenomenon that, despite formally presenting itself under the false name of a form of freedom of expression, in essence actually attacks multiple interests? This is a problem adjacent to, and not coincidentally associated with, that of combatting hate speech, that despite representing a

³² See D. REDEKER-L. GILL-U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 80, 4, 2008, 302.

³³ See O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Verso un Internet bill of rights?*, Aracne, Roma, 2015.

form of expression, perpetually raises questions about the actual connection to the paradigm of freedom of expression. It is also no coincidence that from the perspective of those who deal with academic speculation, the outcomes reached by the examination of the constitutional systems of European countries and the United States with respect to the possibility to intervene on fake news are uniform with respect to the orientation that these states have regarding hate speech.

6. *The Role of Internet Service Providers and the Problem of Collateral Censorship*

It is also important not to neglect an inevitable effect of any hypothetical initiative by the legislature in this direction: the removal of information from the web very likely implies an intervention on search engines or social media sharing platforms, thus involving not only the “fabricators” of fake news, but also those who involuntarily contribute to its dissemination in response to inputs from users. The question of liability of digital platforms, and of social networks in particular, for the spreading of fake news (and also for hate speech) should be kept separate and distinct from that regarding the possible involvement of operators themselves as concerns removing content. Nevertheless, it is also true that we increasingly see, on the one hand, attempts by jurisprudence to enhance the “active” nature of these operators (conceived by current laws as mere passive intermediaries), including based on the possible proceeds deriving from the indirect exploitation of content, in order to attribute them liability in relation to content spread by users; on the other hand, the lawmakers themselves, in some cases, appear to be oriented towards identifying forms of “vicarious liability”, directly sanctioning operators in the case of failure to remove (or to promptly remove) content.

The direct or indirect involvement of Internet Service Providers raises more than one problem, especially (although not exclusively) in North America: every form of vesting intermediaries with responsibility, especially when concerning forms of filtering content, is viewed with particular suspicion, as it can lead to forms of collateral censorship, meaning private censorship, as Balkin has clearly argued.³⁴ This is a danger which the European courts would also like to “shield” Internet operators from. Justices Tsotsoria and Sajò themselves pointed out this danger in a brilliant dissenting opinion in *Delfi*. If, in fact, the assumption on which the functioning of content sharing platforms lies is the absence of direct liability for unlawful acts committed by third parties (for example in relation to the publication of defamatory comments), imposing a selection of content and what is essentially an activity of filtering under the threat of punishment (even if in the form of potential compensation for failure to remove) risks feeding a race to the bottom in the activity of moderation that would imply a tendency to remove due to the fear of incurring liability. In this way, each web operator would become a sort of private censor, likely transforming into a person who exercises editorial responsibility, and element that, on the contrary, generally identifies those who operate as providers of content.

From the perspective of constitutional law, this scenario raises a problem to the extent that it places on private entities, oriented towards business aims, the duty of ensuring the balancing between different interests, which is generally entrusted to jurisdictional authorities. In this situation, a problem arises which is analogous to that caused by the *Google Spain* decision, which concentrated in the hands of search engine operators the power to reconcile the need for personal data protection with the right to freedom of information.

On this issue, the uniquely American sensitivity to free speech appears to be an obstacle to a

³⁴ J.M BALKIN, *Free speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review* (<https://columbialawreview.org/>), 99, 8, 1999, 2295.

structure in which the margin of actual freedom in question depends on the role exercised by private operators. European constitutionalism, on the other hand, seems to provide less resistance: not only because the jurisprudence of the Court of Justice appears to have backed the idea that these subjects exercise balancing functions, but also because different experiences see the corroboration, especially in the field of copyright protection, of “notice and takedown” systems, in which providers occupy a crucial position.

A look at the same problem from a different angle may lead to a partially different interpretation: in the United States, the state action doctrine binds only public actors to respect constitutional guarantees, such as freedom of expression. This means that private operators may in any event, voluntarily, exercise forms of moderation that can also exceed the threshold of the dichotomy between lawful and unlawful content; the moderation of content is actually made available by the non-applicability of the First Amendment.

7. A Marketplace of Ideas 2.0? The Role of the Technological Factor

The lesson of Prof. Costanzo about technological factor is evident when focusing on the challenges of fake news and hate speech online, especially concerning its impact on constitutionalism. European constitutionalism exercises greater tolerance towards the possibility of a state regulatory intervention that can limit freedom of expression. In this case, the question is the extent of that limitation, and ultimately, following the north star represented by the second paragraph of Art. 10 of the Convention, the proportionality of that limitation. Here the impression is strengthened that, in the absence of a strong constraint for public authorities, including ideological terms, the European ground seems more fertile for the implementation of forms of prevention of fake news and hate speech, also in forms that entail active involvement of Internet Service Providers, although some critical aspects are certainly present.

The European Convention on Human Rights and the constitutions of the European states recognize, for example, freedom of information as a qualified part of freedom of speech; and they present that freedom in three different modes: active (freedom to inform, or to spread information), passive (freedom to receive information), and medium (freedom to search for information). None of this is found in the United States system, and it is entirely evident that the existence of explicit or in any event consolidated constitutional coverage for freedom to be informed argues in favor of mechanisms that allow for “filtering” the *mare magnum* of the web from content incapable of providing a contribution to information because it is entirely false or groundless or because it is not qualified or verified. If European constitutionalism considers freedom of expression as functional to the informational needs of the public, and thus indirectly to the formation of public opinion and the functioning of democracy, the recognition of the right to be informed translates into providing for the right to *correct* information. It is precisely this recognition, at times explicit and at times implicit, that allows for finding European constitutionalism to have the antibodies to combat the spread of bad information, starting with fake news.

Even if we disregard the historical background just recalled, there are probably other solid reasons that support the possibility to introduce mechanisms of controlling content published by users in the context of the fight against fake news and hate speech. Very often, in order to shield the web from these hypothetical forms of control, the metaphor of the marketplace of ideas is cited. This concept was developed by Justice Holmes and has its roots in an era that came well before that of Internet and new digital technologies.³⁵ Today this metaphor seems to be given credit even when

³⁵*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

faced with the new technological horizon, as testified by the “expansive” jurisprudence of the Supreme Court, that tends to recognize a scope of application for freedom of expression on Internet that is even vaster than what distinguishes the “world of atoms” as shown in the *Packingham* case.³⁶ Yet the validity of this metaphor, which has long been present in the language of commentators and courts, should probably be reconsidered. As observed elsewhere,³⁷ this metaphor must first of all be reconciled with the conception of freedom of expression in European constitutionalism also offers coverage to the freedom of information and the right to receive information. Since constitutions protect information as a legal good aimed to satisfy a specific aim, thus excluding from its perimeter that which does not represent *correct* information, the metaphor of the free marketplace seems destined to be rejected if it is transplanted into this framework. To the contrary, if the references to freedom of information of citizens were not so clearly engraved in the constitutions and present in the interpretation offered by the courts, this mercantilist vision of the free competition of ideas could also take hold in Europe.

Holmes’s elaboration oozes with the spirit of *laissez faire*, when in the full capitalist era, it was thought that the “open” logic of the market could be extended to the dialectical confrontation of ideas; in 1997, the Supreme Court borrowed Holmes’ interpretation when faced with a radically new medium, that appears to open up a new marketplace of ideas. Yet we must pay attention to a detail: Holmes’s metaphor postulated a free marketplace of ideas, and thus a market of ideas that was *free* and characterized, just like in the field of economics, by an ability to self-correct. Only in the absence of factors conditioning the market could the free competition that arises there perform the function of testing the validity of ideas and opinions. That indeed was the case of Internet at the beginning, when it was not conditioned by dominant, oligopolistic, or even monopolistic positions. In this scenario, the metaphor certainly could have made sense. Today, however, it appears entirely out of context: the market of ideas, on Internet, is anything but “free”, as is well-known to both European and US institutions, that are increasingly focusing attention on digital markets. So, if the field on which fake news and hate speech compete is no longer a free market, applying that same test, which entrusts the identification of consent and marginalization of less authoritative opinions to the spontaneous and free dialectic of competition, is no longer a good idea.

Having said that the metaphor of the marketplace has become unsatisfactory, perhaps even in the United States, other aspects exist that shed light on the advisability of controlling the circulation of fake news. First of all, we need to link the concept of pluralism with the issue of scarcity of resources. The need to regulate pluralism becomes more pressing in markets characterized by scarcity of resources; it is here that those who occupy a dominant or oligopolistic position can influence or distort the functioning of the market. The experience of the Italian radio and television system documents and photographs this relationship precisely. When the character of scarcity of a resource is lost, the scenario changes; thus, the issue of pluralism, today, does not appear to raise the same criticalities as in the past. In the information system, the advent of Internet allows small and large operators to emerge in a market framework that tends to be fragmented and varied. We could thus imagine that the presence of rules aiming to ensure resistance against fake news would no longer make sense in this new ecosystem, in which the metaphor of the marketplace would apparently seem to fit perfectly. Yet even with the advent of Internet the condition of scarcity persists, that no longer regards frequency resources but rather an even more precious resource: the attention of the user. We can no longer depend on a simple abstraction to believe that with the increase of Internet sites the use of information resources by users has also multiplied

³⁶ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

³⁷ O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2017, 23 ss.

automatically. The attention of readers has probably remained the same, such that if European constitutionalism cares about the goal of safeguarding correct information for individuals, lawmakers must not allow themselves to be deceived and believe that the mere superabundance of media is sufficient to fulfill that goal.

This definitely non-negligible element is buttressed by the illuminating reflections of Cass Sunstein, who has theorized the existence of logics of polarization between individuals in access to information, that would lead to a sort of confirmation bias³⁸. This scenario leads to a true radicalization of the dialectical clash rather than to a hypothetical reconciliation. According to Sunstein, in the presence of constant information flows, the user shows a predisposition that tends to confirmation, maintaining loyalty to his or her original opinion group. Statistically, says Sunstein, the change of position after a public debate with information flows is very rare and unlikely. The presence of an element of bias thus represents an immanent factor that is also fueled through the spread of fake news. Sunstein himself documents a process of tendential “resistance” of individuals who adopt a specific position with respect to the demonstration of the groundlessness of certain news items. That factor actually tends to further radicalize the clash.

While Sunstein does not consider this scenario sufficient to entirely remove the doubts about the functioning of the metaphor of the free marketplace of ideas, it is however true that from the viewpoint of European constitutionalism, it raises considerable doubts and leads to the conviction that, especially referring to the scarcity of attention by users and the constitutional need for correct information, an intervention by the public authorities is needed, in whatever form, with the aim of restricting the circulation of fake news.

Even Milton, in his *Aeropagitica*³⁹, lashed out against censure of the press, citing the concept of truth and comparing knowledge to water and the truth to a gushing foundation. What must be avoided, in this paradigm, is whatever can block the free flow of ideas that leads to progress towards truth. For Milton, censure could thus affect that process of approaching the truth by impeding or restricting the emergence of new ideas. According to Milton, the truth prevails in a free and open context of ideas. This is why those ideas cannot be subject to limitations ahead of time that can “compete” in the battle against dogmas. But Milton's experience is emblematic: despite this strenuous opposition, he accepted the role of censor based on the law he had so strongly challenged⁴⁰. This passage marks the connection between trust in the search for truth and the possibility to enforce sanctions when after appropriate investigations, it is possible to distinguish truth from falsehood, denying protection for the latter. Freedom of expression is thus enhanced by a conception based on the notion of truth: free and open flow is the key concept of this paradigm, that has not become a true model of freedom of speech.

³⁸ C.R. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, 2017.

³⁹ J. MILTON, *Areopagitica: A speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England*, London, 1644.

⁴⁰ See S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, The University of Chicago Press, 2001.

ORESTE POLLICINO

**Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech:
The Implication of the Technological Factor**

SUMMARY. 1. The Technological and Constitutional Factor. – 2. European Constitutionalism Put to the Test by Hate Speech and Fake News. – 3. The Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. – 4. The Charter of Fundamental Rights of the European Union. – 5. A New Paradigm for the Internet. – 6. The Role of Internet Service Providers and the Problem of Collateral Censorship. – 7. A Marketplace of Ideas 2.0? The Role of the Technological Factor.

1. The Technological and Constitutional Factor

From the perspective of a constitutional scholar, the issue of combatting the spread of fake news and hate speech touches the essence of the Böckenförde dilemma, according to which «the liberal, secularized state lives by prerequisites which it cannot guarantee itself». The model chosen to protect freedom of expression is one of the distinctive features of the liberal state, which faces a decisive challenge in this area.

For some, the decision to intervene to filter hate speech and fake news from the web evokes the adoption of a series of limitations that restrict freedom of speech within confines that are probably stricter than those codified by the liberal constitutions. So, in order to avoid the spread of hate and lies online, and in the name of the protection of constitutional rights, we could end up indirectly limiting freedom. To return to the dilemma cited above, this is exactly the prerequisite that the liberal state is unable to stably guarantee over time.

These initial observations are sufficient to show that the arguments that have recently appeared in the political debate for the need to introduce legislative tools to combat the spread of fake news and hate speech, and the consequent harmful effects on public opinion, directly touch issues and concepts (democracy and freedom, above all), that are at the heart of constitutional law.

This makes necessary, for whoever intends to join this debate going beyond a merely superficial analysis, to address the constitutional statute of freedom of expression. This is a complex paradigm with that varies in different legal systems, despite the common liberal matrix that characterizes Europe and the United States. Thus, in different contexts, it entails more or less space, and thus a different attitude, towards the circulation of content that does not fulfill a true interest in information.¹

To simplify, we could then outline a dichotomy that with respect to the circulation of ideas and opinions, presents the option of a militant democracy, committed to the strenuous defense of a value system that the exercise of protected constitutional rights actually risks jeopardizing, and the model of a tolerant democracy, where the idea of an ethical state, or in any event of a greater control over the exercise of freedom by individuals, seems to disappear.

These different approaches are increasingly subject to comparison today, in light of the advent of a means of communication, Internet, that has allowed for connecting users and their ideas, opinions, and expressions of thought in various parts of the world. The discussions that involve activists on the web and from non-governmental organizations often evoke the idea of self-regulation on the web (which tends to be recessive, in light of the unquestioned ability of public authorities to interfere with the functioning of Internet) or those of supranational charters of rights. However, this is hard to reconcile with the constitutional pluralism that characterizes some areas,

¹K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review*, 31, 1937, 417 ss.

especially that of freedom of expression. This is not happening by chance. Prof. Costanzo had already foreseen the role of technology for constitutional law. He clearly taught us that the “technological factor” (and its consequences) is interrelated with phenomena which challenges how we traditionally define the notion of sovereignty, territory and exercise of powers². In other words,

²P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Rass. Parlam.*, 2012, 811-853 (v. anche in *Costituzionalismo e globalizzazione*, a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Atti del 27. Convegno annuale, Salerno, 22-24 novembre 2012, Jovene, Napoli, 2014, 43-82). Among the works of Prof. Pasquale Costanzo, see *Contributi al Forum Le Sfide della Democrazia Digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2019/03, 233, 239, 249, 255, 265, 270 e 278; *La “democrazia digitale” (precauzioni per l’uso)*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 71-88; *Internet e giustizia costituzionale* in P. Ivaldi e S. Carrea (curr.), *Lo spazio cibernetico. Rapporti pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera* (Quaderni del corso di Dottorato in Diritto dell'Università di Genova), Genova University Press, 2018, 3-20; *Quando la Corte di Strasburgo in internet continua a navigare a vista*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), [S.l.], v. 31, n. 3, oct. 2017; *L’impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (curr.), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Milano, 2017, 3-18; *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. Passaglia e D. Poletti (curr.), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, UPI, Pisa, 2017, 17-29; *Quale tutela del diritto d’autore in internet? (Osservazioni a margine della sentenza n. 247 del 2015 della corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, 2343-2357; *Internet e libertà d’informazione dentro le mura carcerarie*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2015, 939-956; *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) (FOCUS - Comunicazioni, media e nuove tecnologie N. 4 - 27/02/2015), 1-11; *Corte di giustizia e videosorveglianza multivello*, in *Giurisprudenza italiana* 2015, 29-33; *Note preliminari sullo statuto giuridico della geolocalizzazione (a margine di recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi)*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, 331-344; *Quali garanzie costituzionali per gli interventi rimediali in Rete*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2013, 17-26; *La governance di internet in Italia*, in E. Bertolini, V. Lubello, O. Pollicino (curr.), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma, 2013, 41-58, ed in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, 713-728; *Miti e realtà dell’accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (cur.), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9-26 (e in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2012); *Contributo ad una storia della libertà d’informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.Vv. *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 691-710. 2012); *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, relazione alle III Jornadas internacionales de Derecho Constitucional Brasil/España/Italia, Segovia, 30 settembre e venerdì 1° ottobre, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2011, 19-46, ed in E. Pajares (cur.), *Nuevas dimensiones de la participación política*, Valencia, 2015, 175-209; *I diritti nelle “maglie” della Rete*, in AA.Vv. *Diritto pubblico e diritto privato nelle rete delle nuove tecnologie*, Edizioni Plus, Pisa, 2010, 5-19; *Videosorveglianza e Internet*, in AA.Vv., *Videosorveglianza e Privacy*, Angelo Pontecorboli Editore, Firenze, 23-32); *Una conversazione mondiale continua (recensione al portale <http://www.teutas.it>, in CNEL, *Il diritto governa la tecnica?*, doc. n. 12, Roma, 2009, 46-51, e in *Tecniche normative* 29.IV.2010; *La regolazione della Rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie telecomunicative* (Safer Internet), in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (curr.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*. Joverne, Napoli, 2009, 961-977; con Marina Pietrangelo, *Theory and Reality of the Official Publication of Legal Acts on Internet*, in G. Peruginelli, M. Ragona (eds), *Proceedings of the IX International Conference “Law via the Internet”* (Firenze, 30-31/10/2008), Florence, European Academic Publishing Press, 111-122; *Il blog tra vocazione libertaria della Rete e limiti costituzionali della manifestazione del pensiero*, in *Informatica e Diritto* (numero speciale: *Studi in memoria di Isabella D’Elia Ciampi*), 2008, nn. 1/2, 57-71; *Nomi di dominio della Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) N. 12, 11/06/2008; *La pubblicazione delle leggi approda ufficialmente su internet (osservazioni a margine della legge regionale toscana n 23 del 2007)*, in *Rivista dell’informazione e dell’informatica*, 2007, n. 3, 479-495; *Nuove tecnologie e “forma” dell’amministrazione*, in P. Costanzo, G. De Minico e R. Zaccaria, *I tre “codici” della società dell’informazione*, Atti del convegno di Firenze del 9 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 3-12; con G. De Minico e R. Zaccaria, *I tre “codici” della società dell’informazione*, Atti del convegno di Firenze del 9 giugno 2006, Giappichelli, Torino, VII-415; *La pubblicazione normativa al tempo di internet*, in AA.Vv., *Le fonti del diritto, oggi*, Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso, Edizioni Plus, Pisa, 2006, 203-219; *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti?*, in *Diritto dell’internet*, 2006, 545-549; *The impact of new technologies, fundamental liberties and the Italian legal system: an Overview*, relazione all’International conference “E- Democracy”, Athens, 3-4 June 2005, in S. Flogaitis, U. Karpen e A. Masucci, *E- Government and E-Democracy*, Esperia Publications Ltd, London, 2006, 251-260; *La privacy tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale fissa i paletti*, in *Diritto dell’internet*, 2005, 555-562; *Introduzione* a G. Cassano, *Diritto dell’internet*, Giuffrè, Milano, 2005, XII-XII; *Note minime in tema di tutela dei dati**

technology is also an important vehicle to interpret constitutional and democratic developments in a globalized society.

This work explains how the analysis of the protection of freedom of expression constitutes an indispensable and necessary step to recognize the criticalities linked to every plan that aims to regulate the matters of hate speech and fake news. This approach, which considers the “pre-digital” age and the “digital” age allows the recognition of possible antibodies in different constitutional systems, to engage in a battle that today, thanks to the potential of the web, seems to endanger some cornerstones of constitutional democracies.

2. European Constitutionalism Put to the Test by Hate Speech and Fake News

From the beginning, with the birth of the liberal state and the guarantee of negative liberties, enshrined in basic charters, European constitutionalism has placed the freedom of expressing one's

personali in internet e Privacy Enhancing Technologies, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 289-306; *L'accesso ad internet in cerca d'autore*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 247-251; *Diritto e informatica: questo matrimonio non s'ha da fare!*, in *Forum10 Società dell'informazione, il futuro dei diritti, il diritto del futuro*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>) 06.06.05; *Già avvenuto secondo il Tribunale di Roma lo switch off negli studi legali, ma sono in pochi ad essersene accorti ...*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 149-152; *Da Giovanale a internet: satura tota nostra est*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 27-32; *La comunicazione giuridica alla prova della Rete*, in B. Caravita (cur.), *I percorsi del federalismo*, Milano 2004, 168-183, e in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13 maggio 2004; *Aprire "i confini degli Stati" al messaggio cristiano: il ruolo di Internet nel pensiero di Giovanni Paolo II*, in A. Loiodice e M. Vari (curr.), *Giovanni Paolo II Le vie della giustizia, Omaggio dei giuristi a SS. Giovanni Paolo II in occasione del XXV anno di Pontificato*, Roma-Bari, 2003, e in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2005; *Profili costituzionali di internet*, in E. Tosi (cur.), *Diritto di internet e dell'e-business*, 3° ed., Milano, Giuffrè, tomo I, 53-97; *La democrazia elettronica*, relazione al Convegno di studi in ricordo di Ettore Giannantonio, Roma 6 dicembre 2002, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465-486; *Traccia per uno studio dei profili di diritto pubblico dell'economia nelle nuove tecnologie dell'informazione*, in F. Gabriele, G. Bucci e C.P. Guarini (curr.), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, Cacucci, 2002, 91-115; *L'internet et le droit. Droit européen et comparé de l'internet (réponses à un questionnaire)*, Risposte al questionario-intervista per il Convegno Parigi, 25-26 settembre 2000, in *Annali della Facoltà della Giurisprudenza di Genova*, XXXI, 2001-2002, 343-367; *La protection des droits fondamentaux a l'heure du numérique. La situation italienne*, relazione al Congresso mondiale di diritto comparato, Brisbane, luglio 2002, Milano, 2002, 565-600; *La magistratura sfida Internet. A proposito di un caso francese, ma non solo...*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 208-230; *Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in Internet e pubblicazione a mezzo stampa*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 653-664; *Internet e forme evolutive della libertà di comunicazione in Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, n. 4, 141-150; *Profili costituzionalistici del commercio elettronico*, relazione al Convegno di Camerino, 29-30 ottobre 1999, in V. Rizzo (cur.), *Diritto e tecnologie dell'informazione*, Atti del Convegno di Camerino, 11-12 ottobre 1996, Napoli, Novene, 1998 e in *Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, n. 3, 89-102; *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, Appendice, UTET, Torino, 2000, 347-371; *La circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata (fenomenologia e profili problematici)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, 579-590; *Ascesa (e declino?) di un nuovo operatore telecomunicativo (aspetti giuridici dell'internet service provider)*, in *Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, n. 2, 83-102; *La circulation des informations juridiques informatisées en Italie*, in AA.VV., *L'information juridique: contenu, accessibilité et circulation. Défis politique, juridique, économique et technique*, Actes du colloque des 22-23 octobre 1998, ADIJ, Paris, 1998, 6; *Recensione a I. D'Elia Ciampi, Diritto e nuove tecnologie dell'informazione*, Napoli, ESI, 1998, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 707-710; *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 807-817; *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" su Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 370-378; *Intervento in V. Rizzo (cur.), Diritto e tecnologie dell'informazione*, ESI, Napoli, 1998, Atti del Convegno, Camerino, 10/11 settembre 1996, 107-109. *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Informatica e Diritto*, 1997, n. 2, 1-40, e in R. Zaccaria (cur.), *Le telecomunicazioni*, in G. Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 32 ss. *Aspetti e problemi dell'informatica pubblica*, in *Scritti in onore di Victor Uckmar*, I, Padova, CEDAM, 291-317; *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 831-846; *Aspetti problematici del regime giurispubblicistico di Internet* in *Problemi dell'informazione*, 1996, n. 2, 183-195.

thoughts in a central position, making it one of the cornerstones of every democratic society and the distinctive feature of this model. The centrality of freedom of expression is due not only to the symbolic importance of this freedom, which has risen to be a distinctive trait of all democratic systems, but also its close connection with many of the rights and freedoms given constitutional protection. Conscious political participation, for example, both active and passive, assumes that citizen-voters have a store of knowledge, and at the same time, requires citizen-candidates not to encounter obstacles to the exercise of freedom of speech. But many other freedoms are based on the recognition of freedom of expression in a democratic society: freedom of research, so sadly disrupted in some recent situations (Turkey and Hungary); freedom of association, that assumes a common consociational bond based on shared core values; and religious freedom, a fundamental element of which involves free adherence to visions of the transcendental.

The central position occupied by freedom to express thoughts must not lead to believing that the field of application of this fundamental right cannot be subject to limitations or restrictions due to the need to prevent abuses or to balance its exercise with other rights, which equally deserve constitutional protection.

From the time of its solemn affirmation, found in art. 11 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, freedom of expression has had an intrinsically malleable nature, that can be inferred from its very formulation: «The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man. Every citizen may, accordingly, speak, write, and print with freedom, but shall be responsible for such abuses of this freedom as shall be defined by law».

This characteristic is not an isolated feature but represents the essence of European “DNA” on freedom of expression. This essence was perfectly and fully expressed when the Member States of the Council of Europe adopted a common instrument for the protection of human rights, divided into two levels: on the one hand, the solemn affirmation of freedom; on the other, the statement of a series of limitations that reflect the typical guarantees of the liberal state: the necessary establishment of a legislative foundation; respect for the criteria of proportionality (necessary in a democratic society); the protection of constitutionally relevant interests.

All of the European states model themselves on this paradigm, as by definition they conceive the protection of freedom of expression as a right susceptible to being balanced with others; thus, at times it is malleable, when it becomes necessary to guarantee the protection of other rights. This is true in Italy, for example, where art. 21 of the Constitution establishes the specific limit of public morality (a concept that by its nature and due to a far-sighted choice by the country’s founding fathers is permeable to the evolution of time). Less well-known in Italy are the various provisions of the legal system that incorporate “implicit” limits on the exercise of this freedom, such as those that punish defamation³. What are the specific instruments that European constitutionalism sets out to govern the exercise of the freedom to express thought, and in particular, to combat the spread of fake news and hate speech? There are at least two levels of analysis on which to parameterize the degree of tolerance (or to the contrary, of “intolerance”) that European constitutionalism exhibits in this regard.

3. The Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms

The European Convention on Human Rights (ECHR) expresses two crucial “parameters” to understand the margin of protection of actions that constitute an exercise of freedom of expression.

³ See J.F. FLAUS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal* (<http://ilj.law.indiana.edu/>), 84, 3, 2009, 809 ss.

On the one hand, freedom of expression is protected by art. 10 of the ECHR which presents a paradigm based on a rule-exception relationship. After the solemn affirmation of freedom of speech, the provision then indulges in providing three requirements that every limitation of the freedom in question must respect. More precisely, as anticipated, the limitations must be established by a law, they must be proportionate (necessary in a democratic society) and they must be aimed at reaching one of the objectives expressly set by the same second paragraph of art. 10.

Moving from the analysis of the legislative criterion to the ways in which this criterion operates in jurisprudence, it must be stressed that the activity of interpretation carried out by the European Court in applying art. 10 provides comforting outcomes with respect to the possibility to actually guarantee this freedom⁴. In particular, it must be recognized that the perimeter of protection guaranteed to this right was defined broadly by the Strasbourg Court, which pointed out some important fixed points, starting with the *Handyside* and *Jersild* cases.

In *Handyside*,⁵ a historic decision from 1976, the Court explained that the protection granted in art. 10 is applicable not only to the “information” or the “ideas” that are favorably received by the public or are regarded as inoffensive or as a matter of indifference; the scope of coverage offered by this provision also extends to expressions that offend, shock, or disturb the state or any part of the population. In a subsequent passage, the European Court emphasized that the scope of this area of protection responds to the needs of pluralism, tolerance, and broadmindedness without which it would not be possible to have a democratic society. This decision indeed greatly expanded the borders of freedom of expression, stating that even content that would have difficulty being approved by most members of the public as it is shocking or offensive cannot for that reason only be stripped of the guarantees that accompany freedom of expression. Thus, it is not the level of acceptance or social approval of content that justifies access to the guarantees of freedom of speech. These assertions seem to confirm the assumption that the more varied the panorama of ideas and opinions is, the more the democratic character of a democracy will benefit. However, this assumption must be measured with the variety of features of fake news, that do not have any specific value from an informational point of view, but rather achieve an effect contrary to the aims of freedom of expression, spreading untruthful messages among the public. Thus the question that needs to be posed is if that news entirely lacking social utility, that does not make any contribution to the information of individuals as it is false and tendentious, is equally deserving of circulation as content that, to the contrary, satisfies an interest of information according to the conventional parameter.

In *Jersild*,⁶ one of the first hate speech cases, the Strasbourg Court showed its appreciation for the peculiar context in which offensive expressions are formulated, finding that the contracting state involved (Denmark) had violated art. 10 of the ECHR by convicting a journalist who had interviewed a group of extremist youths, who during the radio broadcast had made offensive and racist statements.

The case law panorama cited above clearly provides indications in favor of an expansive scope of freedom of expression, whose perimeter, according to the European Court's interpretation, seems to also include those expressions that do not offer a significant contribution to the democratic development and formation of public opinion, and that have horrifying and disturbing contents. Nevertheless, the European Court provided some important clarifications in relation to the different cases of negationism in which the limits applied on freedom of speech from time to time have been submitted for its examination. In this direction, the instruments used by the Strasbourg Court were

⁴ C. PINELLI, “Postverità” verità e libertà di manifestazione del pensiero, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu)1,2017, 41 ss.

⁵ ECtHR, *Handyside*, decision 7 December 1976, A No. 5493/72.

⁶ ECtHR, *Jersild*, decision 23 September 1994, A No. 15890/89.

enriched by art. 17 of the Convention, which prevents the abuse of rights, at least in this case adopting a tone reflecting militant democracy.⁷

While the application of art. 10 fits into a logic of balancing freedom of speech with some interests deserving protection (to be carried out by the Strasbourg Court), ensuring that the freedom is compatible with those interests, the use of art. 17 punishes the abuse of a right sanctioned by the Convention as a tool used strictly to destroy other rights or freedoms or to limit them in a more severe manner than as provided for by the Convention.

On this point, the Strasbourg Court has at times invoked art.17 to exclude the possibility of balancing from the start. This happened in the following cases, among others: *Garaudy v. France* (negationism)⁸, *Ivanov v. Russia* (racial hate),⁹ and *Norwood v. United Kingdom* (religious hate).¹⁰ In other cases of hate speech, the Court addressed the possible harm of art. 10: *Perinçek v. Switzerland*,¹¹ *Lehideux and Isorni v. France*,¹² verifying compliance with the criteria established by art. 10.

If we seek to identify some general trend lines, we must first of all note a particular attention by the European Court to the dimension of the public debate and the existence of a general interest (conditions in which we can speak of political speech), that legitimize and justify a greater degree of protection than those manifestations of thought that respond exclusively to the label of commercial speech. The trend shown by the Strasbourg Court fits into the perspective of an expansion of the reading of these criteria and the definition of the contents covered by public debate that respond to a general interest. This reading is also linked to the indication contained in par. 2 of the art. 10 of the ECHR, that subordinates the conventional conformity of any restrictive measures adopted by the contracting states to respect for necessity in a “democratic society”.

Particular attention has also been dedicated to freedom of information, a declination of freedom of speech that, among all freedoms, most intensely corresponds to its essence as the watchdog of the democratic character of the legal system. From this perspective, the Strasbourg Court showed particular sensitivity regarding the impact of any limitations established by the contracting states, focusing on the so-called “chilling effects”, meaning the possible imbalances deriving from the adoption of measures that excessively limit the legitimate exercise of rights protected by constitutions and conventional documents as well. Above all, we should mention the efforts made in the jurisprudence of the Strasbourg Court with respect to the application of disproportionate or excessive penalties to journalists guilty of the crime of libel.¹³ It is important to immediately stress the importance of the reference that art. 10 of the ECHR makes to both the freedom to spread information (“active” conduct), and the freedom to receive it (“passive” conduct). The latter cannot avoid a critical comparison with the unique model of protection in the United States is based exclusively on the citizen's demand to exercise his or her freedom of speech without any state interference (abridgment of speech). In fact, if we protect citizens’ right to receive information, we inevitably imply a reference to the need for non-polluted information that is correctly oriented

⁷ See H. CANNIE-D. VOORHOEF, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29, 1, 2011, 54.

⁸ ECtHR, *Garaudy*, decision 24 June 2003, A No. 65831/01.

⁹ ECtHR, *Ivanov*, decision 15 October 2009, A No. 40450/04.

¹⁰ ECtHR, *Norwood*, decision 16 November 2004, A No. 23131/03.

¹¹ ECtHR, *Perinçek*, decision 15 October 2015, A No. 27510/08.

¹² ECtHR, *Lehideux and Isor*, decision 23 September 1998, A No. 24662/94.

¹³ On this subject, see *ex multis*, also M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2014. *Inter alia*, we note the convictions of Italy in this direction in the cases ECtHR, *Belpietro*, decision 24 September 2013, A No. 43612/10; *Sallusti*, decision of 7 March 2019, A No. 22350/13.

towards a virtuous formation of public opinion, which appears to support a view that identifies a limit to the expansive capacity of the phenomenon of fake news. This is exactly one of the interpretations that allows us to explain the choice made by the European Commission, that in entrusting to a group of experts the development of appropriate initiatives, shifted the focus away from the very ambiguous and difficult-to-delimit concept of fake news¹⁴ to the less slippery concept of “disinformation”, finding in this notion a common nucleus that corresponds to the harm generated by false or tendentious information for the formation of public opinion and the healthy conduct of electoral competitions.¹⁵

With respect to the picture we have described with reference to the protection provided by the Strasbourg Court to freedom of expression and information in the world of atoms, what attitude seems to emerge when the same freedom is exercised in the world of bits? Looking at the decisions in which the European Court was asked to rule on lawsuits linked to presumed violations of freedom of expression on Internet, we note an inclination to remodulate the expansive scope that had characterized the prior case law of the European Court on the application of art. 10 in similar areas. This new definition of the area and scope of freedom of expression on the web seems to be rooted in the assumption that the use of digital technologies presents a greater degree of “danger” with respect to other interests with which the exercise of freedom of speech must be compared.¹⁶ Of course, the “relative” and “malleable” character with respect to operations for balancing the fundamental rights protected by the European Convention on Human Rights is certainly not new, but this character seems to be noticeable in cases that deal with Internet.

Early signs of this “restrictive” reading were present in the *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine* decision of 2011,¹⁷ in which the Court argued «Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press».

Unlike the Supreme Court of the United States, which, in *ACLU v. Reno*,¹⁸ immediately highlighted the potential for a “phenomenal” expansion of the room for the exercise of freedom of thought, in this decision the European Court appeared to be worried above all by the critical aspects of the use of Internet and the risks linked to more significant harm to the other fundamental rights that could clash with the freedom of expression and information. The match is taking place not in the world of atoms, but in that of bits. The difference with the US approach is not insignificant, if we consider that in the decision just cited the Supreme Court had observed «As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any

¹⁴ See the attempts at definition in M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2017, 11.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *A multi-dimensional approach to disinformation, Report of the independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation*, 2018, where the concept of disinformation, expressly referred to that of fake news, includes «all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit».

¹⁶ O. POLLICINO-M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. SAVIN- J. TRZASKOWSKI (eds), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss.

¹⁷ ECtHR, *Editorial Board Pravoye Delo*, decision 5 May 2011, A No. 33014/05.

¹⁸ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

theoretical but unproven benefit of censorship». The two courts seem driven by opposite assumptions: the US court presumes that content regulation and thus control do not lead to greater benefits (i.e. the need to guarantee the “marketplace of ideas”); the European court, which is more distrustful of the new technologies, finds it likely that the medium will generate danger for other rights and thus assumes the need, and the legitimacy, of correctives that can limit the exercise of free speech.

It should then be recalled, as highlighted previously, that the European Court has always pointed to freedom of expression, and in particular freedom of the press, as a sort of litmus test for the level of democracy of a system. It seems that this consolidated orientation in the Strasbourg Court's jurisprudence has also been revisited. First, in *Stoll v. Switzerland*,¹⁹ the Court appeared to endorse the imposition of stricter obligations for journalists when using Internet than in the case of print media: «The safeguard afforded by art. 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism [...]. These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance».

A similar orientation is confirmed in *KU v. Finland*: «Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own *privacy* and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others».²⁰

Naturally, we must not forget that the European Court's decisions are for the most part based on the specific nature of the individual situations that triggered the lawsuits. These elements allow for reducing or in any event correctly weighing the significance of rulings that appear to be radical. This is true, for example, in the case of *Delfi v. Estonia*,²¹ a decision of the Grand Chamber that confirms the trend line described to this point, tending to look more favorably on possible limitations on freedom of expression online. The following quote shall suffice: «Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online». The Court decided that to order the operator of an online information portal to pay a sum - although a small one (320 euros in this case) - as compensation for damages suffered by a person due to some defamatory remarks that remained accessible for approximately six weeks accompanying an article published on the site, does not represent a disproportionate restriction on freedom of expression, due to the need to balance that freedom with the protection to be granted to other personality rights of the defamed person (such as honor and reputation).

It should be said that the same matter would very likely have been judged differently by the Court of Justice. That Court's examination would probably be based on different criteria than those adopted by a judge of fundamental rights such as the Strasbourg Court, concentrating on the issue of potential liability of the operator of the online portal and thus on the application of Directive

¹⁹ ECtHR, *Stoll*, decision 10 December 2007, A No. 69698/01.

²⁰ ECtHR, *KU*, decision 2 December 2008, A No. 2872/02.

²¹ ECtHR, *Delfi AS*, decision 16 June 2015, A No. 64569/09.

2000/31/CE (that governs the releases of liability applicable to suppliers of services for contents published by third parties on their sites). This decision is unquestionably problematic and difficult to reconcile with European Union law. Apart from the need to adopt a perspective which is not misleading (the issue here is whether the imposition of pecuniary compensation, of a small amount, could represent an unjustified violation of Art. 10 of the ECHR, and the non-compatibility of that option with Directive 2000/31/EC), the decision opens up the possibility to attribute to the publisher of a portal liability for unlawful content published by third parties in certain circumstances.

Those indications emerge above all if we compare the scope of the *Delfi* decision with one from a few months later, which saw the Strasbourg Court again take a position on a similar case, but with a different outcome, in *MTE v. Hungary*.²² The case was not substantially different, since the lawsuit was aimed at provoking an examination of the compatibility with Art. 10 of the ECHR of the conviction of the operator of an information portal due to defamatory comments entered by third parties through the use of pseudonyms, below a news item published in the newspaper. As stated, the Strasbourg Court reached an opposite decision, since it found a violation of art. 10, thus deviating from the precedent in *Delfi*. According to the Court, the two cases are different due to the nature of the offensive comments and their different negative value. In *Delfi*, the contents entered by third parties was particularly offensive, to the point of representing a form of “hate speech”, being characterized by a tone which incited violence and racial hate. That character, which to the Court seemed to heighten the attraction for users, is not found in the *MTE* case, and it is precisely the absence of this attribute of manifest illegality that justifies a different attitude towards the Internet Service Provider. The Strasbourg Court thus revised its orientation. Moreover, in this case there was no issue of a delay in removing the comments as had taken place in *Delfi* (this time the content was removed promptly); rather, the question was the liability of the operator of the platform for offensive comments published by third parties. In this sense, we seem to see an attempt by the Court to come closer to European Law than in the *Delfi* case, and to the principles of liability for Internet Service Providers.

This attitude by the Strasbourg Court, without going too far or translating into consent for any tendency towards censure, is not aimed at diminishing the importance of Internet as a means of information, and the resulting need to ensure that the public has free access to various sources through the web. This is demonstrated by *Cengiz v. Turkey*,²³ in which the European Court expressly recognized the value of YouTube as a medium for receiving and spreading information and ideas, which furthermore are not always available through traditional media, thanks to the contribution of so-called participatory journalism, which is driven precisely by the availability of new technologies. In that decision, the Court found the generalized blocking of access to YouTube by the national authorities to be contrary to the Convention. According to the Court: «YouTube was a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and there were no equivalents that could replace it».

Previously, Turkey had already been convicted in the *Ahmet Yildirim* case for violation of art. 10 of the ECHR due to having blacked out all of the sites hosted by the Google platform, ordered in an entirely disproportionate way in the context of a criminal proceeding for the prosecution of some crimes of opinion committed on the web.²⁴ The measure, which was generalized and not intended to affect only the individual sites involved, was considered to lack the character of proportionality, having made inaccessible many Internet sites that were completely uninvolved in the matter and

²² ECtHR, *MTE*, decision 2 May 2016, A No 22947/13.

²³ ECtHR, *Cengiz*, decision 1 March 2016, A Nos. 48226/10 and 14027/11.

²⁴ ECtHR, *Yildirim*, decision 18 December 2012, A No. 3111/10.

that contributed to satisfying the needs of the public in the exercise of their right to search for and receive information.

4. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*

In European Union law, the relevant provision is the parameter set in art. 11 of the Charter of Fundamental Rights, that now represents a reference on a constitutional level, with the same weight as the treaties, and is binding for all of the secondary legislation that the European Institutions may adopt (i.e. regulations, directives and decisions). There is more: the presence of a document protecting fundamental rights, which has been binding since the day of entry into force of the Lisbon Treaty, strongly characterizes the identity of Europe, allowing it to take at least a partial step forward that had remained incomplete due to the failure of the project for a constitutional treaty. This involved adopting a charter of rights, which in addition to being binding on the activity of the legislature, allows the Court of Justice to review the legal acts of the Union that existed before the Charter, to verify their compatibility with the fundamental rights.²⁵ It must be said that the innovative contribution of the Charter will probably be limited to the formal sphere, since on the merits, the legal situations that are currently protected by the Charter already received protection in the construction of the European Community first, and then the Union, through the filter of the general principles and constitutional traditions of the Member States. It is certain, however, that the choice to codify a true “bill of rights” cannot but have systemic implications.

The European Union suffers from the limit of its genesis being linked to economics more than the protection of fundamental rights, unlike the system of the European Convention on Human Rights. Therefore, the area of fundamental rights has for a long time represented an exception that the Court of Justice could recognize with respect to the unmolested exercise of the economic freedoms proclaimed by the treaties. From time to time, the Court could be called on to decide whether the limitations on those freedoms established by the Member States in the name of the protection of fundamental rights were justified or not.

As a consequence, the decisions of the Court of Justice that deal more directly with the protection of freedom of expression are very rare, while the recent decisions that involve balancing this right with other rights of an economic origin are more frequent, such as copyrights and data protection. One case, among others, that is symptomatic of this attitude on the part of the judges in Luxembourg is *Omega*,²⁶ in which the Court of Justice was asked to rule on the compatibility with EU law of a measure by which in Germany, the practice of certain games, which constituted economic activity, was prohibited in the name of the protection of human dignity. Those games implied acts of simulated homicide and violence, such as to threaten public safety and order. According to the Court of Justice, an economic activity can be prohibited in accordance with European Union law when the aims of the measure correspond to the protection of public safety. Here we see the room for protection reserved to fundamental rights (in this case, the right is at the top of the system, i.e. human dignity).

Faced with the evolution of digital, some important rulings have come that regard the relationship between freedom of expression and other rights, in particular personal data protection and copyright rights. It is important to acknowledge these decisions, more for their specific contribution “on the merits” (which is in fact limited, given that no specific decisions are directed at

²⁵ See O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 31 December 2013.

²⁶ ECJ, *Omega*, decision 14 October 2004, case C-36/02.

the issue of preventing fake news) than for the “method”, i.e. for the conceptual and procedural tools that the Court has developed in considering the possible restrictions of freedom of expression on the web. This is an important step, because any national laws against disinformation and hate speech would ultimately have to deal with this sensitivity, if the “hard law” path were chosen.

The panorama of case law relating to balancing freedom of expression with the right to personal data protection and copyrights provides a “parametric” indication of the staying power of the paradigm of freedom of expression in the face of the spread of digital technologies.

First of all, it is useful to understand the relationship with personal data protection. The *Lindqvist* judgment of 2003 represents the first time that the Court of Justice had to deal with the new technological scenario.²⁷ The matter had begun with the publication by a Swedish citizen of an Internet site in which she had indicated the particulars of some parishioners and some details on their private and family lives, without their consent. These activities led to her conviction in the first instance, representing an unlawful processing of data. The Court of Justice was thus asked to specify if the limits set by the personal data protection directive were incompatible with the protection of freedom of expression, with which the *privacy* of individuals must be balanced. Despite remanding the evaluation on the point to the national court based on its internal regulations, the Court of Justice excluded the possibility that Directive 95/46 establishes restrictions incompatible with freedom of expression.

The ruling that more clearly indicates the search for a presumed equilibrium between freedom of expression and protection of personal data dates to 2014, when the Court of Justice pronounced the *Google Spain* decision.²⁸ The parties to the original dispute, held before the Spanish Data Protection Authority (“AEPD”), were Mr. Costeja González and Google. The former requested that the search engine cancel some links to the web pages of a publication, *La Vanguardia*, that contained details of a legal proceeding against him years earlier. The latter objected that such an intervention was not possible for a search engine, and that the request should be addressed to the party managing the source site.

The Court of Justice stated that EU law offers a secure foundation for the right to de-indexation of personal data and also specified that search engines operators are responsible for conducting an assessment regarding the presence of the conditions for the exercise of that right and the compatibility with freedom of information.

The Court of Justice reached this conclusion by following a varied path with multiple steps, whose outcome is the recognized possibility to apply to search engines the same obligations established for those who process personal data “on their own account” (as “controllers”, such as a journalistic publication, for example). This includes deleting personal information (in the specific case this meant news reported by third-party sites) when that information is no longer exact, up-to-date, pertinent, or relevant. The decision thus assigns the search engine operator the duty to decide, on a case-by-case basis, if the information deserves to stay on the web or is destined for “erasure” (in reality, more than being erased, we should speak of “de-indexation”, given that the information is removed only from search results, without affecting the possibility to find it on the web through direct access to the hosting site). In truth, without mentioning other critical aspects, the decision proposes a genetically asymmetric balance between the right to be informed and the protection of *privacy*, since the rule is the prevalence of the second over the first, and the contrary is allowed only in exceptional situations. Confirmation of that asymmetry is found in the disparity, in the Court's reasoning, between the many references to arts. 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights, dedicated to the protection of *privacy* and personal data, and the absence of any reference to art.

²⁷ ECJ, *Lindqvist*, decision 6 November 2003, case C-101/01.

²⁸ ECJ, *Google Spain*, decision 13 May 2014, case C-131/12.

11 of that same Charter, which as we have said repeatedly, deals with the protection of freedom of expression. This is a purely aesthetic point, but not insignificant.

The rulings just recalled seem to describe a paradigm in which freedom of expression on the web is often “malleable” with respect to the protection of other competing interests. That approach also does not seem to be immune from the characterization that is found in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, where it is clearly stated that demanding this freedom in a new technological environment leads to the multiplication of possible cases of danger, and thus a conflict with respect to other rights. It is therefore a “malleable” freedom because in the world of bits, it constitutes a more dangerous weapon than what it would in the world of atoms.

The second level of analysis is centered on balancing freedom of expression with copyright rights. There are in fact various rulings of the Court of Justice that have dealt with this difficult path, that is hard to travel in light of the multiple tensions that digitalization has produced in making protected works available for free to users.

Two decisions, triggered by the same events, must be recalled above all: in *Sabam* and *Netlog*,²⁹ the Court of Justice criticized the measure by the authorities of Belgium that had required the suppliers of Internet services to adopt a filtering system at their own expense to determine the presence of content spread illegally and to block its sharing. The methods by which that mechanism was structured were such as to represent an activity of surveillance by the operators, which is prohibited by European Law (art. 15 of Directive 2000/31/EC). In addition, the characteristics of this filtering system led to an unjustified primacy of copyright rights over other fundamental rights in question, including the freedom of economic initiative (of operators), the protection of personal data (of users), and the freedom of expression. Yet it should be specified that in the decisions in question the Court of Justice was not entirely contrary to the application of screening or filtering systems, finding that those mechanisms must however respect an equilibrium between the fundamental rights in play, according to an approach consistent with the principle of proportionality. Moreover, looking at the document on which the Court of Justice based its scrutiny of the respect of the rights (the Charter of Fundamental Rights) we see that the document does not incorporate an axiological hierarchy, but positions the rights listed there based on at least apparently equal logic. This is an important point, because the freedom of expression, despite being the cornerstone value of the democratic system, finds itself being balanced with various other interests that are relevant from time to time.

If we look carefully, in the case of fake news, only in certain cases do we see a conflict with the other rights protected by the legal system. Rather, we must ask whether groundless and unproven assertions can be classified as part of the realm of the exercise of freedom of expression, i.e. if they benefit from “constitutional” coverage or not; or, if we wish to reverse the perspective, if the right of the public to receive information assumes an information diet that is “filtered” of fake news.

A joint consideration of the attitude of the Strasbourg Court and the Court of Justice seems to show that freedom of expression can certainly run into limits, and thus that its extension is not boundless. The crucial problem, however, regards the definition of this perimeter. Although it does not reach the point of embracing the space for protection recognized by the First Amendment to the United States Constitution, that is truly broad in both textual terms and in the interpretation given by the Supreme Court, the European conception incorporated in the conventional documents and developed by case law is also inspired by liberal origins. Specifically, in the European Convention on Human Rights, the border is marked by those restrictions that pass the test of “necessity in a democratic society” for the pursuit of specific purposes, that include multiple, very different objectives, that affect both the position of individuals (the protection of reputation) and general

²⁹ ECJ, *Scarlet*, 24 November 2011, case C-70/10; *Netlog*, 16 February 2012, case C-360/10.

interests of the collectivity (the protection of national security). Certainly, in the European context, the threshold at which possible limitations can be triggered is much lower, as legitimate restrictions on freedom of expression can be imposed without necessarily facing “clear and present danger”.

Perhaps the litmus test that indicates the “internal” margin of tolerance of freedom of expression derives from the consideration of the jurisprudence that has developed on hate speech. Nevertheless, a fundamental qualifier is needed: apart from situations in which there are points of contact and identification between the two categories, fake news and hate speech present characteristics that tend to be different.

It is definitely possible for the intrinsic negative value of some obviously groundless news to imbue that content with the same character of hate speech; what is the dissemination of the so-called “Auschwitz lie”, like any negationist theory, if not a gigantic case of fake news? Yet not all fake news can rise to the level of hate speech, which derives from the different nature that the many-sided category of fake news can take on.

Aiming to conclude this initial photograph of the European panorama, it must be said that however much the Member States of the European Union, that are bound to observe the European Convention on Human Rights, have a constitutional tradition that tends to be homogenous with respect to protection of freedom of expression, specific legislation on such content is lacking, except for limited exceptions that regard particular sectors, such as that of audiovisual media services (where in any case, EU law does not address the merits of the qualification of the contents and balancing choices that remain under the discretion of the Member States). Only Decision 2008/913/JHA deserves to be pointed out, since it was the first measure focused on combatting some forms and expressions of racism and xenophobia through criminal law, whose implementation by the relevant Member States has in any event been differentiated, and not always consistent.³⁰ Nor do the competences attributed to the European Union by the Member States seem to promise the adoption of measures that could directly affect the subject of fake news.

Whatever initiatives are eventually adopted in the future by the Member States or by the European Union itself (that is waiting to verify the medium-term impact of the Code of practice against disinformation, which incorporated the work of the High-Level Expert Group), the principal actors in the spreading of fake news on the web, i.e. the operators of social media platforms and search engines, will certainly be at the center of the fight against disinformation. The proposals made, among which we must mention the German law approved in June 2017, indicate the attention for the role of Internet Service Providers. Even though this is a crucial hub for the functioning of the information ecosystem on the web, it is important not to forget the need to avoid the tendency to attribute too much responsibility, as that would transform, and ultimately distort, the role of platforms and the legal rules applicable to them, deviating from the understandable and justified spirit of defending people's rights. Otherwise, the choices made by the single Member States could run the risk of distorting the very reasoning underlining, for example, the rules for Internet Service Providers, contained in Directive 2000/31/EC and based on the goal of not preventively vesting the platforms with responsibility for content and illegal activities of users, but actively involving them in the subsequent process of removal. Moreover, in this scenario, we must not forget the initiatives increasingly moving towards co-regulation, in which the operators of online platforms are playing a leading role. The reform of the Audiovisual Media Service Directive (AVMSD) seems to go in that direction. As the result of the changes made by Directive 2018/1808, the Directive expressly governs the role of video sharing platforms in relation to particular categories of harmful content (including some types of hate speech); a similar attitude can also be seen in the recent Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market (Directive 2019/790).

³⁰ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, Padova, 2010.

We also must not forget that, the forms of self-regulation that have taken hold to date at the European level seem to tend to similar results; a leading example is the pre-existing code of conduct on hate speech already adopted by Facebook, Microsoft, Twitter, and YouTube in summer del 2016.

5. *A new paradigm for the Internet?*

Given this overview of the constitutional paradigm regarding the protection of the freedom of expression in Europe, we must ask if there is a margin to argue that “something has changed”, especially in the courts' approach to Internet, understood as the vehicle for the spread of ideas, thoughts, and opinions. This will allow us to verify what options can be pursued, on the level of positive law, in the field of combatting disinformation. It is known that the path chosen by the European Commission is that of self-regulation, which has led to the adoption of a code of conduct that some stakeholders have joined. This is a first step that however has not marked a point of arrival, since on the one hand, the European institutions themselves have promised to verify the effects of this initial form of cooperation, without excluding the possibility of “raising the bar” with different types of interventions. On the other hand, there has been discussion of initiatives that, whether through soft law or hard law, aim to introduce different types of remedies.

This is not a secondary issue, since the coordinates that in the real world allowed us to decipher the sovereignty of states are now strongly called into question, faced with the eruption of a technology which breaks down regulatory fences and crosses borders, at times thwarting the attempts of each state to impose laws reflecting their own peculiar sensitivities. The protection of freedom of expression represents one of the most important and emblematic battlegrounds between Europe and the United States. The respective paradigms imply different levels of constitutional protection. Yet the web exposes these different sensitivities to more frequent and likely clashes; such an intersection was certainly not impossible in the past (think of the circulation of a periodical in a state other than where it is published, or the relative ability to affect another person's reputation outside of a specific jurisdiction), but simply less frequent and simple. For example, the web allows a user located in the United States to publish content that, despite not exceeding the perimeter of protection guaranteed by the state of origin, could nevertheless be found offensive and illegal in the system of another state, such as one in Europe, in which the same content becomes visible. The rise of “forum-shopping” is no coincidence, i.e. the possibility to publish certain contents in the country where the legal system guarantees the broadest protections. Internet risks fueling a short circuit in which it would be impossible to decipher the standard of protection applicable to various phenomena that materialize on the web, creating a scenario in which the discretion of the judges would represent the decisive factor for resolving the constitutional conflicts that would emerge from time to time.

An emblematic case of the difficulties that can arise due to this ontological diversity in the paradigm of protection when it is considered in the context of Internet, is that offered by the *Yahoo! Licra* case.³¹ This is one of the oldest and most important cases in the field, which originated with the publication of a website that hosted auctions of Nazi relics, hosted by Yahoo! and managed by third parties in the United States. Some anti-discrimination organizations, including LICRA (*Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme*), sued to obtain the black out of the site in France, considering that such activities were expressly prohibited by the French Criminal Code. The case brings to light at least two critical aspects: on the one hand, it marks the latent conflict in the conceptions of freedom of expression in the constitutional paradigms of Europe and the United

³¹ J.R. REIDENBERG, *Yahoo and Democracy on Internet*, in *Jurimetrics*, 42, 2001, 261 ss.

States (not to mention other countries). On the other, it shows that - in the absence of a “common” standard for Internet or of international conventions that establish what level of protection to apply to online speech - the determination is de facto left to the discretion of the courts, that although they certainly have greater “proximity” to the questions raised from time to time, on the other hand they risk concentrating an almost legislative power in their own hands and generating uncertainty on the legal consequences of the conduct that individuals can follow on Internet and in the exercise of freedom of speech.

The case just referenced is one which provides a head-on clash, a probably unresolvable rift between the culture of the United States and that of Europe concerning freedom of expression. On this ground, the divide has been deepened even further as a result of the advent of new information technologies provoked opposite reactions in the interpretation of constitutional guarantees by the courts: a more suspicious attitude by the European courts, that tend to confirm restrictions on free speech necessary to protect other rights; a more favorable and “expansive” view on the part of the Supreme Court of the United States. This divergence of views has been at the center of attention for commentators and activists, whose reflections are generally located in two opposite poles. On the one hand, the recognition of the impossibility of establishing a uniform standard of protection of freedom of expression on Internet, which at times has led to conceiving forms of self-regulation of the web that would suggest the abandonment of the pretension of states to apply their laws on the web. On the other, there is the attempt to develop tools such as Internet Bill of Rights, which despite preserving the unrepeatable peculiarities of each constitution, would raise the debate on the need for *ad hoc* protections for the freedom of expression on Internet to a supranational level, while leading, mostly to soft law instruments, lacking a mandatory character.³² Nonetheless, these proposals, recently embraced by institutional actors as well, find their efficacy diminished by the impossibility to reconcile the different sensitivities that are exercised on some of these rights in Europe and the United States in particular.³³

Beyond the debate just referenced here, which involved many participants, this clash cannot but affect the search for uniform and shared solutions to the common goal among different legislatures in this particular period of history, that is, the prevention and repression of fake news and hate speech.

It must be said that this issue undoubtedly lends itself to some preliminary observations, not only of a juridical nature, that go beyond the area of this discussion, but that certainly must be taken into consideration with respect to the *de jure condendo* perspective on which we intend to concentrate. First of all, there is the issue of identification of the truth, and even before that, of the criteria necessary to define it and to separate the truth from what can be cataloged as fake. The Commission went beyond this operation, exerting its efforts in a different direction from merely defining what is false, and elevating a series of “contextual” characteristics as well in order to define the phenomenon of disinformation. Another central issue regards the opportunity to impose restrictions on content designed to circulate on the web and to introduce mechanisms for limiting that content. Is this a political option, that the lawmaker can embrace, or a choice necessitated by the existence of a hierarchy of interests that demand protection?

In other words, can the European framework rely on constitutional antibodies that allow for reacting to a phenomenon that, despite formally presenting itself under the false name of a form of freedom of expression, in essence actually attacks multiple interests? This is a problem adjacent to, and not coincidentally associated with, that of combatting hate speech, that despite representing a

³² See D. REDEKER-L. GILL-U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 80, 4, 2008, 302.

³³ See O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Verso un Internet bill of rights?*, Aracne, Roma, 2015.

form of expression, perpetually raises questions about the actual connection to the paradigm of freedom of expression. It is also no coincidence that from the perspective of those who deal with academic speculation, the outcomes reached by the examination of the constitutional systems of European countries and the United States with respect to the possibility to intervene on fake news are uniform with respect to the orientation that these states have regarding hate speech.

6. *The Role of Internet Service Providers and the Problem of Collateral Censorship*

It is also important not to neglect an inevitable effect of any hypothetical initiative by the legislature in this direction: the removal of information from the web very likely implies an intervention on search engines or social media sharing platforms, thus involving not only the “fabricators” of fake news, but also those who involuntarily contribute to its dissemination in response to inputs from users. The question of liability of digital platforms, and of social networks in particular, for the spreading of fake news (and also for hate speech) should be kept separate and distinct from that regarding the possible involvement of operators themselves as concerns removing content. Nevertheless, it is also true that we increasingly see, on the one hand, attempts by jurisprudence to enhance the “active” nature of these operators (conceived by current laws as mere passive intermediaries), including based on the possible proceeds deriving from the indirect exploitation of content, in order to attribute them liability in relation to content spread by users; on the other hand, the lawmakers themselves, in some cases, appear to be oriented towards identifying forms of “vicarious liability”, directly sanctioning operators in the case of failure to remove (or to promptly remove) content.

The direct or indirect involvement of Internet Service Providers raises more than one problem, especially (although not exclusively) in North America: every form of vesting intermediaries with responsibility, especially when concerning forms of filtering content, is viewed with particular suspicion, as it can lead to forms of collateral censorship, meaning private censorship, as Balkin has clearly argued.³⁴ This is a danger which the European courts would also like to “shield” Internet operators from. Justices Tsotsoria and Sajò themselves pointed out this danger in a brilliant dissenting opinion in *Delfi*. If, in fact, the assumption on which the functioning of content sharing platforms lies is the absence of direct liability for unlawful acts committed by third parties (for example in relation to the publication of defamatory comments), imposing a selection of content and what is essentially an activity of filtering under the threat of punishment (even if in the form of potential compensation for failure to remove) risks feeding a race to the bottom in the activity of moderation that would imply a tendency to remove due to the fear of incurring liability. In this way, each web operator would become a sort of private censor, likely transforming into a person who exercises editorial responsibility, and element that, on the contrary, generally identifies those who operate as providers of content.

From the perspective of constitutional law, this scenario raises a problem to the extent that it places on private entities, oriented towards business aims, the duty of ensuring the balancing between different interests, which is generally entrusted to jurisdictional authorities. In this situation, a problem arises which is analogous to that caused by the *Google Spain* decision, which concentrated in the hands of search engine operators the power to reconcile the need for personal data protection with the right to freedom of information.

On this issue, the uniquely American sensitivity to free speech appears to be an obstacle to a

³⁴ J.M BALKIN, *Free speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review* (<https://columbialawreview.org/>), 99, 8, 1999, 2295.

structure in which the margin of actual freedom in question depends on the role exercised by private operators. European constitutionalism, on the other hand, seems to provide less resistance: not only because the jurisprudence of the Court of Justice appears to have backed the idea that these subjects exercise balancing functions, but also because different experiences see the corroboration, especially in the field of copyright protection, of “notice and takedown” systems, in which providers occupy a crucial position.

A look at the same problem from a different angle may lead to a partially different interpretation: in the United States, the state action doctrine binds only public actors to respect constitutional guarantees, such as freedom of expression. This means that private operators may in any event, voluntarily, exercise forms of moderation that can also exceed the threshold of the dichotomy between lawful and unlawful content; the moderation of content is actually made available by the non-applicability of the First Amendment.

7. A Marketplace of Ideas 2.0? The Role of the Technological Factor

The lesson of Prof. Costanzo about technological factor is evident when focusing on the challenges of fake news and hate speech online, especially concerning its impact on constitutionalism. European constitutionalism exercises greater tolerance towards the possibility of a state regulatory intervention that can limit freedom of expression. In this case, the question is the extent of that limitation, and ultimately, following the north star represented by the second paragraph of Art. 10 of the Convention, the proportionality of that limitation. Here the impression is strengthened that, in the absence of a strong constraint for public authorities, including ideological terms, the European ground seems more fertile for the implementation of forms of prevention of fake news and hate speech, also in forms that entail active involvement of Internet Service Providers, although some critical aspects are certainly present.

The European Convention on Human Rights and the constitutions of the European states recognize, for example, freedom of information as a qualified part of freedom of speech; and they present that freedom in three different modes: active (freedom to inform, or to spread information), passive (freedom to receive information), and medium (freedom to search for information). None of this is found in the United States system, and it is entirely evident that the existence of explicit or in any event consolidated constitutional coverage for freedom to be informed argues in favor of mechanisms that allow for “filtering” the *mare magnum* of the web from content incapable of providing a contribution to information because it is entirely false or groundless or because it is not qualified or verified. If European constitutionalism considers freedom of expression as functional to the informational needs of the public, and thus indirectly to the formation of public opinion and the functioning of democracy, the recognition of the right to be informed translates into providing for the right to *correct* information. It is precisely this recognition, at times explicit and at times implicit, that allows for finding European constitutionalism to have the antibodies to combat the spread of bad information, starting with fake news.

Even if we disregard the historical background just recalled, there are probably other solid reasons that support the possibility to introduce mechanisms of controlling content published by users in the context of the fight against fake news and hate speech. Very often, in order to shield the web from these hypothetical forms of control, the metaphor of the marketplace of ideas is cited. This concept was developed by Justice Holmes and has its roots in an era that came well before that of Internet and new digital technologies.³⁵ Today this metaphor seems to be given credit even when

³⁵*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

faced with the new technological horizon, as testified by the “expansive” jurisprudence of the Supreme Court, that tends to recognize a scope of application for freedom of expression on Internet that is even vaster than what distinguishes the “world of atoms” as shown in the *Packingham* case.³⁶ Yet the validity of this metaphor, which has long been present in the language of commentators and courts, should probably be reconsidered. As observed elsewhere,³⁷ this metaphor must first of all be reconciled with the conception of freedom of expression in European constitutionalism also offers coverage to the freedom of information and the right to receive information. Since constitutions protect information as a legal good aimed to satisfy a specific aim, thus excluding from its perimeter that which does not represent *correct* information, the metaphor of the free marketplace seems destined to be rejected if it is transplanted into this framework. To the contrary, if the references to freedom of information of citizens were not so clearly engraved in the constitutions and present in the interpretation offered by the courts, this mercantilist vision of the free competition of ideas could also take hold in Europe.

Holmes’s elaboration oozes with the spirit of *laissez faire*, when in the full capitalist era, it was thought that the “open” logic of the market could be extended to the dialectical confrontation of ideas; in 1997, the Supreme Court borrowed Holmes’ interpretation when faced with a radically new medium, that appears to open up a new marketplace of ideas. Yet we must pay attention to a detail: Holmes’s metaphor postulated a free marketplace of ideas, and thus a market of ideas that was *free* and characterized, just like in the field of economics, by an ability to self-correct. Only in the absence of factors conditioning the market could the free competition that arises there perform the function of testing the validity of ideas and opinions. That indeed was the case of Internet at the beginning, when it was not conditioned by dominant, oligopolistic, or even monopolistic positions. In this scenario, the metaphor certainly could have made sense. Today, however, it appears entirely out of context: the market of ideas, on Internet, is anything but “free”, as is well-known to both European and US institutions, that are increasingly focusing attention on digital markets. So, if the field on which fake news and hate speech compete is no longer a free market, applying that same test, which entrusts the identification of consent and marginalization of less authoritative opinions to the spontaneous and free dialectic of competition, is no longer a good idea.

Having said that the metaphor of the marketplace has become unsatisfactory, perhaps even in the United States, other aspects exist that shed light on the advisability of controlling the circulation of fake news. First of all, we need to link the concept of pluralism with the issue of scarcity of resources. The need to regulate pluralism becomes more pressing in markets characterized by scarcity of resources; it is here that those who occupy a dominant or oligopolistic position can influence or distort the functioning of the market. The experience of the Italian radio and television system documents and photographs this relationship precisely. When the character of scarcity of a resource is lost, the scenario changes; thus, the issue of pluralism, today, does not appear to raise the same criticalities as in the past. In the information system, the advent of Internet allows small and large operators to emerge in a market framework that tends to be fragmented and varied. We could thus imagine that the presence of rules aiming to ensure resistance against fake news would no longer make sense in this new ecosystem, in which the metaphor of the marketplace would apparently seem to fit perfectly. Yet even with the advent of Internet the condition of scarcity persists, that no longer regards frequency resources but rather an even more precious resource: the attention of the user. We can no longer depend on a simple abstraction to believe that with the increase of Internet sites the use of information resources by users has also multiplied

³⁶*Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

³⁷ O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2017, 23 ss.

automatically. The attention of readers has probably remained the same, such that if European constitutionalism cares about the goal of safeguarding correct information for individuals, lawmakers must not allow themselves to be deceived and believe that the mere superabundance of media is sufficient to fulfill that goal.

This definitely non-negligible element is buttressed by the illuminating reflections of Cass Sunstein, who has theorized the existence of logics of polarization between individuals in access to information, that would lead to a sort of confirmation bias³⁸. This scenario leads to a true radicalization of the dialectical clash rather than to a hypothetical reconciliation. According to Sunstein, in the presence of constant information flows, the user shows a predisposition that tends to confirmation, maintaining loyalty to his or her original opinion group. Statistically, says Sunstein, the change of position after a public debate with information flows is very rare and unlikely. The presence of an element of bias thus represents an immanent factor that is also fueled through the spread of fake news. Sunstein himself documents a process of tendential “resistance” of individuals who adopt a specific position with respect to the demonstration of the groundlessness of certain news items. That factor actually tends to further radicalize the clash.

While Sunstein does not consider this scenario sufficient to entirely remove the doubts about the functioning of the metaphor of the free marketplace of ideas, it is however true that from the viewpoint of European constitutionalism, it raises considerable doubts and leads to the conviction that, especially referring to the scarcity of attention by users and the constitutional need for correct information, an intervention by the public authorities is needed, in whatever form, with the aim of restricting the circulation of fake news.

Even Milton, in his *Aeropagitica*³⁹, lashed out against censure of the press, citing the concept of truth and comparing knowledge to water and the truth to a gushing foundation. What must be avoided, in this paradigm, is whatever can block the free flow of ideas that leads to progress towards truth. For Milton, censure could thus affect that process of approaching the truth by impeding or restricting the emergence of new ideas. According to Milton, the truth prevails in a free and open context of ideas. This is why those ideas cannot be subject to limitations ahead of time that can “compete” in the battle against dogmas. But Milton's experience is emblematic: despite this strenuous opposition, he accepted the role of censor based on the law he had so strongly challenged⁴⁰. This passage marks the connection between trust in the search for truth and the possibility to enforce sanctions when after appropriate investigations, it is possible to distinguish truth from falsehood, denying protection for the latter. Freedom of expression is thus enhanced by a conception based on the notion of truth: free and open flow is the key concept of this paradigm, that has not become a true model of freedom of speech.

³⁸ C.R. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, 2017.

³⁹ J. MILTON, *Areopagitica: A speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England*, London, 1644.

⁴⁰ See S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, The University of Chicago Press, 2001.

El discurso del odio: entre la trivialización y la hiper-penalización

ÍNDICE: 1. Enmarcando el problema. – 2. ¿Pero el odio es en verdad un delito? La respuesta hiper-penalizadora y sus fundamentos. – 3. La postura del juez europeo: entre lo apodíctico y lo ponderado. – 4. Y la del Tribunal Constitucional español: ¿el odio trivializado? – 5. Conclusión: el discurso del odio y las paradojas y contradicciones de un concepto inasible. – 6. Bibliografía sucinta.

1. Enmarcando el problema

El discurso del odio ha acabado por convertirse en un impreciso rótulo que evoca, en torno a su significado, un buen número de problemas políticos y jurídicos característicos de sociedades plurales, comprometidas con los derechos fundamentales, y atravesadas por contradicciones y paradojas que desafían su *ethos* constitutivo. Se trata de una denominación aplicada a ciertas locuciones y comportamientos expresivos que raras veces alcanzan con propiedad las cualidades intrínsecas (en términos de razonamiento y trabazón argumentativa) con las que solemos reconocer un discurso. Así que lo primero que resulta radicalmente objetable es el uso de una etiqueta que intenta aglutinar un conjunto de expresiones dispares en cuanto a la forma y el fondo; unas expresiones que, si realmente alcanzaran la categoría de “discurso”, difícilmente serían reconducibles al ámbito de lo que consideramos reprochable, hasta el extremo de sostener no que las expresiones sean erróneas, absurdas o de pésimo gusto, sino merecedoras de un castigo por sí mismas, por el hecho de haberlas proferido. El odio alude por lo demás a un sentimiento enclaustrado en el reducto más íntimo de cada individuo y, por ende, mudable y en cierto modo inaprensible. En un intento de justificar lo que es sólo el producto de una singular inercia para nombrar a ciertos problemas o fenómenos sociales de los que de repente advertimos que se convierten en moneda corriente en los medios de comunicación y en la literatura especializada, pero también en leyes, en documentos (políticos y/o de *soft law*) y en resoluciones judiciales, solemos decir que es una (mala) traducción del *hate speech* norteamericano. Pero si la huella genética de la denominación explicara de verdad algo, entonces tendríamos que ser conscientes de que el *hate speech* norteamericano, el “discurso del odio” en nuestra jerga, evoca la lucha de ciertos jueces norteamericanos por mantener vivo el compromiso con la Primera Enmienda de la Constitución, es decir, algo que se relaciona con el repudio de cualquier forma de intervención de los poderes públicos que dirija sus dardos contra el contenido de lo que se transmite, y que se traduzca en una represión de la palabra y del libre fluir comunicativo.

El discurso del odio simboliza para nosotros exactamente lo opuesto: el síntoma de una práctica social desigualitaria y cargada de prejuicios y déficits educativos seculares que afectan de lleno a ciertos grupos o individuos como consecuencia de sus características, reales o atribuidas, y por ello mismo convertidos en el objeto de formas expresivas que los menosprecian o ultrajan. Se trata de un comportamiento desviado que hay que combatir por principio y con independencia de que ello suponga recargar el código penal o el derecho administrativo sancionador con nuevas definiciones de injustos acarreados *ex profeso* para conjurar los demonios que acechan las representaciones “buenistas” de nuestra vida en común. Y ello en el marco de una sociedad como la española en la que el lenguaje corriente está inundado de términos y expresiones inconscientes que no nos retratan precisamente como una sociedad complaciente con la pluralidad que la Constitución quiere que informe, como un valor superior, todo el entramado jurídico y político. “Gitano”, “moro” o

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

“mariquita” son términos de nuestro léxico común que hoy bien podrían pasar por categorías sospechosas a los efectos de su adscripción automática al ámbito del discurso del odio. Un país, además, en el que el ingenio popular encuentra en la puesta en solfa de ciertas personas, sin más razón que su lugar de nacimiento, género o tendencia sexual, la fuente de inspiración para formas de chanza firmemente arraigadas en el subconsciente colectivo. El régimen jurídico del discurso del odio tiene que habérselas así con ciertos rasgos genuinos de nuestra realidad social que llevan a plantearnos si detrás del frenesí por definir conductas perseguibles de manera cada vez más alambicada, no habrá en realidad un afán legislativo de pura pedagogía social y, a la postre, una técnica normativa que es incapaz de trazar cabalmente las barreras que separan lo amparado por nuestro sistema de libertad de expresión y lo que cae fuera de sus contornos.

En el ámbito europeo la fuente más directa para la consideración de ciertos discursos como discursos odiosos tiene que ver con la tragedia del siglo XX. Se trata del repudio del totalitarismo nazi – y ahora también estalinista en bastantes países de la Europa del Este – que actúan desde esta perspectiva como el *leit motiv* para reafirmar las convicciones democráticas del presente y para obstruir la reviviscencia de un pasado ignominioso y horrísono. Pero en esto el acarreo de pautas de comportamiento y tomas de postura europeas al caso español no deja de ser también un tanto paradójico. Entre nosotros, justificar la guerra civil y las tropelías que se cometieron en uno y otro bando, o ensalzar el franquismo y los crímenes y la represión que lo caracterizaron por espacio de décadas, e incluso propugnar su reimplantación, han sido considerados desde siempre como formas legítimas de expresión política. Lo cual tiñe a nuestro “rechazo reflejo” de discursos complacientes con el nazismo de cierta incongruencia impostada que, por cierto, no alcanza al estalinismo, sin que se acierte a entender muy bien la razón de ello.

En el elenco de vías de acceso al repositorio de los discursos del odio, hay que considerar también las expresiones que traducen simpatía o complacencia con el terrorismo o con los que lo practicaron o practican, o bien reflejan hostilidad o desconsideración hacia la memoria de las víctimas o la dignidad de quienes padecen sus efectos. Nuestro pasado más reciente sí tiene en esto, desafortunadamente, un reguero de sangre, sinrazón y sufrimiento que nos interroga de continuo sobre los límites de la tolerancia y la mayor o menor disposición para considerar como constitucionalmente legítimos comportamientos o expresiones susceptibles de herir hasta lo profundo nuestros sentimientos más básicos.

2. ¿Pero el odio es en verdad un delito? La respuesta híper-penalizadora y sus fundamentos

La reconstrucción política y normativa que se produjo tras la Segunda Guerra Mundial fue un gran alarde de confianza en el valor de las palabras para edificar un nuevo orden. Al entronizar los derechos humanos como basamento de ese nuevo orden, la comunidad internacional tomaba una deriva en cuyo código genético, desde la misma definición de los delitos que sirvieron de base para la actuación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, estaba inscrita la experiencia del holocausto y el problema de la capacidad de la palabra (y, en general, del ejercicio perverso o *desviado* de los derechos) para destruir aquel basamento o causarle un daño irreparable. Sobre esa premisa, la Declaración Universal de 1948 cierra su articulado con una toma de postura contraria a transigir con actividades o actos – del Estado, de un grupo o de una persona, dice el artículo 30 de la Declaración – que pretendan ampararse en ella para suprimir cualquiera de los derechos y libertades proclamados. E idéntica forma de prevención, aunque hilando un poco más fino, se aprecia en el artículo 17 del Convenio Europeo de 1950, en el que la peligrosidad de las actividades que caen fuera del ámbito de protección se mide no sólo por su potencial destructivo del sistema

entero, sino también por su tendencia a provocar limitaciones más amplias de los derechos y libertades que las previstas en el Convenio.

En realidad, la libertad de expresión fue reconocida desde siempre con plena conciencia del giro copernicano que suponía decantarse por suprimir la censura y de los peligros para el orden social que ello entrañaba. Basta releer los artículos 10 y 11 de la Declaración-matriz, la francesa de 1789, para recordar el punto desde el que arrancamos en materia de limitaciones: el orden público protegido por la ley, en la vertiente colectiva, y la advertencia de la responsabilidad personal por abusar de la libertad de expresarse, en la individual.

Con esos presupuestos firmemente asentados en el tratamiento jurídico de la libertad de palabra (pero que no dejan de resaltar aún más el contraste con el punto de mira de la Primera Enmienda norteamericana) el salto cualitativo se producirá en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo artículo 20 es *lex specialis* con respecto a las limitaciones genéricas de la libertad de opinión incluidas en el artículo 19. Lo que queda allí proscrito es la propaganda en favor de la guerra y la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. La fórmula normativa es interesante por muchas razones, pero a nuestros efectos lo es por la conexión explícita que realiza entre la emisión de una opinión y las consecuencias ulteriores asociadas a ella, un desdoblamiento entre *el decir de uno y el provocar reacciones en otros* que representa el verdadero nudo gordiano del tratamiento jurídico del odio en el marco de un sistema de libertad de expresión.

En el seno de Naciones Unidas hay toda una pléyade de instrumentos normativos, Convenciones (destacadamente la Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965) y Recomendaciones Generales dirigidas a combatir el discurso racista y del odio impulsadas por el Comité contra la Discriminación Racial, que se traducen en llamadas a los Estados para que reaccionen mediante el recurso a la prevención y a la reacción punitiva.

Y en paralelo, desde el Consejo de Europa, por lo menos a partir de la Recomendación 453 (1966), se aprecia la misma intencionalidad definitoria, preventiva y pedagógica sobre los Estados miembros para que se posicionen activamente contra el discurso del odio. En esa línea hoy ocupa un lugar destacado la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI en sus siglas inglesas), un organismo *ad hoc* fundado en 1993 cuya tarea constante desde entonces, en la lucha contra la discriminación, es un referente, reconocido como tal incluso en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sus Informes anuales y sus Recomendaciones de Política General resultan de lectura obligada para quien quiera asomarse a la cara menos amable de los países de la *gran Europa* reunidos en torno al compromiso de respetar los derechos del Convenio y sus Protocolos. De manera específica, la Recomendación nº 15 y su Memorándum Explicativo, aprobado en 2016, pasa por ser una de las aproximaciones más completas y mejor trabadas al problema del discurso del odio o discurso *fóbico*, con un enfoque que, sin dejar de insistir en la necesidad de recurrir a la vía penal, también es consciente de las debilidades e insuficiencias de esta, por lo que ofrece un amplio catálogo de buenas prácticas dirigidas a prevenir, contener y neutralizar los efectos de los discursos del odio.

Los posicionamientos contra el odio fundado en el rechazo al otro por parte de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son decididos y destilan buen sentido. Pero no salen de los contornos de las *policies* y el efecto demostración basado en la legitimidad de las organizaciones que las auspician y en la competencia técnica, el prestigio y la autoridad moral de las instancias (y las personas) que se encargan de redactarlas. El caso de la Unión Europea es distinto. Aquí nos encontramos en la esfera de una comunidad de derecho que ha traspasado los umbrales tradicionales del Derecho Internacional y tiene su razón de ser en la integración política y jurídica de los Estados que la componen. Como cualquier organización, está imbuida de un espíritu constitutivo que en el caso de la Unión ha ido plasmándose de manera cada vez más ambiciosa en

los Tratados, de los que hoy forma parte la Carta de Derechos Fundamentales redactada en 2000 e incorporada al Derecho originario, y de plena aplicación, desde 2009. En ella no falta la cláusula anti-abuso que ha estado presente, como decimos, en las Declaraciones más importantes de derechos a partir de 1948. En el caso de la Carta de la Unión está emplazada en el artículo 54, que es que la cierra, sin que hasta el momento, salvo error por mi parte, haya sido objeto de una consideración detenida por parte del Tribunal de Justicia. El sentido de la misma parece, sin embargo, bastante claro: los derechos no amparan actividades que denoten hostilidad contra los fundamentos del sistema en el que la propia declaración se inserta y que, en el caso de la Unión, tienen hoy abundante desarrollo normativo en el Título I (sobre Disposiciones Comunes) del Tratado de la Unión. Por su expresividad, baste la llamada de atención sobre el artículo 2 (“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”), toda una declaración *performativa* de lo que tenemos en común y nos hace ser como somos. Leída en conjunción con lo que dispone el artículo 6 del propio Tratado, en cuanto al reconocimiento de los derechos de la Carta – y también de los del Convenio Europeo de 1950, “fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, añade con decisión, por lo que “formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales” – no es de extrañar que la Unión pueda ser tildada de cualquier cosa, menos de *agnóstica, indiferente o abstencionista* en lo que se refiere a la salud del Estado de Derecho (y la suerte de los derechos) en el seno de todos y cada uno de los Estados miembros. Y en consecuencia con ello, el artículo 7 del Tratado regula una acción combinada del Parlamento, la Comisión y el Consejo, a iniciativa de al menos un tercio de los Estados miembros, que permite a la Unión comportarse como una especie de “democracia militante transnacional”. Los casos de Polonia y Hungría, el primero de ellos objeto ya de un procedimiento de infracción y el segundo, probablemente, a punto de serlo, permiten calibrar hasta qué punto puede llegar esa militancia, sin que, por lo que hemos visto hasta ahora, las perspectivas sean, por cierto, demasiado halagüeñas.

Lo que no es de extrañar, con esos mimbres, es que la Unión se haya convertido en un poderoso impulsor de medidas contra el discurso del odio. Y en esa dinámica, la Decisión Marco 913 de 2008, “relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal” ha actuado como un revulsivo para las reformas introducidas en 2015 en el Código Penal español en lo que se refiere a la persecución penal de los delitos de discursos de odio.

La Decisión Marco se sustenta en la idea de que los Estados miembros han de velar por la conformidad de sus políticas con las posiciones de la Unión (artículo 29 del Tratado), que en este caso se refiere a la necesidad de “definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea”. Dicho enfoque es un enfoque “de mínimos”, pero novedoso y exhaustivo e cuanto a la definición de una serie de conductas que habrán de ser castigadas, la consideración necesaria de la motivación racista o xenófoba como agravante, la gradación de penas (“de uno a tres años de prisión como mínimo”), y el alcance de la responsabilidad no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas, esta última regulada ahora en el nuevo artículo 510 *bis* del Código Penal.

En España la tipificación penal del discurso del odio, a partir del Código de 1995, había basculado en torno a dos tipos genéricos básicos (la provocación a la discriminación, por un lado, y la difusión maliciosa de informaciones injuriosas, recogidos en los artículos 510.1 y 510.2 del Código Penal, respectivamente); incluía además un tipo específico, el de negación o justificación del genocidio, regulado en el artículo 607.2, y un tercero previsto expresamente para perseguir el enaltecimiento y la justificación del terrorismo o la humillación de las víctimas (artículo 578 en la versión operada mediante la reforma del año 2000). Todo ello dicho de manera muy sintética y resumida, pues en

realidad el tratamiento penal del odio era ya, incluso antes de la decisiva reforma del año 2015, bastante más complejo de lo que pudiera parecer a primera vista.

Pese a que la rúbrica “delito de odio” no ha aparecido nunca (ni aparece) en el Código Penal, lo importante es que la denominación que a veces se hace de este cuerpo normativo como “Constitución en negativo” nos parece aquí particularmente pertinente, ya que la defensa de los valores que ella proclama (dignidad, igualdad y no discriminación) contra la conducta (o la actitud o la intención) de quienes los desconocen, empuja en la dirección de la complejidad y el adelantamiento preventivo de la sanción punitiva. En términos conceptuales, la figura del delito de odio se resiente de una ambigüedad básica, pues puede referirse tanto a la motivación de quien lo comete (el prejuicio o la aversión hacia la víctima por la condición personal de ella), como a las consecuencias que genera, discriminatorias, humillantes o intimidatorias, sobre grupos o colectivos sociales históricamente vulnerables, con independencia de la motivación o de la intención del autor. Una y otra perspectiva se deja sentir en la regulación del odio discriminatorio como circunstancia agravante genérica en el artículo 22.4 del Código Penal, así como en una panoplia de tipos penales incluidos en la Parte Especial (amenazas, delito contra la integridad moral, discriminación en el ámbito laboral, denegación de prestaciones, asociación ilícita para promover el odio, delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, etc).

El delito de incitación al odio del nuevo artículo 510 es el resultado de trasponer la Decisión Marco a la que antes nos hemos referido, verificado por la Ley Orgánica 1/2015. Leído en conjunción con la reforma realizada en el artículo 578, en materia de enaltecimiento del terrorismo, por medio de la Ley Orgánica 2/2015 – que a su vez invoca como justificación una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la 2178 sobre lucha contra el reclutamiento de terroristas – produce un efecto de penalización de la palabra que convierte al contenido de ambos artículos en claros candidatos para un escrutinio constitucional que necesariamente tendría que manejarse con las categorías norteamericanas – o su equivalente – de lo impreciso (*vagueness*), lo excesivo (*overbreadth*) y lo desalentador (*chilling effect*).

El nuevo 510 es uno de esos artículos-río, cuya lectura requiere un esfuerzo de concentración y una familiaridad con los entresijos técnicos de lo punitivo que no está al alcance de cualquiera. Encuadrado bajo el Epígrafe “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución”, contiene (nada menos que) tres tipos básicos (510.1, letras *a*, *b* y *c*), tres tipos atenuados (510.2, letras *a*, *b* e *in fine*) y dos tipos cualificados (510.3 y 510.4). Sintetizando mucho, los tipos básicos consisten en: (1) fomentar, promover o incitar al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra grupos (o individuos en razón a su pertenencia a ellos) por los motivos allí enumerados; (2) producir, elaborar, poseer para distribuir, o facilitar a terceros el acceso a, material idóneo para la realización de las conductas descritas en el Apartado 1; y (3) negar, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio o de lesa humanidad. Los tipos atenuados son: (1) lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito en razón de su pertenencia a los grupos definidos en el 510.1; (2) producir, elaborar, poseer para distribuir o facilitar el acceso a material propiciatorio de tales conductas; y (3), con referencia a los dos tipos atenuados recién descritos, y al objeto de agravar la pena prevista para ellos, en aquellos casos en los que la acción punible promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que se mencionan en los Apartados anteriores. Finalmente, los tipos cualificados conllevan la imposición de penas previstas para los tipos básicos en su mitad superior (prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses) “cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información” que hagan accesible la conducta prohibida a un elevado número de personas (510.3), previendo incluso la posibilidad de elevarse hasta la pena superior en grado en el caso de que “los

hechos, la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo” (510.4).

Por lo que se refiere al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, la reforma de 2015 del artículo 578 del Código Penal no afectó a la definición de las conductas típicas, pero (en la misma línea que los nuevos Apartados 3 y 4 del 510) procede a endurecer las penas cuando aquellas se realicen a través de Internet o por medio de comunicaciones electrónicas o tecnologías de la información (578.2), o bien los hechos, vistas sus circunstancias, “resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella” (578.3); y además se contempla, incluso cautelarmente, la retirada de los contenidos ilícitos, así como la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del cual se hubiera cometido el delito.

El odio y el “ciber-odio” se nos aparecen hoy regulados, en definitiva, a través de un régimen punitivo de elevadísima densidad en el que la intencionalidad del autor, el odio o la voluntad de discriminar (*hate crime, bias crime*), combinado con la producción de consecuencias, concretas, o en abstracto, se materializan en un verdadero frenesí de conceptos y referencias abiertas. Ello se ha traducido ya en un incremento de las denuncias por la comisión de estos delitos, pero es previsible que la consecuencia (¿indeseada?) sea también el desbordamiento de los contornos en los que debería desenvolverse el “derecho de los jueces” para no incidir más allá de lo soportable en el principio de seguridad jurídica; máxime estando, como está, en juego el alcance de un derecho fundamental tan decisivo para medir la calidad de la democracia como la libertad de expresión.

3. La postura del juez europeo: entre lo apodíctico y lo ponderado

De manera simplificada, y a los efectos que aquí interesan, denominamos juez europeo a los tribunales supranacionales que, en dicho ámbito, tienen la última palabra sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000; esto es, respectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que actúa en el seno del Consejo de Europa, y el Tribunal de Justicia (TJUE) que lo hace en el de la Unión Europea. Ya se ha apuntado que las aportaciones de uno y de otro sobre la interpretación de las cláusulas anti abuso y los límites últimos de la tolerancia no son equiparables. Y ello es lógico no sólo por razones cronológicas, sino porque a escala europea, Tribunal de derechos, dedicado en exclusiva a defenderlos, sin más lógica de conexión competencial, una vez agotadas las vías internas, que la denuncia de la vulneración de cualquiera de los reconocidos en el Convenio, solamente hay uno, que es el TEDH. Entiéndase bien: el Tribunal de Justicia de la Unión ciertamente se ha hecho acreedor en los últimos años a ser reconocido como un poderoso intérprete europeo del contenido de bastantes de los derechos de la Carta, pero su labor en este campo está mediada por la conexión necesaria con la aplicación del Derecho de la UE, algo que influye claramente sobre el tono, el estilo y la profundidad de sus pronunciamientos. Pensemos en un ejemplo reciente y bien concreto: el TJUE hubo de decidir en marzo de 2018 si la marca de una cadena de restaurantes con domicilio social en España, llamada *La Mafía se sienta a la Mesa*, resulta o no contraria al orden público. El Tribunal decide que sí es contraria y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Lo que sorprende es que una cuestión que, en otra sede, podría haber suscitado agudas cuestiones relacionadas con el régimen del *speech* comercial y sus limitaciones, es decir, hubiera sido tratada como una cuestión rigurosamente de derechos, aquí se despacha con una sentencia sobria, de apenas 10 páginas, en la que el Tribunal se limita a considerar si el organismo de instancia aplicó o no correctamente la excepción de “contrario al orden público o a las buenas costumbres”

recogida en la correspondiente norma europea (el Reglamento 207/2009). Para el TJ, lo importante es valorar las cosas “sobre la base de los criterios de una persona razonable que tenga umbrales medios de sensibilidad y tolerancia” (Párrafo 26 de la Sentencia). Y así, frente al intento de los recurrentes por convencer al Tribunal de que la marca y el logo remitían de manera expresa e inequívoca a la saga de películas de “El Padrino”, el TJ recuerda que la Mafia es una organización criminal que realiza graves actos delictivos, y que tales actividades “vulneran los propios valores en que está fundada la Unión, en particular, los valores de respeto de la dignidad humana y de la libertad, tal y como están previstos (en los artículos) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (Párrafo 36). El párrafo recién transcrito es un buen ejemplo de invocación apodíctica de los valores europeos, que se esgrimen allí como un ariete contra el intento de reconducir la opción elegida por los promotores de la marca controvertida al terreno del libre actuar o del ejercicio legítimo de derechos. Los valores se alzan como el punto de llegada del razonamiento; una vez proclamada la incompatibilidad, el sentido de la resolución va de suyo, sin necesidad de ulteriores matizaciones o distingos.

En el sistema del Convenio, la prohibición del abuso de derecho del artículo 17 es una herramienta que la antigua Comisión y el TEDH han utilizado asiduamente para eliminar de los contornos de lo protegido la difusión de sentimientos de odio o de intolerancia. Pero en otras ocasiones, y para orillar el “efecto guillotina” que produce dicho artículo, el TEDH aborda los discursos del odio desde la perspectiva de las restricciones legítimas de la libertad de expresión previstas en el Párrafo Segundo del artículo 10, lo que le permite dar respuestas mucho más matizadas y ajustadas a las particularidades del caso. No hay que olvidar que el TEDH actúa generalmente no como un juez de hechos, sino como uno que tiene que decidir sobre lo que otros jueces, los nacionales, han dicho al resolver el conflicto de fondo, por lo que sus sentencias suelen consistir en ejercicios de ponderación de los derechos e intereses en conflicto que se yuxtaponen (para reforzarlos o rebatirlos) a los realizados en el ámbito interno. Tras un rodaje de casi siete décadas de defensa de los derechos a escala europea, las sentencias del TEDH traslucen una técnica depurada, una lógica cartesiana que se despliega a través de pasos sucesivos en los que el TEDH va analizando si la limitación concreta a la que fue sometido el derecho estaba prevista en la ley interna, si atendía a una finalidad legítima (y encuadrable en la óptica del 10.2) y si, en la práctica, y a la vista de las circunstancias concurrentes, la limitación fue concorde con las exigencias de una sociedad democrática. Esta forma pautada de estructurar el razonamiento otorga a las decisiones un marchamo de racionalidad argumentativa que tiene que ver bastante con el auge universal de la proporcionalidad como la técnica más idónea para resolver los conflictos en materia de derechos.

Lo que dista de ser claro en materia de expresiones de odio es cuándo el TEDH opta por la exclusión apriorística (la vía del artículo 17) o bien por el juicio ponderado (la vía del 10.2). Y la duda no se disipa examinando el resumen de jurisprudencia sobre *Discours de haine* que el propio TEDH pone a disposición de la comunidad jurídica a través de su página web. Es un resumen que abarca todo el arco temporal comprendido entre 1957 – que fue el año de la Decisión de la Comisión declarando conforme con el Convenio la disolución del Partido Comunista decretada por las autoridades alemanas – y 2015; e incluye causas y casos relacionados con diferentes tipos de odio: étnico o racial, religioso, amenazante contra el orden democrático o “negacionista” (del holocausto) y revisionista. También casos de apología de los crímenes de guerra, del terrorismo, de discursos homófobos y xenófobos, agresivos contra la identidad nacional y de injurias políticas. Un largo elenco de casos que caen a veces del lado de la decisión de inadmisibilidad de la queja, por imposibilidad de invocar el Convenio para amparar actuaciones abusivas e incompatibles con los valores en él subyacentes; y otras del lado de la consideración detenida mediante el análisis vía artículo 10.2. A falta de un criterio claro, quizá sea de ayuda revisar dos casos recientes, ambos sobre discursos del odio por instigar a la violencia, fallados en el mes de mayo de 2018 por las

Secciones Segunda y Tercera del TEDH. El primero de ellos, *ROJ TV A/S contra Dinamarca*, desemboca en una Decisión de inadmisión basada en el artículo 17, cuyo alcance es desmenuzado con cita de abundante jurisprudencia en los Párrafos 30 y siguientes de la Sentencia. El caso tiene además interés porque llega al TEDH después de que el TJUE dictaminara a instancia de un juez alemán, en vía de cuestión prejudicial, sobre la posibilidad de que un Estado pueda prohibir las emisiones de televisión de una empresa radicada en otro Estado miembro, en base a la disposición de la Directiva reguladora de las actividades de radiodifusión televisiva (la 89/552/CEE) que prohíbe la difusión de contenidos que inciten al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad. En el caso fallado por el TJUE, al igual que en el decidido por el TEDH, el problema de fondo era la emisión reiterada en *ROJ TV* (y en otra emisora llamada *Mesopotamia Broadcast*) de propaganda del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), cuyos puntos de vista sobre la supuesta legitimidad de la lucha armada y el complot internacional contra el terrorista convicto, Öcalan, eran asumidos plenamente. Ante el TEDH, el problema en examen era si la condena a penas de multa de la emisora, así como la de prohibición de emitir, por haber incurrido en el delito de cooperación con el terrorismo, previsto en el Código Penal de Dinamarca, contravenían la libertad de expresión de los demandantes. El TEDH comienza citando la sentencia del TJUE, favorable a la posibilidad de prohibir, y de manera inmediata establece los principios que preludian el sentido de la decisión. Lo que nos importa resaltar no es la insistencia en que apoyar la violencia e instigar el odio equivale a utilizar torticeramente el artículo 10 para destruir el sistema de los derechos del Convenio, pues esto es algo que se presenta en línea de continuidad con decisiones tan relevantes como *Garaudy contra Francia* (negacionismo), *Norwood contra el Reino Unido* (islamofobia), *Dieudonné M'Bala M'Bala contra Francia* (antisemitismo) o la más reciente *Belkacem contra Bélgica* (justificación de la Sharia y odio contra los no musulmanes), por citar sólo algunas. Lo relevante, insistimos, es que ahora el TEDH parece optar por una llamada a la contención en la aplicación de la doctrina del abuso de derecho para concluir que este es uno de los casos en los que el recurso a la “guillotina” del artículo 17 está plenamente justificado. “El Tribunal – se lee en el Párrafo 46 de la Sentencia – cree oportuno recordar que el artículo 17 (...) sólo debe ser aplicado en supuestos excepcionales y para casos extremos (...). Y en el caso en examen el Tribunal ha dado una importancia decisiva al hecho de que en el procedimiento seguido ante los Tribunales internos (...) quedó acreditado que el seguimiento de la actualidad desde un solo lado fue acompañado de reiteradas invitaciones a participar en la lucha y en las acciones armadas, de llamamientos para sumarse a la guerrilla, y de la presentación como héroes de los caídos en la lucha, todo lo cual (...) sobrepasa lo que podría ser considerado como una declaración de simpatía hacia el PKK (...)”. El TEDH parece estar diciendo, en definitiva (y a eso es a lo que apunta el Párrafo siguiente) que en la actual hora europea, la prevención del terrorismo y de expresiones que guarden relación con él, e inviten a usar la violencia, se han convertido en los candidatos mejor colocados para merecer la aplicación apodíctica del artículo 17.

El segundo caso es *Stomakhin contra Rusia* y sitúa los razonamientos del Tribunal exactamente en las antípodas de la aproximación realizada en el caso *ROJ TV*. El demandante es un periodista y activista político, director de una publicación llamada *Radikalnaya Politika* (Política Radical), desde la cual se criticaba acerbamente la actuación de las autoridades rusas con respecto al conflicto checheno. El espíritu de la publicación puede resumirse en la idea de que el pueblo checheno estaba comprometido en una lucha heroica contra la expansión colonial rusa y en esa perspectiva los artículos incluían ocasionalmente chanzas contra los creyentes de la religión ortodoxa y expresiones como “asesinos del pueblo checheno”, “criminalidad patológica de Rusia” “la venganza por el genocidio del pueblo checheno llegará tarde o temprano” “las explosiones en el metro de Moscú están justificadas y son legítimas” y otras por el estilo. La acción penal contra el periodista por llamar a acciones extremistas y aleccionar odio y hostilidad y humillar la dignidad por razón de etnia,

origen, actitud frente a la religión o pertenencia a un grupo social (artículo 282.1 del Código Penal ruso) desembocó en una condena firme a la pena de 5 años de prisión y 3 de inhabilitación para el ejercicio de la profesión periodística. En la Sentencia el TEDH reproduce, como de costumbre, el derecho interno aplicable, pero significativamente incluye en ese Apartado un Epígrafe separado bajo la denominación “Instrumentos y textos relevantes del Consejo de Europa”, en el cual cita la Recomendación nº 15 contra el discurso del odio (de 2015) y su Memorándum explicativo (a los que antes nos referimos), precisamente para resaltar la importancia de valorar los discursos controvertidos a la luz de las circunstancias y en concreto: (i) el contexto en el que aparece el discurso, con referencia a la presencia o no de graves tensiones en el seno de la sociedad en la que el discurso es difundido; (ii) la capacidad de quien habla de ejercer influencia sobre otras personas, por ejemplo por ejercer liderazgo político, religioso o social; (iii) la naturaleza y el carácter del lenguaje empleado, es decir, hasta qué punto es provocativo y directo, si recurre o no a información falsa o a estereotipos y estigmatizaciones capaces de instigar acciones de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación; (iv) el contexto en el que aparecen expresiones concretas, o sea, si aparecen de manera aislada o reiterada, o bien si pueden aparecer o no como contradichas en el marco del propio discurso o por la audiencia a través de un debate; (v) el medio utilizado para la difusión del discurso y la medida en la que permite o no suscitar respuestas inmediatas, como ocurre en un debate en directo; y finalmente (vi) el tipo de audiencia, en el sentido de si concurre en ella una disposición o susceptibilidad para realizar actos de violencia, intimidación, hostilidad y discriminación.

Se trata, como se ve, de un conjunto de directrices cuyo propósito es guiar la aplicación de una categoría tan problemática como la del discurso del odio mediante la contención y la explicación racional. Y a la luz de ellas, y con la tríada de pasos de costumbre (previsión/justificación del límite/necesidad “democrática”), el TEDH opta por enfrentarse al caso desmenuzando las opiniones y juicios de valor del demandante en tres categorías diferenciadas (unas que justifican la violencia terrorista, otras que califican la actuación de las autoridades rusas y unas terceras que se vinculan con la difusión de sentimientos negativos con respecto a los creyentes de una religión). Con este modo de proceder (y de manera un tanto sorprendente) el TEDH es capaz de dictar una sentencia en la que reconoce al mismo tiempo que ciertas afirmaciones (las del primer tipo) no están justificadas y, a la vez, llegar a la conclusión de que la libertad de expresión del demandante fue vulnerada. Traducido a la técnica argumentativa del Tribunal, ello se hace posible añadiendo al test de la *pressing social need* (que en este caso sí concurre, según el TEDH) un juicio adicional de proporcionalidad de la respuesta del Estado, juicio del que va a hacer depender, en definitiva, si dicha respuesta era o no necesaria en una sociedad democrática. La conclusión es que no lo era, a la vista de la dureza de la sanción penal y teniendo a la vez en cuenta que el impacto potencial del medio en el que se expresaba el demandante era ciertamente limitado.

La sentencia tiene un voto particular del juez Keller muy crítico con el desmenuzamiento del discurso en partes susceptibles de un análisis por separado; algo, se defiende en el voto, que generará confusión y tendrá consecuencias que no son fáciles de prever, especialmente – concluye – en un momento como el presente en el que varios Estados pertenecientes al Consejo de Europa se enfrentan a tensiones de tipo separatista.

4. Y la del Tribunal Constitucional español: ¿el odio trivializado?

Hasta la STC 177/2015, en la que el TC decidió el amparo relacionado con la condena penal de independentistas catalanes que quemaron una foto de los reyes, la jurisprudencia del TC en materia de discursos del odio era una jurisprudencia que podemos calificar de contenida y coherente.

Contenida no sólo en razón del limitado número de casos relacionados con ese tipo de discurso (algo, por lo demás, que tampoco es achacable al propio Tribunal) sino porque era una jurisprudencia más bien “minimalista”, en el sentido de ceñida a responder las cuestiones jurídicas objeto del debate, sin plantearse como objetivo posicionarse en la materia de cara al futuro mediante afirmaciones e interpretaciones enfáticas y de amplio espectro. El TC amparó el honor de Violeta Friedman, una víctima directa de los campos de concentración, frente a las opiniones “negacionistas” y ultrajantes de un filo nazi (STC 214/1991); sostuvo la condena por un delito de injurias de los responsables de la publicación de un comic de contenido claramente humillante para quienes estuvieron presos en los campos de exterminio (STC 176/1995); y resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con respecto al hoy derogado artículo 607.2 del Código Penal que castigaba la negación o justificación del genocidio. En su respuesta el TC vino a decir (por mayoría de 8 votos contra 4) que la mera negación del genocidio, digamos desapasionada o neutra, siempre que no llevara implícita la justificación o enaltecimiento del mismo, debería reputarse que está protegida por la libertad de expresión, lo que determinó la declaración parcial de inconstitucionalidad del referido artículo del Código Penal (STC 235/2007). Esta sentencia continua siendo, por cierto, a fecha de hoy la única del Tribunal Constitucional en cuyo origen, además del delito de negación del holocausto, estaba la persecución penal por el delito de incitación al odio racial del 510 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma de 2015.

No obstante las muchas críticas doctrinales que recibió la STC 235/2007, y pese a que, a la postre, el TEDH acabaría condenando a España en este asunto por vulneración de las exigencias de un proceso justo (*caso Varela Geis contra España*), podemos decir que en los tres casos citados la jurisprudencia del TC tiene una coherencia básica. Está basada sobre la defensa a ultranza del valor dignidad, que se completa, en el caso de la *Librería Europa*, con el deseo de no quebrantar el hilo que vincula el delito de incitación al odio con el elemento intencional y el deseo de producir consecuencias, inmediatas o futuras, pero constatables. Y en relación con ello y alumbrada por el prurito de descartar en absoluto la persecución *sustantiva* de ideologías o creencias, el TC no se priva de recurrir al tópico de la presunta imposibilidad lógica de calificar nuestra democracia como “democracia militante”, ya que – como se dice expresamente en el FJ 2 de la STC 176/1995 y se reitera en el FJ 4 de la STC 235/2007 – la Constitución protege también a quienes la niegan. La insistencia en dicho tópico, que sólo se tiene en pie si definimos la *militancia constitucional* valiéndonos de las disposiciones sobre la reforma como el único indicador que hay que tener en cuenta (y cuyo nefasto corolario es que, respetando las formalidades, todo es defendible e igualmente respetable), genera claras disonancias con relación a las concepciones del TEDH sobre el sentido último del reconocimiento de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Hablando en términos abstractos, se trata de una disonancia que está soterrada o recluida al ámbito de lo puramente teórico o especulativo. Lo paradójico es que, si descendemos a lo concreto, podríamos pensar que a menos “militancia constitucional” mayor tolerancia frente a discursos o comportamientos “extremos” o molestos para una gran parte de la población. Y sin embargo aquí tenemos una nueva brecha entre las posturas del TC y las del TEDH que la STC 177/2015 y la subsecuente del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España* ejemplifican espectacularmente.

Los hechos que están el origen de la STC 177/2015 puede revisarlos cualquiera en *youtube*. El vídeo de apenas un minuto y medio muestra la congregación de unas decenas de personas en una plaza de la ciudad de Gerona bajo pancartas contra la ocupación de los países catalanes por los borbones, la colocación de una foto con las imágenes invertidas de Juan Carlos y Sofía en el centro de la plaza y la quema del retrato por dos personas con el rostro tapado. Estos fueron acusados y condenados por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional como autores de un delito de injurias graves al Rey previsto en el artículo 490.3 del Código Penal a la pena de 15 meses de

prisión con suspensión del ingreso y multa sustitutiva de 2.700 euros a cada uno de ellos. La sentencia, que tuvo 6 votos particulares, fue confirmada por el Pleno de la Sala de lo Penal con una Motivación que insistía en el carácter de la quema como expresión simbólica de desprecio a la institución y en la idea de que el tipo penal protege el honor del Rey, pero sólo en la medida en que es reconducible al ámbito del ejercicio de sus funciones constitucionales. Interpuesto el amparo ante el TC por vulneración de los derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y de expresión (artículo 20.1.a CE), este es desestimado por el Pleno del TC con una mayoría de 8 votos contra 3. El TC aborda el asunto desde la perspectiva de la libertad de expresión en un largo Fundamento Jurídico (el FJ 2) que arranca con las habituales citas de jurisprudencia en defensa del derecho a la crítica desabrida e hiriente, para dar inmediatamente un giro metodológico y traer a colación el discurso del odio (con cita del caso decidido en 2009 por el TEDH, *Féret contra Bélgica*) al objeto de anunciar que el problema en examen no es tanto un problema de limitaciones legítimas de la libertad de expresión cuanto de uno previo, el de la delimitación de su contenido. Mediante ese expediente, que supone a la vez una reivindicación de la capacidad del TC para revisar a fondo las ponderaciones del juez ordinario, y pese a que la sentencia no se priva de deslizar el tópico de la condición no militante de nuestra democracia, el giro se da en el FJ 4 cuando el TC nos dice que lo que se trata de dilucidar es si estamos en presencia de la expresión legítima de una opinión, o bien ante el propósito de “desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”. Y también, un poco más adelante: “Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes”.

Son muchas las cosas que se pueden decir de esta concepción desbordante del discurso del odio, manejada por el TC con el fin de realizar una “delimitación” apriorística de la libertad de expresión en nuestra “agnóstica” (por no militante) democracia constitucional. Los votos particulares y, de manera especial el del magistrado Xiol Rius, así lo señalan, advirtiendo de los peligros que entraña distorsionar los contenidos generalmente admitidos en el repositorio del discurso del odio, para albergar una versión supuestamente más sofisticada, o *Smart* del mismo que, en realidad, lo banaliza, transformándolo en otra cosa.

La sentencia del TEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, de 13 de marzo de 2018, cita expresamente el Anexo a la Recomendación R(97)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en la que el ámbito de aplicación de los principios allí enunciados en relación al discurso del odio van referidos a “las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Y ello prelude una decisión de condena de España que sigue la línea de los casos *Castells* (1992) y *Otegui Mondragón* (2011) por la renuencia de los jueces españoles a reconocer la naturaleza de crítica política de ciertos discursos e incurrir en limitaciones de la libertad de expresión que resultan desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática.

La utilización de la STC 177/2015 como *leading case* y precedente más relevante se deja sentir de forma explícita en la STC 112/2016, la primera sentencia en la que el TC admitió entrar en el fondo de un amparo frente a una condena por enaltecimiento del terrorismo con motivo del discurso proferido por el recurrente en un acto de homenaje a un relevante miembro de la banda terrorista ETA, fallecido en 1978. Ciertamente aquí la postura del TC se nos aparece bastante más en consonancia con la mantenida por el TEDH en materia de discursos que contemporizan con el

terrorismo. Pero la afirmación que se desliza en el FJ 4 en el sentido de vincular la presencia de un discurso de odio al hecho de “propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”, unido al escenario político que se abrió con el final definitivo de ETA, pueden producir el efecto de favorecer una interpretación del artículo 578 apegada a la tesis del discurso político (como vuelve a reclamar el magistrado Xiol Rius en su voto particular a la STC 112/2016), incluso cuando se trata de revisar el pasado, en lugar de una centrada en el propósito de justificar la violencia y humillar a quienes la padecieron.

5. Conclusión: el discurso del odio y las paradojas y contradicciones de un concepto inasible

En las páginas anteriores hemos concentrado nuestra atención en lo que nos parece que son los elementos más relevantes para comprender los problemas que plantea la persecución penal del discurso del odio. Hemos mirado las normas del Código penal que lo regulan, y hemos atendido a las interpretaciones jurisprudenciales, europeas y de nuestro Tribunal Constitucional, cuando tienen que habérselas con la categoría y enfocar los asuntos concretos que se les plantean a la luz del compromiso con los derechos fundamentales y, en especial, con la libertad de expresión. Hemos realizado una exposición selectiva y parcial: sólo las normas del Código Penal español y las jurisprudencias del TEDH y del TC, estas últimas porque entendemos que dan lugar a interpretaciones *relevantes* y *paramétricas* que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria deben atender para cumplir el mandato que les imponen el artículo 10.2 de la Constitución (en cuanto a la jurisprudencia del TEDH) y el 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en cuanto a la jurisprudencia del TC).

Pero al optar por esa estrategia, a buen seguro hemos dejado fuera cuestiones y datos que son esenciales para obtener una visión más ajustada a la realidad del problema en examen. Hay, desde luego, cuestiones que son rigurosamente de enfoque. Si tratamos el discurso del odio como un problema de persecución penal, dejamos fuera formas de posicionarse frente a él que posiblemente resultan más idóneas para prevenirlo o para neutralizar su impacto. En ese sentido, habría que atender a las respuestas normativas inspiradas en el valor y el mandato constitucional de igualdad, como pueden ser, entre otras, la Ley 19/2007 contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, o las aprobadas en algunas Comunidades Autónomas para combatir lo que ha dado en llamarse la LGTB-fobia y promover la igualdad de las personas pertenecientes a esos colectivos. Claro que en ese caso, quizá habría que “negar la mayor” y abandonar la inercia semántica atrapada en la etiqueta del “discurso del odio” para hablar preferiblemente de discursos discriminatorios. Y ya puestos a revisar, ¿no procedería considerar hasta qué punto la presión de las instancias supranacionales en favor de la regulación penal del discurso del odio no ha tenido un efecto inhibitorio para el surgimiento de maneras menos traumáticas de combatirlo? Al fin y al cabo, como escribiera Durkeim – y esto es plenamente aplicable a uno de los problemas específicos que plantea la persecución penal del odio – “la intención es una cosa demasiado íntima como para que pueda ser apreciada desde fuera y por aproximaciones groseras”.

En nuestro descargo siempre podremos decir que los problemas jurídicos en el marco de las libertades propias de un Estado de derecho, acaban desembocando inexorablemente en una cuestión de encuadre constitucional. Y de eso, de los condicionantes constitucionales de la persecución penal del discurso del odio, y de los imperativos adicionales marcados por la(s) integración(es) supranacional(es), es de lo que hemos hablado; de eso, y no de las tareas, realizadas o pendientes, dirigidas a evitar que el mandato específico de igualdad del artículo 9.2 CE sea sólo *flatus vocis*.

Pero al actuar así tampoco hay que olvidar que solemos caer en una especie de “paradoja epistémica” que condena nuestro saber de juristas a articularse como un saber azaroso e incompleto. La mirada desde el vértice, es decir, sólo a algunos conflictos que son los que llegan a las más altas esferas resolutorias, nos nubla la visión y nos oculta los detalles decisivos de lo más corriente o de lo más cercano, que son, en materia del discurso del odio, como en cualquier otro ámbito de estudio, los que más importan. Los criterios para perseguir o no una conducta y para ejercer la acción penal o desistir de hacerlo; los que se manejan para decretar el archivo de la causa o darle trámite; y los que se atienden para dictar resoluciones que pueden ser recurridas o no. Eso es lo que más interesa, sin que de todo ello alcancemos generalmente a tener más que un panorama limitado y de segunda mano. En sede de jurisdicción ordinaria, las respuestas son a veces axiomáticas y favorables a la sanción por lo que el discurso tiene en sí mismo de reprochable, y otras veces matizadas y “atemperadoras” en razón de las circunstancias que lo rodean y la previsible ausencia de daños consecuenciales. Nada que no hayamos visto reflejarse en las posiciones de los intérpretes supremos. Sin salir de ese ámbito, el de la jurisdicción ordinaria, pero atendiendo también allí a la posición de las cúspides (las Salas de lo Penal del Supremo y de la Audiencia Nacional), también sabemos que hay divergencia de puntos de vista, sobre todo en cuanto a los requisitos que tienen que concurrir para apreciar enaltecimiento del terrorismo.

Una de las paradojas más lacerantes que provoca la persecución penal del discurso del odio es la multiplicación exponencial de sus efectos. Cultivadores del género musical conocido como rap, cuya fama no hubiera salido nunca del reducido núcleo de sus adeptos, atraen ahora una atención mediática generalizada y sostenida. Si comparamos dicho efecto amplificador con el que la norma penal atribuye por definición al uso de las redes sociales, la descompensación es evidente. A instancias de la Unión Europea, Facebook, Google, Twitter y Microsoft comparten, de todos modos, desde hace un par de años un código de conducta para bloquear los contenidos que inciten a la violencia y en algunos países, en Alemania, por ejemplo, se ha legislado para establecer la obligación de suprimir de la red los contenidos ilegales y el procedimiento para llevar a cabo el borrado.

Son sólo pinceladas de un panorama en el que los discursos, los delitos y (ahora también) los incidentes de odio parece que han acabado por convertirse en el problema por excelencia de las sociedades con un sistema de libertad de expresión anclado sólidamente a su ser constitutivo. Si esto fuera así, y el odio, el anatema, la voluntad de aniquilar al diferente y la intolerancia dogmática hubieran desplazado de verdad la vigencia (social pero también en el reducto de la conciencia de cada cual) de los valores que las Constituciones proclaman, entonces no habría Oficinas, Fiscalías ni Tribunales que pudieran hacer frente a la marea de aniquilación. Nuestras sociedades abiertas a la diversidad se habrían transformado en sociedades obsesivas y enfermas y, en la era de la comunicación digital a escala global, la libertad de expresión habría regresado a los momentos del control inquisitorial.

Las exigencias de seguridad de la sociedad democrática, y el deseo de sentar las bases de una convivencia pacífica de los individuos y de los grupos, no pueden hacernos olvidar que la medida y el cálculo coste/beneficio tienen que ser consustanciales a los planteamientos con los que nos enfrentemos a los discursos del odio, si no queremos que nuestras respuestas acaben dañando la solidez y la coherencia de las convicciones que pretendemos defender.

6. Bibliografía sucinta

Un par de obras colectivas se ocupan del discurso del odio desde perspectivas diversas pero prevalentemente jurídicas: la coordinada por el autor de este trabajo, *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015; y la coordinada por

Lucía Alonso y Víctor Vázquez, *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017.

Sobre el tratamiento en España y el encuadre del discurso del odio en el contexto internacional, Andrés Gascón Cuenca, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur, 2016.

La traslación de la doctrina del abuso de derecho al terreno de los derechos humanos y, en concreto, la cláusula anti abuso en el Convenio Europeo y en la Carta de Derechos Fundamentales es el objeto de mi monografía *La Europa de los derechos entre tolerancia e intransigencia*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008. Sobre esto interesa también, con datos más actualizados, Hannes Cannie y Dirk Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29/1 (2011), 54 y ss. La expresión "democracia militante transnacional está tomada del trabajo de Ulrich Wagrandl "Transnational militant democracy", *Global Constitutionalism*, 7:2 (2018), 143 y ss.

Sobre el tratamiento del odio en el Código Penal y la reforma verificada en 2015, Juan Luis Fuente Osorio, "El odio como delito", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27 (2017). Me he servido también del trabajo de Juan Alberto Díaz López, *Informe sobre delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, Madrid, 2018 (disponible en la Red).

Y en términos generales, Rafael Alcácer Guirao, "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02 (2012), así como los trabajos de los constitucionalistas Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112 (2018), 45 y ss; y Germán Teruel Lozano, "El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27 (2017), así como "Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial", *Revista de Estudios Jurídicos*, 17 (2017).

El discurso del odio: entre la trivialización y la hiper-penalización

ÍNDICE: 1. Enmarcando el problema. – 2. ¿Pero el odio es en verdad un delito? La respuesta hiper-penalizadora y sus fundamentos. – 3. La postura del juez europeo: entre lo apodíctico y lo ponderado. – 4. Y la del Tribunal Constitucional español: ¿el odio trivializado? – 5. Conclusión: el discurso del odio y las paradojas y contradicciones de un concepto inasible. – 6. Bibliografía sucinta.

1. Enmarcando el problema

El discurso del odio ha acabado por convertirse en un impreciso rótulo que evoca, en torno a su significado, un buen número de problemas políticos y jurídicos característicos de sociedades plurales, comprometidas con los derechos fundamentales, y atravesadas por contradicciones y paradojas que desafían su *ethos* constitutivo. Se trata de una denominación aplicada a ciertas locuciones y comportamientos expresivos que raras veces alcanzan con propiedad las cualidades intrínsecas (en términos de razonamiento y trabazón argumentativa) con las que solemos reconocer un discurso. Así que lo primero que resulta radicalmente objetable es el uso de una etiqueta que intenta aglutinar un conjunto de expresiones dispares en cuanto a la forma y el fondo; unas expresiones que, si realmente alcanzaran la categoría de “discurso”, difícilmente serían reconducibles al ámbito de lo que consideramos reprochable, hasta el extremo de sostener no que las expresiones sean erróneas, absurdas o de pésimo gusto, sino merecedoras de un castigo por sí mismas, por el hecho de haberlas proferido. El odio alude por lo demás a un sentimiento enclaustrado en el reducto más íntimo de cada individuo y, por ende, mudable y en cierto modo inaprensible. En un intento de justificar lo que es sólo el producto de una singular inercia para nombrar a ciertos problemas o fenómenos sociales de los que de repente advertimos que se convierten en moneda corriente en los medios de comunicación y en la literatura especializada, pero también en leyes, en documentos (políticos y/o de *soft law*) y en resoluciones judiciales, solemos decir que es una (mala) traducción del *hate speech* norteamericano. Pero si la huella genética de la denominación explicara de verdad algo, entonces tendríamos que ser conscientes de que el *hate speech* norteamericano, el “discurso del odio” en nuestra jerga, evoca la lucha de ciertos jueces norteamericanos por mantener vivo el compromiso con la Primera Enmienda de la Constitución, es decir, algo que se relaciona con el repudio de cualquier forma de intervención de los poderes públicos que dirija sus dardos contra el contenido de lo que se transmite, y que se traduzca en una represión de la palabra y del libre fluir comunicativo.

El discurso del odio simboliza para nosotros exactamente lo opuesto: el síntoma de una práctica social desigualitaria y cargada de prejuicios y déficits educativos seculares que afectan de lleno a ciertos grupos o individuos como consecuencia de sus características, reales o atribuidas, y por ello mismo convertidos en el objeto de formas expresivas que los menosprecian o ultrajan. Se trata de un comportamiento desviado que hay que combatir por principio y con independencia de que ello suponga recargar el código penal o el derecho administrativo sancionador con nuevas definiciones de injustos acarreados *ex profeso* para conjurar los demonios que acechan las representaciones “buenistas” de nuestra vida en común. Y ello en el marco de una sociedad como la española en la que el lenguaje corriente está inundado de términos y expresiones inconscientes que no nos retratan precisamente como una sociedad complaciente con la pluralidad que la Constitución quiere que informe, como un valor superior, todo el entramado jurídico y político. “Gitano”, “moro” o

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

“mariquita” son términos de nuestro léxico común que hoy bien podrían pasar por categorías sospechosas a los efectos de su adscripción automática al ámbito del discurso del odio. Un país, además, en el que el ingenio popular encuentra en la puesta en solfa de ciertas personas, sin más razón que su lugar de nacimiento, género o tendencia sexual, la fuente de inspiración para formas de chanza firmemente arraigadas en el subconsciente colectivo. El régimen jurídico del discurso del odio tiene que habérselas así con ciertos rasgos genuinos de nuestra realidad social que llevan a plantearnos si detrás del frenesí por definir conductas perseguibles de manera cada vez más alambicada, no habrá en realidad un afán legislativo de pura pedagogía social y, a la postre, una técnica normativa que es incapaz de trazar cabalmente las barreras que separan lo amparado por nuestro sistema de libertad de expresión y lo que cae fuera de sus contornos.

En el ámbito europeo la fuente más directa para la consideración de ciertos discursos como discursos odiosos tiene que ver con la tragedia del siglo XX. Se trata del repudio del totalitarismo nazi – y ahora también estalinista en bastantes países de la Europa del Este – que actúan desde esta perspectiva como el *leit motiv* para reafirmar las convicciones democráticas del presente y para obstruir la reviviscencia de un pasado ignominioso y horrísono. Pero en esto el acarreo de pautas de comportamiento y tomas de postura europeas al caso español no deja de ser también un tanto paradójico. Entre nosotros, justificar la guerra civil y las tropelías que se cometieron en uno y otro bando, o ensalzar el franquismo y los crímenes y la represión que lo caracterizaron por espacio de décadas, e incluso propugnar su reimplantación, han sido considerados desde siempre como formas legítimas de expresión política. Lo cual tiñe a nuestro “rechazo reflejo” de discursos complacientes con el nazismo de cierta incongruencia impostada que, por cierto, no alcanza al estalinismo, sin que se acierte a entender muy bien la razón de ello.

En el elenco de vías de acceso al repositorio de los discursos del odio, hay que considerar también las expresiones que traducen simpatía o complacencia con el terrorismo o con los que lo practicaron o practican, o bien reflejan hostilidad o desconsideración hacia la memoria de las víctimas o la dignidad de quienes padecen sus efectos. Nuestro pasado más reciente sí tiene en esto, desafortunadamente, un reguero de sangre, sinrazón y sufrimiento que nos interroga de continuo sobre los límites de la tolerancia y la mayor o menor disposición para considerar como constitucionalmente legítimos comportamientos o expresiones susceptibles de herir hasta lo profundo nuestros sentimientos más básicos.

2. ¿Pero el odio es en verdad un delito? La respuesta hiper-penalizadora y sus fundamentos

La reconstrucción política y normativa que se produjo tras la Segunda Guerra Mundial fue un gran alarde de confianza en el valor de las palabras para edificar un nuevo orden. Al entronizar los derechos humanos como basamento de ese nuevo orden, la comunidad internacional tomaba una deriva en cuyo código genético, desde la misma definición de los delitos que sirvieron de base para la actuación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, estaba inscrita la experiencia del holocausto y el problema de la capacidad de la palabra (y, en general, del ejercicio perverso o *desviado* de los derechos) para destruir aquel basamento o causarle un daño irreparable. Sobre esa premisa, la Declaración Universal de 1948 cierra su articulado con una toma de postura contraria a transigir con actividades o actos – del Estado, de un grupo o de una persona, dice el artículo 30 de la Declaración – que pretendan ampararse en ella para suprimir cualquiera de los derechos y libertades proclamados. E idéntica forma de prevención, aunque hilando un poco más fino, se aprecia en el artículo 17 del Convenio Europeo de 1950, en el que la peligrosidad de las actividades que caen fuera del ámbito de protección se mide no sólo por su potencial destructivo del sistema

entero, sino también por su tendencia a provocar limitaciones más amplias de los derechos y libertades que las previstas en el Convenio.

En realidad, la libertad de expresión fue reconocida desde siempre con plena conciencia del giro copernicano que suponía decantarse por suprimir la censura y de los peligros para el orden social que ello entrañaba. Basta releer los artículos 10 y 11 de la Declaración-matriz, la francesa de 1789, para recordar el punto desde el que arrancamos en materia de limitaciones: el orden público protegido por la ley, en la vertiente colectiva, y la advertencia de la responsabilidad personal por abusar de la libertad de expresarse, en la individual.

Con esos presupuestos firmemente asentados en el tratamiento jurídico de la libertad de palabra (pero que no dejan de resaltar aún más el contraste con el punto de mira de la Primera Enmienda norteamericana) el salto cualitativo se producirá en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo artículo 20 es *lex specialis* con respecto a las limitaciones genéricas de la libertad de opinión incluidas en el artículo 19. Lo que queda allí proscrito es la propaganda en favor de la guerra y la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. La fórmula normativa es interesante por muchas razones, pero a nuestros efectos lo es por la conexión explícita que realiza entre la emisión de una opinión y las consecuencias ulteriores asociadas a ella, un desdoblamiento entre *el decir de uno y el provocar reacciones en otros* que representa el verdadero nudo gordiano del tratamiento jurídico del odio en el marco de un sistema de libertad de expresión.

En el seno de Naciones Unidas hay toda una pléyade de instrumentos normativos, Convenciones (destacadamente la Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965) y Recomendaciones Generales dirigidas a combatir el discurso racista y del odio impulsadas por el Comité contra la Discriminación Racial, que se traducen en llamadas a los Estados para que reaccionen mediante el recurso a la prevención y a la reacción punitiva.

Y en paralelo, desde el Consejo de Europa, por lo menos a partir de la Recomendación 453 (1966), se aprecia la misma intencionalidad definitoria, preventiva y pedagógica sobre los Estados miembros para que se posicionen activamente contra el discurso del odio. En esa línea hoy ocupa un lugar destacado la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI en sus siglas inglesas), un organismo *ad hoc* fundado en 1993 cuya tarea constante desde entonces, en la lucha contra la discriminación, es un referente, reconocido como tal incluso en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sus Informes anuales y sus Recomendaciones de Política General resultan de lectura obligada para quien quiera asomarse a la cara menos amable de los países de la *gran Europa* reunidos en torno al compromiso de respetar los derechos del Convenio y sus Protocolos. De manera específica, la Recomendación nº 15 y su Memorándum Explicativo, aprobado en 2016, pasa por ser una de las aproximaciones más completas y mejor trabadas al problema del discurso del odio o discurso *fóbico*, con un enfoque que, sin dejar de insistir en la necesidad de recurrir a la vía penal, también es consciente de las debilidades e insuficiencias de esta, por lo que ofrece un amplio catálogo de buenas prácticas dirigidas a prevenir, contener y neutralizar los efectos de los discursos del odio.

Los posicionamientos contra el odio fundado en el rechazo al otro por parte de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son decididos y destilan buen sentido. Pero no salen de los contornos de las *policies* y el efecto demostración basado en la legitimidad de las organizaciones que las auspician y en la competencia técnica, el prestigio y la autoridad moral de las instancias (y las personas) que se encargan de redactarlas. El caso de la Unión Europea es distinto. Aquí nos encontramos en la esfera de una comunidad de derecho que ha traspasado los umbrales tradicionales del Derecho Internacional y tiene su razón de ser en la integración política y jurídica de los Estados que la componen. Como cualquier organización, está imbuida de un espíritu constitutivo que en el caso de la Unión ha ido plasmándose de manera cada vez más ambiciosa en

los Tratados, de los que hoy forma parte la Carta de Derechos Fundamentales redactada en 2000 e incorporada al Derecho originario, y de plena aplicación, desde 2009. En ella no falta la cláusula anti-abuso que ha estado presente, como decimos, en las Declaraciones más importantes de derechos a partir de 1948. En el caso de la Carta de la Unión está emplazada en el artículo 54, que es que la cierra, sin que hasta el momento, salvo error por mi parte, haya sido objeto de una consideración detenida por parte del Tribunal de Justicia. El sentido de la misma parece, sin embargo, bastante claro: los derechos no amparan actividades que denoten hostilidad contra los fundamentos del sistema en el que la propia declaración se inserta y que, en el caso de la Unión, tienen hoy abundante desarrollo normativo en el Título I (sobre Disposiciones Comunes) del Tratado de la Unión. Por su expresividad, baste la llamada de atención sobre el artículo 2 (“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”), toda una declaración *performativa* de lo que tenemos en común y nos hace ser como somos. Léida en conjunción con lo que dispone el artículo 6 del propio Tratado, en cuanto al reconocimiento de los derechos de la Carta – y también de los del Convenio Europeo de 1950, “fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, añade con decisión, por lo que “formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales” – no es de extrañar que la Unión pueda ser tildada de cualquier cosa, menos de *agnóstica, indiferente o abstencionista* en lo que se refiere a la salud del Estado de Derecho (y la suerte de los derechos) en el seno de todos y cada uno de los Estados miembros. Y en consecuencia con ello, el artículo 7 del Tratado regula una acción combinada del Parlamento, la Comisión y el Consejo, a iniciativa de al menos un tercio de los Estados miembros, que permite a la Unión comportarse como una especie de “democracia militante transnacional”. Los casos de Polonia y Hungría, el primero de ellos objeto ya de un procedimiento de infracción y el segundo, probablemente, a punto de serlo, permiten calibrar hasta qué punto puede llegar esa militancia, sin que, por lo que hemos visto hasta ahora, las perspectivas sean, por cierto, demasiado halagüeñas.

Lo que no es de extrañar, con esos mimbres, es que la Unión se haya convertido en un poderoso impulsor de medidas contra el discurso del odio. Y en esa dinámica, la Decisión Marco 913 de 2008, “relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal” ha actuado como un revulsivo para las reformas introducidas en 2015 en el Código Penal español en lo que se refiere a la persecución penal de los delitos de discursos de odio.

La Decisión Marco se sustenta en la idea de que los Estados miembros han de velar por la conformidad de sus políticas con las posiciones de la Unión (artículo 29 del Tratado), que en este caso se refiere a la necesidad de “definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea”. Dicho enfoque es un enfoque “de mínimos”, pero novedoso y exhaustivo e cuanto a la definición de una serie de conductas que habrán de ser castigadas, la consideración necesaria de la motivación racista o xenófoba como agravante, la gradación de penas (“de uno a tres años de prisión como mínimo”), y el alcance de la responsabilidad no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas, esta última regulada ahora en el nuevo artículo 510 *bis* del Código Penal.

En España la tipificación penal del discurso del odio, a partir del Código de 1995, había basculado en torno a dos tipos genéricos básicos (la provocación a la discriminación, por un lado, y la difusión maliciosa de informaciones injuriosas, recogidos en los artículos 510.1 y 510.2 del Código Penal, respectivamente); incluía además un tipo específico, el de negación o justificación del genocidio, regulado en el artículo 607.2, y un tercero previsto expresamente para perseguir el enaltecimiento y la justificación del terrorismo o la humillación de las víctimas (artículo 578 en la versión operada mediante la reforma del año 2000). Todo ello dicho de manera muy sintética y resumida, pues en

realidad el tratamiento penal del odio era ya, incluso antes de la decisiva reforma del año 2015, bastante más complejo de lo que pudiera parecer a primera vista.

Pese a que la rúbrica “delito de odio” no ha aparecido nunca (ni aparece) en el Código Penal, lo importante es que la denominación que a veces se hace de este cuerpo normativo como “Constitución en negativo” nos parece aquí particularmente pertinente, ya que la defensa de los valores que ella proclama (dignidad, igualdad y no discriminación) contra la conducta (o la actitud o la intención) de quienes los desconocen, empuja en la dirección de la complejidad y el adelantamiento preventivo de la sanción punitiva. En términos conceptuales, la figura del delito de odio se resiente de una ambigüedad básica, pues puede referirse tanto a la motivación de quien lo comete (el prejuicio o la aversión hacia la víctima por la condición personal de ella), como a las consecuencias que genera, discriminatorias, humillantes o intimidatorias, sobre grupos o colectivos sociales históricamente vulnerables, con independencia de la motivación o de la intención del autor. Una y otra perspectiva se deja sentir en la regulación del odio discriminatorio como circunstancia agravante genérica en el artículo 22.4 del Código Penal, así como en una panoplia de tipos penales incluidos en la Parte Especial (amenazas, delito contra la integridad moral, discriminación en el ámbito laboral, denegación de prestaciones, asociación ilícita para promover el odio, delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, etc).

El delito de incitación al odio del nuevo artículo 510 es el resultado de trasponer la Decisión Marco a la que antes nos hemos referido, verificado por la Ley Orgánica 1/2015. Leído en conjunción con la reforma realizada en el artículo 578, en materia de enaltecimiento del terrorismo, por medio de la Ley Orgánica 2/2015 – que a su vez invoca como justificación una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la 2178 sobre lucha contra el reclutamiento de terroristas – produce un efecto de penalización de la palabra que convierte al contenido de ambos artículos en claros candidatos para un escrutinio constitucional que necesariamente tendría que manejarse con las categorías norteamericanas – o su equivalente – de lo impreciso (*vagueness*), lo excesivo (*overbreadth*) y lo desalentador (*chilling effect*).

El nuevo 510 es uno de esos artículos-río, cuya lectura requiere un esfuerzo de concentración y una familiaridad con los entresijos técnicos de lo punitivo que no está al alcance de cualquiera. Encuadrado bajo el Epígrafe “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución”, contiene (nada menos que) tres tipos básicos (510.1, letras *a*, *b* y *c*), tres tipos atenuados (510.2, letras *a*, *b* e *in fine*) y dos tipos cualificados (510.3 y 510.4). Sintetizando mucho, los tipos básicos consisten en: (1) fomentar, promover o incitar al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra grupos (o individuos en razón a su pertenencia a ellos) por los motivos allí enumerados ; (2) producir, elaborar, poseer para distribuir, o facilitar a terceros el acceso a, material idóneo para la realización de las conductas descritas en el Apartado 1; y (3) negar, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio o de lesa humanidad. Los tipos atenuados son: (1) lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito en razón de su pertenencia a los grupos definidos en el 510.1; (2) producir, elaborar, poseer para distribuir o facilitar el acceso a material propiciatorio de tales conductas; y (3), con referencia a los dos tipos atenuados recién descritos, y al objeto de agravar la pena prevista para ellos, en aquellos casos en los que la acción punible promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que se mencionan en los Apartados anteriores. Finalmente, los tipos cualificados conllevan la imposición de penas previstas para los tipos básicos en su mitad superior (prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses) “cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información” que hagan accesible la conducta prohibida a un elevado número de personas (510.3), previendo incluso la posibilidad de elevarse hasta la pena superior en grado en el caso de que “los

hechos, la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo” (510.4).

Por lo que se refiere al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, la reforma de 2015 del artículo 578 del Código Penal no afectó a la definición de las conductas típicas, pero (en la misma línea que los nuevos Apartados 3 y 4 del 510) procede a endurecer las penas cuando aquellas se realicen a través de Internet o por medio de comunicaciones electrónicas o tecnologías de la información (578.2), o bien los hechos, vistas sus circunstancias, “resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella” (578.3); y además se contempla, incluso cautelarmente, la retirada de los contenidos ilícitos, así como la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del cual se hubiera cometido el delito.

El odio y el “ciber-odio” se nos aparecen hoy regulados, en definitiva, a través de un régimen punitivo de elevadísima densidad en el que la intencionalidad del autor, el odio o la voluntad de discriminar (*hate crime, bias crime*), combinado con la producción de consecuencias, concretas, o en abstracto, se materializan en un verdadero frenesí de conceptos y referencias abiertas. Ello se ha traducido ya en un incremento de las denuncias por la comisión de estos delitos, pero es previsible que la consecuencia (¿indeseada?) sea también el desbordamiento de los contornos en los que debería desenvolverse el “derecho de los jueces” para no incidir más allá de lo soportable en el principio de seguridad jurídica; máxime estando, como está, en juego el alcance de un derecho fundamental tan decisivo para medir la calidad de la democracia como la libertad de expresión.

3. La postura del juez europeo: entre lo apodíctico y lo ponderado

De manera simplificada, y a los efectos que aquí interesan, denominamos juez europeo a los tribunales supranacionales que, en dicho ámbito, tienen la última palabra sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000; esto es, respectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que actúa en el seno del Consejo de Europa, y el Tribunal de Justicia (TJUE) que lo hace en el de la Unión Europea. Ya se ha apuntado que las aportaciones de uno y de otro sobre la interpretación de las cláusulas anti abuso y los límites últimos de la tolerancia no son equiparables. Y ello es lógico no sólo por razones cronológicas, sino porque a escala europea, Tribunal de derechos, dedicado en exclusiva a defenderlos, sin más lógica de conexión competencial, una vez agotadas las vías internas, que la denuncia de la vulneración de cualquiera de los reconocidos en el Convenio, solamente hay uno, que es el TEDH. Entiéndase bien: el Tribunal de Justicia de la Unión ciertamente se ha hecho acreedor en los últimos años a ser reconocido como un poderoso intérprete europeo del contenido de bastantes de los derechos de la Carta, pero su labor en este campo está mediada por la conexión necesaria con la aplicación del Derecho de la UE, algo que influye claramente sobre el tono, el estilo y la profundidad de sus pronunciamientos. Pensemos en un ejemplo reciente y bien concreto: el TJUE hubo de decidir en marzo de 2018 si la marca de una cadena de restaurantes con domicilio social en España, llamada *La Mafía se sienta a la Mesa*, resulta o no contraria al orden público. El Tribunal decide que sí es contraria y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Lo que sorprende es que una cuestión que, en otra sede, podría haber suscitado agudas cuestiones relacionadas con el régimen del *speech* comercial y sus limitaciones, es decir, hubiera sido tratada como una cuestión rigurosamente de derechos, aquí se despacha con una sentencia sobria, de apenas 10 páginas, en la que el Tribunal se limita a considerar si el organismo de instancia aplicó o no correctamente la excepción de “contrario al orden público o a las buenas costumbres”

recogida en la correspondiente norma europea (el Reglamento 207/2009). Para el TJ, lo importante es valorar las cosas “sobre la base de los criterios de una persona razonable que tenga umbrales medios de sensibilidad y tolerancia” (Párrafo 26 de la Sentencia). Y así, frente al intento de los recurrentes por convencer al Tribunal de que la marca y el logo remitían de manera expresa e inequívoca a la saga de películas de “El Padrino”, el TJ recuerda que la Mafia es una organización criminal que realiza graves actos delictivos, y que tales actividades “vulneran los propios valores en que está fundada la Unión, en particular, los valores de respeto de la dignidad humana y de la libertad, tal y como están previstos (en los artículos) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (Párrafo 36). El párrafo recién transcrito es un buen ejemplo de invocación apodíctica de los valores europeos, que se esgrimen allí como un ariete contra el intento de reconducir la opción elegida por los promotores de la marca controvertida al terreno del libre actuar o del ejercicio legítimo de derechos. Los valores se alzan como el punto de llegada del razonamiento; una vez proclamada la incompatibilidad, el sentido de la resolución va de suyo, sin necesidad de ulteriores matizaciones o distingos.

En el sistema del Convenio, la prohibición del abuso de derecho del artículo 17 es una herramienta que la antigua Comisión y el TEDH han utilizado asiduamente para eliminar de los contornos de lo protegido la difusión de sentimientos de odio o de intolerancia. Pero en otras ocasiones, y para orillar el “efecto guillotina” que produce dicho artículo, el TEDH aborda los discursos del odio desde la perspectiva de las restricciones legítimas de la libertad de expresión previstas en el Párrafo Segundo del artículo 10, lo que le permite dar respuestas mucho más matizadas y ajustadas a las particularidades del caso. No hay que olvidar que el TEDH actúa generalmente no como un juez de hechos, sino como uno que tiene que decidir sobre lo que otros jueces, los nacionales, han dicho al resolver el conflicto de fondo, por lo que sus sentencias suelen consistir en ejercicios de ponderación de los derechos e intereses en conflicto que se yuxtaponen (para reforzarlos o rebatirlos) a los realizados en el ámbito interno. Tras un rodaje de casi siete décadas de defensa de los derechos a escala europea, las sentencias del TEDH traslucen una técnica depurada, una lógica cartesiana que se despliega a través de pasos sucesivos en los que el TEDH va analizando si la limitación concreta a la que fue sometido el derecho estaba prevista en la ley interna, si atendía a una finalidad legítima (y encuadrable en la óptica del 10.2) y si, en la práctica, y a la vista de las circunstancias concurrentes, la limitación fue concorde con las exigencias de una sociedad democrática. Esta forma pautada de estructurar el razonamiento otorga a las decisiones un marchamo de racionalidad argumentativa que tiene que ver bastante con el auge universal de la proporcionalidad como la técnica más idónea para resolver los conflictos en materia de derechos.

Lo que dista de ser claro en materia de expresiones de odio es cuándo el TEDH opta por la exclusión apriorística (la vía del artículo 17) o bien por el juicio ponderado (la vía del 10.2). Y la duda no se disipa examinando el resumen de jurisprudencia sobre *Discours de haine* que el propio TEDH pone a disposición de la comunidad jurídica a través de su página web. Es un resumen que abarca todo el arco temporal comprendido entre 1957 – que fue el año de la Decisión de la Comisión declarando conforme con el Convenio la disolución del Partido Comunista decretada por las autoridades alemanas – y 2015; e incluye causas y casos relacionados con diferentes tipos de odio: étnico o racial, religioso, amenazante contra el orden democrático o “negacionista” (del holocausto) y revisionista. También casos de apología de los crímenes de guerra, del terrorismo, de discursos homófobos y xenófobos, agresivos contra la identidad nacional y de injurias políticas. Un largo elenco de casos que caen a veces del lado de la decisión de inadmisibilidad de la queja, por imposibilidad de invocar el Convenio para amparar actuaciones abusivas e incompatibles con los valores en él subyacentes; y otras del lado de la consideración detenida mediante el análisis vía artículo 10.2. A falta de un criterio claro, quizá sea de ayuda revisar dos casos recientes, ambos sobre discursos del odio por instigar a la violencia, fallados en el mes de mayo de 2018 por las

Secciones Segunda y Tercera del TEDH. El primero de ellos, *ROJ TV A/S contra Dinamarca*, desemboca en una Decisión de inadmisión basada en el artículo 17, cuyo alcance es desmenuzado con cita de abundante jurisprudencia en los Párrafos 30 y siguientes de la Sentencia. El caso tiene además interés porque llega al TEDH después de que el TJUE dictaminara a instancia de un juez alemán, en vía de cuestión prejudicial, sobre la posibilidad de que un Estado pueda prohibir las emisiones de televisión de una empresa radicada en otro Estado miembro, en base a la disposición de la Directiva reguladora de las actividades de radiodifusión televisiva (la 89/552/CEE) que prohíbe la difusión de contenidos que inciten al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad. En el caso fallado por el TJUE, al igual que en el decidido por el TEDH, el problema de fondo era la emisión reiterada en *ROJ TV* (y en otra emisora llamada *Mesopotamia Broadcast*) de propaganda del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), cuyos puntos de vista sobre la supuesta legitimidad de la lucha armada y el complot internacional contra el terrorista convicto, Öcalan, eran asumidos plenamente. Ante el TEDH, el problema en examen era si la condena a penas de multa de la emisora, así como la de prohibición de emitir, por haber incurrido en el delito de cooperación con el terrorismo, previsto en el Código Penal de Dinamarca, contravenían la libertad de expresión de los demandantes. El TEDH comienza citando la sentencia del TJUE, favorable a la posibilidad de prohibir, y de manera inmediata establece los principios que preludian el sentido de la decisión. Lo que nos importa resaltar no es la insistencia en que apoyar la violencia e instigar el odio equivale a utilizar torticeramente el artículo 10 para destruir el sistema de los derechos del Convenio, pues esto es algo que se presenta en línea de continuidad con decisiones tan relevantes como *Garaudy contra Francia* (negacionismo), *Norwood contra el Reino Unido* (islamofobia), *Dieudonné M'Bala M'Bala contra Francia* (antisemitismo) o la más reciente *Belkacem contra Bélgica* (justificación de la Sharia y odio contra los no musulmanes), por citar sólo algunas. Lo relevante, insistimos, es que ahora el TEDH parece optar por una llamada a la contención en la aplicación de la doctrina del abuso de derecho para concluir que este es uno de los casos en los que el recurso a la “guillotina” del artículo 17 está plenamente justificado. “El Tribunal – se lee en el Párrafo 46 de la Sentencia – cree oportuno recordar que el artículo 17 (...) sólo debe ser aplicado en supuestos excepcionales y para casos extremos (...). Y en el caso en examen el Tribunal ha dado una importancia decisiva al hecho de que en el procedimiento seguido ante los Tribunales internos (...) quedó acreditado que el seguimiento de la actualidad desde un solo lado fue acompañado de reiteradas invitaciones a participar en la lucha y en las acciones armadas, de llamamientos para sumarse a la guerrilla, y de la presentación como héroes de los caídos en la lucha, todo lo cual (...) sobrepasa lo que podría ser considerado como una declaración de simpatía hacia el PKK (...)”. El TEDH parece estar diciendo, en definitiva (y a eso es a lo que apunta el Párrafo siguiente) que en la actual hora europea, la prevención del terrorismo y de expresiones que guarden relación con él, e inviten a usar la violencia, se han convertido en los candidatos mejor colocados para merecer la aplicación apodíctica del artículo 17.

El segundo caso es *Stomakhin contra Rusia* y sitúa los razonamientos del Tribunal exactamente en las antípodas de la aproximación realizada en el caso *ROJ TV*. El demandante es un periodista y activista político, director de una publicación llamada *Radikalnaya Politika* (Política Radical), desde la cual se criticaba acerbamente la actuación de las autoridades rusas con respecto al conflicto checheno. El espíritu de la publicación puede resumirse en la idea de que el pueblo checheno estaba comprometido en una lucha heroica contra la expansión colonial rusa y en esa perspectiva los artículos incluían ocasionalmente chanzas contra los creyentes de la religión ortodoxa y expresiones como “asesinos del pueblo checheno”, “criminalidad patológica de Rusia” “la venganza por el genocidio del pueblo checheno llegará tarde o temprano” “las explosiones en el metro de Moscú están justificadas y son legítimas” y otras por el estilo. La acción penal contra el periodista por llamar a acciones extremistas y aleccionar odio y hostilidad y humillar la dignidad por razón de etnia,

origen, actitud frente a la religión o pertenencia a un grupo social (artículo 282.1 del Código Penal ruso) desembocó en una condena firme a la pena de 5 años de prisión y 3 de inhabilitación para el ejercicio de la profesión periodística. En la Sentencia el TEDH reproduce, como de costumbre, el derecho interno aplicable, pero significativamente incluye en ese Apartado un Epígrafe separado bajo la denominación “Instrumentos y textos relevantes del Consejo de Europa”, en el cual cita la Recomendación nº 15 contra el discurso del odio (de 2015) y su Memorándum explicativo (a los que antes nos referimos), precisamente para resaltar la importancia de valorar los discursos controvertidos a la luz de las circunstancias y en concreto: (i) el contexto en el que aparece el discurso, con referencia a la presencia o no de graves tensiones en el seno de la sociedad en la que el discurso es difundido; (ii) la capacidad de quien habla de ejercer influencia sobre otras personas, por ejemplo por ejercer liderazgo político, religioso o social; (iii) la naturaleza y el carácter del lenguaje empleado, es decir, hasta qué punto es provocativo y directo, si recurre o no a información falsa o a estereotipos y estigmatizaciones capaces de instigar acciones de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación; (iv) el contexto en el que aparecen expresiones concretas, o sea, si aparecen de manera aislada o reiterada, o bien si pueden aparecer o no como contradichas en el marco del propio discurso o por la audiencia a través de un debate; (v) el medio utilizado para la difusión del discurso y la medida en la que permite o no suscitar respuestas inmediatas, como ocurre en un debate en directo; y finalmente (vi) el tipo de audiencia, en el sentido de si concurre en ella una disposición o susceptibilidad para realizar actos de violencia, intimidación, hostilidad y discriminación.

Se trata, como se ve, de un conjunto de directrices cuyo propósito es guiar la aplicación de una categoría tan problemática como la del discurso del odio mediante la contención y la explicación racional. Y a la luz de ellas, y con la tríada de pasos de costumbre (previsión/justificación del límite/necesidad “democrática”), el TEDH opta por enfrentarse al caso desmenuzando las opiniones y juicios de valor del demandante en tres categorías diferenciadas (unas que justifican la violencia terrorista, otras que califican la actuación de las autoridades rusas y unas terceras que se vinculan con la difusión de sentimientos negativos con respecto a los creyentes de una religión). Con este modo de proceder (y de manera un tanto sorprendente) el TEDH es capaz de dictar una sentencia en la que reconoce al mismo tiempo que ciertas afirmaciones (las del primer tipo) no están justificadas y, a la vez, llegar a la conclusión de que la libertad de expresión del demandante fue vulnerada. Traducido a la técnica argumentativa del Tribunal, ello se hace posible añadiendo al test de la *pressing social need* (que en este caso sí concurre, según el TEDH) un juicio adicional de proporcionalidad de la respuesta del Estado, juicio del que va a hacer depender, en definitiva, si dicha respuesta era o no necesaria en una sociedad democrática. La conclusión es que no lo era, a la vista de la dureza de la sanción penal y teniendo a la vez en cuenta que el impacto potencial del medio en el que se expresaba el demandante era ciertamente limitado.

La sentencia tiene un voto particular del juez Keller muy crítico con el desmenuzamiento del discurso en partes susceptibles de un análisis por separado; algo, se defiende en el voto, que generará confusión y tendrá consecuencias que no son fáciles de prever, especialmente – concluye – en un momento como el presente en el que varios Estados pertenecientes al Consejo de Europa se enfrentan a tensiones de tipo separatista.

4. Y la del Tribunal Constitucional español: ¿el odio trivializado?

Hasta la STC 177/2015, en la que el TC decidió el amparo relacionado con la condena penal de independentistas catalanes que quemaron una foto de los reyes, la jurisprudencia del TC en materia de discursos del odio era una jurisprudencia que podemos calificar de contenida y coherente.

Contenida no sólo en razón del limitado número de casos relacionados con ese tipo de discurso (algo, por lo demás, que tampoco es achacable al propio Tribunal) sino porque era una jurisprudencia más bien “minimalista”, en el sentido de ceñida a responder las cuestiones jurídicas objeto del debate, sin plantearse como objetivo posicionarse en la materia de cara al futuro mediante afirmaciones e interpretaciones enfáticas y de amplio espectro. El TC amparó el honor de Violeta Friedman, una víctima directa de los campos de concentración, frente a las opiniones “negacionistas” y ultrajantes de un filo nazi (STC 214/1991); sostuvo la condena por un delito de injurias de los responsables de la publicación de un comic de contenido claramente humillante para quienes estuvieron presos en los campos de exterminio (STC 176/1995); y resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con respecto al hoy derogado artículo 607.2 del Código Penal que castigaba la negación o justificación del genocidio. En su respuesta el TC vino a decir (por mayoría de 8 votos contra 4) que la mera negación del genocidio, digamos desapasionada o neutra, siempre que no llevara implícita la justificación o enaltecimiento del mismo, debería reputarse que está protegida por la libertad de expresión, lo que determinó la declaración parcial de inconstitucionalidad del referido artículo del Código Penal (STC 235/2007). Esta sentencia continua siendo, por cierto, a fecha de hoy la única del Tribunal Constitucional en cuyo origen, además del delito de negación del holocausto, estaba la persecución penal por el delito de incitación al odio racial del 510 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma de 2015.

No obstante las muchas críticas doctrinales que recibió la STC 235/2007, y pese a que, a la postre, el TEDH acabaría condenando a España en este asunto por vulneración de las exigencias de un proceso justo (*caso Varela Geis contra España*), podemos decir que en los tres casos citados la jurisprudencia del TC tiene una coherencia básica. Está basada sobre la defensa a ultranza del valor dignidad, que se completa, en el caso de la *Librería Europa*, con el deseo de no quebrantar el hilo que vincula el delito de incitación al odio con el elemento intencional y el deseo de producir consecuencias, inmediatas o futuras, pero constatables. Y en relación con ello y alumbrada por el prurito de descartar en absoluto la persecución *sustantiva* de ideologías o creencias, el TC no se priva de recurrir al tópico de la presunta imposibilidad lógica de calificar nuestra democracia como “democracia militante”, ya que – como se dice expresamente en el FJ 2 de la STC 176/1995 y se reitera en el FJ 4 de la STC 235/2007 – la Constitución protege también a quienes la niegan. La insistencia en dicho tópico, que sólo se tiene en pie si definimos la *militancia constitucional* valiéndonos de las disposiciones sobre la reforma como el único indicador que hay que tener en cuenta (y cuyo nefasto corolario es que, respetando las formalidades, todo es defendible e igualmente respetable), genera claras disonancias con relación a las concepciones del TEDH sobre el sentido último del reconocimiento de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Hablando en términos abstractos, se trata de una disonancia que está soterrada o recluida al ámbito de lo puramente teórico o especulativo. Lo paradójico es que, si descendemos a lo concreto, podríamos pensar que a menos “militancia constitucional” mayor tolerancia frente a discursos o comportamientos “extremos” o molestos para una gran parte de la población. Y sin embargo aquí tenemos una nueva brecha entre las posturas del TC y las del TEDH que la STC 177/2015 y la subsecuente del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España* ejemplifican espectacularmente.

Los hechos que están el origen de la STC 177/2015 puede revisarlos cualquiera en *youtube*. El vídeo de apenas un minuto y medio muestra la congregación de unas decenas de personas en una plaza de la ciudad de Gerona bajo pancartas contra la ocupación de los países catalanes por los borbones, la colocación de una foto con las imágenes invertidas de Juan Carlos y Sofía en el centro de la plaza y la quema del retrato por dos personas con el rostro tapado. Estos fueron acusados y condenados por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional como autores de un delito de injurias graves al Rey previsto en el artículo 490.3 del Código Penal a la pena de 15 meses de

prisión con suspensión del ingreso y multa sustitutiva de 2.700 euros a cada uno de ellos. La sentencia, que tuvo 6 votos particulares, fue confirmada por el Pleno de la Sala de lo Penal con una Motivación que insistía en el carácter de la quema como expresión simbólica de desprecio a la institución y en la idea de que el tipo penal protege el honor del Rey, pero sólo en la medida en que es reconducible al ámbito del ejercicio de sus funciones constitucionales. Interpuesto el amparo ante el TC por vulneración de los derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y de expresión (artículo 20.1.a CE), este es desestimado por el Pleno del TC con una mayoría de 8 votos contra 3. El TC aborda el asunto desde la perspectiva de la libertad de expresión en un largo Fundamento Jurídico (el FJ 2) que arranca con las habituales citas de jurisprudencia en defensa del derecho a la crítica desabrida e hiriente, para dar inmediatamente un giro metodológico y traer a colación el discurso del odio (con cita del caso decidido en 2009 por el TEDH, *Féret contra Bélgica*) al objeto de anunciar que el problema en examen no es tanto un problema de limitaciones legítimas de la libertad de expresión cuanto de uno previo, el de la delimitación de su contenido. Mediante ese expediente, que supone a la vez una reivindicación de la capacidad del TC para revisar a fondo las ponderaciones del juez ordinario, y pese a que la sentencia no se priva de deslizar el tópico de la condición no militante de nuestra democracia, el giro se da en el FJ 4 cuando el TC nos dice que lo que se trata de dilucidar es si estamos en presencia de la expresión legítima de una opinión, o bien ante el propósito de “desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”. Y también, un poco más adelante: “Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes”.

Son muchas las cosas que se pueden decir de esta concepción desbordante del discurso del odio, manejada por el TC con el fin de realizar una “delimitación” apriorística de la libertad de expresión en nuestra “agnóstica” (por no militante) democracia constitucional. Los votos particulares y, de manera especial el del magistrado Xiol Rius, así lo señalan, advirtiendo de los peligros que entraña distorsionar los contenidos generalmente admitidos en el repositorio del discurso del odio, para albergar una versión supuestamente más sofisticada, o *Smart* del mismo que, en realidad, lo banaliza, transformándolo en otra cosa.

La sentencia del TEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, de 13 de marzo de 2018, cita expresamente el Anexo a la Recomendación R(97)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en la que el ámbito de aplicación de los principios allí enunciados en relación al discurso del odio van referidos a “las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Y ello prelude una decisión de condena de España que sigue la línea de los casos *Castells* (1992) y *Otegui Mondragón* (2011) por la renuencia de los jueces españoles a reconocer la naturaleza de crítica política de ciertos discursos e incurrir en limitaciones de la libertad de expresión que resultan desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática.

La utilización de la STC 177/2015 como *leading case* y precedente más relevante se deja sentir de forma explícita en la STC 112/2016, la primera sentencia en la que el TC admitió entrar en el fondo de un amparo frente a una condena por enaltecimiento del terrorismo con motivo del discurso proferido por el recurrente en un acto de homenaje a un relevante miembro de la banda terrorista ETA, fallecido en 1978. Ciertamente aquí la postura del TC se nos aparece bastante más en consonancia con la mantenida por el TEDH en materia de discursos que contemporizan con el

terrorismo. Pero la afirmación que se desliza en el FJ 4 en el sentido de vincular la presencia de un discurso de odio al hecho de “propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”, unido al escenario político que se abrió con el final definitivo de ETA, pueden producir el efecto de favorecer una interpretación del artículo 578 apegada a la tesis del discurso político (como vuelve a reclamar el magistrado Xiol Rius en su voto particular a la STC 112/2016), incluso cuando se trata de revisar el pasado, en lugar de una centrada en el propósito de justificar la violencia y humillar a quienes la padecieron.

5. Conclusión: el discurso del odio y las paradojas y contradicciones de un concepto inasible

En las páginas anteriores hemos concentrado nuestra atención en lo que nos parece que son los elementos más relevantes para comprender los problemas que plantea la persecución penal del discurso del odio. Hemos mirado las normas del Código penal que lo regulan, y hemos atendido a las interpretaciones jurisprudenciales, europeas y de nuestro Tribunal Constitucional, cuando tienen que habérselas con la categoría y enfocar los asuntos concretos que se les plantean a la luz del compromiso con los derechos fundamentales y, en especial, con la libertad de expresión. Hemos realizado una exposición selectiva y parcial: sólo las normas del Código Penal español y las jurisprudencias del TEDH y del TC, estas últimas porque entendemos que dan lugar a interpretaciones *relevantes* y *paramétricas* que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria deben atender para cumplir el mandato que les imponen el artículo 10.2 de la Constitución (en cuanto a la jurisprudencia del TEDH) y el 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en cuanto a la jurisprudencia del TC).

Pero al optar por esa estrategia, a buen seguro hemos dejado fuera cuestiones y datos que son esenciales para obtener una visión más ajustada a la realidad del problema en examen. Hay, desde luego, cuestiones que son rigurosamente de enfoque. Si tratamos el discurso del odio como un problema de persecución penal, dejamos fuera formas de posicionarse frente a él que posiblemente resultan más idóneas para prevenirlo o para neutralizar su impacto. En ese sentido, habría que atender a las respuestas normativas inspiradas en el valor y el mandato constitucional de igualdad, como pueden ser, entre otras, la Ley 19/2007 contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, o las aprobadas en algunas Comunidades Autónomas para combatir lo que ha dado en llamarse la LGTB-fobia y promover la igualdad de las personas pertenecientes a esos colectivos. Claro que en ese caso, quizá habría que “negar la mayor” y abandonar la inercia semántica atrapada en la etiqueta del “discurso del odio” para hablar preferiblemente de discursos discriminatorios. Y ya puestos a revisar, ¿no procedería considerar hasta qué punto la presión de las instancias supranacionales en favor de la regulación penal del discurso del odio no ha tenido un efecto inhibitorio para el surgimiento de maneras menos traumáticas de combatirlo? Al fin y al cabo, como escribiera Durkeim – y esto es plenamente aplicable a uno de los problemas específicos que plantea la persecución penal del odio – “la intención es una cosa demasiado íntima como para que pueda ser apreciada desde fuera y por aproximaciones groseras”.

En nuestro descargo siempre podremos decir que los problemas jurídicos en el marco de las libertades propias de un Estado de derecho, acaban desembocando inexorablemente en una cuestión de encuadre constitucional. Y de eso, de los condicionantes constitucionales de la persecución penal del discurso del odio, y de los imperativos adicionales marcados por la(s) integración(es) supranacional(es), es de lo que hemos hablado; de eso, y no de las tareas, realizadas o pendientes, dirigidas a evitar que el mandato específico de igualdad del artículo 9.2 CE sea sólo *flatus vocis*.

Pero al actuar así tampoco hay que olvidar que solemos caer en una especie de “paradoja epistémica” que condena nuestro saber de juristas a articularse como un saber azaroso e incompleto. La mirada desde el vértice, es decir, sólo a algunos conflictos que son los que llegan a las más altas esferas resolutorias, nos nubla la visión y nos oculta los detalles decisivos de lo más corriente o de lo más cercano, que son, en materia del discurso del odio, como en cualquier otro ámbito de estudio, los que más importan. Los criterios para perseguir o no una conducta y para ejercer la acción penal o desistir de hacerlo; los que se manejan para decretar el archivo de la causa o darle trámite; y los que se atienden para dictar resoluciones que pueden ser recurridas o no. Eso es lo que más interesa, sin que de todo ello alcancemos generalmente a tener más que un panorama limitado y de segunda mano. En sede de jurisdicción ordinaria, las respuestas son a veces axiomáticas y favorables a la sanción por lo que el discurso tiene en sí mismo de reprochable, y otras veces matizadas y “atemperadoras” en razón de las circunstancias que lo rodean y la previsible ausencia de daños consecuenciales. Nada que no hayamos visto reflejarse en las posiciones de los intérpretes supremos. Sin salir de ese ámbito, el de la jurisdicción ordinaria, pero atendiendo también allí a la posición de las cúspides (las Salas de lo Penal del Supremo y de la Audiencia Nacional), también sabemos que hay divergencia de puntos de vista, sobre todo en cuanto a los requisitos que tienen que concurrir para apreciar enaltecimiento del terrorismo.

Una de las paradojas más lacerantes que provoca la persecución penal del discurso del odio es la multiplicación exponencial de sus efectos. Cultivadores del género musical conocido como rap, cuya fama no hubiera salido nunca del reducido núcleo de sus adeptos, atraen ahora una atención mediática generalizada y sostenida. Si comparamos dicho efecto amplificador con el que la norma penal atribuye por definición al uso de las redes sociales, la descompensación es evidente. A instancias de la Unión Europea, Facebook, Google, Twitter y Microsoft comparten, de todos modos, desde hace un par de años un código de conducta para bloquear los contenidos que inciten a la violencia y en algunos países, en Alemania, por ejemplo, se ha legislado para establecer la obligación de suprimir de la red los contenidos ilegales y el procedimiento para llevar a cabo el borrado.

Son sólo pinceladas de un panorama en el que los discursos, los delitos y (ahora también) los incidentes de odio parece que han acabado por convertirse en el problema por excelencia de las sociedades con un sistema de libertad de expresión anclado sólidamente a su ser constitutivo. Si esto fuera así, y el odio, el anatema, la voluntad de aniquilar al diferente y la intolerancia dogmática hubieran desplazado de verdad la vigencia (social pero también en el reducto de la conciencia de cada cual) de los valores que las Constituciones proclaman, entonces no habría Oficinas, Fiscalías ni Tribunales que pudieran hacer frente a la marea de aniquilación. Nuestras sociedades abiertas a la diversidad se habrían transformado en sociedades obsesivas y enfermas y, en la era de la comunicación digital a escala global, la libertad de expresión habría regresado a los momentos del control inquisitorial.

Las exigencias de seguridad de la sociedad democrática, y el deseo de sentar las bases de una convivencia pacífica de los individuos y de los grupos, no pueden hacernos olvidar que la medida y el cálculo coste/beneficio tienen que ser consustanciales a los planteamientos con los que nos enfrentemos a los discursos del odio, si no queremos que nuestras respuestas acaben dañando la solidez y la coherencia de las convicciones que pretendemos defender.

6. Bibliografía sucinta

Un par de obras colectivas se ocupan del discurso del odio desde perspectivas diversas pero prevalentemente jurídicas: la coordinada por el autor de este trabajo, *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015; y la coordinada por

Lucía Alonso y Víctor Vázquez, *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017.

Sobre el tratamiento en España y el encuadre del discurso del odio en el contexto internacional, Andrés Gascón Cuenca, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur, 2016.

La traslación de la doctrina del abuso de derecho al terreno de los derechos humanos y, en concreto, la cláusula anti abuso en el Convenio Europeo y en la Carta de Derechos Fundamentales es el objeto de mi monografía *La Europa de los derechos entre tolerancia e intransigencia*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008. Sobre esto interesa también, con datos más actualizados, Hannes Cannie y Dirk Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29/1 (2011), 54 y ss. La expresión “democracia militante transnacional está tomada del trabajo de Ulrich Wagrandl “Transnational militant democracy”, *Global Constitutionalism*, 7:2 (2018), 143 y ss.

Sobre el tratamiento del odio en el Código Penal y la reforma verificada en 2015, Juan Luis Fuente Osorio, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27 (2017). Me he servido también del trabajo de Juan Alberto Díaz López, *Informe sobre delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, Madrid, 2018 (disponible en la Red).

Y en términos generales, Rafael Alcácer Guirao, “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02 (2012), así como los trabajos de los constitucionalistas Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112 (2018), 45 y ss; y Germán Teruel Lozano, “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27 (2017), así como “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 17 (2017).

MASSIMILIANO MEZZANOTTE

Il *Revenge Porn* e i limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero: l'esperienza americana e quella italiana a confronto

“...forme d'intromissione nelle comunicazioni potrebbero ritenersi legittimate solo per la salvaguardia di diritti e valori di pari rango costituzionale”
(P. COSTANZO, *Voce Internet diritto pubblico*),
Dig. disc. pubbl., Agg., I

SOMMARIO: 1. Nascita di una nuova forma di tutela. – 2. Il modello americano; 3. Il necessario rispetto del Primo Emendamento. – 4. La *Section 230* del *Communication Decency Act*. – 5. Le decisioni della Corte di Appello del Minnesota e della Corte Suprema dell'Illinois. – 6. Il modello italiano contrasta con le norme costituzionali? – 7. Un ponte verso il futuro.

1. *Nascita di una nuova forma di tutela*

Il 9 agosto 2019 è entrata in vigore la legge n. 69 sul c.d. *revenge porn*, ossia il reato che incorre chi “dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate”. Il reato introdotto nel codice penale (art. 612-ter) prevede in realtà una disciplina molto articolata, secondo cui incorre nella sanzione anche chi, dopo aver acquisito o ricevuto tali immagini o video, “li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento”. Sono inoltre previste aggravanti se l'autore è il coniuge, anche se separato o divorziato, o chi è legato da vincoli affettivi o con strumenti informatici o telematici, oppure se commesso nei confronti di persone in condizioni di inferiorità fisica o psichica o nei confronti di donne in stato di gravidanza. Sotto il profilo processuale, tranne che nell'ultimo caso appena indicato o se il reato è connesso con altro reato procedibile d'ufficio, è richiesta la querela, che va proposta nel termine di sei mesi¹.

Sin da subito emerge chiaramente che la nuova norma mira a garantire non solo la libertà morale (come si potrebbe pensare in ragione della collocazione nel titolo XII, sezione III del codice penale, subito dopo il reato di *stalking*), ma soprattutto la *privacy* sessuale e la reputazione dell'individuo.

In quest'ottica, la tutela apprestata non può che apparire un utile strumento per combattere quei fenomeni di diffusione di filmati intimi di persone che di recente sono stati riportati agli onori

¹ Per completezza, si riporta il testo dell'art. 612-ter c.p.: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video di organi sessuali o a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e la multa da 5.000 a 15.000 euro.

La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento.

La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procederà tuttavia d'ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio”.

della cronaca e che gli strumenti informatici o telematici consentono di effettuare con una certa rapidità (c.d. *sexting*, ossia l'invio o la condivisione di immagini sessuali attraverso tali mezzi).

Essendo un reato plurioffensivo, va a interessare una serie di valori costituzionali, che devono essere quindi analiticamente bilanciati, al fine di evitare una lesione di contrapposti interessi.

Ed ecco che allora può essere utile dare uno sguardo a quei Paesi² in cui è stata effettuata un'accurata analisi e sono state adottate delle decisioni che fanno sorgere più di qualche perplessità, in termini di corretta valutazione dei valori in gioco.

2. Il modello americano

Negli Stati Uniti si è sviluppato un ampio dibattito sul tema³. I numeri che interessano il fenomeno sono notevoli; uno studio del 2016 svolto dal *Data&Society Research Institute* ha evidenziato che un americano su 25 è stato vittima di un caso di *revenge porn*⁴. I dati sono quindi allarmanti ed evidenziano l'ampiezza e la diffusione del fenomeno, che viene avvertito come una forma di invasione della *privacy*, uno strumento per imbarazzare o molestare la persona ritratta nella foto o nel video.

In ragione di ciò, 41 Stati, incluso il Distretto di Columbia, hanno adottato una normativa idonea a contrastare questi comportamenti, che hanno sicuramente enormi ripercussioni sociali ed economiche sulla collettività. Si può ritenere, in via generale, che la normativa introdotta proibisce la diffusione di immagini con esplicito contenuto sessuale o di video riguardanti una persona identificabile senza il permesso della stessa. Inoltre, né la consegna volontaria di foto o video con tale contenuto né l'assenso a detenere tale materiale costituisce consenso alla successiva diffusione.

Sotto l'aspetto contenutistico, alcune leggi esistenti forniscono una chiara definizione delle tipologie di immagini e delle condotte proibite. Ad esempio, la legge dell'Illinois punisce chi diffonde volontariamente le immagini che permettono l'identificazione delle persone direttamente dalle stesse o dalle informazioni diffuse, chi è impegnato in atti sessuali o che espone parti intime, se le immagini sono ottenute in circostanze tali che una persona ragionevole è in grado di conoscere o capire che le stesse dovevano restare private e sapeva o avrebbe potuto sapere che la persona ritratta non ha dato il consenso alla divulgazione (720 ILCS 5/11-23.5 (b)).

In altre normative si afferma che la condivisione di immagini non comporta il permesso ad una distribuzione ampia o addirittura di rendere le stesse pubbliche⁵. Ad esempio, in Arkansas si afferma che il fatto che una foto, un ritratto, una registrazione audio o video sia stata creata con la consapevolezza o il consenso della persona o che le stesse siano di proprietà della persona che le distribuisce non è una difesa dalla possibilità che tali comportamenti vengano perseguiti (A.C.A. S 5-26-314).

² La problematica è stata affrontata in vari Stati, come emerge dalla ricostruzione effettuata da M.A. FRANKS, *"Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line*, in *Florida LawReview* (<http://www.floridalawreview.com/>), 2017, vol. 69, 1279 ss.

³ Per un'analisi di diritto comparato, v.M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, 2019, 595 ss.

⁴ L'analisi è stata fatta da A LENHART, M. YBARRA, M. PRICE-FEENEY, *Non-consensual image sharing: one in 25 americans has been a victim of "revenge porn"*, in *Data & Society* (<https://datasociety.net/>) 13 december 2016.

⁵ Solo il 19 % delle legislazioni in materia prevedono la tutela nel caso di distribuzione non consensuale di immagini porno scattate con il consenso della vittima, come evidenziato da C. J. NAJDOWSKI, *Legal Responses to Non consensual Pornography: Current Policy in the United States and Future Direction for Research*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 2017, vol. 23, n. 2, 158.

Sempre sotto il profilo sostanziale, la maggior parte delle normative estende la responsabilità di tali fatti anche alle piattaforme web; unica eccezione è la normativa della Georgia, in cui il pubblico ministero può superare la presunzione che il *provider* non sia a conoscenza del contenuto dei post condivisi al fine di accertarne la responsabilità (Ga. Code Ann. § 16-11-90). Anche la legge del Maryland, una delle prime a prevedere una disciplina sul *revenge porn*, non estende la responsabilità all'*interactive computer service*, ovvero non ritiene i *providers* come Google Chrome, Safari e Internet Explorer, colpevoli per i siti accessibili tramite questi server⁶ (Md. Code, *Criminal Law* § 3-809).

Del tutto peculiare è invece la normativa del Vermont, secondo la quale i siti web e le piattaforme sono responsabili nel caso in cui sollecitano o accettano pagamenti dalle vittime per rimuovere o astenersi dal pubblicare "*non consensual pornography*" (Vt. Stat. Ann. Tit. 13 § 2606).

Sotto il profilo processuale, la legge del Colorado attribuisce alle vittime dei reati il diritto di agire direttamente nei confronti di chi ha postato immagini private, prevedendo la possibilità di ricorrere a strumenti cautelari e chiedere il risarcimento dei danni. Inoltre, viene riconosciuto il diritto d'autore in merito all'uso commerciale di immagini private (C.R.S.A. S 18-7-107).

Nel contempo, vi sono alcune previsioni controverse; queste leggi sono infatti pensate per tutelare le vittime da forme di abuso nella distribuzione non autorizzata di materiale pornografico. Nell'Arkansas, ad esempio, la normativa trova applicazione solo se le vittime appartengono al nucleo familiare o ai membri della famiglia o ai precedenti o attuali partner. In Pennsylvania, si richiede che il crimine sia perpetrato dall'attuale o precedente partner (T. 18 Pa. C.S.A. § 3131 (a)).

Nel South Dakota (S 22-21-4) la tutela è ammessa solo nel caso di fotografie o registrazioni ottenute senza il consenso. In Virginia, la punibilità è prevista solamente in presenza di uno specifico intento di costringere, molestare o intimidire la vittima e la divulgazione o la vendita deve essere fatta "*maliciously*" (Title 18.2 – 386.2), circostanza che può essere esclusa, ad esempio, in caso di persona che agiva sotto l'effetto di stupefacenti o sostanze alcoliche.

Parimenti criticate sono quelle previsioni che hanno un contenuto vago e che, come tali, potrebbero essere soggette a un'interpretazione non univoca. È il caso della normativa del Kansas, che punisce la diffusione di immagini se la persona raffigurata ha una "ragionevole aspettativa di *privacy*" (K.S.C. § 21-6101). Non è dato comprendere cosa si debba intendere con tale espressione, che risulta dai contorni alquanto indefiniti.

La disciplina che tutela in maniera adeguata gli interessi della vittima è, secondo qualche autore⁷, quella della California (Pen. § 647). Essa punisce sia chi posta le foto sia il creatore del sito web; inoltre, non differenzia a seconda del soggetto che scatta la foto (ad esempio, in Virginia si esclude la tutela per le vittime che esse stesse scattano le foto e le inviano ad altre persone; nelle Hawaii, la normativa appare non chiarissima e sembra tutelare la vittima solo nel caso di foto ottenute senza il consenso (HRD 5 § 711-1110.9)).

Anche questa disciplina presenta dei profili problematici. Il limite è dato dalla possibilità per l'autore del reato di sottrarsi alla sanzione semplicemente asserendo che la foto non è stata scattata in California, che la vittima non vive in questo Stato o che la persona che ha postato la

⁶ Sulla normativa del Maryland, H. ROBERTSON, *The Criminalization of Revenge Porn*, in *Campbell Law Observer* (<http://campbelllawobserver.com/>), 21 luglio 2005, che segnala come un limite della disciplina sia la mancanza di una previsione che criminalizzi la creazione di siti web; così facendo, non si interviene alla radice del problema ma solo sulle conseguenze.

Segnala profili problematici di tale normativa anche D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, in *The Yale Law Journal*, 2019, n. 128, 1940, che evidenzia come la disciplina si applichi solo alle immagini postate su internet e non per quelle inviate a colleghi, amici o familiari per mail o per iscritto.

⁷H. ROBERTSON, *The Criminalization of Revenge Porn*, cit.; nello stesso senso anche J. PITCHER, *The State of The States: The Continuing Struggle to Criminalize Revenge Porn*, in *Brigham Young University Law Review*, vol. 2015, issue 5, 2015, 1456 ss., in particolare sul rilievo che questa legge sia un modello per gli altri Stati (1459).

foto non risiede in California. Altri sottolineano che la normativa presenti delle criticità laddove richiede un *malicious motive*, ossia lo specifico fine di ingenerare angoscia nella vittima⁸.

In via generale, una serie di limiti è evidenziato nelle leggi, prima fra tutti i rimedi a disposizione delle vittime. Sebbene si siano fatti passi importanti per individuare e punire i responsabili, le normative spesso non prevedono rimedi immediati per rimuovere il contenuto osceno dal web. La responsabilità penale è ritenuta insufficiente dal momento che un rimedio ripristinatorio, idoneo cioè a bloccare la circolazione di immagini, appare forse lo strumento più importante. Il permanere in rete di immagini, infatti, può causare conseguenze di natura sociale e mentale per le vittime⁹ che nessuna forma di responsabilità (civile o penale) è idonea a ripristinare. Solo la normativa delle Hawaii prevede la distruzione delle foto se pubblicate in violazione della normativa.

Dall'analisi effettuata emergono tutte le problematiche che le normative esistenti palesano; per tale ragione, la dottrina più attenta ha evidenziato la necessità di un intervento di riforma, finalizzato ad innalzare i livelli di tutela delle vittime¹⁰.

3. Il necessario rispetto del Primo Emendamento

Le discipline sopra richiamate hanno destato non poche perplessità. Oltre che per problemi di vaghezza normativa¹¹, in via generale il maggior limite è rappresentato dal necessario rispetto del Primo Emendamento.

La restrizione della libertà di parola può avvenire solo in presenza di un interesse primario e la previsione deve essere proporzionata in modo rigoroso nel limitare esclusivamente quel tipo di discorso; com'è stato evidenziato nella sentenza *Ashcroft v. ACLU*, il primo Emendamento impedisce al Governo di effettuare restrizioni per quelle forme di espressioni basate su «*its message, its ideas, its matter, or its content*»¹². La Corte Suprema ha peraltro evidenziato che sono, in ogni caso, previste limitazioni al contenuto della libertà di espressione in ipotesi determinate (come gli atti osceni, la diffamazione, la frode e l'istigazione) e il primo Emendamento non permette di ignorarle¹³.

A coloro che evidenziavano che il divieto doveva interessare due forme di comportamenti, ossia la diffusione di immagini che mostrano pose o atti sessuali e la divulgazione delle stesse senza il consenso della persona interessata¹⁴, è stato replicato che questi divieti cozzano con le libertà previste dal Primo Emendamento; in particolare, le due condotte rappresentano «*unconstitutional content discrimination, view point discrimination and speaker discrimination*»¹⁵. Insomma, non appare ammissibile procedere a una limitazione contenutistica, a meno che non si ricada nelle c.d. eccezioni al Primo Emendamento. Il che significa, ancora una volta, la necessità di effettuare

⁸D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, in *Wake Forest Law Review*(<http://wakeforestlawreview.com/>), vol 49, 2014, 387.

⁹ Evidenziano le conseguenze di natura economica per le vittime, anche in termini di costi del processo, T, COLE, C. POLICASTRO, C. CRITTENDEN, K. MCGUFFEE, *Freedom to Post or Invasion of Privacy? Analysis of U.S: Revenge Porn State Statutes*, su *Victims & Offenders* (<https://www.tandfonline.com/toc/uvao20/current>), 31.1.2020, 4.

¹⁰ In talsenso, M. A. FRANKS, "Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line, cit., 1298 ss.

¹¹ Su tale problematica, A.N. KITCHEN, *The Need to Criminalize Revenge Porn: How a Law Protecting Victims Can Avoid Running Afoul of the First Amendment*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2015, 594 ss.

¹² *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564, 573 (2002).

¹³ *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U. S. 377, 382-383 (1992).

¹⁴ D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 345 ss.

¹⁵ J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, in *Pace Law Review*, 2015, vol. 35, 1, 195-196.

un'analisi attenta e un bilanciamento scrupoloso tra i contrapposti interessi in gioco, in ragione del livello di tutela previsto per questa libertà.

Ed ecco che una parte della dottrina ha evidenziato che la legge sul *revenge porn*, per essere compatibile con la norma costituzionale, debba necessariamente passare attraverso il c.d. scrutinio stretto, rientrare nelle "*categorical exception*" e le limitazioni sulla libertà devono essere "accidentali"¹⁶.

Ma la preoccupazione che traspare è quella di evitare che una legge possa giungere a ostacolare la diffusione della verità o di ogni altra forma di manifestazione del pensiero effettuata per ragioni di pubblico interesse, che va a costituire il vero obiettivo del Primo Emendamento. Ancora una volta, si distingue a seconda che la norma costituisca la lesione di un interesse sociale o individuale. Una limitazione nella circolazione della verità viene considerata una compressione dell'interesse pubblico nell'individuazione delle persone che pongono in essere comportamenti censurabili e questo interesse può essere sacrificato solo se i benefici superano i costi¹⁷. In quest'ottica, quindi, trovano la loro giustificazione le *categorical exception*, che mirano a combattere l'oscenità, la diffamazione, forme di istigazione a commettere reati, ecc.; come sottolineato dalla Corte Suprema, «*There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem*»¹⁸.

Secondo la giurisprudenza, la questione si concentra ovviamente sull'estensione del concetto di libertà di espressione, ossia se in essa possa rientrare anche la pubblicazione di foto su un sito web. In realtà, la Corte Suprema ha dichiarato che non esiste una varietà illimitata di comportamenti che può essere etichettata come discorso "ogni volta che la persona coinvolta nella condotta intende in tal modo esprimere un'idea"¹⁹. Anche un comportamento può essere una forma di espressione, ossia essere considerato un modo in cui manifestare il proprio pensiero. Il pubblico può ovviamente percepirlo in questo modo. Anche la pubblicazione di foto intime del partner potrebbe, quindi, essere catalogata in questo modo. Ma in tali ipotesi, dal momento che "*speech*" e "*non speech*" sono in simbiosi nella stessa condotta, sussiste un interesse dello Stato nella regolamentazione del comportamento stesso che può giustificare limitazioni incidentali della libertà prevista dal Primo Emendamento²⁰.

Alla luce di questi principi, allora, nell'ordinamento americano è il pubblico, e non il governo, che valutano il valore dell'informazione²¹; per dirla in maniera più specifica, «*a restriction on revenge pornography aims to manipulate the public*»²².

In quest'ottica, è da chiedersi se appaia legittimo che un datore di lavoro possa conoscere e valutare che un proprio lavoratore, in particolare se svolge attività a contatto con il pubblico, si sia fatto fotografare in pose oscene, dal momento che questo potrebbe incidere sul suo «*moral*

¹⁶J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, cit., 202 ss.; l'autore rileva che lo scrutinio stretto sia una forma di giudizio molto rigorosa, in cui lo scopo del Primo Emendamento appare prevalente, tranne che in casi eccezionali, nei confronti di contrapposti interessi governativi. Una legge per superare tale controllo deve quindi fondarsi su una forte giustificazione, basata sulla circostanza che i danni che si mira ad alleviare siano reali e non presupposti.

¹⁷*United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).

¹⁸*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

¹⁹*Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 555 (1965).

²⁰ Per tale concetto, *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

²¹ "*The general rule is that the speaker and the audience, not the government, assess the value of the information presented*"; *Edenfield v. Fane*, 123 L. Ed. 2d 543, 113 S. Ct. 1792, 1798 (1993).

²²A. KOPPELMAN, *Revenge Pornography and First Amendment Exceptions*, in *Emory Law Journal* (<http://law.emory.edu/elj/>), 2016, vol. 65, 670.

caliper»²³. La lesione di interessi individuali, in questo caso, si contrappone al diritto di altri di apprendere proprio alcune particolari categorie di informazioni concernenti il singolo. Per alcuni, potrebbe non sussistere un interesse pubblico per questa tipologia di dati personali²⁴; in ogni caso, la Suprema Corte ha a chiare lettere evidenziato che il Primo Emendamento in ogni caso rappresenta “un giudizio del popolo americano” e che la soppressione della verità comporta effetti negativi, specificando in particolar modo che le corti non hanno il potere di modificare questo giudizio o individuare eccezioni basate su un “ad hoc *balancing*” dei relativi costi sociali e benefici²⁵.

Nel contempo, appare però di rilievo la considerazione che la diffusione di tali immagini ha un effetto devastante sulle vittime, soprattutto sotto il profilo psichico. Infatti, se si ritiene corretta una valutazione del comportamento anche sotto l'aspetto lavorativo, spesso tali pubblicazioni provocano la perdita del lavoro e la difficoltà a trovarne uno nuovo; le vittime non di rado sono costrette a recedere dalla vita sui social e addirittura a cambiare nome «*to escape revenge porn's long shadow*»²⁶. Tutto ciò viene fatto senza che si possa invocare il rispetto della normativa sulla *privacy*, dal momento che in molti casi le vittime scattano le foto o acconsentono ai loro partner di condividerle; inoltre, nella concezione attuale manca una dimensione sociale della violazione, per cui la stessa viene relegata ad un problema individuale²⁷.

4. La Section 230 del Communication Decency Act

La necessità di ricorrere a una normativa specifica, attualmente non prevista a livello federale²⁸, è giustificata dalla circostanza che la Section 230 del *Communication Decency Act* presenta più di qualche limite. Il problema della pubblicazione di immagini non consentite è stato amplificato

²³J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, cit., 208, il quale in ogni caso si dichiara contrario a tale valutazione di ordine morale, pur evidenziando però che altri potrebbero invece considerare rilevanti tali informazioni; tale *modus agendi*, peraltro, viene giustificato proprio dal primo Emendamento, ossia che «*people should decide for themselves what they need to know, and it is not the place of government to make that decision for them*».

²⁴E. VOLOKH, *Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You*, in *Stanford Law Review*, 200, vol. 52, 32 ss, in particolare 42 ss.

²⁵*United States v. Stevens*, 559 U.S. 470 (2010).

²⁶D. K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1870.

²⁷ Le due problematiche sono evidenziate da A.E. WALDMAN, *Privacy as Trust: Information Privacy for an Information Age*, New York, 2018, 109.

²⁸ In tal senso, C. J. NAJDOWSKI, *Legal Responses to Non consensual Pornography: Current Policy in the United States and Future Direction for Research*, cit., 155.

In realtà, la protezione da riprese o fotografie scattate da terzi o dalla diffusione del medesimo materiale è prevista dal *Video Voyeurism Prevention Act* del 2004 (18. U.S.C. § 1801 (2004)), come evidenziato da D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 346-347; anche il c.d. *Intimate Privacy Protection Act* (c.d. IPPA) (H.R. 5896 – 114th Congress (2015-2016), in corso di esame, mira a modificare il Title 18 del US Code, al fine di rendere punibile la distribuzione non consensuale di materiale pornografico; per un commento a tale normativa, K. A. MITCHELL, *The Privacy Hierarchy: A Comparative Analysis of the Intimate Privacy Protection Act vs. the Geolocational Privacy and Surveillance Act*, in *University of Miami LawReview* (<https://lawreview.law.miami.edu/>), 2019, vol. 73, 583 ss.

In un recente studio, peraltro, si sottolinea la necessità di una legge federale che uniformi le normative frammentarie; in tal senso, T. COLE, C. POLICASTRO, C. CRITTENDEN, K. MCGUFFEE, *Freedom to Post or Invasion of Privacy? Analysis of U.S: Revenge Porn State Statutes*, cit., 12; M. A. FRANKS, “*Revenge Porn*” *Reform: a View from the Front Line*, cit., 1293 ss.

Va infine segnalato che sono state presentate proposte di legge che criminalizzano, a livello federale, la diffusione di immagini intime senza il consenso delle persone ritratte (per esempio, H.R. 4472, 115th Cong. (2017); S. 2162, 115th Cong. (2017)), come evidenziato da D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, in *The Yale Law Journal*(<https://www.yalelawjournal.org/>), 2019, n. 128, 1932, nota 417.

proprio grazie ad internet, che funziona da cassa di risonanza. Dopo che un'immagine è posta sul web, com'è noto, chi ha fornito l'immagine ne perde il totale controllo.

A complicare il quadro normativo è proprio la sezione 230 del *Communication Decency Act*, nata a seguito di un ampio dibattito²⁹, che esclude qualsiasi responsabilità per gli *interactive service providers* (ISP) per i contenuti generati da terzi³⁰. Si pone allora il problema di individuare quale forma di limitazione viene imposta da tale normativa e i rimedi a disposizione di una vittima del *revenge porn*.

Sebbene la norma evidenziata schermi gli ISP, essa non esonera i *providers* da qualsiasi responsabilità. Com'è stato sottolineato³¹, gli ISP non devono monitorare o rimuovere i contenuti generati dagli utenti, ma non trovano alcuna forma di immunità in forza della sezione 230 nel caso di violazioni riguardanti la pornografia minorile, i contenuti osceni o la legge sul copyright o nel caso in cui essi siano anche "*information content provider*", ossia autori o sviluppatori di informazioni. Detto in altri termini, la protezione della norma richiamata si rivolge ai casi in cui i siti web non creano i contenuti pubblicati, realizzati dalle vittime direttamente o caricati da altri e quindi non dagli autori del sito. In tale ipotesi, quindi, i website "ospitano" informazioni provenienti da altri, per cui qualunque azione intentata contro gli stessi sarebbe vana.

Ciò dimostra come i rimedi previsti dall'ordinamento (come da esempio, i *torts* di molestie, stalking e invasione della *privacy*³²), sebbene possano avere un qualche effetto contro chi ha inviato i contenuti, non permettono di agire contro i siti web che pubblicano le immagini. Ma soprattutto evidenzia l'estrema debolezza del *Communications Decency Act* in relazione alla repressione *revenge porn*, per cui si sottolinea le necessità che lo stesso venga specificatamente modificato³³ o che venga introdotta una disciplina sul tema a livello federale³⁴.

5. Le decisioni della Corte di Appello del Minnesota e della Corte Suprema dell'Illinois.

Contro le normative sul *revenge porn*, si è instaurata una vera e propria battaglia, volta a verificare l'eventuale contrasto, sotto il profilo contenutistico, con il Primo Emendamento. In diversi casi, come in Wisconsin³⁵ e Vermont³⁶, le Corti di appello hanno rigettato i dubbi di costituzionalità, evidenziando che le immagini di sesso esplicito devono essere tutelate dalla

²⁹R. PETRUSO, *La responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitensi ed europeo a raffronto*, Torino, 2019, 2 ss.; per ironia della sorte, la Section 230 è stata approvata dal Congresso al fine di incoraggiare la libera circolazione di idee e l'attività dei siti web di monitorare e volontariamente rimuovere materiale osceno o offensivo, come ricordato da PAUL J. LARKIN, JR., *Revenge Porn, State Law, and Free Speech*, in *Loyola of Los Angeles Law Review* (<https://digitalcommons.lmu.edu/llr/>), 2014, vol. 48, 67.

³⁰ Secondo il 47 U.S.C. § 230 (c) (1), "*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.*"

³¹A. LEVENDOWSKI, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, in *N.Y.U. Journal of Intell. Prop. & Ent. Law* (<https://jipel.law.nyu.edu/>), 2014, 428.

³²Sutalirmedi, A. LEVENDOWSKI, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, cit., 431 ss.

³³ In tal senso, J. PITCHER, *The State of The States: The Continuing Struggle to Criminalize Revenge Porn*, cit., 1463; nello stesso senso anche D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1952, il quale, oltre a ricordare la recente modifica effettuata nel 2017 per combattere l'*online sex trafficking*, precisa che modesti aggiustamenti potrebbero preservare la libertà di pensiero, senza estendere la garanzia a malintenzionati o a quelle piattaforme che non rispondono dell'illegalità in modo ragionevole.

³⁴ Secondo M. A. FRANKS, "*Revenge Porn*" *Reform: a View from the Front Line*, cit., una disciplina a livello federale escluderebbe la protezione offerta dalla section § 230 agli *interactive computer service*.

³⁵ Court of Appeals of Wisconsin, *State v. Culver*, 2016AP2160-CR (Aug. 29, 2018).

³⁶ Supreme Court Vermont, 2018VT95, n. 2016-253, sul sito <https://law.justia.com/cases/vermont/supreme-court/2018/2016-253.html>; su tale decisione, D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1936 ss.

normativa sulla *privacy*, come altre informazioni sensibili (come ad esempio, i dati medici); analoga protezione è stata prevista dalla Corte Suprema dell'Illinois, che ha considerato questa legislazione non come una forma di restrizione del pensiero ma come strumento di protezione del diritto alla riservatezza³⁷.

Nel 2015, l'ACLU (*American Civil Liberties Union*), insieme a librai ed editori, è riuscita a bloccare gli effetti della normativa dell'Arizona³⁸; in particolare, nel procedimento intentato si è evidenziato che la normativa avrebbe potuto impedire la pubblicazione di alcune immagini, come l'iconica "Napalm Girl" del 1972³⁹.

Nel 2018, anche una Corte di appello del Texas ha dichiarato l'incostituzionalità del *Relationship Privacy Act*, che vietava la diffusione di immagini intime senza il consenso della persona ritratta; in questo caso si è ritenuto che la normativa limitasse eccessivamente i diritti costituzionali di terzi⁴⁰.

Una decisione peculiare è quella presa dalla Corte di appello del Minnesota del 23 dicembre 2019.

Essa riguardava un caso in cui un imputato era stato condannato dalla Corte della contea del Dakota in quanto aveva pubblicato video del suo partner senza permesso della vittima. Ciò violava la normativa che prevedeva questo reato nel caso di diffusione intenzionale di immagini di altre persone ritratte in atti sessuali o che espongono parti intime.

La decisione, che ha ribaltato la condanna a 23 mesi di carcere, ha ritenuto la legge eccessivamente ampia, dal momento che non specificava che la diffusione delle immagini doveva avvenire con l'intento di danneggiare la vittima, nel rispetto dei limiti previsti dal Primo Emendamento.

Qualche mese prima, nell'ottobre 2019, la Corte suprema dell'Illinois era pervenuta a una decisione opposta. Il caso questa volta riguardava una donna che, dopo aver scoperto che il suo fidanzato aveva un amante le cui foto erano apparse sul suo *tablet*, inviò le immagini alle rispettive famiglie e, a causa di ciò, venne arrestata e condannata per violazione della legge dell'Illinois sul *revenge porn*, che vieta la diffusione non consensuale di immagini sessuali private.

L'imputata impugnò la sentenza e in secondo grado l'appello venne accolto ma la Corte Suprema dell'Illinois ribaltò la decisione di secondo grado, rigettando le doglianze di incostituzionalità della legge per violazione del Primo Emendamento. Queste diversità di vedute ha spinto l'imputata del processo in Illinois ad adire la Corte Suprema.

Anche quest'ultimo caso, ricostruito a grandi linee, evidenzia la difficoltà, in mancanza di una legge federale o di un orientamento univoco della giurisprudenza, di chiarire ogni dubbio e ogni profilo problematico che la disciplina sul *revenge porn* solleva negli Stati Uniti.

6. Il modello italiano contrasta con le norme costituzionali?

Resta a questo punto da chiedersi se la normativa italiana possa incontrare le stesse problematiche ravvisate negli Stati Uniti d'America.

³⁷D. PAUL, *Is revenge porn protected speech? Lawyers weigh in, and hope for a Supreme Court ruling*, su *The Washington Post* (<https://www.washingtonpost.com/>) del 26 dicembre 2019.

³⁸ Per un'analisi di tale disciplina, J. PITCHER, *The State of The States: The Continuing Struggle to Criminalize Revenge Porn*, cit., 1460 ss.

³⁹ J. MULLIN, *Arizona makes deal with ACLU, won't enforce bad law on "revenge porn"*; nel 2016, in Arizona è stata approvata una nuova normativa (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-1425 (<https://www.azleg.gov/arstitle/>: 2017) che, secondo M. A. FRANKS, *"Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line*, cit., 1330, restringe la responsabilità a coloro che agiscono con l'intento di "di nuocere, molestare, intimidire, minacciare o costringere la persona raffigurata".

⁴⁰ Twelfth Court of Appeals Tyler, Texas, n. 12-17-00346 CR.

È però evidente la differenza strutturale tra l'art. 21 Cost. ed il I Emendamento della Costituzione americana. Nella seconda, si ritiene che vadano individuati limiti logici per contenere l'ampiezza del diritto di libertà⁴¹; nella previsione italiana, invece, esiste un limite esplicito e ve ne sono numerosi desunti da valori costituzionali.

Negli Stati Uniti, in sostanza, emerge un chiaro "favoritismo" della libertà di parola a discapito del diritto alla riservatezza, dal momento che si permette la pubblicazione di informazioni vere, anche se imbarazzanti⁴².

Per tale ragione, è stato proposto di elaborare normative sul *revenge porn* che vadano solo incidentalmente a interessare la libertà prevista nel Primo Emendamento. Questo è l'insegnamento che si trae dal famoso caso *United States v. O'Brien*⁴³, in cui la Corte ha ritenuto come la legge che vietava di bruciare un certificato solo incidentalmente andava ad incidere sulla libertà di parola. Da tale decisione, si è dedotto che una disciplina che non sia incostituzionale non deve essere diretta a limitare, direttamente o indirettamente, la libertà ricordata sotto il profilo contenutistico⁴⁴. In tale ipotesi, cioè, il pensiero non è lo scopo della tutela repressiva della legge, bensì un semplice mezzo utilizzato dall'autore del reato per perseguire altre finalità.

Sotto altra angolatura, invece, allorquando le disposizioni determinano una limitazione della libertà in ragione del contenuto della manifestazione del pensiero, bisogna far riferimento alle garanzie del *content-base deregulation* quindi fare applicazione dei controlli fondati sullo *strict scrutiny*, secondo il c.d. "*all-inclusive approach*", in base al quale tutte le manifestazioni sono in via presuntiva protette contro le restrizioni fondate sul contenuto, a meno che non si cada nelle ipotesi previste dalle *Exceptions*⁴⁵.

Appare allora evidente che il dibattito non può dirsi inevitabilmente chiuso e che la vicenda potrà essere risolta solo dalla Corte Suprema; sicuramente, la questione si pone al limite, ossia presenta elementi di grande problematicità. Da un lato, è scontato ritenere, in ragione delle finalità, che le normative esistenti siano da considerare incostituzionali in quanto forme di limitazioni contenutistiche della libertà di parola dei cittadini americani⁴⁶, che non possono sottrarsi ad uno sindacato assai stringente (*strict scrutiny*).

Nel contempo, appare percorribile una strada che porti a interessare solo incidentalmente tale libertà⁴⁷, o facendo applicazione delle categorie di comportamenti escluse dalle garanzie costituzionali⁴⁸, oppure evidenziando nella formulazione della norma lo scopo di tutelare l'offesa

⁴¹A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionale. Parte speciale*, Padova, 1992, 388-389.

⁴²E. GOLDBERG, *Free Speech Consequentialism*, in *Columbia Law Review* (<https://columbialawreview.org/>), vol. 116, 2016, 746-747, che evidenzia che proprio tale circostanza porta ad escludere che il diritto all'oblio possa trovare applicazione negli Stati Uniti.

⁴³*United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

⁴⁴J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, cit., 230.

⁴⁵E. VOLOKH, *The Trouble with "Public Discourse" as a Limitation on Free Speech Rights*, su *Virginia Law Review* (<https://www.virginialawreview.org/>), 2011, vol. 97, 3, 584 ss.

⁴⁶D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 361 ss., sottolineano che l'incriminazione penale deve rispettare gli stessi limiti previsti per le ipotesi di *tortlaw* (376).

⁴⁷Secondo PAUL J. LARKIN, JR., *Revenge Porn, State Law, and Free Speech*, cit., 113, «*revenge porn should receive at most de minimis First Amendment protection*»; ritiene invece A. I COHEN, *Non consensual Pornography and the First Amendment: A Case for a New Unprotected Category of Speech*, in *University of Miami Law Review* (<https://lawreview.law.miami.edu/>), 2015, vol. 70, 331 ss., che il campo in esame rappresenti una nuova categoria di manifestazione del pensiero priva di garanzia che richiede una regolamentazione.

⁴⁸Il riferimento è ad esempio alle manifestazioni del pensiero oscene o diffamatorie, come evidenziato da A.N. KITCHEN, *The Need to Criminalize Revenge Porn: How a Law Protecting Victims Can Avoid Running Afoul of the First Amendment*, cit., 255-256.

arrecata alla vittima⁴⁹; o ancora, in modo più diretto, coniando una nuova *Exception*⁵⁰, superando così il granitico orientamento giurisprudenziale che si è sedimentato nel corso degli anni. Una forma di bilanciamento quindi molto complessa, che ovviamente porta a far ragionare sui profili contenutistici, prima che le Corti⁵¹, sicuramente i legislatori stessi, statali e federali, chiamati a disciplinare una tipologia di fattispecie di grande problematicità e a definire gli ambiti di tale normativa.

Nel caso della disciplina italiana, la stessa si presenta come un illecito plurioffensivo, che viola una serie di valori costituzionali (dal buon costume alla dignità umana, dalla tutela dell'identità personale a quello sulla riservatezza, solo per citarne alcuni⁵²), per i quali la libertà di manifestazione può essere legittimamente limitata in ragione del contenuto delle espressioni utilizzate. Ciò nonostante, anche questa legislazione presenta alcune problematicità, che peraltro non assurgono al rango di lesione della Costituzione ma solo di imperfezioni in termini di tutela degli interessi della vittima. Ad esempio, è richiesta la querela, da proporre entro sei mesi; andava forse preferita la procedibilità d'ufficio⁵³ perché la vittima si trova evidentemente in una condizione psichica molto delicata.

Altro punto di rilievo è il consenso della vittima, soprattutto nel caso in cui vi sia inizialmente, ma poi venga revocato. In questa ipotesi, salvo casi di revoca espressa, potrebbe restare il dubbio che l'autore del reato abbia effettivamente contezza dell'esistenza di questa diversa volontà. Per quanto attiene poi ai c.d. secondi distributori, per questi si richiede il dolo specifico, ossia l'esplicita volontà di arrecare un danno alla vittima; questa scelta però, come dimostrato dalle normative sviluppate nel mondo anglosassone, non sono in grado di tutelare adeguatamente le vittime⁵⁴, dal momento che la carenza di questo elemento ne esclude la punibilità. Ecco perché la normativa introdotta presenta più di qualche elemento problematico in termini di adeguata tutela, soprattutto nell'ottica della mancanza di uno strumento che riesca a neutralizzare in termini rapidi le immagini o le foto condivise. Una normativa, quindi, che necessita di modifiche e aggiustamenti e che rappresenta, come nell'esperienza americana, l'inizio di un percorso volto alla ricerca del giusto bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco.

7. Un ponte verso il futuro

Le normative analizzate mostrano quindi tutti alcuni profili problematici che, solo nel corso degli anni, si riuscirà a risolvere. Grazie all'opera dei Legislatori e delle Corti, il fenomeno del

⁴⁹ Non è un caso A. KOPPELMAN, *Revenge Pornography and First Amendment Exceptions*, cit., 692, giunge a sottolineare che la lesione è tale da giustificare un'eccezione ai principi sanciti dal I Emendamento.

⁵⁰ Su tali problematiche, M.A. FRANKS, *"Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line*, cit., 1313 ss., con particolare riferimento sia alle *Exception* esistenti (come quella dell'*Obscenity* delle *Fighting Words*) sia all'individuazione di una nuova categoria (1317 ss.); a riguardo, anche E. RIBOT, *Revenge Porn and the First Amendment: Should Nonconsensual Distribution of Sexually Explicit Images Receive Constitutional Protection?*, in *University of Chicago Legal Forum* (<http://legal-forum.uchicago.edu/>), 2019, 536 ss.

⁵¹ Quest'ultime, in particolare, al cospetto delle peculiarità di internet, devono essere in grado di superare "olddoctrines" proprio in ragione delle minacce che tali comportamenti possono arrecare, come evidenziato da PAUL J. LARKIN, JR., *Revenge Porn, State Law, and Free Speech*, cit., 70.

⁵²G. ADAMO, *L'inquadramento normativo del Revenge Porn: un illecito plurioffensivo*, in *Diritto.it* (<http://www.diritto.it/>).

⁵³ A riguardo, C. MAIETTA, *Tutti i punti deboli della nuova legge su Revenge Porn*, in *Agenda Digitale* (<https://www.agendadigitale.eu/>).

⁵⁴ Evidenzia tale profilo G. M. CALETTI, *"Revenge porn". Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.c.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 20 aprile 2019.

revenge porn verrà progressivamente arginato. Basti pensare all'intervento effettuato sul sito *MyEx.com*, creato con lo specifico fine di "vendicarsi" dell'ex tramite la pubblicazione di foto, garantendo l'anonimato. Le foto venivano pubblicate con il nome delle persone ritratte, che potevano chiederne la rimozione previo pagamento di una somma su un conto aperto in Sud Africa⁵⁵.

Proprio per tale comportamento, *MyEx.com* è stato bloccato nel gennaio 2018 dopo i reclami presentati dalla *Federal Trade Commission* degli Stati Uniti e dallo Stato del Nevada.

Nel caso della normativa italiana, poi, una serie di profili, come evidenziati, suscitano più di qualche perplessità in termini di adeguata tutela per le vittime.

Nel contempo, la strada della sanzione penale potrebbe presentare dei limiti di tutela. Si pensi ad esempio alla fattispecie del secondo comma dell'art. 612-ter c.p., che richiede il fine di recare nocumento alla vittima. In questo caso, la diffusione involontaria non è assoggettata a nessuna sanzione. La previsione fa venire in mente lo scudo che la Section 230 offre ai siti web o a coloro che sono meri portatori di idee altrui, sebbene illegittime.

Tali elementi portano allora a ragione se, effettivamente, la sanzione penale sia l'unica strada percorribile⁵⁶. Si ritiene infatti che se da un lato le discipline in tema di *revenge porn* si pongono in contrasto con i principi costituzionali o presentano lacune in termini di garanzia della persona offesa, dall'altro si potrebbe pensare di ricorrere a forme di tutela civilistica⁵⁷ che mirino a perseguire il primario interesse delle vittime, ossia l'immediata rimozione del materiale pubblicato.

Ecco perché lo strumento più efficace potrebbe essere quello sia di punire chi pubblica le foto sia chi ospita il sito; inoltre una tutela ampia dovrebbe prescindere dall'eventuale consenso della vittima in fase di realizzazione degli scatti fotografici o dei video. Dovrebbe, inoltre, prevedere come foro competente quello della vittima e una forma di tutela immediata attraverso strumenti di monitoraggio che potrebbero permettere di giungere alla sanzione estrema della chiusura del sito⁵⁸.

⁵⁵A. GAJDA, *The First Amendment Bubble. How Privacy and Paparazzi Threaten a Free Press*, Cambridge, 2015, 133.

⁵⁶Ritiene invece la sanzione penale l'unica percorribile, M. A. FRANKS, "Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line, cit., 1336 ss.

⁵⁷G.R. STONE, R.H. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN, M. TUSHNET, P. KARLAN, R. TUSHNET, L. TUSHNET, *The First Amendment*, New York, 2020, 161; ritiene che si possa ricorrere al *tort of breach of confidentiality*, inteso come rimedio contro la diffusione di informazioni riservate, A.E. WALDMAN, *Privacy as Trust: Information Privacy for an Information Age*, cit., 114 ss.; per un caso di pubblicazione di foto di nudo inviate consensualmente da una minorenne al fidanzato e pubblicate su siti web, ritenuta "public disclosure of private fact", *Doev.Peterson et al.*, No. 2:2009cv13138 - Document 74 (E.D. Mich. 2011). Altri sottolineano la possibilità di ricorrere alla normativa sul copyright, che, sebbene non sia la soluzione migliore, avrebbe il vantaggio di non porsi in contrasto con la Section 230; in tal senso, A. LEVENDOWSKI, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, cit., 439.

Critica il ricorso a tale normativa è H. ROBERTSON, *The Criminalization of Revenge Porn*, cit., che ritiene questo strumento inidoneo dal momento che, nel caso in cui un sito non tolga l'immagine dalla vittima dal web, può trovare applicazione la legge sul copyright ma la vittima deve registrare il diritto di autore sulle foto entro 90 giorni dalla pubblicazione; inoltre, questa disciplina non permette comunque di tutelare la vittima nei casi di condivisione delle foto su altri siti. Ritiene che in ogni caso questa sia la forma migliore di tutela, E. GOLDBERG, *Free Speech Consequentialism*, cit., 747-748.

Di contrario avviso sono invece D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 357 ss., che sottolineano l'inadeguatezza di tale strumento per varie ragioni (costi, conoscibilità della vittima, ecc.) e l'impossibilità di superare i limiti di cui alla Section 230 (359).

⁵⁸ Si potrebbe ad esempio prevedere un sistema analogo a Photo DNA, ossia una tecnologia di corrispondenza di immagini sviluppata per combattere la pedopornografia; a riguardo, M. A. FRANKS, "Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line, cit., 1273-1274.

In ogni caso, è innegabile che la forma di tutela più efficace proviene dall'interno della rete, che deve, in sostanza, creare gli anticorpi contro utilizzi distorti che sfuggono a qualsiasi giurisdizione in ragione dell'aterritorialità dello strumento informatico⁵⁹.

Valga l'esempio di Facebook⁶⁰. Questo social network ha costituito un *team* di esperti e un sistema che permette l'assegnazione di un *finger print* digitale al materiale inviato dagli utenti con un tempo di *data retention* pari a quello necessario per lo screening e marcatura (in ogni caso, non superiore a 7 giorni). Il team provvederà anche a svolgere attività di supporto e manutenzione dell'algoritmo deputato al rilevamento e alla rimozione del materiale contestato⁶¹. Tale attività, insieme alla segnalazione degli utenti, permetterà di combattere il fenomeno del *revenge porn*, di cui i *social network* sono i maggiori veicolatori.

La soluzione prospettata porta, ancora una volta, a interrogarsi sugli strumenti per la regolamentazione dei fenomeni che si manifestano su internet o su altri mezzi di comunicazione (come WhatsApp) e sul necessario richiamo dell'etica della responsabilità, come segnalato dal prof. Costanzo proprio in relazione allo sviluppo tecnologico, che richiede una scrupolosa valutazione tra i benefici e le nuove minacce arrecate alla libertà degli individui. E' necessario che «il diritto valuti ogni realtà tecnologica e stabilisce quali dei suoi usi ed obiettivi vadano considerati antigiusuridici alla luce, beninteso, del solo parametro dotato di plausibilità in un sistema liberaldemocratico, vale a dire la manutenzione dei diritti fondamentali»⁶².

Ne deriva quindi un cambio di prospettiva e di analisi, che porta a ritenere superate le costruzioni sui diritti fino ad oggi concepite e a identificare nuove categorie concettuali (come dimostra la ricerca, sollecitata dalla dottrina, di nuove *Exceptions* all'Emendamento) e di regolamentazione dei comportamenti da tenere (con potenziamento di buone prassi, molte delle quali provenienti proprio dagli *internet providers*).

Un quadro quindi in cui cresce la consapevolezza di dover sviluppare e, nel contempo, individuare i limiti delle nuove tecnologie, nell'ottica della ricerca di una «libertà responsabile», dal momento che «quei mezzi che sembravano essere il fattore di un potenziamento infinito delle nostre libere scelte rischiano di diventare il vero fattore di una nuova riduzione in «schiavitù»»⁶³. Ed è questo, ovviamente, un rischio che deve essere evitato.

⁵⁹ Segnalava già tale problematica P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>) del 14 ottobre 1996.

⁶⁰ A riguardo, D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1955 ss.

⁶¹ In tal senso, F.P.F. PONTONI, *Facebook e Revenge Porn: strumenti e soluzioni per contrastare il fenomeno*, in *Cybersecurity360* (<https://www.cybersecurity360.it/>).

⁶²P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Milano, 2017, 5.

⁶³A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Milano, 2017, 36.

MASSIMILIANO MEZZANOTTE

Il *Revenge Porn* e i limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero: l'esperienza americana e quella italiana a confronto

“...forme d'intromissione nelle comunicazioni potrebbero ritenersi legittimate solo per la salvaguardia di diritti e valori di pari rango costituzionale”
(P. COSTANZO, *Voce Internet diritto pubblico*),
Dig. disc. pubbl., Agg., I

SOMMARIO: 1. Nascita di una nuova forma di tutela. – 2. Il modello americano; 3. Il necessario rispetto del Primo Emendamento. – 4. La *Section 230* del *Communication Decency Act*. – 5. Le decisioni della Corte di Appello del Minnesota e della Corte Suprema dell'Illinois. – 6. Il modello italiano contrasta con le norme costituzionali? – 7. Un ponte verso il futuro.

1. *Nascita di una nuova forma di tutela*

Il 9 agosto 2019 è entrata in vigore la legge n. 69 sul c.d. *revenge porn*, ossia il reato che incorre chi “dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate”. Il reato introdotto nel codice penale (art. 612-ter) prevede in realtà una disciplina molto articolata, secondo cui incorre nella sanzione anche chi, dopo aver acquisito o ricevuto tali immagini o video, “li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento”. Sono inoltre previste aggravanti se l'autore è il coniuge, anche se separato o divorziato, o chi è legato da vincoli affettivi o con strumenti informatici o telematici, oppure se commesso nei confronti di persone in condizioni di inferiorità fisica o psichica o nei confronti di donne in stato di gravidanza. Sotto il profilo processuale, tranne che nell'ultimo caso appena indicato o se il reato è connesso con altro reato procedibile d'ufficio, è richiesta la querela, che va proposta nel termine di sei mesi¹.

Sin da subito emerge chiaramente che la nuova norma mira a garantire non solo la libertà morale (come si potrebbe pensare in ragione della collocazione nel titolo XII, sezione III del codice penale, subito dopo il reato di *stalking*), ma soprattutto la *privacy* sessuale e la reputazione dell'individuo.

In quest'ottica, la tutela apprestata non può che apparire un utile strumento per combattere quei fenomeni di diffusione di filmati intimi di persone che di recente sono stati riportati agli onori

¹ Per completezza, si riporta il testo dell'art. 612-ter c.p.: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video di organi sessuali o a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e la multa da 5.000 a 15.000 euro.

La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento.

La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procederà tuttavia d'ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio”.

della cronaca e che gli strumenti informatici o telematici consentono di effettuare con una certa rapidità (c.d. *sexting*, ossia l'invio o la condivisione di immagini sessuali attraverso tali mezzi).

Essendo un reato plurioffensivo, va a interessare una serie di valori costituzionali, che devono essere quindi analiticamente bilanciati, al fine di evitare una lesione di contrapposti interessi.

Ed ecco che allora può essere utile dare uno sguardo a quei Paesi² in cui è stata effettuata un'accurata analisi e sono state adottate delle decisioni che fanno sorgere più di qualche perplessità, in termini di corretta valutazione dei valori in gioco.

2. Il modello americano

Negli Stati Uniti si è sviluppato un ampio dibattito sul tema³. I numeri che interessano il fenomeno sono notevoli; uno studio del 2016 svolto dal *Data&Society Research Institute* ha evidenziato che un americano su 25 è stato vittima di un caso di *revenge porn*⁴. I dati sono quindi allarmanti ed evidenziano l'ampiezza e la diffusione del fenomeno, che viene avvertito come una forma di invasione della *privacy*, uno strumento per imbarazzare o molestare la persona ritratta nella foto o nel video.

In ragione di ciò, 41 Stati, incluso il Distretto di Columbia, hanno adottato una normativa idonea a contrastare questi comportamenti, che hanno sicuramente enormi ripercussioni sociali ed economiche sulla collettività. Si può ritenere, in via generale, che la normativa introdotta proibisce la diffusione di immagini con esplicito contenuto sessuale o di video riguardanti una persona identificabile senza il permesso della stessa. Inoltre, né la consegna volontaria di foto o video con tale contenuto né l'assenso a detenere tale materiale costituisce consenso alla successiva diffusione.

Sotto l'aspetto contenutistico, alcune leggi esistenti forniscono una chiara definizione delle tipologie di immagini e delle condotte proibite. Ad esempio, la legge dell'Illinois punisce chi diffonde volontariamente le immagini che permettono l'identificazione delle persone direttamente dalle stesse o dalle informazioni diffuse, chi è impegnato in atti sessuali o che espone parti intime, se le immagini sono ottenute in circostanze tali che una persona ragionevole è in grado di conoscere o capire che le stesse dovevano restare private e sapeva o avrebbe potuto sapere che la persona ritratta non ha dato il consenso alla divulgazione (720 ILCS 5/11-23.5 (b)).

In altre normative si afferma che la condivisione di immagini non comporta il permesso ad una distribuzione ampia o addirittura di rendere le stesse pubbliche⁵. Ad esempio, in Arkansas si afferma che il fatto che una foto, un ritratto, una registrazione audio o video sia stata creata con la consapevolezza o il consenso della persona o che le stesse siano di proprietà della persona che le distribuisce non è una difesa dalla possibilità che tali comportamenti vengano perseguiti (A.C.A. S 5-26-314).

² La problematica è stata affrontata in vari Stati, come emerge dalla ricostruzione effettuata da M.A. FRANKS, *"Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line*, in *Florida Law Review* (<http://www.floridalawreview.com/>), 2017, vol. 69, 1279 ss.

³ Per un'analisi di diritto comparato, v.M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, 2019, 595 ss.

⁴ L'analisi è stata fatta da A LENHART, M. YBARRA, M. PRICE-FEENEY, *Non-consensual image sharing: one in 25 americans has been a victim of "revenge porn"*, in *Data & Society* (<https://datasociety.net/>) 13 december 2016.

⁵ Solo il 19 % delle legislazioni in materia prevedono la tutela nel caso di distribuzione non consensuale di immagini porno scattate con il consenso della vittima, come evidenziato da C. J. NAJDOWSKI, *Legal Responses to Non consensual Pornography: Current Policy in the United States and Future Direction for Research*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 2017, vol. 23, n. 2, 158.

Sempre sotto il profilo sostanziale, la maggior parte delle normative estende la responsabilità di tali fatti anche alle piattaforme web; unica eccezione è la normativa della Georgia, in cui il pubblico ministero può superare la presunzione che il *provider* non sia a conoscenza del contenuto dei post condivisi al fine di accertarne la responsabilità (Ga. Code Ann. § 16-11-90). Anche la legge del Maryland, una delle prime a prevedere una disciplina sul *revenge porn*, non estende la responsabilità all'*interactive computer service*, ovvero non ritiene i *providers* come Google Chrome, Safari e Internet Explorer, colpevoli per i siti accessibili tramite questi server⁶ (Md. Code, *Criminal Law* § 3-809).

Del tutto peculiare è invece la normativa del Vermont, secondo la quale i siti web e le piattaforme sono responsabili nel caso in cui sollecitano o accettano pagamenti dalle vittime per rimuovere o astenersi dal pubblicare "*non consensual pornography*" (Vt. Stat. Ann. Tit. 13 § 2606).

Sotto il profilo processuale, la legge del Colorado attribuisce alle vittime dei reati il diritto di agire direttamente nei confronti di chi ha postato immagini private, prevedendo la possibilità di ricorrere a strumenti cautelari e chiedere il risarcimento dei danni. Inoltre, viene riconosciuto il diritto d'autore in merito all'uso commerciale di immagini private (C.R.S.A. S 18-7-107).

Nel contempo, vi sono alcune previsioni controverse; queste leggi sono infatti pensate per tutelare le vittime da forme di abuso nella distribuzione non autorizzata di materiale pornografico. Nell'Arkansas, ad esempio, la normativa trova applicazione solo se le vittime appartengono al nucleo familiare o ai membri della famiglia o ai precedenti o attuali partner. In Pennsylvania, si richiede che il crimine sia perpetrato dall'attuale o precedente partner (T. 18 Pa. C.S.A. § 3131 (a)).

Nel South Dakota (S 22-21-4) la tutela è ammessa solo nel caso di fotografie o registrazioni ottenute senza il consenso. In Virginia, la punibilità è prevista solamente in presenza di uno specifico intento di costringere, molestare o intimidire la vittima e la divulgazione o la vendita deve essere fatta "*maliciously*" (Title 18.2 – 386.2), circostanza che può essere esclusa, ad esempio, in caso di persona che agiva sotto l'effetto di stupefacenti o sostanze alcoliche.

Parimenti criticate sono quelle previsioni che hanno un contenuto vago e che, come tali, potrebbero essere soggette a un'interpretazione non univoca. È il caso della normativa del Kansas, che punisce la diffusione di immagini se la persona raffigurata ha una "ragionevole aspettativa di *privacy*" (K.S.C. § 21-6101). Non è dato comprendere cosa si debba intendere con tale espressione, che risulta dai contorni alquanto indefiniti.

La disciplina che tutela in maniera adeguata gli interessi della vittima è, secondo qualche autore⁷, quella della California (Pen. § 647). Essa punisce sia chi posta le foto sia il creatore del sito web; inoltre, non differenzia a seconda del soggetto che scatta la foto (ad esempio, in Virginia si esclude la tutela per le vittime che esse stesse scattano le foto e le inviano ad altre persone; nelle Hawaii, la normativa appare non chiarissima e sembra tutelare la vittima solo nel caso di foto ottenute senza il consenso (HRD 5 § 711-1110.9)).

Anche questa disciplina presenta dei profili problematici. Il limite è dato dalla possibilità per l'autore del reato di sottrarsi alla sanzione semplicemente asserendo che la foto non è stata scattata in California, che la vittima non vive in questo Stato o che la persona che ha postato la

⁶ Sulla normativa del Maryland, H. ROBERTSON, *The Criminalization of Revenge Porn*, in *Campbell Law Observer* (<http://campbelllawobserver.com/>), 21 luglio 2005, che segnala come un limite della disciplina sia la mancanza di una previsione che criminalizzi la creazione di siti web; così facendo, non si interviene alla radice del problema ma solo sulle conseguenze.

Segnala profili problematici di tale normativa anche D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, in *The Yale Law Journal*, 2019, n. 128, 1940, che evidenzia come la disciplina si applichi solo alle immagini postate su internet e non per quelle inviate a colleghi, amici o familiari per mail o per iscritto.

⁷H. ROBERTSON, *The Criminalization of Revenge Porn*, cit.; nello stesso senso anche J. PITCHER, *The State of The States: The Continuing Struggle to Criminalize Revenge Porn*, in *Brigham Young University Law Review*, vol. 2015, issue 5, 2015, 1456 ss., in particolare sul rilievo che questa legge sia un modello per gli altri Stati (1459).

foto non risiede in California. Altri sottolineano che la normativa presenti delle criticità laddove richiede un *malicious motive*, ossia lo specifico fine di ingenerare angoscia nella vittima⁸.

In via generale, una serie di limiti è evidenziato nelle leggi, prima fra tutti i rimedi a disposizione delle vittime. Sebbene si siano fatti passi importanti per individuare e punire i responsabili, le normative spesso non prevedono rimedi immediati per rimuovere il contenuto osceno dal web. La responsabilità penale è ritenuta insufficiente dal momento che un rimedio ripristinatorio, idoneo cioè a bloccare la circolazione di immagini, appare forse lo strumento più importante. Il permanere in rete di immagini, infatti, può causare conseguenze di natura sociale e mentale per le vittime⁹ che nessuna forma di responsabilità (civile o penale) è idonea a ripristinare. Solo la normativa delle Hawaii prevede la distruzione delle foto se pubblicate in violazione della normativa.

Dall'analisi effettuata emergono tutte le problematiche che le normative esistenti palesano; per tale ragione, la dottrina più attenta ha evidenziato la necessità di un intervento di riforma, finalizzato ad innalzare i livelli di tutela delle vittime¹⁰.

3. Il necessario rispetto del Primo Emendamento

Le discipline sopra richiamate hanno destato non poche perplessità. Oltre che per problemi di vaghezza normativa¹¹, in via generale il maggior limite è rappresentato dal necessario rispetto del Primo Emendamento.

La restrizione della libertà di parola può avvenire solo in presenza di un interesse primario e la previsione deve essere proporzionata in modo rigoroso nel limitare esclusivamente quel tipo di discorso; com'è stato evidenziato nella sentenza *Ashcroft v. ACLU*, il primo Emendamento impedisce al Governo di effettuare restrizioni per quelle forme di espressioni basate su «*its message, its ideas, its matter, or its content*»¹². La Corte Suprema ha peraltro evidenziato che sono, in ogni caso, previste limitazioni al contenuto della libertà di espressione in ipotesi determinate (come gli atti osceni, la diffamazione, la frode e l'istigazione) e il primo Emendamento non permette di ignorarle¹³.

A coloro che evidenziavano che il divieto doveva interessare due forme di comportamenti, ossia la diffusione di immagini che mostrano pose o atti sessuali e la divulgazione delle stesse senza il consenso della persona interessata¹⁴, è stato replicato che questi divieti cozzano con le libertà previste dal Primo Emendamento; in particolare, le due condotte rappresentano «*unconstitutional content discrimination, view point discrimination and speaker discrimination*»¹⁵. Insomma, non appare ammissibile procedere a una limitazione contenutistica, a meno che non si ricada nelle c.d. eccezioni al Primo Emendamento. Il che significa, ancora una volta, la necessità di effettuare

⁸D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, in *Wake Forest Law Review*(<http://wakeforestlawreview.com/>), vol 49, 2014, 387.

⁹ Evidenziano le conseguenze di natura economica per le vittime, anche in termini di costi del processo, T, COLE, C. POLICASTRO, C. CRITTENDEN, K. MCGUFFEE, *Freedom to Post or Invasion of Privacy? Analysis of U.S: Revenge Porn State Statutes*, su *Victims & Offenders* (<https://www.tandfonline.com/toc/uvao20/current>), 31.1.2020, 4.

¹⁰ In talsenso, M. A. FRANKS, "Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line, cit., 1298 ss.

¹¹ Su tale problematica, A.N. KITCHEN, *The Need to Criminalize Revenge Porn: How a Law Protecting Victims Can Avoid Running Afoul of the First Amendment*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2015, 594 ss.

¹² *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564, 573 (2002).

¹³ *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U. S. 377, 382-383 (1992).

¹⁴ D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 345 ss.

¹⁵ J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, in *Pace Law Review*, 2015, vol. 35, 1, 195-196.

un'analisi attenta e un bilanciamento scrupoloso tra i contrapposti interessi in gioco, in ragione del livello di tutela previsto per questa libertà.

Ed ecco che una parte della dottrina ha evidenziato che la legge sul *revenge porn*, per essere compatibile con la norma costituzionale, debba necessariamente passare attraverso il c.d. scrutinio stretto, rientrare nelle "*categorical exception*" e le limitazioni sulla libertà devono essere "accidentali"¹⁶.

Ma la preoccupazione che traspare è quella di evitare che una legge possa giungere a ostacolare la diffusione della verità o di ogni altra forma di manifestazione del pensiero effettuata per ragioni di pubblico interesse, che va a costituire il vero obiettivo del Primo Emendamento. Ancora una volta, si distingue a seconda che la norma costituisca la lesione di un interesse sociale o individuale. Una limitazione nella circolazione della verità viene considerata una compressione dell'interesse pubblico nell'individuazione delle persone che pongono in essere comportamenti censurabili e questo interesse può essere sacrificato solo se i benefici superano i costi¹⁷. In quest'ottica, quindi, trovano la loro giustificazione le *categorical exception*, che mirano a combattere l'oscenità, la diffamazione, forme di istigazione a commettere reati, ecc.; come sottolineato dalla Corte Suprema, «*There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem*»¹⁸.

Secondo la giurisprudenza, la questione si concentra ovviamente sull'estensione del concetto di libertà di espressione, ossia se in essa possa rientrare anche la pubblicazione di foto su un sito web. In realtà, la Corte Suprema ha dichiarato che non esiste una varietà illimitata di comportamenti che può essere etichettata come discorso "ogni volta che la persona coinvolta nella condotta intende in tal modo esprimere un'idea"¹⁹. Anche un comportamento può essere una forma di espressione, ossia essere considerato un modo in cui manifestare il proprio pensiero. Il pubblico può ovviamente percepirlo in questo modo. Anche la pubblicazione di foto intime del partner potrebbe, quindi, essere catalogata in questo modo. Ma in tali ipotesi, dal momento che "*speech*" e "*non speech*" sono in simbiosi nella stessa condotta, sussiste un interesse dello Stato nella regolamentazione del comportamento stesso che può giustificare limitazioni incidentali della libertà prevista dal Primo Emendamento²⁰.

Alla luce di questi principi, allora, nell'ordinamento americano è il pubblico, e non il governo, che valutano il valore dell'informazione²¹; per dirla in maniera più specifica, «*a restriction on revenge pornography aims to manipulate the public*»²².

In quest'ottica, è da chiedersi se appaia legittimo che un datore di lavoro possa conoscere e valutare che un proprio lavoratore, in particolare se svolge attività a contatto con il pubblico, si sia fatto fotografare in pose oscene, dal momento che questo potrebbe incidere sul suo «*moral*

¹⁶J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, cit., 202 ss.; l'autore rileva che lo scrutinio stretto sia una forma di giudizio molto rigorosa, in cui lo scopo del Primo Emendamento appare prevalente, tranne che in casi eccezionali, nei confronti di contrapposti interessi governativi. Una legge per superare tale controllo deve quindi fondarsi su una forte giustificazione, basata sulla circostanza che i danni che si mira ad alleviare siano reali e non presupposti.

¹⁷*United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).

¹⁸*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

¹⁹*Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 555 (1965).

²⁰ Per tale concetto, *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

²¹ "*The general rule is that the speaker and the audience, not the government, assess the value of the information presented*"; *Edenfield v. Fane*, 123 L. Ed. 2d 543, 113 S. Ct. 1792, 1798 (1993).

²²A. KOPPELMAN, *Revenge Pornography and First Amendment Exceptions*, in *Emory Law Journal* (<http://law.emory.edu/elj/>), 2016, vol. 65, 670.

caliper»²³. La lesione di interessi individuali, in questo caso, si contrappone al diritto di altri di apprendere proprio alcune particolari categorie di informazioni concernenti il singolo. Per alcuni, potrebbe non sussistere un interesse pubblico per questa tipologia di dati personali²⁴; in ogni caso, la Suprema Corte ha a chiare lettere evidenziato che il Primo Emendamento in ogni caso rappresenta “un giudizio del popolo americano” e che la soppressione della verità comporta effetti negativi, specificando in particolar modo che le corti non hanno il potere di modificare questo giudizio o individuare eccezioni basate su un “ad hoc *balancing*” dei relativi costi sociali e benefici²⁵.

Nel contempo, appare però di rilievo la considerazione che la diffusione di tali immagini ha un effetto devastante sulle vittime, soprattutto sotto il profilo psichico. Infatti, se si ritiene corretta una valutazione del comportamento anche sotto l’aspetto lavorativo, spesso tali pubblicazioni provocano la perdita del lavoro e la difficoltà a trovarne uno nuovo; le vittime non di rado sono costrette a recedere dalla vita sui social e addirittura a cambiare nome «*to escape revenge porn’s long shadow*»²⁶. Tutto ciò viene fatto senza che si possa invocare il rispetto della normativa sulla *privacy*, dal momento che in molti casi le vittime scattano le foto o acconsentono ai loro partner di condividerle; inoltre, nella concezione attuale manca una dimensione sociale della violazione, per cui la stessa viene relegata ad un problema individuale²⁷.

4. La Section 230 del Communication Decency Act

La necessità di ricorrere a una normativa specifica, attualmente non prevista a livello federale²⁸, è giustificata dalla circostanza che la Section 230 del *Communication Decency Act* presenta più di qualche limite. Il problema della pubblicazione di immagini non consentite è stato amplificato

²³J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, cit., 208, il quale in ogni caso si dichiara contrario a tale valutazione di ordine morale, pur evidenziando però che altri potrebbero invece considerare rilevanti tali informazioni; tale *modus agendi*, peraltro, viene giustificato proprio dal primo Emendamento, ossia che «*people should decide for themselves what they need to know, and it is not the place of government to make that decision for them*».

²⁴E. VOLOKH, *Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You*, in *Stanford Law Review*, 200, vol. 52, 32 ss, in particolare 42 ss.

²⁵*United States v. Stevens*, 559 U.S. 470 (2010).

²⁶D. K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1870.

²⁷ Le due problematiche sono evidenziate da A.E. WALDMAN, *Privacy as Trust: Information Privacy for an Information Age*, New York, 2018, 109.

²⁸ In talsenso, C. J. NAJDOWSKI, *Legal Responses to Non consensual Pornography: Current Policy in the United States and Future Direction for Research*, cit., 155.

In realtà, la protezione da riprese o fotografie scattate da terzi o dalla diffusione del medesimo materiale è prevista dal *Video Voyeurism Prevention Act* del 2004 (18. U.S.C. § 1801 (2004)), come evidenziato da D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 346-347; anche il c.d. *Intimate Privacy Protection Act* (c.d. IPPA) (H.R. 5896 – 114th Congress (2015-2016), in corso di esame, mira a modificare il Title 18 del US Code, al fine di rendere punibile la distribuzione non consensuale di materiale pornografico; per un commento a tale normativa, K. A. MITCHELL, *The Privacy Hierarchy: A Comparative Analysis of the Intimate Privacy Protection Act vs. the Geolocational Privacy and Surveillance Act*, in *University of Miami LawReview* (<https://lawreview.law.miami.edu/>), 2019, vol. 73, 583 ss.

In un recente studio, peraltro, si sottolinea la necessità di una legge federale che uniformi le normative frammentarie; in tal senso, T. COLE, C. POLICASTRO, C. CRITTENDEN, K. MCGUFFEE, *Freedom to Post or Invasion of Privacy? Analysis of U.S: Revenge Porn State Statutes*, cit., 12; M. A. FRANKS, “*Revenge Porn*” *Reform: a View from the Front Line*, cit., 1293 ss.

Va infine segnalato che sono state presentate proposte di legge che criminalizzano, a livello federale, la diffusione di immagini intime senza il consenso delle persone ritratte (per esempio, H.R. 4472, 115th Cong. (2017); S. 2162, 115th Cong. (2017)), come evidenziato da D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, in *The Yale Law Journal*(<https://www.yalelawjournal.org/>), 2019, n. 128, 1932, nota 417.

proprio grazie ad internet, che funziona da cassa di risonanza. Dopo che un'immagine è posta sul web, com'è noto, chi ha fornito l'immagine ne perde il totale controllo.

A complicare il quadro normativo è proprio la sezione 230 del *Communication Decency Act*, nata a seguito di un ampio dibattito²⁹, che esclude qualsiasi responsabilità per gli *interactive service providers* (ISP) per i contenuti generati da terzi³⁰. Si pone allora il problema di individuare quale forma di limitazione viene imposta da tale normativa e i rimedi a disposizione di una vittima del *revenge porn*.

Sebbene la norma evidenziata schermi gli ISP, essa non esonera i *providers* da qualsiasi responsabilità. Com'è stato sottolineato³¹, gli ISP non devono monitorare o rimuovere i contenuti generati dagli utenti, ma non trovano alcuna forma di immunità in forza della sezione 230 nel caso di violazioni riguardanti la pornografia minorile, i contenuti osceni o la legge sul copyright o nel caso in cui essi siano anche "*information content provider*", ossia autori o sviluppatori di informazioni. Detto in altri termini, la protezione della norma richiamata si rivolge ai casi in cui i siti web non creano i contenuti pubblicati, realizzati dalle vittime direttamente o caricati da altri e quindi non dagli autori del sito. In tale ipotesi, quindi, i website "ospitano" informazioni provenienti da altri, per cui qualunque azione intentata contro gli stessi sarebbe vana.

Ciò dimostra come i rimedi previsti dall'ordinamento (come da esempio, i *torts* di molestie, stalking e invasione della *privacy*³²), sebbene possano avere un qualche effetto contro chi ha inviato i contenuti, non permettono di agire contro i siti web che pubblicano le immagini. Ma soprattutto evidenzia l'estrema debolezza del *Communications Decency Act* in relazione alla repressione *revenge porn*, per cui si sottolinea le necessità che lo stesso venga specificatamente modificato³³ o che venga introdotta una disciplina sul tema a livello federale³⁴.

5. Le decisioni della Corte di Appello del Minnesota e della Corte Suprema dell'Illinois.

Contro le normative sul *revenge porn*, si è instaurata una vera e propria battaglia, volta a verificare l'eventuale contrasto, sotto il profilo contenutistico, con il Primo Emendamento. In diversi casi, come in Wisconsin³⁵ e Vermont³⁶, le Corti di appello hanno rigettato i dubbi di costituzionalità, evidenziando che le immagini di sesso esplicito devono essere tutelate dalla

²⁹R. PETRUSO, *La responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitensi ed europeo a raffronto*, Torino, 2019, 2 ss.; per ironia della sorte, la Section 230 è stata approvata dal Congresso al fine di incoraggiare la libera circolazione di idee e l'attività dei siti web di monitorare e volontariamente rimuovere materiale osceno o offensivo, come ricordato da PAUL J. LARKIN, JR., *Revenge Porn, State Law, and Free Speech*, in *Loyola of Los Angeles Law Review* (<https://digitalcommons.lmu.edu/llr/>), 2014, vol. 48, 67.

³⁰ Secondo il 47 U.S.C. § 230 (c) (1), "*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.*"

³¹A. LEVENDOWSKI, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, in *N.Y.U. Journal of Intell. Prop. & Ent. Law* (<https://jipel.law.nyu.edu/>), 2014, 428.

³²Sutalirmedi, A. LEVENDOWSKI, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, cit., 431 ss.

³³ In tal senso, J. PITCHER, *The State of The States: The Continuing Struggle to Criminalize Revenge Porn*, cit., 1463; nello stesso senso anche D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1952, il quale, oltre a ricordare la recente modifica effettuata nel 2017 per combattere l'*online sex trafficking*, precisa che modesti aggiustamenti potrebbero preservare la libertà di pensiero, senza estendere la garanzia a malintenzionati o a quelle piattaforme che non rispondono dell'illegalità in modo ragionevole.

³⁴ Secondo M. A. FRANKS, "*Revenge Porn*" *Reform: a View from the Front Line*, cit., una disciplina a livello federale escluderebbe la protezione offerta dalla section § 230 agli *interactive computer service*.

³⁵ Court of Appeals of Wisconsin, *State v. Culver*, 2016AP2160-CR (Aug. 29, 2018).

³⁶ Supreme Court Vermont, 2018VT95, n. 2016-253, sul sito <https://law.justia.com/cases/vermont/supreme-court/2018/2016-253.html>; su tale decisione, D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1936 ss.

normativa sulla *privacy*, come altre informazioni sensibili (come ad esempio, i dati medici); analoga protezione è stata prevista dalla Corte Suprema dell'Illinois, che ha considerato questa legislazione non come una forma di restrizione del pensiero ma come strumento di protezione del diritto alla riservatezza³⁷.

Nel 2015, l'ACLU (*American Civil Liberties Union*), insieme a librai ed editori, è riuscita a bloccare gli effetti della normativa dell'Arizona³⁸; in particolare, nel procedimento intentato si è evidenziato che la normativa avrebbe potuto impedire la pubblicazione di alcune immagini, come l'iconica "Napalm Girl" del 1972³⁹.

Nel 2018, anche una Corte di appello del Texas ha dichiarato l'incostituzionalità del *Relationship Privacy Act*, che vietava la diffusione di immagini intime senza il consenso della persona ritratta; in questo caso si è ritenuto che la normativa limitasse eccessivamente i diritti costituzionali di terzi⁴⁰.

Una decisione peculiare è quella presa dalla Corte di appello del Minnesota del 23 dicembre 2019.

Essa riguardava un caso in cui un imputato era stato condannato dalla Corte della contea del Dakota in quanto aveva pubblicato video del suo partner senza permesso della vittima. Ciò violava la normativa che prevedeva questo reato nel caso di diffusione intenzionale di immagini di altre persone ritratte in atti sessuali o che espongono parti intime.

La decisione, che ha ribaltato la condanna a 23 mesi di carcere, ha ritenuto la legge eccessivamente ampia, dal momento che non specificava che la diffusione delle immagini doveva avvenire con l'intento di danneggiare la vittima, nel rispetto dei limiti previsti dal Primo Emendamento.

Qualche mese prima, nell'ottobre 2019, la Corte suprema dell'Illinois era pervenuta a una decisione opposta. Il caso questa volta riguardava una donna che, dopo aver scoperto che il suo fidanzato aveva un amante le cui foto erano apparse sul suo *tablet*, inviò le immagini alle rispettive famiglie e, a causa di ciò, venne arrestata e condannata per violazione della legge dell'Illinois sul *revenge porn*, che vieta la diffusione non consensuale di immagini sessuali private.

L'imputata impugnò la sentenza e in secondo grado l'appello venne accolto ma la Corte Suprema dell'Illinois ribaltò la decisione di secondo grado, rigettando le doglianze di incostituzionalità della legge per violazione del Primo Emendamento. Queste diversità di vedute ha spinto l'imputata del processo in Illinois ad adire la Corte Suprema.

Anche quest'ultimo caso, ricostruito a grandi linee, evidenzia la difficoltà, in mancanza di una legge federale o di un orientamento univoco della giurisprudenza, di chiarire ogni dubbio e ogni profilo problematico che la disciplina sul *revenge porn* solleva negli Stati Uniti.

6. Il modello italiano contrasta con le norme costituzionali?

Resta a questo punto da chiedersi se la normativa italiana possa incontrare le stesse problematiche ravvisate negli Stati Uniti d'America.

³⁷D. PAUL, *Is revenge porn protected speech? Lawyers weigh in, and hope for a Supreme Court ruling*, su *The Washington Post* (<https://www.washingtonpost.com/>) del 26 dicembre 2019.

³⁸ Per un'analisi di tale disciplina, J. PITCHER, *The State of The States: The Continuing Struggle to Criminalize Revenge Porn*, cit., 1460 ss.

³⁹ J. MULLIN, *Arizona makes deal with ACLU, won't enforce bad law on "revenge porn"*; nel 2016, in Arizona è stata approvata una nuova normativa (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-1425 (<https://www.azleg.gov/arstitle/>: 2017) che, secondo M. A. FRANKS, *"Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line*, cit., 1330, restringe la responsabilità a coloro che agiscono con l'intento di "di nuocere, molestare, intimidire, minacciare o costringere la persona raffigurata".

⁴⁰Twelfth Court of Appeals Tyler, Texas, n. 12-17-00346 CR.

È però evidente la differenza strutturale tra l'art. 21 Cost. ed il I Emendamento della Costituzione americana. Nella seconda, si ritiene che vadano individuati limiti logici per contenere l'ampiezza del diritto di libertà⁴¹; nella previsione italiana, invece, esiste un limite esplicito e ve ne sono numerosi desunti da valori costituzionali.

Negli Stati Uniti, in sostanza, emerge un chiaro "favoritismo" della libertà di parola a discapito del diritto alla riservatezza, dal momento che si permette la pubblicazione di informazioni vere, anche se imbarazzanti⁴².

Per tale ragione, è stato proposto di elaborare normative sul *revenge porn* che vadano solo incidentalmente a interessare la libertà prevista nel Primo Emendamento. Questo è l'insegnamento che si trae dal famoso caso *United States v. O'Brien*⁴³, in cui la Corte ha ritenuto come la legge che vietava di bruciare un certificato solo incidentalmente andava ad incidere sulla libertà di parola. Da tale decisione, si è dedotto che una disciplina che non sia incostituzionale non deve essere diretta a limitare, direttamente o indirettamente, la libertà ricordata sotto il profilo contenutistico⁴⁴. In tale ipotesi, cioè, il pensiero non è lo scopo della tutela repressiva della legge, bensì un semplice mezzo utilizzato dall'autore del reato per perseguire altre finalità.

Sotto altra angolatura, invece, allorquando le disposizioni determinano una limitazione della libertà in ragione del contenuto della manifestazione del pensiero, bisogna far riferimento alle garanzie del *content-base deregulation* quindi fare applicazione dei controlli fondati sullo *strict scrutiny*, secondo il c.d. "*all-inclusive approach*", in base al quale tutte le manifestazioni sono in via presuntiva protette contro le restrizioni fondate sul contenuto, a meno che non si cada nelle ipotesi previste dalle *Exceptions*⁴⁵.

Appare allora evidente che il dibattito non può dirsi inevitabilmente chiuso e che la vicenda potrà essere risolta solo dalla Corte Suprema; sicuramente, la questione si pone al limite, ossia presenta elementi di grande problematicità. Da un lato, è scontato ritenere, in ragione delle finalità, che le normative esistenti siano da considerare incostituzionali in quanto forme di limitazioni contenutistiche della libertà di parola dei cittadini americani⁴⁶, che non possono sottrarsi ad uno sindacato assai stringente (*strict scrutiny*).

Nel contempo, appare percorribile una strada che porti a interessare solo incidentalmente tale libertà⁴⁷, o facendo applicazione delle categorie di comportamenti escluse dalle garanzie costituzionali⁴⁸, oppure evidenziando nella formulazione della norma lo scopo di tutelare l'offesa

⁴¹A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionale. Parte speciale*, Padova, 1992, 388-389.

⁴²E. GOLDBERG, *Free Speech Consequentialism*, in *Columbia Law Review* (<https://columbialawreview.org/>), vol. 116, 2016, 746-747, che evidenzia che proprio tale circostanza porta ad escludere che il diritto all'oblio possa trovare applicazione negli Stati Uniti.

⁴³*United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

⁴⁴J. A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, cit., 230.

⁴⁵E. VOLOKH, *The Trouble with "Public Discourse" as a Limitation on Free Speech Rights*, su *Virginia Law Review* (<https://www.virginialawreview.org/>), 2011, vol. 97, 3, 584 ss.

⁴⁶D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 361 ss., sottolineano che l'incriminazione penale deve rispettare gli stessi limiti previsti per le ipotesi di *tortlaw* (376).

⁴⁷Secondo PAUL J. LARKIN, JR., *Revenge Porn, State Law, and Free Speech*, cit., 113, «*revenge porn should receive at most de minimis First Amendment protection*»; ritiene invece A. I COHEN, *Non consensual Pornography and the First Amendment: A Case for a New Unprotected Category of Speech*, in *University of Miami Law Review* (<https://lawreview.law.miami.edu/>), 2015, vol. 70, 331 ss., che il campo in esame rappresenti una nuova categoria di manifestazione del pensiero priva di garanzia che richiede una regolamentazione.

⁴⁸Il riferimento è ad esempio alle manifestazioni del pensiero oscene o diffamatorie, come evidenziato da A.N. KITCHEN, *The Need to Criminalize Revenge Porn: How a Law Protecting Victims Can Avoid Running Afoul of the First Amendment*, cit., 255-256.

arrecata alla vittima⁴⁹; o ancora, in modo più diretto, coniando una nuova *Exception*⁵⁰, superando così il granitico orientamento giurisprudenziale che si è sedimentato nel corso degli anni. Una forma di bilanciamento quindi molto complessa, che ovviamente porta a far ragionare sui profili contenutistici, prima che le Corti⁵¹, sicuramente i legislatori stessi, statali e federali, chiamati a disciplinare una tipologia di fattispecie di grande problematicità e a definire gli ambiti di tale normativa.

Nel caso della disciplina italiana, la stessa si presenta come un illecito plurioffensivo, che viola una serie di valori costituzionali (dal buon costume alla dignità umana, dalla tutela dell'identità personale a quello sulla riservatezza, solo per citarne alcuni⁵²), per i quali la libertà di manifestazione può essere legittimamente limitata in ragione del contenuto delle espressioni utilizzate.

Ciò nonostante, anche questa legislazione presenta alcune problematicità, che peraltro non assurgono al rango di lesione della Costituzione ma solo di imperfezioni in termini di tutela degli interessi della vittima. Ad esempio, è richiesta la querela, da proporre entro sei mesi; andava forse preferita la procedibilità d'ufficio⁵³ perché la vittima si trova evidentemente in una condizione psichica molto delicata.

Altro punto di rilievo è il consenso della vittima, soprattutto nel caso in cui vi sia inizialmente, ma poi venga revocato. In questa ipotesi, salvo casi di revoca espressa, potrebbe restare il dubbio che l'autore del reato abbia effettivamente contezza dell'esistenza di questa diversa volontà. Per quanto attiene poi ai c.d. secondi distributori, per questi si richiede il dolo specifico, ossia l'esplicita volontà di arrecare un danno alla vittima; questa scelta però, come dimostrato dalle normative sviluppate nel mondo anglosassone, non sono in grado di tutelare adeguatamente le vittime⁵⁴, dal momento che la carenza di questo elemento ne esclude la punibilità. Ecco perché la normativa introdotta presenta più di qualche elemento problematico in termini di adeguata tutela, soprattutto nell'ottica della mancanza di uno strumento che riesca a neutralizzare in termini rapidi le immagini o le foto condivise.

Una normativa, quindi, che necessita di modifiche e aggiustamenti e che rappresenta, come nell'esperienza americana, l'inizio di un percorso volto alla ricerca del giusto bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco.

7. Un ponte verso il futuro

⁴⁹ Non è un caso A. KOPPELMAN, *Revenge Pornography and First Amendment Exceptions*, cit., 692, giunge a sottolineare che la lesione è tale da giustificare un'eccezione ai principi sanciti dal I Emendamento.

⁵⁰ Su tali problematiche, M.A. FRANKS, *"Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line*, cit., 1313 ss., con particolare riferimento sia alle *Exception* esistenti (come quella dell'*Obscenity* delle *Fightings Words*) sia all'individuazione di una nuova categoria (1317 ss.); a riguardo, anche E. RIBOT, *Revenge Porn and the First Amendment: Should Nonconsensual Distribution of Sexually Explicit Images Receive Constitutional Protection?*, in *University of Chicago Legal Forum* (<http://legal-forum.uchicago.edu/>), 2019, 536 ss.

⁵¹ Quest'ultime, in particolare, al cospetto delle peculiarità di internet, devono essere in grado di superare "olddoctrines" proprio in ragione delle minacce che tali comportamenti possono arrecare, come evidenziato da PAUL J. LARKIN, JR., *Revenge Porn, State Law, and Free Speech*, cit., 70.

⁵²G. ADAMO, *L'inquadramento normativo del Revenge Porn: un illecito plurioffensivo*, in *Diritto.it* (<http://www.diritto.it/>).

⁵³ A riguardo, C. MAIETTA, *Tutti i punti deboli della nuova legge su Revenge Porn*, in *Agenda Digitale* (<https://www.agendadigitale.eu/>).

⁵⁴ Evidenzia tale profilo G. M. CALETTI, *"Revenge porn". Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.c.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 20 aprile 2019.

Le normative analizzate mostrano quindi tutte alcuni profili problematici che, solo nel corso degli anni, si riuscirà a risolvere. Grazie all'opera dei Legislatori e delle Corti, il fenomeno del *revenge porn* verrà progressivamente arginato. Basti pensare all'intervento effettuato sul sito *MyEx.com*, creato con lo specifico fine di "vendicarsi" dell'ex tramite la pubblicazione di foto, garantendo l'anonimato. Le foto venivano pubblicate con il nome delle persone ritratte, che potevano chiederne la rimozione previo pagamento di una somma su un conto aperto in Sud Africa⁵⁵.

Proprio per tale comportamento, *MyEx.com* è stato bloccato nel gennaio 2018 dopo i reclami presentati dalla *Federal Trade Commission* degli Stati Uniti e dallo Stato del Nevada.

Nel caso della normativa italiana, poi, una serie di profili, come evidenziati, suscitano più di qualche perplessità in termini di adeguata tutela per le vittime.

Nel contempo, la strada della sanzione penale potrebbe presentare dei limiti di tutela. Si pensi ad esempio alla fattispecie del secondo comma dell'art. 612-ter c.p., che richiede il fine di recare nocumento alla vittima. In questo caso, la diffusione involontaria non è assoggettata a nessuna sanzione. La previsione fa venire in mente lo scudo che la Section 230 offre ai siti web o a coloro che sono meri portatori di idee altrui, sebbene illegittime.

Tali elementi portano allora a ragione se, effettivamente, la sanzione penale sia l'unica strada percorribile⁵⁶. Si ritiene infatti che se da un lato le discipline in tema di *revenge porn* si pongono in contrasto con i principi costituzionali o presentano lacune in termini di garanzia della persona offesa, dall'altro si potrebbe pensare di ricorrere a forme di tutela civilistica⁵⁷ che mirino a perseguire il primario interesse delle vittime, ossia l'immediata rimozione del materiale pubblicato.

Ecco perché lo strumento più efficace potrebbe essere quello sia di punire chi pubblica le foto sia chi ospita il sito; inoltre una tutela ampia dovrebbe prescindere dall'eventuale consenso della vittima in fase di realizzazione degli scatti fotografici o dei video. Dovrebbe, inoltre, prevedere come foro competente quello della vittima e una forma di tutela immediata attraverso strumenti di monitoraggio che potrebbero permettere di giungere alla sanzione estrema della chiusura del sito⁵⁸.

⁵⁵A. GAJDA, *The First Amendment Bubble. How Privacy and Paparazzi Threaten a Free Press*, Cambridge, 2015, 133.

⁵⁶Ritiene invece la sanzione penale l'unica percorribile, M. A. FRANKS, "Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line, cit., 1336 ss.

⁵⁷G.R. STONE, R.H. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN, M. TUSHNET, P. KARLAN, R. TUSHNET, L. TUSHNET, *The First Amendment*, New York, 2020, 161; ritiene che si possa ricorrere al *tort of breach of confidentiality*, inteso come rimedio contro la diffusione di informazioni riservate, A.E. WALDMAN, *Privacy as Trust: Information Privacy for an Information Age*, cit., 114 ss.; per un caso di pubblicazione di foto di nudo inviate consensualmente da una minorenne al fidanzato e pubblicate su siti web, ritenuta "public disclosure of private fact", *Doev.Peterson et al.*, No. 2:2009cv13138 - Document 74 (E.D. Mich. 2011). Altri sottolineano la possibilità di ricorrere alla normativa sul copyright, che, sebbene non sia la soluzione migliore, avrebbe il vantaggio di non porsi in contrasto con la Section 230; in tal senso, A. LEVENDOWSKI, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, cit., 439.

Critica il ricorso a tale normativa è H. ROBERTSON, *The Criminalization of Revenge Porn*, cit., che ritiene questo strumento inidoneo dal momento che, nel caso in cui un sito non tolga l'immagine dalla vittima dal web, può trovare applicazione la legge sul copyright ma la vittima deve registrare il diritto di autore sulle foto entro 90 giorni dalla pubblicazione; inoltre, questa disciplina non permette comunque di tutelare la vittima nei casi di condivisione delle foto su altri siti. Ritiene che in ogni caso questa sia la forma migliore di tutela, E. GOLDBERG, *Free Speech Consequentialism*, cit., 747-748.

Di contrario avviso sono invece D. K. CITRON e M. A. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 357 ss., che sottolineano l'inadeguatezza di tale strumento per varie ragioni (costi, conoscibilità della vittima, ecc.) e l'impossibilità di superare i limiti di cui alla Section 230 (359).

⁵⁸ Si potrebbe ad esempio prevedere un sistema analogo a Photo DNA, ossia una tecnologia di corrispondenza di immagini sviluppata per combattere la pedopornografia; a riguardo, M. A. FRANKS, "Revenge Porn" Reform: a View from the Front Line, cit., 1273-1274.

In ogni caso, è innegabile che la forma di tutela più efficace proviene dall'interno della rete, che deve, in sostanza, creare gli anticorpi contro utilizzi distorti che sfuggono a qualsiasi giurisdizione in ragione dell'aterritorialità dello strumento informatico⁵⁹.

Valga l'esempio di Facebook⁶⁰. Questo social network ha costituito un *team* di esperti e un sistema che permette l'assegnazione di un *finger print* digitale al materiale inviato dagli utenti con un tempo di *data retention* pari a quello necessario per lo screening e marcatura (in ogni caso, non superiore a 7 giorni). Il team provvederà anche a svolgere attività di supporto e manutenzione dell'algoritmo deputato al rilevamento e alla rimozione del materiale contestato⁶¹. Tale attività, insieme alla segnalazione degli utenti, permetterà di combattere il fenomeno del *revenge porn*, di cui i *social network* sono i maggiori veicolatori.

La soluzione prospettata porta, ancora una volta, a interrogarsi sugli strumenti per la regolamentazione dei fenomeni che si manifestano su internet o su altri mezzi di comunicazione (come WhatsApp) e sul necessario richiamo dell'etica della responsabilità, come segnalato dal prof. Costanzo proprio in relazione allo sviluppo tecnologico, che richiede una scrupolosa valutazione tra i benefici e le nuove minacce arrecate alla libertà degli individui. E' necessario che «il diritto valuti ogni realtà tecnologica e stabilisce quali dei suoi usi ed obiettivi vadano considerati antigiusuridici alla luce, beninteso, del solo parametro dotato di plausibilità in un sistema liberaldemocratico, vale a dire la manutenzione dei diritti fondamentali»⁶².

Ne deriva quindi un cambio di prospettiva e di analisi, che porta a ritenere superate le costruzioni sui diritti fino ad oggi concepite e a identificare nuove categorie concettuali (come dimostra la ricerca, sollecitata dalla dottrina, di nuove *Exceptions* all'Emendamento) e di regolamentazione dei comportamenti da tenere (con potenziamento di buone prassi, molte delle quali provenienti proprio dagli *internet providers*).

Un quadro quindi in cui cresce la consapevolezza di dover sviluppare e, nel contempo, individuare i limiti delle nuove tecnologie, nell'ottica della ricerca di una «libertà responsabile», dal momento che «quei mezzi che sembravano essere il fattore di un potenziamento infinito delle nostre libere scelte rischiano di diventare il vero fattore di una nuova riduzione in «schiavitù»»⁶³. Ed è questo, ovviamente, un rischio che deve essere evitato.

⁵⁹ Segnalava già tale problematica P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>) del 14 ottobre 1996.

⁶⁰ A riguardo, D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 1955 ss.

⁶¹ In tal senso, F.P.F. PONTONI, *Facebook e Revenge Porn: strumenti e soluzioni per contrastare il fenomeno*, in *Cybersecurity360* (<https://www.cybersecurity360.it/>).

⁶²P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Milano, 2017, 5.

⁶³A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Milano, 2017, 36.

ANDREA PISANESCHI

Reti sociali ed elezioni: il fallimento del mercato e il quadro regolatorio europeo

SOMMARIO: 1. Il fallimento del mercato dell'informazione attraverso reti sociali. – 2. I principi sovranazionali. – 3. Il codice europeo. – 4. Legge tedesca e legge francese: due diversi modelli. – 5. Esiste un modello comune di regolazione?

1. Il fallimento del mercato dell'informazione attraverso reti sociali

Per molti anni il dibattito sulla informazione o disinformazione in internet durante i periodi elettorali è stato influenzato dalla teoria americana del *free market of ideas*¹. Il che appare in verità naturale: i procedimenti elettorali sono destinati a garantire la libertà di scelta degli elettori e sembrava logico che quanto più aumentano le possibilità di informazioni tanto più aumenta anche la possibilità di una elezione consapevole². La fiducia – invero molto americana- nella razionalità del consumatore, permetteva di ritenere che questi avrebbe potuto scegliere, e per conseguenza distinguere, tra fonti affidabili e fonti non affidabili, tra notizie vere e notizie false. Il mercato delle informazioni, proprio in conseguenza delle infinite possibilità di accesso alle informazioni tramite *internet*, sembrava un mercato perfetto: senza barriere all'entrata e senza asimmetrie, con la possibilità per i consumatori, di scegliere, privi di condizionamenti derivanti da oneri impropri, la fonte di informazione desiderata tra molte fonti differenti³.

Questo ragionamento, tuttavia, era più astratto che concreto e non considerava né alcune caratteristiche dell'ordinamento elettorale, né gli effetti di *internet* e dei c.d. *social network*, specialmente se abbinati ad un massiccio utilizzo di algoritmi, proprio sul pluralismo delle informazioni⁴.

In relazione al primo punto vista, in effetti, l'ordinamento elettorale può essere qualificato come un ordinamento sezionale, sulla scorta della ben nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici⁵. Si tratta, infatti, di un ordinamento molto regolato, caratterizzato da principi specifici quando inizia il periodo elettorale, finalizzati a garantire non solo la libertà di informazione, ma anche la parità di armi tra i diversi contendenti. Questo ordinamento particolare necessita di regole,

¹ Dissenting opinion of Justice Holmes in the US Supreme Court case *Abrams v. United States*, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)

² Sull'incidenza delle nuove tecnologie sulla libertà della comunicazione, cfr. già P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, 1996, 83 ss.; ID., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Santaniello, vol. XXVIII, 1999, 323; ID., *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., Aggiornamento, Torino, 2000, 347 ss.; più di recente ID., *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. Brusciuglia-R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa, 2010, 5 ss. Sulle metamorfosi del costituzionalismo «per effetto del progresso tecnologico di portata globale», con inevitabili ricadute sulla tutela dei diritti v. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012, 2.

³ Per una approfondita analisi delle problematiche relative alla regolazione della rete cfr. M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *Il diritto dell'informazione*, a cura di M. MANETTI e R. BORRELLO, Modena 2019, 21 ss.; T. E. FROSINI, *Il diritto di accesso in internet*, T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. ALPA, M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, Milano-Firenze 2017, 41 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 273

⁴ M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2017, 82-83; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 46 ss., con riferimento all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale europea della tutela della libertà di espressione, in confronto a quella avvenuta nell'ordinamento statunitense.

⁵ A partire da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, 13 ss.

anche per correggere le asimmetrie tra i vari contendenti, e queste regole influiscono sulla libertà di espressione, a volte limitandola a volte ampliandola. Il periodo elettorale è cioè condizionato da un interesse pubblico specifico (la libertà di scelta politica dell'elettore) che giustifica regole speciali ed un regime giuridico particolare della libertà di espressione politica in un periodo determinato (che inizia con l'apertura della campagna elettorale e cessa terminato tale periodo). È noto invece che le reti sociali non sono – allo stato – sottoposte a quel tipo di regole.

Sotto il secondo punto di vista, in verità, *internet*, il sistema delle reti sociali, l'utilizzazione degli algoritmi, ha prodotto un caso classico di fallimento del mercato. Da una parte *internet* ha generato (per le ragioni che diremo a breve) un mercato chiuso e frammentato con molte barriere. Dall'altra parte ha prodotto anche la fuoriuscita dal mercato di tutto il sistema tradizionale delle fonti di informazione, provocando, per conseguenza, un mercato asimmetrico e chiuso, sia in relazione alla tipologia delle fonti sia in relazione alla tipologia delle informazioni⁶.

Nonostante si tratti di fenomeni ormai ben noti vale la pena ricordare che l'utilizzazione massiva come fonti di informazione di *internet* e dei *social network* produce i seguenti effetti:

a) Le c.d. "*epistemic bubbles*", cioè gruppi di persone che ricevono e si scambiano le stesse informazioni filtrate da algoritmi⁷. Le *epistemic bubbles* chiudono il mercato perché il consumatore riceve solo quel tipo di informazione e non ne desidera altre.

b) Le c.d. "*echo chambers*", cioè la ripetizione tra un gruppo di persone di fatti o notizie, che produce la percezione che questi fatti o notizie siano da considerarsi necessariamente veri (anche qualora fossero falsi). Ancora, il consumatore tende ad informarsi attraverso la comunicazione reciproca piuttosto che attraverso la fonte originaria.

c) Il c.d. "paradosso dell'amicizia" che produce l'effetto di considerare molto più affidabili e veritiere le notizie che derivano da amici rispetto alle notizie che derivano da una fonte di informazione professionale.

In definitiva l'*overload* di informazioni teoricamente ricavabili da *internet* ha creato il suo contrario e da un punto di vista del funzionamento del mercato un sistema largamente imperfetto. I consumatori non scelgono realmente le informazioni, perché sono gli algoritmi che le scelgono per loro⁸. Dunque, alla fine le informazioni che essi ricevono sono poche e tutte indirizzate a rafforzare ciò che già credono e condividono (l'esatto contrario delle finalità del pluralismo informativo). Inoltre, i consumatori non cambiano la propria fonte di informazioni, perché si abitano molto rapidamente al dialogo nella c.d. "bolla", con le persone e con le fonti di informazione che pensano e dicono ciò che piace.

Il mercato delle informazioni attraverso i *social network* può pertanto definirsi come un mercato con barriere, perché normalmente le persone non amano cambiare la "bolla" informativa nella quale vivono. Ed è un mercato anche caratterizzato da asimmetrie informative, perché i fatti o le notizie false, tendono ad essere percepiti come veri, a causa del c.d. "paradosso dell'amicizia" e delle c.d. "*echochambers*"⁹.

Alla fine, non è affatto difficile concludere che nella pratica *internet* e le reti sociali non hanno creato affatto un mercato aperto e ben funzionante come si pensava.

⁶ La importanza di *internet* è tale che alcuni Stati, come Estonia, Finlandia, Grecia, Francia e Spagna hanno riconosciuto l'accesso a *internet* come un diritto fondamentale. La Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che il blocco di *internetsi* ponga in conflitto con il paragrafo 1 dell'art. 10 della Convenzione: cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Ahmet Yildirim c. Turchia*, 12.12.2012, n. 3111\10.

⁷ Cfr. THI NGUYEN *Escape the eco chamber*, in *Aeon* (<https://aeon.co/>), 2018.

⁸ M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 24, 2017, 12 ss.

⁹ C.fr. F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015; K. CRAWFORD, *Can an algorithm be agonistic? Ten scenes from life in calculated publics*, in *Science*, in *Technology & Human Values* (2016).

Il livello e la qualità delle informazioni tra la popolazione sono diminuiti non perché *internet* e le reti sociali non permettano, teoricamente, un accesso molto ampio alla informazione, ma perché, praticamente, i consumatori si abituano ad utilizzare sempre le stesse fonti filtrate dagli algoritmi. E le ulteriori conseguenze di questo fenomeno sono ormai note: la polarizzazione dell'elettorato¹⁰ la progressiva perdita di importanza dell'elettore medio che in passato è stato sempre l'ago della bilancia nelle competizioni elettorali, l'estremismo dell'elettorato che si amplifica attraverso la bolla e le "eco chambers"¹¹.

Nell'ordinamento sezionale elettorale, la presenza di un mercato delle idee che non funziona produce ulteriori problemi: il conflitto tra le regole dell'ordinamento sezionale relativo ai mezzi di informazione ordinari rispetto alle non regole dell'ordinamento dei *social network*. E questo conflitto produce un'altra asimmetria nel mercato se si considera, come vedremo, che alcuni strumenti di comunicazione *on line* (non tutti) possono essere qualificati come mezzi di informazione: infatti i mezzi di informazione tradizionali sono molto regolati nel periodo elettorale, mentre vi sono "strumenti" *on line* come le reti sociali che invece non debbono rispettare quelle regole.

Questa asimmetria regolatoria è inoltre difficilmente giustificabile data da un lato la posizione dominante assunta dai *social network* nel mercato dell'informazione, posto che la maggioranza della popolazione utilizza ormai le reti e altre piattaforme anche per la informazione politica, e dall'altro lato la formazione di un mercato sostanzialmente oligopolistico nell'ambito dei medesimi *social network*¹². Il mercato dell'informazione *on line* presenta infatti un alto grado di concentrazione, dimostrato da un valore particolarmente elevato dell'indice di *Hirshman Herfindal* (oltre 3000 punti), indice sul quale si basano le analisi *antitrust* (un indice HHI oltre 1800 punti è già sinonimo di un mercato poco competitivo)¹³.

Le reti sociali, pertanto, beneficiano di un vantaggio competitivo rispetto agli altri mezzi di informazione: questi ultimi sono tenuti al rispetto di regole precise e stringenti nel periodo elettorale, mentre gli altri – che si trovano già in posizione dominante – non lo sono. Inoltre, poche grandi piattaforme detengono il controllo di quel mercato. Il rischio – o finanche ormai la certezza – è che in nome della libertà di informazione si sia creato un mercato oligopolistico privo di regole, con la presenza di un numero limitato di soggetti che condiziona il dibattito politico e l'accesso all'informazione.

Quando vi sono fallimenti del mercato, nondimeno, non v'è dubbio che è necessario un intervento regolatorio da parte del potere pubblico.

Per potere pubblico, tuttavia, non deve intendersi lo Stato, ma autorità indipendenti, perché il fine della regolazione del mercato non è quello di proteggere un interesse pubblico, quanto invece quello di garantire parità delle armi tra i diversi contendenti in posizione di neutralità rispetto ai diversi interessi in gioco. Questo concetto, inoltre, pare ancora più necessario quando si tratti di un mercato, come il mercato delle idee, che produce influenze sensibili nella politica dello Stato e che

¹⁰ M. DEL VICARIO - W. QUATTROCIOCCHI- A. SCALA - F. ZOLLO, *Polarization and Fake News: Early Warning of Potential Misinformation Targets*, 5 febbraio 2018 (<https://arxiv.org/abs/1802.01400>).

¹¹ S. FLAXMAN – S. GOEL – J. M. RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly*, 80, *Special Issue*, 2016, 298 e ss. E. PARISI, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web is Changing What We Read and How We Think*, New York, 2011.

¹² Secondo uno studio di *Reuter*, *Reuters Digital News Report 2017* le reti *social* costituiscono la principale fonte di informazioni per le persone tra i 18 e i 34 anni. Inoltre, lo stesso studio evidenzia che il 54% delle persone preferisce utilizzare gli algoritmi per leggere le notizie. Questo significa che la maggioranza dei giovani prende le sue decisioni politiche basandosi su informazioni filtrate dagli algoritmi.

¹³ Per questi ed altri dati sulla concentrazione del mercato nelle piattaforme digitali cfr. A. MARTUSCIELLO, *Le iniziative di AGCOM in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, in *Il diritto dell'informazione*, a cura di M. Manetti e R. Borrello, cit., 48

pertanto può essere portatore di interessi in conflitto. Inoltre si tratta di un mezzo di comunicazione (o di informazione) – internet e le reti sociali- che da sempre si è basato sul principio di libertà e di totale autonomia privata ed è pertanto necessario coniugare la regolazione con le specificità del mezzo e del mercato.

Ora è noto che i modelli di regolazione possono essere molto differenti: si può passare da una regolazione “leggera” e indiretta, che si basa su meccanismi di *soft law*, su principi relativi alla *governance* interna del soggetto regolato, su sistemi di autoregolazione¹⁴, a una regolazione invece molto più vincolante che si basa sulla previsione da parte di una norma giuridica, della regola e della sanzione.

In genere il primo sistema è usato nella regolazione sovranazionale (ad esempio nella regolazione finanziaria) dove predomina lo strumento della *soft law* che si estrinseca attraverso la previsione di principi – tendenzialmente assai generali- che debbono essere recepiti, in maniera autonoma, dai soggetti regolati¹⁵. I soggetti regolati possono rispettare il principio (ed adeguare in ipotesi la propria organizzazione interna) o non rispettare il principio, dovendo però in questo secondo caso, spiegare la ragione dell’inadempimento e potendo l’autorità di regolazione rendere pubblici i soggetti che non si sono adeguati (sono i noti principi del *comply or explain* e del *name and shame*, principi cardine della *soft law* sovranazionale)¹⁶,

Questo modello di regolazione si basa in verità, più che su un potere sanzionatorio dell’autorità pubblica, sui meccanismi di autoregolazione del mercato in presenza di informazioni corrette. Se il mercato conosce che un determinato operatore ha deciso di non rispettare le regole mentre tutti gli altri le rispettano, sarà considerato meno affidabile e quindi presumibilmente “punito” in termini di perdite di quote di mercato. Si tratta pertanto di un esempio di regolazione leggera e non invadente rispetto all’autonomia privata.

Questi principi si applicano spesso, ad esempio, per spingere imprese regolate ad adottare *standard* internazionali nell’organizzazione interna. Il regolatore pone un principio relativo alla *governance* nell’assunto che questo principio possa garantire meglio un interesse ritenuto meritevole di protezione, dopodiché il soggetto regolato può conformarsi o non conformarsi a questo principio. Però se non si conforma deve spiegarne le ragioni, e alla fine, se le ragioni non sono sufficienti, il soggetto regolato viene collocato in una lista di coloro i quali non si sono conformati (*name and shame*). È evidente che questa forma di pubblicità negativa produce effetti non positivi per l’operatore (evidentemente differenti a seconda del mercato in cui opera).

Può essere allora di un certo interesse verificare se i modelli principali di regolazione delle reti sociali durante il periodo elettorale seguono questi *standard* internazionali, o se, invece, seguono modelli differenti.

Si inizierà prendendo in esame le regole sovranazionali, per analizzare, di seguito, sia pure rapidamente, i principi del codice europeo di buona pratica, la legge tedesca sull’ *hate speech* e la legge francese sulla disinformazione attraverso *internet*.

¹⁴ La definizione di *soft law* e di autoregolazione è molto complessa e non è oggetto di questo lavoro. Si può in generale dire che vi è una certa condivisione nel ritenere che la *soft law* sia prodotta da soggetti privi di rappresentanza democratica e che le sanzioni previste sono indirette e riconducibili a valutazioni effettuate dal mercato nel quale il soggetto opera. L. SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*(<https://www.ejcl.org/>); A. POSNER, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, in *Stanford Law Review*, 573(2008).

¹⁵ Un primo elemento che caratterizza e differenzia l’*Hard Law* dalla *Soft Law* è la carenza di legittimazione democratica del soggetto che emana la regola. Cfr. E. PARIOTTI, “*Soft law*” e ordine giuridico ultra-statuale tra “*rule of law*” e democrazia, in *Ragion pratica*, Bologna 2009, 88 e ss.

¹⁶ M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation, Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolamentazione dei Mercati* (www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/) 2/2016

2. I principi sovranazionali

A livello internazionale ci sono molti atti che contengono principi o *standards* in materia di *internet* e reti sociali, ma tra essi una posizione di particolare rilievo è assunta dal Consiglio di Europa (poi COE) e dalla Commissione di Venezia, che hanno assunto vari atti che esprimono posizioni simili.

In relazione al COE è necessario ricordare la Raccomandazione CM (2018) 2 *on the roles and responsibilities of internet intermediaries* (7 marzo 2018) e la raccomandazione CM (2011) 21 settembre 2011 *on notion on media*; in relazione alla Commissione di Venezia gli atti più significativi sono una opinione del 2007 *on Media coverage of election campaigns*, e una sessione di lavoro del 2016 che aveva per oggetto il monitoraggio dei media e dei social network nei periodi pre- elettorali. Si tratta di documenti di una certa utilità per sottolineare alcune questioni generali relative alla utilizzazione delle reti sociali specialmente in relazione al periodo elettorale, anche se non trattano il grande problema della disinformazione.

A livello sovranazionale, invece, questo problema è stato trattato in una dichiarazione dell'OCSE del 2017, intitolata "*Joint declaration on freedom of expression and fake news. Disinformation and Propaganda*".

I tratti comuni degli atti emanati da COE e Commissione di Venezia sembrano essere i seguenti:

a) Un primo punto riguarda la qualificazione giuridica delle reti sociali. Sia il COE che la Commissione di Venezia ritengono necessario ampliare il concetto di *media*. In particolare, la Commissione di Venezia sottolinea che la responsabilità editoriale costituisce il principale indicatore per qualificare uno strumento di comunicazione come *media*. E la responsabilità editoriale sussiste anche se il contenuto editoriale sia conseguenza della utilizzazione di strumenti tecnologici come gli algoritmi.

Il COE pare sulla stessa lunghezza d'onda: raccomanda agli Stati un approccio graduato e differenziato e individua alcuni indicatori per qualificare un operatore come *media* (*media indicadores*).

Tali indicatori sono la intenzione di comportarsi come *media*, in maniera professionale, per esempio aggregando o selezionando il contenuto delle informazioni attraverso una organizzazione professionale, anche automatizzata o algoritmica, perseguire l'obiettivo dei *media* diffondendo informazioni ad un pubblico vasto e mantenere un controllo editoriale sui contenuti. In relazione a questi punti viene altresì specificato che i processi automatizzati debbono essere qualificati come processi editoriali, in particolare quando si faccia riferimento a tecniche algoritmiche¹⁷.

b) In relazione al grande problema della regolazione, mentre la Commissione di Venezia non ha tenuto, sino ad oggi, una precisa posizione, il COE ha evidenziato alcuni profili che vale la pena sottolineare.

In primo luogo, il principio di eguaglianza impone che gli intermediari siano trattati diversamente, in termine di obbligazioni e responsabilità, perché non tutti gli intermediari sono eguali. Ad esempio, le reti sociali che intermediano grandi flussi di informazioni hanno obblighi e responsabilità più importanti.

In secondo luogo, gli intermediari debbono fornire informazioni chiare e trasparenti sui meccanismi di profilazione, pubblicando relazioni che siano accessibili e chiare.

c) In ultimo, sia il COE che la Commissione di Venezia, sottolineano un pericolo rispetto alla protezione dei diritti fondamentali. In particolare, la Commissione di Venezia sottolinea che, in

¹⁷ Sulla complessa questione della definizione di "media" cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa intendiamo oggi per media*, in *Il diritto dell'informazione*, a cura di M. Manetti e R. Borrello, cit., 11 ss. ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

conseguenza della tecnica di profilazione e elaborazione dei dati, si possa rischiare di compromettere la equità delle elezioni.

In conclusione, anche se non è possibile individuare, in relazione a questo tema, uno *standard* regolatorio internazionale sufficientemente determinato, pare però chiaro che sia la Commissione di Venezia sia il COE ritengono che gli Stati debbano considerare quantomeno le reti sociali più importanti, come mezzi di informazione (e quindi estendere ad essi, in quanto compatibili, quantomeno le regole dei mezzi di informazione).

Inoltre, tra i differenti modelli di regolazione, sia il COE che la Commissione di Venezia sembrano esprimere una preferenza verso una regolazione *soft*, basata principalmente sulla imposizione di obblighi di trasparenza imposti agli intermediari. Entrambi, nella sostanza, sembrano ritenere che il c.d. libero mercato delle idee non possa ben funzionare senza un intervento di regolazione.

Nondimeno il quadro sovranazionale appare tutt'altro che definito. Ad esempio, la *joint declaration* del OCSE del 2017, relativa alle notizie false, sembra esprimere una posizione differente. In primo luogo, si afferma che la libertà di espressione garantisce anche le notizie false. E, di conseguenza, si ritiene che una generale proibizione di informazioni definite, in maniera generica come *fake news* o informazioni non obbiettive è incompatibile con gli *standard* internazionali.

In secondo luogo, gli intermediari non possono essere responsabili del contenuto che deriva da una terza parte, sino a quando rifiutano di rimuovere il contenuto in conseguenza di un ordine adottato da una autorità indipendente (come una Corte) e gli Stati non possono bloccare siti se non come misura estrema¹⁸.

3. Il codice europeo

In questo contesto sovranazionale si colloca la prima normativa europea emanata per regolare l'attività delle piattaforme *on line* nel periodo elettorale: il *Code of Practice on disinformation* (poi codice).

Il codice costituisce il punto di arrivo di un percorso iniziato dalla Commissione Europea e finalizzato a garantire la regolarità del processi democratici (in particolare le elezioni europee del 2019), quali la comunicazione della Commissione 26.4.2018: "*Contrastare la disinformazione on line: un approccio europeo*"; la relazione della Commissione 5.12.2018 sulla attuazione di quella medesima comunicazione; la comunicazione della Commissione del 5.12.2018 "*Piano di azione contro la disinformazione*"¹⁹.

¹⁸ "State mandated blocking of entire websites, IP addresses, ports or network protocols is an extreme measure which can only be justified where it is provided by law and is necessary to protect a human right or other legitimate public interest, including in the sense of that it is proportionate, there are no less intrusive alternative measures which would protect the interest and it respects minimum due process guarantees. "

¹⁹ COM (2018) 236 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, 2018, in *eur-lex.europa.eu*; COM(2018) 794; *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni sull'attuazione della comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo"*, 2018 e JOIN(2018) 36 ; *Comunicazione Congiunta Al Parlamento Europeo, Al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni, Alto Rappresentante Dell'unione per gli Affari Esteri e la Politica di Sicurezza*, 2018.

Questa comunicazione deriva da una risoluzione del Parlamento europeo del 2017 con la quale il Parlamento invitò la Commissione ad analizzare la situazione e il contesto giuridico relativo alle notizie false e a verificare la possibilità di un intervento legislativo per limitare le notizie false. Nel marzo del 2018 il Consiglio europeo dichiarò che le reti social e le piattaforme digitali devono garantire procedure trasparenti e la piena protezione della vita privata e dei dati personali dei cittadini. Sul procedimento di approvazione del codice cfr. A. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) giugno 2019, il

Come noto il codice non è stato approvato da nessun organo delle istituzioni europee ma da un organismo di autoregolazione, appositamente costituito e denominato *Forum Multistakeholder on disinformation on line*²⁰.

Per questa ragione, e per la natura delle obbligazioni che contiene, il codice costituisce un esempio di regolazione “leggera”, principalmente volontaria, e lascia anche ai firmatari scegliere quali obbligazioni rispettare.

In particolare, il codice prevede le seguenti obbligazioni, di natura molto generale:

a) Un controllo sulla pubblicità.

I firmatari si impegnano a prevedere processi interni per limitare le entrate pubblicitarie che derivano dalla diffusione di notizie false.

b) Un controllo sugli annunci politici.

I firmatari si impegnano a distinguere tra annunci pubblicitari e contenuto editoriale.

c) Un controllo sui *bot*.

I firmatari si impegnano a attuare politiche chiare sull'uso improprio di *robots* automatizzati.

d) Un controllo sulle fonti.

I firmatari si impegnano a sviluppare indicatori efficaci di fiducia sulle fonti riconoscendo la importanza di segnalare la c.d. disinformazione.

e) Un controllo a posteriori sulla attività svolta.

I firmatari si impegnano a presentare una relazione annuale sulla attività svolta per contrastare la disinformazione. Inoltre, i firmatari dovranno riunirsi regolarmente e alla fine del primo anno si dovrà decidere se modificare il codice o adottare altri mezzi.

Queste obbligazioni sono effettivamente molto generali, tanto che nella sua opinione finale alla Commissione del 24 settembre 2019 il c.d. *Sounding board* (organo interno al *Forum* che ha approvato il codice) ha rilevato che il codice non contiene impegni chiari e significativi, nessun obiettivo misurabile e anche nessuno strumento di *enforcement*, con la conclusione che non potrebbe essere definito neppure come un codice di regole²¹. Tuttavia, data la genericità degli impegni ed i rilievi critici sopra citati, con la comunicazione del 5.12.2018 sulla attuazione della

quale ricorda come “la Commissione Europea, preoccupata per la genuinità dei procedimenti democratici (in particolare per le elezioni del Parlamento Europeo), nel gennaio del 2018 ha istituito un gruppo di esperti di alto livello (HLEG) incaricato di fornire consulenza sulle iniziative politiche volte a contrastare la diffusione della disinformazione online, rivedere i principi e le migliori pratiche esistenti allo stato dei fatti e del diritto ed individuare le più efficienti strategie d'azione.

I risultati del lavoro del gruppo sono confluiti, nel marzo del 2018, nel cd. “*Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*” che individua una serie di raccomandazioni, sia a breve che a lungo termine, finalizzate ad affrontare i più urgenti problemi derivanti dalla diffusione della disinformazione online (in particolare nei procedimenti elettorali) e rafforzare la resilienza della società europea rispetto agli effetti collaterali della diffusione delle *fake news*.

²⁰ Il *Forum Multistakeholder on Disinformation on line* era organizzato in due differenti gruppi: da un lato, il c.d. *working group*, composto dalle principali piattaforme *on line* e dalle associazioni di categoria e dalle principali associazioni pubblicitarie; dall'altro lato, dal c.d. “*Sounding board*” al quale partecipavano invece i rappresentanti dei media, della società civile, dei controllori dei fatti e del mondo accademico. Il *Sounding board*, aveva il compito di trasmettere alla Commissione la sua opinione sul codice.

²¹ Questo perché non rientrerebbe nella definizione europea di autoregolamentazione, intesa come iniziativa volontaria che permette tuttavia la assunzione di obblighi che possono essere monitorati. In particolare, sono due le motivazioni che inducono il *Sounding Board* a ritenere che non si possa parlare di *Self-Regulation*: la mancanza di impegni chiari, significativi e oggettivamente misurabili e l'impossibilità di svolgimento di un controllo effettivo sull'implementazione, anche in virtù della mancanza di strumenti di conformazione. Come si è accennato, tuttavia, i firmatari del Codice hanno sottoscritto anche ulteriori atti, detti “*Roadmaps*” o “*Milestones*”, che individuano una serie di obblighi specifici temporalmente scanditi che, confluendo nell'Allegato I, divengono oggetto dell'attività di controllo e di valutazione. In particolare, gli impegni assunti con le *Roadmaps* vengono espressamente definiti come direttamente vincolanti.

precedente comunicazione “contrastare la disinformazione”, la Commissione ha precisato ulteriormente il contenuto delle obbligazioni degli intermediari.²²

Sulla base di tale comunicazione, che potrebbe essere considerata come interpretativa del codice, gli intermediari sono obbligati, ad esempio, a comunicare il numero di profili falsi individuati e i profili falsi disabilitati; gli investimenti effettuati; le politiche svolte per disabilitare siti ecc. Si tratta in questo caso di obbligazioni assai dettagliate, con la conseguenza che la vera fonte di obblighi per gli intermediari firmatari pare essere, a questo punto, più la comunicazione della Commissione che il codice stesso.

La Commissione precisa inoltre che il mancato rispetto di queste obbligazioni potrebbe comportare il passaggio da strumenti di autoregolazione a strumenti normativi di *hard law*, e in particolare l'adozione di un regolamento, oltre al fatto che verranno pubblicizzate le inadempienze del singolo intermediario ad opera dell'autorità di controllo secondo il modello del “*Name and Shame*”.

Il codice, inoltre, riveste notevole importanza anche per la questione relativa alla disinformazione. Infatti, oltre a determinare gli impegni degli intermediari, tenta di dare una definizione di disinformazione e di disinformazione elettorale.

Disinformazione – secondo il codice- significa diffondere in maniera intenzionale informazioni false o ingannevoli, sia per scopi di utilità economica, sia per ingannare il pubblico. Inoltre, tali informazioni debbono avere attitudine a provocare danni pubblici, intesi come minacce ai processi politici o a altri beni pubblici (salute, ambiente, sicurezza). Ci sono quindi differenti elementi che compongono la fattispecie:

- a) la esistenza di informazioni false o ingannevoli;
- b) un elemento soggettivo di dolo specifico (lo scopo di ricavare profitto o di ingannare il pubblico);
- c) una componente di pericolo (che tali informazioni possano provocare un danno pubblico).

Sempre in funzione di limitare la disinformazione, le due comunicazioni introducono la possibilità di istituire strumenti pubblici di supporto agli strumenti di autoregolazione. Si tratta della creazione di una rete indipendente di verificatori di fatti per analizzare le fonti e i processi di creazione e diffusione delle informazioni, mentre in una tappa posteriore la commissione introdurrà una piattaforma *on line* europea sicura sulla disinformazione e un sistema di allerta rapido, in cooperazione con gli stati membri, che, a dire della medesima Commissione, consentirà di segnalare in tempo reale le campagne di disinformazione.²³

Infine, la Commissione propone anche di applicare in maniera differente la normativa restrittiva in materia di aiuti di stato rispetto alle fonti tradizionali di informazione, con lo scopo evidente di diminuire le asimmetrie e la posizione dominante degli intermediari *internet* nel mercato della informazione.

Il modello, quindi, sembra ispirarsi ad un sistema misto di co-regolazione *soft* e di strumenti *hard* (anche se questa seconda parte deve ancora essere realizzata).²⁴

²² COM (2018) 794 *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni sull'attuazione della comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo"*, 2018

²³ Non v'è dubbio tuttavia che questa previsione appare più un auspicio che non un impegno concreto. Non si conosce infatti allo stato come possa funzionare un sistema di tal genere.

²⁴ Sulla *soft law* cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation, Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolamentazione dei Mercati*, 2/2016. Sul punto si veda anche B. BOSCHETTI, “*Soft law e normatività: un'analisi comparata*”, cit., 1 e F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 543. A. VITALE, *I codici di autoregolamentazione tra autonomia collettiva e coregolamentazione, i codici di buona condotta e la normativa sulla privacy*, Roma, 2004.

In relazione alla regolazione *soft* si evidenzia che, in accordo con le norme internazionali, il sistema appare proporzionale, perché gli operatori possono scegliere le obbligazioni che intendono rispettare (anche se la scelta non dipende, come invece dovrebbe, dall'entità dei flussi intermediati quanto invece da una libera scelta).

Inoltre, nel monitoraggio si applicano alcuni dei principi tipici della *soft law* sovranazionale, come il sistema del *comply or explaine*, come abbiamo già detto, del *name and shame*. Infatti, gli intermediari debbono rispondere alle informazioni chieste dalla Commissione. Se non lo fanno dovranno spiegarne le ragioni e saranno resi pubblici gli inadempienti.

4. Legge tedesca e legge francese: due diversi modelli

In Europa, gli esempi più noti di regolamentazione delle piattaforme *on line* sono la legge tedesca "Legge per migliorare la protezione dei diritti sui social network",²⁵ e la legge francese "*Relative a la lutte contre la manipulation de l'information*".²⁶

La legge tedesca introduce un modello di regolamentazione, nei principi ispiratori, vicino agli *standard* di regolamentazione sovranazionali che abbiamo evidenziato, anche se ha per oggetto la repressione dei contenuti illegali (sostanzialmente *l'hate speech*) e pertanto non può essere considerata una legge contro o sulla disinformazione.²⁷ Tantomeno è una legge specifica per il periodo elettorale.

In ogni caso tale legge fornisce un modello in parte ispirato alle tecniche di *soft law*. Le principali obbligazione degli intermediari si sostanziano infatti nella costituzione di una procedura interna efficace e trasparente, per la gestione dei contenuti illeciti e per consentire agli utenti la trasmissione delle segnalazioni, e in un obbligo di rendicontazione sulla gestione delle segnalazioni. La legge determina il contenuto di questa relazione in cui il gestore deve fornire informazioni, tra l'altro, sulle risorse, la competenza tecnica delle unità responsabili della gestione dei segnali, il tempo necessario per bloccare i contenuti illegali.

Per quanto concerne la procedura per la gestione delle segnalazioni i principi e gli obiettivi sono chiaramente stabiliti: in sintesi la procedura deve garantire che il gestore del *social network* accolga immediatamente la segnalazione; rimuovi o blocchi l'accesso a un contenuto manifestamente illecito entro 24 ore dalla ricezione della segnalazione;²⁸ e entro sette giorni i contenuti illeciti (ma non manifestamente illeciti).²⁹ È prevista la costituzione di un organismo di autoregolamentazione,

²⁵ La traduzione della legge, a cura di G. Giannone Codiglione, in *MediaLaws*, 1\2017, 185; cfr. M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws* 1, 2017; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era delle post verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati on line*, ivi, 91; F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità non censura*, ivi, 48.

²⁶ Legge 2018-1202.

²⁷ Sulla base dell'art. 1 la legge si applica ai fornitori di servizi di telecomunicazioni che per scopo di profitto gestiscono piattaforme internet per permettere agli utenti di condividere a qualunque tipo di contenuto o di renderlo accessibile al pubblico. Le piattaforme che offrono contenuti di tipo giornalistico o editoriale, rispetto ai quali la responsabilità è dello stesso fornitore di servizi, non sono considerate come social network ai sensi della legge. Inoltre, il gestore di un *social network* con meno di due milioni di utenti registrati in Germania è esonerato dagli obblighi previsti dalla legge.

²⁸ Salvo che il *social network* abbia concordato con l'autorità giudiziaria competente un periodo più lungo per la cancellazione o il blocco dei contenuti manifestamente illeciti

²⁹ La legge prevede ipotesi nelle quali il termine di sette giorni può essere superato. Se la decisione sull'illeceità del contenuto dipende dalla falsità di una dichiarazione o da circostanze di fatto il gestore può dare all'utente la possibilità di replicare alla segnalazione prima che venga adottata una decisione. Altrimenti il social network può rimettere la decisione a un organo di autoregolamentazione previsto dalla stessa legge.

indipendente, finanziato dai gestori dei social network e accreditato da un autorità amministrativa, al quale i gestori possono rimettere la decisione sulle segnalazioni.

Il management deve monitorare la gestione delle segnalazioni mensilmente, correggere le carenze organizzative, garantire corsi di formazione e programmi di supporto almeno ogni sei mesi. La mancata adozione delle procedure, dei rapporti, del monitoraggio sulla gestione delle segnalazioni, così come la mancata correzione di una carenza organizzativa o la mancata formazione costituiscono illeciti sanzionabili, così come sono illeciti sanzionabili la mancata rimozione entro 24 ore dei contenuti manifestamente illeciti e entro sette giorni dei contenuti illeciti.³⁰

Ciò che tuttavia appare interessante, nell'ottica della individuazione del modello, è che il sistema sanzionatorio è principalmente legato all'organizzazione e agli obblighi di trasparenza, che costituiscono, nell'impianto della legge, le precondizioni per una corretta gestione dei contenuti illeciti. È prevista evidentemente anche una sanzione per l'inadempimento rispetto a singole fattispecie (mancata rimozione di un contenuto manifestamente illecito o illecito), ma in generale può osservarsi che il sistema pare incentrato più su regole generali interne che sulla repressione *ex post*. Ciò che viene imposta è soprattutto un'organizzazione interna in grado di garantire gli obiettivi che il regolamento vuole raggiungere, e ciò che viene sanzionato è principalmente il mancato adeguamento del sistema interno a questi principi.

È cioè un modello regolatorio prima ancora che sanzionatorio. La legge francese, che ha modificato il codice elettorale francese, ha un approccio e caratteristiche diverse rispetto alla legge tedesca.

Innanzitutto, a differenza della legge tedesca, la legge francese introduce regole speciali che si applicano solo nel periodo elettorale (nei tre mesi precedenti le elezioni), e solo agli operatori che hanno superato un certo numero di connessioni (cinque milioni al mese). Il che sembra confermare, come accennato in premessa, che da un lato il sistema elettorale costituisce un ordinamento sezionale e pertanto necessita di regole particolari, e dall'altro lato che tali regole devono essere proporzionali alla natura e alle caratteristiche dell'operatore.

In secondo luogo, la legge francese è una legge contro le notizie false e non contro i contenuti illeciti (come quella tedesca) e anche una legge contro le influenze straniere nelle elezioni.³¹

Per queste ragioni la normativa contiene una definizione di notizie false, come descrizioni imprecise o fuorvianti di un fatto con la caratteristica di alterare la regolarità dell'elezione, diffuse in modo deliberato, artificiale o automatizzato e massivo, da un servizio di comunicazione online al pubblico. Il *Conseil constitutionnel*, con una decisione interpretativa di rigetto del 20 dicembre 2018, ha specificato alcuni punti, in particolare in relazione alla interpretazione delle espressioni parole e notizie fuorvianti o inesatte, ma senza cambiare l'imposizione della legge³².

Di conseguenza la fattispecie di disinformazione giuridicamente rilevante è definita da un insieme di elementi oggettivi, soggettivi e di scopo. Costituiscono elementi oggettivi le descrizioni imprecise e fuorvianti, i mezzi (servizi di comunicazioni *on line* al pubblico), e le modalità (l'automatizzazione e la diffusione massiva); costituisce elemento soggettivo il dolo specifico (deliberatamente);

³⁰ L'autorità amministrativa competente (Ufficio federale di giustizia) può adottare una decisione di rimozione solo previa decisione giudiziale sulla sua illiceità.

³¹ La legge prevede, all'art. 6, che nei tre mesi anteriori alle elezioni il Consiglio superiore dell'audiovisuale se verifica che un servizio di comunicazione controllato o sotto l'influenza di uno Stato straniero ha diffuso false informazioni, in maniera deliberata con la finalità di alterare la regolarità dello scrutinio, può ordinare la sospensione della diffusione del servizio.

³² Con la decisione n. 2018-733 DC del 20 dicembre 2018, il *Conseil constitutionnel* ha precisato che le notizie false o inesatte sono quelle di cui si può dimostrare la falsità in maniera oggettiva, con la esclusione delle opinioni, le parodie, le inesattezze parziali o le semplici esagerazioni. Inoltre, la possibilità di bloccare, per un giudice, la diffusione di notizie può essere giustificato solo se il carattere inesatto o falso è manifesto, così come deve essere manifesto il rischio di alterazione delle elezioni.

costituisce l'elemento di scopo l'attitudine ad alterare la regolarità della elezione come descrizioni imprecise o fuorvianti, con la attitudine di tali descrizioni ad alterare la regolarità dell'elezione. In terzo luogo, la legge introduce una procedura giudiziaria sommaria davanti a un giudice civile. Il giudice deve decidere in 48 ore e adottare tutti i mezzi necessari per fermare la diffusione delle notizie. Infine, la legge prevede obblighi specifici di trasparenza nei tre mesi precedenti le elezioni e obblighi generali di lotta contro la diffusione di informazioni false che possono alterare la regolarità del controllo. Tra gli obblighi specifici, gli operatori devono fornire informazioni chiare e trasparenti sulla remunerazione e l'identità delle persone fisiche e giuridiche che intrattengono relazioni economiche con la piattaforma (oltre una determinata soglia). Tra gli obblighi generali, gli operatori si impegnano a dare trasparenza agli algoritmi e anche a pubblicare statistiche aggregate nel loro funzionamento, a fornire informazioni sulle persone fisiche e morali che sono remunerate in cambio della promozione dei contenuti. Gli obblighi informativi sono assistiti da sanzioni anche penali.

Vi sono dunque differenze rilevanti tra l'impianto della legge tedesca e l'impianto della legge francese.

Mentre la legge tedesca sanziona principalmente l'intermediario per la sua mancanza di organizzazione che ha impedito la tempestiva rimozione di un contenuto illecito, la legge francese sanziona l'intermediario, *ex post* per la diffusione delle notizie. Mentre la legge tedesca si basa su un'organizzazione amministrativa e sui meccanismi procedurali interni degli intermediari, la legge francese si basa sostanzialmente sull'intervento del giudice. In definitiva mentre l'impianto della legge tedesca è orientato alla prevenzione piuttosto che alla repressione, l'ordinamento francese ha scelto l'opzione opposta.

5. Esiste un modello comune di regolazione?

Dovendo trarre qualche elemento di sintesi da questa complessa – e tutt'altro che conclusa – evoluzione della regolazione europea in tema di *social network* in periodo elettorale, sembra che si possano sottolineare almeno quattro punti che si collocano su di una linea di sviluppo relativamente coerente.

Il primo punto, che costituisce una preconditione rispetto ai seguenti, è la consapevolezza, da parte delle autorità sovranazionali e anche da parte degli Stati, circa i fallimenti del mercato prodottosi nel mercato dell'informazione con l'avvento dei *social network*. Fallimenti del mercato che si sono amplificati – come logico – nell'ambito del mercato delle informazioni politiche durante un procedimento elettorale.

Si tratta infatti di un sub-mercato che, essendo da un lato più ristretto e dall'altro lato più regolato del mercato generale dell'informazione, ha subito in maniera ancora più violenta, gli effetti di operatori in posizione dominante che operano svincolati tuttavia dalle regole alle quali sono invece sottoposti gli altri operatori. Per le ragioni che abbiamo già visto i fallimenti di questo mercato tuttavia non producono solo asimmetrie per i consumatori e per gli altri attori del mercato (mezzi tradizionali di informazione), ma incidono sulle modalità di formazione del consenso, che costituisce il presupposto per un voto libero ed informato.

Da qui il secondo punto circa la tendenza, da parte degli atti – non normativi – sovranazionali, ad incentivare la estensione della nozione di media anche ai *social network*. Sia il COE che la Commissione di Venezia concordano nello specificare, ai fini della identificazione delle reti sociali come media, alcuni "*media indicators*" (l'intenzione di agire come media, l'organizzazione professionale, il controllo editoriale, sebbene automatizzato). Questo punto assume un certo rilievo in relazione ai procedimenti elettorali, perché, fino ad ora, i *social network* non rispettavano le

regole di quell'ordinamento sezionale (parità di accesso e in generale par condicio, trasparenza, silenzio nel c.d. periodo riflessione ecc.).

Il terzo punto sul quale sembra emergere una condivisione generale, sia a livello di documenti sovranazionali, che rispetto alle legislazioni specifiche di Germania e Francia e al Codice europeo, è poi l'applicazione del principio di proporzionalità e di eguaglianza alle piattaforme. Non tutti i *social network* devono essere trattati allo stesso modo, perché diverso è il loro potenziale impatto sui processi elettorali. Questo principio è stato incorporato, anche se in modo particolare, nel codice europeo, poiché i firmatari sono le grandi piattaforme che gestiscono servizi on line. È stato incorporato nella legge tedesca (la legge si applica ai *social network* con oltre 2.000.000 di utenti) e anche nella legge francese (le regole si applicheranno agli operatori che superano un determinato numero di connessione).

La quarta linea di sviluppo evidenzia una generale tendenza alla coregolamentazione, sebbene in questa espressione possano essere compresi modelli di regolazione assai diversi,³³ e sebbene i modelli normativi non seguano tutti i medesimi principi. In generale può dirsi che il sistema del Codice europeo è quello maggiormente ispirato alle *soft law* sovranazionali, il modello francese è quello che meno recepisce tali principi, mentre quello tedesco si colloca con alcuni elementi dell'uno e altri dell'altro.

Il modello europeo prevede una coregolamentazione particolarmente leggera, basata su principi assai generali e su un ruolo delle istituzioni pubbliche principalmente di verifica delle obbligazioni volontariamente assunte dagli operatori privati; il sistema di sanzioni si fonda sugli strumenti tipici della *soft law* sovranazionale con ampio ricorso alle regole del *comply or explain* e del *name and shame*.

Anche la Germania, che pure ha previsto un sistema sanzionatorio assai rigoroso, ha però impostato il sistema regolatorio secondo gli schemi generali della coregolazione: spetta infatti alle piattaforme determinare come disciplinare le procedure sulle segnalazioni, così come è espressione di autonomia privata l'organo indipendente costituito per verificare l'illiceità dei contenuti. Vi sono riferimenti al sistema del *name and shame*, soprattutto in relazione all'obbligo di resocontazione sulla gestione delle segnalazioni, per i gestori che abbiano ricevuto più di cento segnalazioni in un anno (con pubblicazione, tra l'altro, di tale rapporto sulla Gazzetta Federale).

Si differenzia tuttavia dal modello classico (utilizzato per esempio nel Codice europeo) dove il *name and shame* costituisce un potere selettivo dell'autorità pubblica, ed ha pertanto una precisa funzione sanzionatoria secondo i principi generali della regolazione sovranazionale. Infatti, nel caso della legge tedesca non è l'autorità che pubblica selettivamente gli operatori inadempimenti, ma è medesimo gestore di *social network* che deve pubblicare un rapporto. La funzione non è dunque

³³ Sul tema, ed in particolare sulla nozione europea di autoregolamentazione e coregolamentazione cfr. *Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo sul tema «Autoregolamentazione e co-regolamentazione nel quadro legislativo dell'UE»* (2015/C 291/05), Par. 2.4 in *eur-lex.europa.eu*. Tale parere ha come finalità quella di definire "con chiarezza il quadro giuridico in cui tali strumenti (autoregolamentazione e co-regolamentazione) devono operare a livello dell'UE, che ne precisi la natura giuridica, ne stabilisca le condizioni di validità, delimiti i campi di applicazione, chiarisca i rapporti con l'etero-regolamentazione e ne indichi i limiti in modo uniforme, coerente e armonizzato".

Le due *species* di *Soft Law* vengono definite unitariamente come "meccanismi spontanei o indotti che regolano interessi economici e sociali, oppure rapporti e pratiche commerciali dei vari attori economici (stakeholder)"; da ciò è possibile desumere che, almeno nella dimensione europea, le categorie di autoregolamentazione e co-regolamentazione risultano accomunate da due elementi: la totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola e l'inerenza a settori ordinamentali caratterizzati dalla presenza di preminenti interessi privatistici. In particolare, per co-regolazione si intende una "forma di regolamentazione delle parti interessate (stakeholder) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori". In argomento cfr. A. PAGANO, *Il Code of practice on disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, cit., 11 ss.

quella di sanzionare, quanto di generare *accountability* nell'operatore e consapevolezza nei consumatori. Accanto a questi strumenti, inoltre, il sistema tedesco aggiunge anche gli strumenti sanzionatori tipici delle *hard law* (sanzioni economiche) che svolgono la classica funzione deterrente.

Nella legge francese il momento regolatorio *ex ante* è ancora minore, poiché nella sostanza la Francia ha optato per un sistema tradizionale imperniato sulla repressione giudiziale *ex post*. La legge francese, infatti non sembra avere per oggetto la regolazione delle reti sociali, quanto principalmente la determinazione di una nuova fattispecie di illecito (la notizia e la informazione falsa nel periodo elettorale) e di adattare, ai veloci tempi elettorali, procedimenti giudiziari che normalmente sono assai più lenti. Gli obblighi di trasparenza – assai generici – che sono previsti dalla legge. mirano a rendere edotto il consumatore, ma non hanno una funzione sanzionatoria come nelle fattispecie di *name and shame* e postulano un consumatore “informato” e “consapevole” che nella grande massa di utilizzatori è un caso raro.

In conclusione, è però difficile sostenere che i fallimenti del mercato che si verificano attraverso l'utilizzazione delle piattaforme *on line* siano risolti con questi interventi. Il *level playing field* tra gli operatori tradizionali e le piattaforme *on line* è tuttora ben lungi dall'essere realizzato.³⁴

Né, per altro verso, v'è da scandalizzarsi più di tanto della necessità di interventi regolatori in materia di libertà di pensiero. Basta ricordare la sentenza della Corte costituzionale del 1981 quando la necessità di regolamentazione del servizio televisivo fu giustificato sulla base di quelli che sono “*i dati caratteristici del mezzo di diffusione del pensiero in esame, che per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva delle immagini unite alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa di quella attribuibile alla stampa*”.³⁵ Cambiano i mezzi ma non gli interessi da tutelare.

³⁴ Si ricorda al proposito come giustamente la Commissione europea sostiene la necessità di non applicare più ai *media* tradizionali la normativa sugli aiuti di Stato. Il rischio che ci troviamo davanti, infatti, è la progressiva scomparsa degli strumenti di informazione “tradizionali”.

³⁵Corte cost. 21 luglio 1981 n. 148: la sentenza è citata anche da A. MARTUSCIELLO, *Le iniziative di AGCOM in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione*, cit., 58 nel medesimo senso di cui nel testo.

ANDREA PISANESCHI

Reti sociali ed elezioni: il fallimento del mercato e il quadro regolatorio europeo

SOMMARIO: 1. Il fallimento del mercato dell'informazione attraverso reti sociali. – 2. I principi sovranazionali. – 3. Il codice europeo. – 4. Legge tedesca e legge francese: due diversi modelli. – 5. Esiste un modello comune di regolazione?

1. Il fallimento del mercato dell'informazione attraverso reti sociali

Per molti anni il dibattito sulla informazione o disinformazione in internet durante i periodi elettorali è stato influenzato dalla teoria americana del *free market of ideas*¹. Il che appare in verità naturale: i procedimenti elettorali sono destinati a garantire la libertà di scelta degli elettori e sembrava logico che quanto più aumentano le possibilità di informazioni tanto più aumenta anche la possibilità di una elezione consapevole². La fiducia – invero molto americana- nella razionalità del consumatore, permetteva di ritenere che questi avrebbe potuto scegliere, e per conseguenza distinguere, tra fonti affidabili e fonti non affidabili, tra notizie vere e notizie false. Il mercato delle informazioni, proprio in conseguenza delle infinite possibilità di accesso alle informazioni tramite *internet*, sembrava un mercato perfetto: senza barriere all'entrata e senza asimmetrie, con la possibilità per i consumatori, di scegliere, privi di condizionamenti derivanti da oneri impropri, la fonte di informazione desiderata tra molte fonti differenti³.

Questo ragionamento, tuttavia, era più astratto che concreto e non considerava né alcune caratteristiche dell'ordinamento elettorale, né gli effetti di *internet* e dei c.d. *social network*, specialmente se abbinati ad un massiccio utilizzo di algoritmi, proprio sul pluralismo delle informazioni⁴.

In relazione al primo punto vista, in effetti, l'ordinamento elettorale può essere qualificato come un ordinamento sezionale, sulla scorta della ben nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici⁵. Si tratta, infatti, di un ordinamento molto regolato, caratterizzato da principi specifici quando inizia il periodo elettorale, finalizzati a garantire non solo la libertà di informazione, ma anche la parità di armi tra i diversi contendenti. Questo ordinamento particolare necessita di regole,

¹ Dissenting opinion of Justice Holmes in the US Supreme Court case *Abrams v. United States*, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)

² Sull'incidenza delle nuove tecnologie sulla libertà della comunicazione, cfr. già P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, 1996, 83 ss.; ID., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Santaniello, vol. XXVIII, 1999, 323; ID., *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., Aggiornamento, Torino, 2000, 347 ss.; più di recente ID., *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. Brusciuglia-R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa, 2010, 5 ss. Sulle metamorfosi del costituzionalismo «per effetto del progresso tecnologico di portata globale», con inevitabili ricadute sulla tutela dei diritti v. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012, 2.

³ Per una approfondita analisi delle problematiche relative alla regolazione della rete cfr. M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *Il diritto dell'informazione*, a cura di M. MANETTI e R. BORRELLO, Modena 2019, 21 ss.; T. E. FROSINI, *Il diritto di accesso in internet*, T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. ALPA, M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, Milano-Firenze 2017, 41 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 273

⁴ M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2017, 82-83; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 46 ss., con riferimento all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale europea della tutela della libertà di espressione, in confronto a quella avvenuta nell'ordinamento statunitense.

⁵ A partire da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, 13 ss.

anche per correggere le asimmetrie tra i vari contendenti, e queste regole influiscono sulla libertà di espressione, a volte limitandola a volte ampliandola. Il periodo elettorale è cioè condizionato da un interesse pubblico specifico (la libertà di scelta politica dell'elettore) che giustifica regole speciali ed un regime giuridico particolare della libertà di espressione politica in un periodo determinato (che inizia con l'apertura della campagna elettorale e cessa terminato tale periodo). È noto invece che le reti sociali non sono – allo stato – sottoposte a quel tipo di regole.

Sotto il secondo punto di vista, in verità, *internet*, il sistema delle reti sociali, l'utilizzazione degli algoritmi, ha prodotto un caso classico di fallimento del mercato. Da una parte *internet* ha generato (per le ragioni che diremo a breve) un mercato chiuso e frammentato con molte barriere. Dall'altra parte ha prodotto anche la fuoriuscita dal mercato di tutto il sistema tradizionale delle fonti di informazione, provocando, per conseguenza, un mercato asimmetrico e chiuso, sia in relazione alla tipologia delle fonti sia in relazione alla tipologia delle informazioni⁶.

Nonostante si tratti di fenomeni ormai ben noti vale la pena ricordare che l'utilizzazione massiva come fonti di informazione di *internet* e dei *social network* produce i seguenti effetti:

a) Le c.d. "*epistemic bubbles*", cioè gruppi di persone che ricevono e si scambiano le stesse informazioni filtrate da algoritmi⁷. Le *epistemic bubbles* chiudono il mercato perché il consumatore riceve solo quel tipo di informazione e non ne desidera altre.

b) Le c.d. "*echo chambers*", cioè la ripetizione tra un gruppo di persone di fatti o notizie, che produce la percezione che questi fatti o notizie siano da considerarsi necessariamente veri (anche qualora fossero falsi). Ancora, il consumatore tende ad informarsi attraverso la comunicazione reciproca piuttosto che attraverso la fonte originaria.

c) Il c.d. "paradosso dell'amicizia" che produce l'effetto di considerare molto più affidabili e veritiere le notizie che derivano da amici rispetto alle notizie che derivano da una fonte di informazione professionale.

In definitiva l'*overload* di informazioni teoricamente ricavabili da *internet* ha creato il suo contrario e da un punto di vista del funzionamento del mercato un sistema largamente imperfetto. I consumatori non scelgono realmente le informazioni, perché sono gli algoritmi che le scelgono per loro⁸. Dunque, alla fine le informazioni che essi ricevono sono poche e tutte indirizzate a rafforzare ciò che già credono e condividono (l'esatto contrario delle finalità del pluralismo informativo). Inoltre, i consumatori non cambiano la propria fonte di informazioni, perché si abitano molto rapidamente al dialogo nella c.d. "bolla", con le persone e con le fonti di informazione che pensano e dicono ciò che piace.

Il mercato delle informazioni attraverso i *social network* può pertanto definirsi come un mercato con barriere, perché normalmente le persone non amano cambiare la "bolla" informativa nella quale vivono. Ed è un mercato anche caratterizzato da asimmetrie informative, perché i fatti o le notizie false, tendono ad essere percepiti come veri, a causa del c.d. "paradosso dell'amicizia" e delle c.d. "*echochambers*"⁹.

Alla fine, non è affatto difficile concludere che nella pratica *internet* e le reti sociali non hanno creato affatto un mercato aperto e ben funzionante come si pensava.

⁶ La importanza di *internet* è tale che alcuni Stati, come Estonia, Finlandia, Grecia, Francia e Spagna hanno riconosciuto l'accesso a *internet* come un diritto fondamentale. La Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che il blocco di *internetsi* ponga in conflitto con il paragrafo 1 dell'art. 10 della Convenzione: cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Ahmet Yildirim c. Turchia*, 12.12.2012, n. 3111\10.

⁷ Cfr. THI NGUYEN *Escape the eco chamber*, in *Aeon* (<https://aeon.co/>), 2018.

⁸ M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 24, 2017, 12 ss.

⁹ C.fr. F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015; K. CRAWFORD, *Can an algorithm be agonistic? Ten scenes from life in calculated publics*, in *Science, in Technology & Human Values* (2016).

Il livello e la qualità delle informazioni tra la popolazione sono diminuiti non perché *internet* e le reti sociali non permettano, teoricamente, un accesso molto ampio alla informazione, ma perché, praticamente, i consumatori si abituano ad utilizzare sempre le stesse fonti filtrate dagli algoritmi. E le ulteriori conseguenze di questo fenomeno sono ormai note: la polarizzazione dell'elettorato¹⁰ la progressiva perdita di importanza dell'elettore medio che in passato è stato sempre l'ago della bilancia nelle competizioni elettorali, l'estremismo dell'elettorato che si amplifica attraverso la bolla e le "eco chambers"¹¹.

Nell'ordinamento sezionale elettorale, la presenza di un mercato delle idee che non funziona produce ulteriori problemi: il conflitto tra le regole dell'ordinamento sezionale relativo ai mezzi di informazione ordinari rispetto alle non regole dell'ordinamento dei *social network*. E questo conflitto produce un'altra asimmetria nel mercato se si considera, come vedremo, che alcuni strumenti di comunicazione *on line* (non tutti) possono essere qualificati come mezzi di informazione: infatti i mezzi di informazione tradizionali sono molto regolati nel periodo elettorale, mentre vi sono "strumenti" *on line* come le reti sociali che invece non debbono rispettare quelle regole.

Questa asimmetria regolatoria è inoltre difficilmente giustificabile data da un lato la posizione dominante assunta dai *social network* nel mercato dell'informazione, posto che la maggioranza della popolazione utilizza ormai le reti e altre piattaforme anche per la informazione politica, e dall'altro lato la formazione di un mercato sostanzialmente oligopolistico nell'ambito dei medesimi *social network*¹². Il mercato dell'informazione *on line* presenta infatti un alto grado di concentrazione, dimostrato da un valore particolarmente elevato dell'indice di *Hirshman Herfindal* (oltre 3000 punti), indice sul quale si basano le analisi *antitrust* (un indice HHI oltre 1800 punti è già sinonimo di un mercato poco competitivo)¹³.

Le reti sociali, pertanto, beneficiano di un vantaggio competitivo rispetto agli altri mezzi di informazione: questi ultimi sono tenuti al rispetto di regole precise e stringenti nel periodo elettorale, mentre gli altri – che si trovano già in posizione dominante – non lo sono. Inoltre, poche grandi piattaforme detengono il controllo di quel mercato. Il rischio – o finanche ormai la certezza – è che in nome della libertà di informazione si sia creato un mercato oligopolistico privo di regole, con la presenza di un numero limitato di soggetti che condiziona il dibattito politico e l'accesso all'informazione.

Quando vi sono fallimenti del mercato, nondimeno, non v'è dubbio che è necessario un intervento regolatorio da parte del potere pubblico.

Per potere pubblico, tuttavia, non deve intendersi lo Stato, ma autorità indipendenti, perché il fine della regolazione del mercato non è quello di proteggere un interesse pubblico, quanto invece quello di garantire parità delle armi tra i diversi contendenti in posizione di neutralità rispetto ai diversi interessi in gioco. Questo concetto, inoltre, pare ancora più necessario quando si tratti di un mercato, come il mercato delle idee, che produce influenze sensibili nella politica dello Stato e che

¹⁰ M. DEL VICARIO - W. QUATTROCIOCCHI- A. SCALA - F. ZOLLO, *Polarization and Fake News: Early Warning of Potential Misinformation Targets*, 5 febbraio 2018 (<https://arxiv.org/abs/1802.01400>).

¹¹ S. FLAXMAN – S. GOEL – J. M. RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly*, 80, *Special Issue*, 2016, 298 e ss. E. PARISI, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web is Changing What We Read and How We Think*, New York, 2011.

¹² Secondo uno studio di *Reuter*, *Reuters Digital News Report 2017* le reti *social* costituiscono la principale fonte di informazioni per le persone tra i 18 e i 34 anni. Inoltre, lo stesso studio evidenzia che il 54% delle persone preferisce utilizzare gli algoritmi per leggere le notizie. Questo significa che la maggioranza dei giovani prende le sue decisioni politiche basandosi su informazioni filtrate dagli algoritmi.

¹³ Per questi ed altri dati sulla concentrazione del mercato nelle piattaforme digitali cfr. A. MARTUSCIELLO, *Le iniziative di AGCOM in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, in *Il diritto dell'informazione*, a cura di M. Manetti e R. Borrello, cit., 48

pertanto può essere portatore di interessi in conflitto. Inoltre si tratta di un mezzo di comunicazione (o di informazione) – internet e le reti sociali- che da sempre si è basato sul principio di libertà e di totale autonomia privata ed è pertanto necessario coniugare la regolazione con le specificità del mezzo e del mercato.

Ora è noto che i modelli di regolazione possono essere molto differenti: si può passare da una regolazione “leggera” e indiretta, che si basa su meccanismi di *soft law*, su principi relativi alla *governance* interna del soggetto regolato, su sistemi di autoregolazione¹⁴, a una regolazione invece molto più vincolante che si basa sulla previsione da parte di una norma giuridica, della regola e della sanzione.

In genere il primo sistema è usato nella regolazione sovranazionale (ad esempio nella regolazione finanziaria) dove predomina lo strumento della *soft law* che si estrinseca attraverso la previsione di principi – tendenzialmente assai generali- che debbono essere recepiti, in maniera autonoma, dai soggetti regolati¹⁵. I soggetti regolati possono rispettare il principio (ed adeguare in ipotesi la propria organizzazione interna) o non rispettare il principio, dovendo però in questo secondo caso, spiegare la ragione dell’inadempimento e potendo l’autorità di regolazione rendere pubblici i soggetti che non si sono adeguati (sono i noti principi del *comply or explain* e del *name and shame*, principi cardine della *soft law* sovranazionale)¹⁶,

Questo modello di regolazione si basa in verità, più che su un potere sanzionatorio dell’autorità pubblica, sui meccanismi di autoregolazione del mercato in presenza di informazioni corrette. Se il mercato conosce che un determinato operatore ha deciso di non rispettare le regole mentre tutti gli altri le rispettano, sarà considerato meno affidabile e quindi presumibilmente “punito” in termini di perdite di quote di mercato. Si tratta pertanto di un esempio di regolazione leggera e non invadente rispetto all’autonomia privata.

Questi principi si applicano spesso, ad esempio, per spingere imprese regolate ad adottare *standard* internazionali nell’organizzazione interna. Il regolatore pone un principio relativo alla *governance* nell’assunto che questo principio possa garantire meglio un interesse ritenuto meritevole di protezione, dopodiché il soggetto regolato può conformarsi o non conformarsi a questo principio. Però se non si conforma deve spiegarne le ragioni, e alla fine, se le ragioni non sono sufficienti, il soggetto regolato viene collocato in una lista di coloro i quali non si sono conformati (*name and shame*). È evidente che questa forma di pubblicità negativa produce effetti non positivi per l’operatore (evidentemente differenti a seconda del mercato in cui opera).

Può essere allora di un certo interesse verificare se i modelli principali di regolazione delle reti sociali durante il periodo elettorale seguono questi *standard* internazionali, o se, invece, seguono modelli differenti.

Si inizierà prendendo in esame le regole sovranazionali, per analizzare, di seguito, sia pure rapidamente, i principi del codice europeo di buona pratica, la legge tedesca sull’ *hate speech* e la legge francese sulla disinformazione attraverso *internet*.

¹⁴ La definizione di *soft law* e di autoregolazione è molto complessa e non è oggetto di questo lavoro. Si può in generale dire che vi è una certa condivisione nel ritenere che la *soft law* sia prodotta da soggetti privi di rappresentanza democratica e che le sanzioni previste sono indirette e riconducibili a valutazioni effettuate dal mercato nel quale il soggetto opera. L. SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*(<https://www.ejcl.org/>); A. POSNER, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, in *Stanford Law Review*, 573(2008).

¹⁵ Un primo elemento che caratterizza e differenzia l’*Hard Law* dalla *Soft Law* è la carenza di legittimazione democratica del soggetto che emana la regola. Cfr. E. PARIOTTI, “*Soft law*” e ordine giuridico ultra-statuale tra “*rule of law*” e democrazia, in *Ragion pratica*, Bologna 2009, 88 e ss.

¹⁶ M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation, Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolamentazione dei Mercati* (www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/) 2/2016

2. I principi sovranazionali

A livello internazionale ci sono molti atti che contengono principi o *standards* in materia di *internet* e reti sociali, ma tra essi una posizione di particolare rilievo è assunta dal Consiglio di Europa (poi COE) e dalla Commissione di Venezia, che hanno assunto vari atti che esprimono posizioni simili.

In relazione al COE è necessario ricordare la Raccomandazione CM (2018) 2 *on the roles and responsibilities of internet intermediaries* (7 marzo 2018) e la raccomandazione CM (2011) 21 settembre 2011 *on notion on media*; in relazione alla Commissione di Venezia gli atti più significativi sono una opinione del 2007 *on Media coverage of election campaigns*, e una sessione di lavoro del 2016 che aveva per oggetto il monitoraggio dei media e dei social network nei periodi pre- elettorali. Si tratta di documenti di una certa utilità per sottolineare alcune questioni generali relative alla utilizzazione delle reti sociali specialmente in relazione al periodo elettorale, anche se non trattano il grande problema della disinformazione.

A livello sovranazionale, invece, questo problema è stato trattato in una dichiarazione dell'OCSE del 2017, intitolata "*Joint declaration on freedom of expression and fake news. Disinformation and Propaganda*".

I tratti comuni degli atti emanati da COE e Commissione di Venezia sembrano essere i seguenti:

a) Un primo punto riguarda la qualificazione giuridica delle reti sociali. Sia il COE che la Commissione di Venezia ritengono necessario ampliare il concetto di *media*. In particolare, la Commissione di Venezia sottolinea che la responsabilità editoriale costituisce il principale indicatore per qualificare uno strumento di comunicazione come *media*. E la responsabilità editoriale sussiste anche se il contenuto editoriale sia conseguenza della utilizzazione di strumenti tecnologici come gli algoritmi.

Il COE pare sulla stessa lunghezza d'onda: raccomanda agli Stati un approccio graduato e differenziato e individua alcuni indicatori per qualificare un operatore come *media* (*media indicators*).

Tali indicatori sono la intenzione di comportarsi come *media*, in maniera professionale, per esempio aggregando o selezionando il contenuto delle informazioni attraverso una organizzazione professionale, anche automatizzata o algoritmica, perseguire l'obiettivo dei *media* diffondendo informazioni ad un pubblico vasto e mantenere un controllo editoriale sui contenuti. In relazione a questi punti viene altresì specificato che i processi automatizzati debbono essere qualificati come processi editoriali, in particolare quando si faccia riferimento a tecniche algoritmiche¹⁷.

b) In relazione al grande problema della regolazione, mentre la Commissione di Venezia non ha tenuto, sino ad oggi, una precisa posizione, il COE ha evidenziato alcuni profili che vale la pena sottolineare.

In primo luogo, il principio di eguaglianza impone che gli intermediari siano trattati diversamente, in termine di obbligazioni e responsabilità, perché non tutti gli intermediari sono eguali. Ad esempio, le reti sociali che intermediano grandi flussi di informazioni hanno obblighi e responsabilità più importanti.

In secondo luogo, gli intermediari debbono fornire informazioni chiare e trasparenti sui meccanismi di profilazione, pubblicando relazioni che siano accessibili e chiare.

c) In ultimo, sia il COE che la Commissione di Venezia, sottolineano un pericolo rispetto alla protezione dei diritti fondamentali. In particolare, la Commissione di Venezia sottolinea che, in

¹⁷ Sulla complessa questione della definizione di "media" cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa intendiamo oggi per media*, in *Il diritto dell'informazione*, a cura di M. Manetti e R. Borrello, cit., 11 ss. ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

conseguenza della tecnica di profilazione e elaborazione dei dati, si possa rischiare di compromettere la equità delle elezioni.

In conclusione, anche se non è possibile individuare, in relazione a questo tema, uno *standard* regolatorio internazionale sufficientemente determinato, pare però chiaro che sia la Commissione di Venezia sia il COE ritengono che gli Stati debbano considerare quantomeno le reti sociali più importanti, come mezzi di informazione (e quindi estendere ad essi, in quanto compatibili, quantomeno le regole dei mezzi di informazione).

Inoltre, tra i differenti modelli di regolazione, sia il COE che la Commissione di Venezia sembrano esprimere una preferenza verso una regolazione *soft*, basata principalmente sulla imposizione di obblighi di trasparenza imposti agli intermediari. Entrambi, nella sostanza, sembrano ritenere che il c.d. libero mercato delle idee non possa ben funzionare senza un intervento di regolazione.

Nondimeno il quadro sovranazionale appare tutt'altro che definito. Ad esempio, la *joint declaration* del OCSE del 2017, relativa alle notizie false, sembra esprimere una posizione differente. In primo luogo, si afferma che la libertà di espressione garantisce anche le notizie false. E, di conseguenza, si ritiene che una generale proibizione di informazioni definite, in maniera generica come *fake news* o informazioni non obiettive è incompatibile con gli *standard* internazionali.

In secondo luogo, gli intermediari non possono essere responsabili del contenuto che deriva da una terza parte, sino a quando rifiutano di rimuovere il contenuto in conseguenza di un ordine adottato da una autorità indipendente (come una Corte) e gli Stati non possono bloccare siti se non come misura estrema¹⁸.

3. Il codice europeo

In questo contesto sovranazionale si colloca la prima normativa europea emanata per regolare l'attività delle piattaforme *on line* nel periodo elettorale: il *Code of Practice on disinformation* (poi codice).

Il codice costituisce il punto di arrivo di un percorso iniziato dalla Commissione Europea e finalizzato a garantire la regolarità del processi democratici (in particolare le elezioni europee del 2019), quali la comunicazione della Commissione 26.4.2018: "*Contrastare la disinformazione on line: un approccio europeo*"; la relazione della Commissione 5.12.2018 sulla attuazione di quella medesima comunicazione; la comunicazione della Commissione del 5.12.2018 "*Piano di azione contro la disinformazione*"¹⁹.

¹⁸ "State mandated blocking of entire websites, IP addresses, ports or network protocols is an extreme measure which can only be justified where it is provided by law and is necessary to protect a human right or other legitimate public interest, including in the sense of that it is proportionate, there are no less intrusive alternative measures which would protect the interest and it respects minimum due process guarantees. "

¹⁹ COM (2018) 236 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, 2018, in *eur-lex.europa.eu*; COM(2018) 794; *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni sull'attuazione della comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo"*, 2018 e JOIN(2018) 36 ; *Comunicazione Congiunta Al Parlamento Europeo, Al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni, Alto Rappresentante Dell'unione per gli Affari Esteri e la Politica di Sicurezza*, 2018.

Questa comunicazione deriva da una risoluzione del Parlamento europeo del 2017 con la quale il Parlamento invitò la Commissione ad analizzare la situazione e il contesto giuridico relativo alle notizie false e a verificare la possibilità di un intervento legislativo per limitare le notizie false. Nel marzo del 2018 il Consiglio europeo dichiarò che le reti social e le piattaforme digitali devono garantire procedure trasparenti e la piena protezione della vita privata e dei dati personali dei cittadini. Sul procedimento di approvazione del codice cfr. A. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) giugno 2019, il

Come noto il codice non è stato approvato da nessun organo delle istituzioni europee ma da un organismo di autoregolazione, appositamente costituito e denominato *Forum Multistakeholder on disinformation on line*²⁰. Per questa ragione, e per la natura delle obbligazioni che contiene, il codice costituisce un esempio di regolazione “leggera”, principalmente volontaria, e lascia anche ai firmatari scegliere quali obbligazioni rispettare.

In particolare, il codice prevede le seguenti obbligazioni, di natura molto generale:

a) Un controllo sulla pubblicità. I firmatari si impegnano a prevedere processi interni per limitare le entrate pubblicitarie che derivano dalla diffusione di notizie false.

b) Un controllo sugli annunci politici. I firmatari si impegnano a distinguere tra annunci pubblicitari e contenuto editoriale.

c) Un controllo sui *bot*. I firmatari si impegnano a attuare politiche chiare sull’uso improprio di *robots* automatizzati.

d) Un controllo sulle fonti. I firmatari si impegnano a sviluppare indicatori efficaci di fiducia sulle fonti riconoscendo la importanza di segnalare la c.d. disinformazione.

e) Un controllo a posteriori sulla attività svolta. I firmatari si impegnano a presentare una relazione annuale sulla attività svolta per contrastare la disinformazione. Inoltre, i firmatari dovranno riunirsi regolarmente e alla fine del primo anno si dovrà decidere se modificare il codice o adottare altri mezzi.

Queste obbligazioni sono effettivamente molto generali, tanto che nella sua opinione finale alla Commissione del 24 settembre 2019 il c.d. *Sounding board* (organo interno al *Forum* che ha approvato il codice) ha rilevato che il codice non contiene impegni chiari e significativi, nessun obiettivo misurabile e anche nessuno strumento di *enforcement*, con la conclusione che non potrebbe essere definito neppure come un codice di regole²¹.

quale ricorda come “la Commissione Europea, preoccupata per la genuinità dei procedimenti democratici (in particolare per le elezioni del Parlamento Europeo), nel gennaio del 2018 ha istituito un gruppo di esperti di alto livello (HLEG) incaricato di fornire consulenza sulle iniziative politiche volte a contrastare la diffusione della disinformazione online, rivedere i principi e le migliori pratiche esistenti allo stato dei fatti e del diritto ed individuare le più efficienti strategie d’azione.

I risultati del lavoro del gruppo sono confluiti, nel marzo del 2018, nel cd. “*Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*” che individua una serie di raccomandazioni, sia a breve che a lungo termine, finalizzate ad affrontare i più urgenti problemi derivanti dalla diffusione della disinformazione online (in particolare nei procedimenti elettorali) e rafforzare la resilienza della società europea rispetto agli effetti collaterali della diffusione delle *fake news*.

²⁰ Il *Forum Multistakeholder on Disinformation on line* era organizzato in due differenti gruppi: da un lato, il c.d. *working group*, composto dalle principali piattaforme *on line* e dalle associazioni di categoria e dalle principali associazioni pubblicitarie; dall’altro lato, dal c.d. “*Sounding board*” al quale partecipavano invece i rappresentanti dei media, della società civile, dei controllori dei fatti e del mondo accademico. Il *Sounding board*, aveva il compito di trasmettere alla Commissione la sua opinione sul codice.

²¹ Questo perché non rientrerebbe nella definizione europea di autoregolamentazione, intesa come iniziativa volontaria che permette tuttavia la assunzione di obblighi che possono essere monitorati. In particolare, sono due le motivazioni che inducono il *Sounding Board* a ritenere che non si possa parlare di *Self-Regulation*: la mancanza di impegni chiari, significativi e oggettivamente misurabili e l’impossibilità di svolgimento di un controllo effettivo sull’implementazione, anche in virtù della mancanza di strumenti di conformazione. Come si è accennato, tuttavia, i firmatari del Codice hanno sottoscritto anche ulteriori atti, detti “*Roadmaps*” o “*Milestones*”, che individuano una serie di obblighi specifici temporalmente scanditi che, confluendo nell’Allegato I, divengono oggetto dell’attività di controllo e di valutazione. In particolare, gli impegni assunti con le *Roadmaps* vengono espressamente definiti come direttamente vincolanti.

Tuttavia, data la genericità degli impegni ed i rilievi critici sopra citati, con la comunicazione del 5.12.2018 sulla attuazione della precedente comunicazione “contrastare la disinformazione”, la Commissione ha precisato ulteriormente il contenuto delle obbligazioni degli intermediari.²²

Sulla base di tale comunicazione, che potrebbe essere considerata come interpretativa del codice, gli intermediari sono obbligati, ad esempio, a comunicare il numero di profili falsi individuati e i profili falsi disabilitati; gli investimenti effettuati; le politiche svolte per disabilitare siti ecc. Si tratta in questo caso di obbligazioni assai dettagliate, con la conseguenza che la vera fonte di obblighi per gli intermediari firmatari pare essere, a questo punto, più la comunicazione della Commissione che il codice stesso.

La Commissione precisa inoltre che il mancato rispetto di queste obbligazioni potrebbe comportare il passaggio da strumenti di autoregolazione a strumenti normativi di *hard law*, e in particolare l'adozione di un regolamento, oltre al fatto che verranno pubblicizzate le inadempienze del singolo intermediario ad opera dell'autorità di controllo secondo il modello del “*Name and Shame*”.

Il codice, inoltre, riveste notevole importanza anche per la questione relativa alla disinformazione. Infatti, oltre a determinare gli impegni degli intermediari, tenta di dare una definizione di disinformazione e di disinformazione elettorale.

Disinformazione – secondo il codice- significa diffondere in maniera intenzionale informazioni false o ingannevoli, sia per scopi di utilità economica, sia per ingannare il pubblico. Inoltre, tali informazioni debbono avere attitudine a provocare danni pubblici, intesi come minacce ai processi politici o a altri beni pubblici (salute, ambiente, sicurezza). Ci sono quindi differenti elementi che compongono la fattispecie:

- a) la esistenza di informazioni false o ingannevoli;
- b) un elemento soggettivo di dolo specifico (lo scopo di ricavare profitto o di ingannare il pubblico);
- c) una componente di pericolo (che tali informazioni possano provocare un danno pubblico).

Sempre in funzione di limitare la disinformazione, le due comunicazioni introducono la possibilità di istituire strumenti pubblici di supporto agli strumenti di autoregolazione. Si tratta della creazione di una rete indipendente di verificatori di fatti per analizzare le fonti e i processi di creazione e diffusione delle informazioni, mentre in una tappa posteriore la commissione introdurrà una piattaforma *on line* europea sicura sulla disinformazione e un sistema di allerta rapido, in cooperazione con gli stati membri, che, a dire della medesima Commissione, consentirà di segnalare in tempo reale le campagne di disinformazione.²³

Infine, la Commissione propone anche di applicare in maniera differente la normativa restrittiva in materia di aiuti di stato rispetto alle fonti tradizionali di informazione, con lo scopo evidente di diminuire le asimmetrie e la posizione dominante degli intermediari *internet* nel mercato della informazione.

Il modello, quindi, sembra ispirarsi ad un sistema misto di co-regolazione *soft* e di strumenti *hard* (anche se questa seconda parte deve ancora essere realizzata).²⁴

²² COM (2018) 794 *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni sull'attuazione della comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo"*, 2018

²³ Non v'è dubbio tuttavia che questa previsione appare più un auspicio che non un impegno concreto. Non si conosce infatti allo stato come possa funzionare un sistema di tal genere.

²⁴ Sulla *soft law* cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation, Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolamentazione dei Mercati*, 2/2016. Sul punto si veda anche B. BOSCHETTI, “*Soft law e normatività: un'analisi comparata*”, cit., 1 e F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 543. A. VITALE, *I codici di*

In relazione alla regolazione *soft* si evidenzia che, in accordo con le norme internazionali, il sistema appare proporzionale, perché gli operatori possono scegliere le obbligazioni che intendono rispettare (anche se la scelta non dipende, come invece dovrebbe, dall'entità dei flussi intermediati quanto invece da una libera scelta).

Inoltre, nel monitoraggio si applicano alcuni dei principi tipici della *soft law* sovranazionale, come il sistema del *comply or explaine*, come abbiamo già detto, del *name and shame*. Infatti, gli intermediari debbono rispondere alle informazioni chieste dalla Commissione. Se non lo fanno dovranno spiegarne le ragioni e saranno resi pubblici gli inadempienti.

4. Legge tedesca e legge francese: due diversi modelli

In Europa, gli esempi più noti di regolamentazione delle piattaforme *on line* sono la legge tedesca "Legge per migliorare la protezione dei diritti sui social network",²⁵ e la legge francese "*Relative a la lutte contre la manipulation de l'information*".²⁶

La legge tedesca introduce un modello di regolamentazione, nei principi ispiratori, vicino agli *standard* di regolamentazione sovranazionali che abbiamo evidenziato, anche se ha per oggetto la repressione dei contenuti illegali (sostanzialmente *l'hate speech*) e pertanto non può essere considerata una legge contro o sulla disinformazione.²⁷ Tantomeno è una legge specifica per il periodo elettorale.

In ogni caso tale legge fornisce un modello in parte ispirato alle tecniche di *soft law*. Le principali obbligazione degli intermediari si sostanziano infatti nella costituzione di una procedura interna efficace e trasparente, per la gestione dei contenuti illeciti e per consentire agli utenti la trasmissione delle segnalazioni, e in un obbligo di rendicontazione sulla gestione delle segnalazioni. La legge determina il contenuto di questa relazione in cui il gestore deve fornire informazioni, tra l'altro, sulle risorse, la competenza tecnica delle unità responsabili della gestione dei segnali, il tempo necessario per bloccare i contenuti illegali.

Per quanto concerne la procedura per la gestione delle segnalazioni i principi e gli obiettivi sono chiaramente stabiliti: in sintesi la procedura deve garantire che il gestore del *social network* accolga immediatamente la segnalazione; rimuovi o blocchi l'accesso a un contenuto manifestamente illecito entro 24 ore dalla ricezione della segnalazione;²⁸ e entro sette giorni i contenuti illeciti (ma non manifestamente illeciti).²⁹ È prevista la costituzione di un organismo di autoregolamentazione,

autoregolamentazione tra autonomia collettiva e coregolamentazione, i codici di buona condotta e la normativa sulla privacy, Roma, 2004.

²⁵ La traduzione della legge, a cura di G. Giannone Codiglione, in *MediaLaws*, 1\2017, 185; cfr. M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws* 1, 2017; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era delle post verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati on line*, ivi, 91; F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità non censura*, ivi, 48.

²⁶ Legge 2018-1202.

²⁷ Sulla base dell'art. 1 la legge si applica ai fornitori di servizi di telecomunicazioni che per scopo di profitto gestiscono piattaforme internet per permettere agli utenti di condividere a qualunque tipo di contenuto o di renderlo accessibile al pubblico. Le piattaforme che offrono contenuti di tipo giornalistico o editoriale, rispetto ai quali la responsabilità è dello stesso fornitore di servizi, non sono considerate come *social network* ai sensi della legge. Inoltre, il gestore di un *social network* con meno di due milioni di utenti registrati in Germania è esonerato dagli obblighi previsti dalla legge.

²⁸ Salvo che il *social network* abbia concordato con l'autorità giudiziaria competente un periodo più lungo per la cancellazione o il blocco dei contenuti manifestamente illeciti

²⁹ La legge prevede ipotesi nelle quali il termine di sette giorni può essere superato. Se la decisione sull'illeceità del contenuto dipende dalla falsità di una dichiarazione o da circostanze di fatto il gestore può dare all'utente la possibilità

indipendente, finanziato dai gestori dei social network e accreditato da un autorità amministrativa, al quale i gestori possono rimettere la decisione sulle segnalazioni.

Il management deve monitorare la gestione delle segnalazioni mensilmente, correggere le carenze organizzative, garantire corsi di formazione e programmi di supporto almeno ogni sei mesi. La mancata adozione delle procedure, dei rapporti, del monitoraggio sulla gestione delle segnalazioni, così come la mancata correzione di una carenza organizzativa o la mancata formazione costituiscono illeciti sanzionabili, così come sono illeciti sanzionabili la mancata rimozione entro 24 ore dei contenuti manifestamente illeciti e entro sette giorni dei contenuti illeciti.³⁰

Ciò che tuttavia appare interessante, nell'ottica della individuazione del modello, è che il sistema sanzionatorio è principalmente legato all'organizzazione e agli obblighi di trasparenza, che costituiscono, nell'impianto della legge, le precondizioni per una corretta gestione dei contenuti illeciti. È prevista evidentemente anche una sanzione per l'inadempimento rispetto a singole fattispecie (mancata rimozione di un contenuto manifestamente illecito o illecito), ma in generale può osservarsi che il sistema pare incentrato più su regole generali interne che sulla repressione *ex post*. Ciò che viene imposta è soprattutto un'organizzazione interna in grado di garantire gli obiettivi che il regolamento vuole raggiungere, e ciò che viene sanzionato è principalmente il mancato adeguamento del sistema interno a questi principi.

È cioè un modello regolatorio prima ancora che sanzionatorio. La legge francese, che ha modificato il codice elettorale francese, ha un approccio e caratteristiche diverse rispetto alla legge tedesca.

Innanzitutto, a differenza della legge tedesca, la legge francese introduce regole speciali che si applicano solo nel periodo elettorale (nei tre mesi precedenti le elezioni), e solo agli operatori che hanno superato un certo numero di connessioni (cinque milioni al mese). Il che sembra confermare, come accennato in premessa, che da un lato il sistema elettorale costituisce un ordinamento sezionale e pertanto necessita di regole particolari, e dall'altro lato che tali regole devono essere proporzionali alla natura e alle caratteristiche dell'operatore.

In secondo luogo, la legge francese è una legge contro le notizie false e non contro i contenuti illeciti (come quella tedesca) e anche una legge contro le influenze straniere nelle elezioni.³¹

Per queste ragioni la normativa contiene una definizione di notizie false, come descrizioni imprecise o fuorvianti di un fatto con la caratteristica di alterare la regolarità dell'elezione, diffuse in modo deliberato, artificiale o automatizzato e massivo, da un servizio di comunicazione online al pubblico. Il *Conseil constitutionnel*, con una decisione interpretativa di rigetto del 20 dicembre 2018, ha specificato alcuni punti, in particolare in relazione alla interpretazione delle espressioni parole e notizie fuorvianti o inesatte, ma senza cambiare l'imposizione della legge³².

Di conseguenza la fattispecie di disinformazione giuridicamente rilevante è definita da un insieme di elementi oggettivi, soggettivi e di scopo. Costituiscono elementi oggettivi le descrizioni imprecise

di replicare alla segnalazione prima che venga adottata una decisione. Altrimenti il social network può rimettere la decisione a un organo di autoregolamentazione previsto dalla stessa legge.

³⁰ L'autorità amministrativa competente (Ufficio federale di giustizia) può adottare una decisione di rimozione solo previa decisione giudiziale sulla sua illiceità.

³¹ La legge prevede, all'art. 6, che nei tre mesi anteriori alle elezioni il Consiglio superiore dell'audiovisuale se verifica che un servizio di comunicazione controllato o sotto l'influenza di uno Stato straniero ha diffuso false informazioni, in maniera deliberata con la finalità di alterare la regolarità dello scrutinio, può ordinare la sospensione della diffusione del servizio.

³² Con la decisione n. 2018-733 DC del 20 dicembre 2018, il *Conseil constitutionnel* ha precisato che le notizie false o inesatte sono quelle di cui si può dimostrare la falsità in maniera oggettiva, con la esclusione delle opinioni, le parodie, le inesattezze parziali o le semplici esagerazioni. Inoltre, la possibilità di bloccare, per un giudice, la diffusione di notizie può essere giustificato solo se il carattere inesatto o falso è manifesto, così come deve essere manifesto il rischio di alterazione delle elezioni.

e fuorvianti, i mezzi (servizi di comunicazioni *on line* al pubblico), e le modalità (l'automatizzazione e la diffusione massiva); costituisce elemento soggettivo il dolo specifico (deliberatamente); costituisce l'elemento di scopo l'attitudine ad alterare la regolarità della elezione come descrizioni imprecise o fuorvianti, con la attitudine di tali descrizioni ad alterare la regolarità dell'elezione. In terzo luogo, la legge introduce una procedura giudiziaria sommaria davanti a un giudice civile. Il giudice deve decidere in 48 ore e adottare tutti i mezzi necessari per fermare la diffusione delle notizie. Infine, la legge prevede obblighi specifici di trasparenza nei tre mesi precedenti le elezioni e obblighi generali di lotta contro la diffusione di informazioni false che possono alterare la regolarità del controllo. Tra gli obblighi specifici, gli operatori devono fornire informazioni chiare e trasparenti sulla remunerazione e l'identità delle persone fisiche e giuridiche che intrattengono relazioni economiche con la piattaforma (oltre una determinata soglia). Tra gli obblighi generali, gli operatori si impegnano a dare trasparenza agli algoritmi e anche a pubblicare statistiche aggregate nel loro funzionamento, a fornire informazioni sulle persone fisiche e morali che sono remunerate in cambio della promozione dei contenuti. Gli obblighi informativi sono assistiti da sanzioni anche penali.

Vi sono dunque differenze rilevanti tra l'impianto della legge tedesca e l'impianto della legge francese.

Mentre la legge tedesca sanziona principalmente l'intermediario per la sua mancanza di organizzazione che ha impedito la tempestiva rimozione di un contenuto illecito, la legge francese sanziona l'intermediario, *ex post* per la diffusione delle notizie. Mentre la legge tedesca si basa su un'organizzazione amministrativa e sui meccanismi procedurali interni degli intermediari, la legge francese si basa sostanzialmente sull'intervento del giudice. In definitiva mentre l'impianto della legge tedesca è orientato alla prevenzione piuttosto che alla repressione, l'ordinamento francese ha scelto l'opzione opposta.

5. Esiste un modello comune di regolazione?

Dovendo trarre qualche elemento di sintesi da questa complessa – e tutt'altro che conclusa – evoluzione della regolazione europea in tema di *social network* in periodo elettorale, sembra che si possano sottolineare almeno quattro punti che si collocano su di una linea di sviluppo relativamente coerente.

Il primo punto, che costituisce una preconditione rispetto ai seguenti, è la consapevolezza, da parte delle autorità sovranazionali e anche da parte degli Stati, circa i fallimenti del mercato prodotti nel mercato dell'informazione con l'avvento dei *social network*. Fallimenti del mercato che si sono amplificati – come logico – nell'ambito del mercato delle informazioni politiche durante un procedimento elettorale.

Si tratta infatti di un sub-mercato che, essendo da un lato più ristretto e dall'altro lato più regolato del mercato generale dell'informazione, ha subito in maniera ancora più violenta, gli effetti di operatori in posizione dominante che operano svincolati tuttavia dalle regole alle quali sono invece sottoposti gli altri operatori. Per le ragioni che abbiamo già visto i fallimenti di questo mercato tuttavia non producono solo asimmetrie per i consumatori e per gli altri attori del mercato (mezzi tradizionali di informazione), ma incidono sulle modalità di formazione del consenso, che costituisce il presupposto per un voto libero ed informato.

Da qui il secondo punto circa la tendenza, da parte degli atti –non normativi– sovranazionali, ad incentivare la estensione della nozione di media anche ai *social network*. Sia il COE che la Commissione di Venezia concordano nello specificare, ai fini della identificazione delle reti sociali come media, alcuni "*media indicators*" (l'intenzione di agire come media, l'organizzazione professionale, il controllo editoriale, sebbene automatizzato). Questo punto assume un certo rilievo

in relazione ai procedimenti elettorali, perché, fino ad ora, i social network non rispettavano le regole di quell'ordinamento sezionale (parità di accesso e in generale par condicio, trasparenza, silenzio nel c.d. periodo riflessione ecc.).

Il terzo punto sul quale sembra emergere una condivisione generale, sia a livello di documenti sovranazionali, che rispetto alle legislazioni specifiche di Germania e Francia e al Codice europeo, è poi l'applicazione del principio di proporzionalità e di eguaglianza alle piattaforme. Non tutti i *social network* devono essere trattati allo stesso modo, perché diverso è il loro potenziale impatto sui processi elettorali. Questo principio è stato incorporato, anche se in modo particolare, nel codice europeo, poiché i firmatari sono le grandi piattaforme che gestiscono servizi on line. È stato incorporato nella legge tedesca (la legge si applica ai *social network* con oltre 2.000.000 di utenti) e anche nella legge francese (le regole si applicheranno agli operatori che superano un determinato numero di connessione).

La quarta linea di sviluppo evidenzia una generale tendenza alla coregolamentazione, sebbene in questa espressione possano essere compresi modelli di regolazione assai diversi,³³ e sebbene i modelli normativi non seguano tutti i medesimi principi. In generale può dirsi che il sistema del Codice europeo è quello maggiormente ispirato alle *soft law* sovranazionali, il modello francese è quello che meno recepisce tali principi, mentre quello tedesco si colloca con alcuni elementi dell'uno e altri dell'altro.

Il modello europeo prevede una coregolamentazione particolarmente leggera, basata su principi assai generali e su un ruolo delle istituzioni pubbliche principalmente di verifica delle obbligazioni volontariamente assunte dagli operatori privati; il sistema di sanzioni si fonda sugli strumenti tipici della *soft law* sovranazionale con ampio ricorso alle regole del *comply or explain* e del *name and shame*.

Anche la Germania, che pure ha previsto un sistema sanzionatorio assai rigoroso, ha però impostato il sistema regolatorio secondo gli schemi generali della coregolazione: spetta infatti alle piattaforme determinare come disciplinare le procedure sulle segnalazioni, così come è espressione di autonomia privata l'organo indipendente costituito per verificare l'illiceità dei contenuti. Vi sono riferimenti al sistema del *name and shame*, soprattutto in relazione all'obbligo di resocontazione sulla gestione delle segnalazioni, per i gestori che abbiano ricevuto più di cento segnalazioni in un anno (con pubblicazione, tra l'altro, di tale rapporto sulla Gazzetta Federale).

Si differenzia tuttavia dal modello classico (utilizzato per esempio nel Codice europeo) dove il *name and shame* costituisce un potere selettivo dell'autorità pubblica, ed ha pertanto una precisa funzione sanzionatoria secondo i principi generali della regolazione sovranazionale. Infatti, nel caso della legge tedesca non è l'autorità che pubblica selettivamente gli operatori inadempimenti, ma è

³³ Sul tema, ed in particolare sulla nozione europea di autoregolamentazione e coregolamentazione cfr. *Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo sul tema «Autoregolamentazione e co-regolamentazione nel quadro legislativo dell'UE»* (2015/C 291/05), Par. 2.4 in *eur-lex.europa.eu*. Tale parere ha come finalità quella di definire "con chiarezza il quadro giuridico in cui tali strumenti (autoregolamentazione e co-regolamentazione) devono operare a livello dell'UE, che ne precisi la natura giuridica, ne stabilisca le condizioni di validità, delimiti i campi di applicazione, chiarisca i rapporti con l'etero-regolamentazione e ne indichi i limiti in modo uniforme, coerente e armonizzato".

Le due *species* di *Soft Law* vengono definite unitariamente come "meccanismi spontanei o indotti che regolano interessi economici e sociali, oppure rapporti e pratiche commerciali dei vari attori economici (stakeholder)"; da ciò è possibile desumere che, almeno nella dimensione europea, le categorie di autoregolamentazione e co-regolamentazione risultano accomunate da due elementi: la totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola e l'inerenza a settori ordinamentali caratterizzati dalla presenza di preminenti interessi privatistici. In particolare, per co-regolazione si intende una "forma di regolamentazione delle parti interessate (stakeholder) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori". In argomento cfr. A. PAGANO, *Il Code of practice on disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, cit., 11 ss.

medesimo gestore di *social network* che deve pubblicare un rapporto. La funzione non è dunque quella di sanzionare, quanto di generare *accountability* nell'operatore e consapevolezza nei consumatori. Accanto a questi strumenti, inoltre, il sistema tedesco aggiunge anche gli strumenti sanzionatori tipici delle *hard law* (sanzioni economiche) che svolgono la classica funzione deterrente.

Nella legge francese il momento regolatorio *ex ante* è ancora minore, poiché nella sostanza la Francia ha optato per un sistema tradizionale imperniato sulla repressione giudiziale *ex post*. La legge francese, infatti non sembra avere per oggetto la regolazione delle reti sociali, quanto principalmente la determinazione di una nuova fattispecie di illecito (la notizia e la informazione falsa nel periodo elettorale) e di adattare, ai veloci tempi elettorali, procedimenti giudiziari che normalmente sono assai più lenti. Gli obblighi di trasparenza – assai generici – che sono previsti dalla legge, mirano a rendere edotto il consumatore, ma non hanno una funzione sanzionatoria come nelle fattispecie di *name and shame* e postulano un consumatore “informato” e “consapevole” che nella grande massa di utilizzatori è un caso raro.

In conclusione, è però difficile sostenere che i fallimenti del mercato che si verificano attraverso l'utilizzazione delle piattaforme *on line* siano risolti con questi interventi. Il *level playing field* tra gli operatori tradizionali e le piattaforme *on line* è tuttora ben lungi dall'essere realizzato.³⁴

Né, per altro verso, v'è da scandalizzarsi più di tanto della necessità di interventi regolatori in materia di libertà di pensiero. Basta ricordare la sentenza della Corte costituzionale del 1981 quando la necessità di regolamentazione del servizio televisivo fu giustificato sulla base di quelli che sono “*i dati caratteristici del mezzo di diffusione del pensiero in esame, che per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva delle immagini unite alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa di quella attribuibile alla stampa*”.³⁵ Cambiano i mezzi ma non gli interessi da tutelare.

³⁴ Si ricorda al proposito come giustamente la Commissione europea sostiene la necessità di non applicare più ai *media* tradizionali la normativa sugli aiuti di Stato. Il rischio che ci troviamo davanti, infatti, è la progressiva scomparsa degli strumenti di informazione “tradizionali”.

³⁵Corte cost. 21 luglio 1981 n. 148: la sentenza è citata anche da A. MARTUSCIELLO, *Le iniziative di AGCOM in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione*, cit., 58 nel medesimo senso di cui nel testo.

PAOLO ZICCHITTO

I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti

SOMMARIO: 1. I termini della questione. – 2. Un caso esemplare; 3. Lo spazio pubblico all’epoca dei *social networks*. – 4. La logica costituzionale di fronte ai nemici della libertà. – 5. Concezioni della democrazia e libera manifestazione del pensiero: una proposta procedurale

1. I termini della questione

È ancora possibile per i moderni ordinamenti costituzionali contrastare i partiti antisistema senza abdicare a quei principi di libertà e pluralismo, che da sempre caratterizzano il loro retroterra ideologico e culturale?

Questo interrogativo assume connotazioni decisamente più pregnanti di fronte alla crescita esponenziale della comunicazione politica via *social* soprattutto da parte di movimenti, che, più o meno dichiaratamente, si rifanno all’esperienza del Ventennio fascista, riproponendo paradigmi, stilemi e argomentazioni, giudicati eversivi o comunque in aperto contrasto con il patto fondativo a partire dal quale si sviluppa la Costituzione repubblicana¹. Assai spesso, infatti, le posizioni sostenute in rete appaiono scarsamente suffragate, semplicistiche e, talvolta, perfino violente, tanto da incrinare quella fiducia che il nostro Costituente ha riposto nelle radici ideali e nei valori costitutivi del modello liberale².

Le modalità attraverso cui comunemente avvengono gli interscambi politici su *internet*, dunque, gettano più di qualche dubbio circa la possibilità che una discorsività razionale possa effettivamente emergere dal confronto indipendente e schietto tra tutte le opinioni presenti all’interno del c.d. “*free market of ideas*, anche quelle ritenute più esecrabili³.

Di qui, la tentazione di recuperare alcune forme di protezione della democrazia, ricorrendo alla repressione – anche penale – delle condotte, che diffondono idee in radicale antitesi con il dettato costituzionale⁴.

¹ Per un primo inquadramento della problematica richiamata nel corpo del testo si rimanda, esemplarmente, ai contributi di L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009; M. BONINI, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2/2017, 471 ss.; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 15 luglio 2013.

² Così, ad esempio, M. ROSENFELD – A. SAJO, *Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies*, in S. CHOUDRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007, 24 ss.; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014, 42 ss.; K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review*, 2/1937, 417 ss.

³ Sulla regolamentazione delle nuove modalità espressive presenti in rete si vedano O. POLLICINO – M. BASSINI, *Free Speech, Defamation and the Limits to Freedom of Expression in the EU: A Comparative Analysis*, in A. SAVIN – J. TRZASKOWSKI (a cura di), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss. P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e “pubblicazione” su Internet*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1/1998, 370 ss., nonché *passim* C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione: contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013.

⁴ Rispetto alla repressione soprattutto penale delle condotte eversive e antisistema si consultino E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; D. PICCIONE, *L’antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell’emotività*, in *Giur. cost.*, 2017, 1941 ss.; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2008, 523 ss.

2. Un caso esemplare

In tale prospettiva, la recente vicenda processuale che ha contrapposto Casa-Pound Italia a Facebook fornisce degli utilissimi spunti di riflessione per comprendere quale sia, in concreto, l'esatta strutturazione dello spazio politico pubblico e a quali limiti costituzionali esso debba eventualmente soggiacere. La fattispecie in questione origina dal giudizio promosso in sede cautelare dalla nota associazione neofascista avverso la disattivazione della propria pagina *social* operata unilateralmente dal colosso di Menlo Park. Al riguardo, il Tribunale di Roma ha accolto integralmente il ricorso, ordinando la riapertura del relativo profilo in ragione di alcune argomentazioni davvero peculiari, che concorrono a inquadrare il servizio prestato da questo tipo di piattaforme e, al contempo, ricontestualizzano il pluralismo politico dinanzi ai discorsi d'odio.

Preliminarmente, il giudice monocratico riconosce la natura *iure privatorum* del rapporto che gli utenti intrattengono con la rete sociale, concentrandosi poi sui c.d. "standard della community", diretti a censurare la manifestazione di opinioni violente o disumanizzanti⁵. Di norma, infatti, la violazione di queste condizioni generali di contratto autorizzerebbe la piattaforma ad escludere o a rimuovere temporaneamente dal servizio i singoli e le organizzazioni, che, in un modo o nell'altro, incitano all'odio⁶. Tuttavia, secondo il Tribunale, la relazione tra Facebook e i suoi utilizzatori finali non può essere assimilata *in toto* al sinallagma, che ordinariamente si instaura tra due soggetti privati, giacché una delle parti ricopre una speciale posizione nello spazio pubblico. In proposito, il giudice cautelare osserva come, all'interno dell'attuale sistema comunicativo, le reti occupino oramai un livello di pervasività tale per cui il soggetto politico che non sia materialmente presente anche sulla piattaforma, rischia di essere escluso dall'agone mediatico⁷.

I *social networks*, cioè, assolverebbero a una funzione essenziale per l'attuazione di alcuni principi cardine dell'ordinamento costituzionale, tra cui spiccano la libertà di manifestazione del pensiero e il pluralismo dei partiti⁸. Da questo punto di vista, la rimozione coattiva della pagina di Casa-Pound inficia la democraticità del sistema, poiché comprime la possibilità di comunicare in pubblico alcuni messaggi politici in ragione del loro contenuto. La disattivazione ingiustificata e improvvisa di un profilo *social* integra, pertanto, una misura sproporzionata, lesiva della libertà di espressione di un soggetto collettivo, che ricopre una funzione costituzionalmente qualificata⁹.

Il provvedimento cautelare, insomma, ridefinisce la gestione degli spazi comunicativi, poiché sottrae il controllo di uno dei più diffusi strumenti di propaganda politica alle logiche di mercato. La libertà di manifestazione del pensiero assicurata ai partiti esprime così una sorta di *drittwirkung*, in grado non soltanto di generare obblighi a carico dei pubblici poteri, ma anche di sprigionare effetti

⁵ Cfr. Facebook community standard n. 13, Contenuti deplorabili, Incitamento all'odio: "Definiamo discorsi di incitazione all'odio come un attacco diretto alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi [...] Definiamo l'attacco come un discorso violento o disumanizzante, dichiarazioni di inferiorità o incitazioni all'esclusione o alla segregazione".

⁶ Facebook community standard, Introduzione: "Le conseguenze per la violazione degli Standard della community dipendono dalla gravità della violazione stessa e dai precedenti della persona sulla piattaforma. Ad esempio, nel caso della prima violazione, potremmo solo avvertire la persona, ma se continua a violare le nostre normative, potremmo limitare la sua capacità di pubblicare su Facebook o disabilitare il suo profilo. Potremmo anche informare le forze dell'ordine quando, a nostro avviso, sussiste la possibilità reale di seri rischi di danno fisico o minacce dirette alla sicurezza pubblica".

⁷ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza del 12/12/2019, parr. 3, 4.

⁸ Sulla peculiare posizione ricoperta dai *social networks* nell'ambito della comunicazione politica si vedano, per tutti, P. COSTANZO, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 71 ss.; F. PIRA, *La net comunicazione. Partiti, movimenti e cittadini-elettori nell'era dei social networks*, Milano, 2012, 57 ss.; A. PALMIERI, *Internet e comunicazione politica. Strategie, tattiche, esperienze e prospettive*, Milano, 2016, 84 ss.

⁹ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza del 12/12/2019, parr. 3, 5.

vincolanti nei rapporti interprivati, a maggior ragione quando ci si trovi al cospetto di un potere – come quello dei *social networks* – capace di penalizzare notevolmente le associazioni, che non si uniformano a determinati contenuti¹⁰. Non diversamente da quanto accade per le Istituzioni statali, quindi, anche le tecnostutture, che disciplinano concretamente l'accesso al discorso pubblico in rete sono tenute a garantire la massima apertura del dibattito politico, astenendosi da pervasive valutazioni di merito sui messaggi trasmessi dagli utenti¹¹.

Di conseguenza, il riferimento alle finalità perseguite da un'associazione, di per sé, non potrà mai costituire una giustificazione sufficiente per procedere all'oscuramento della relativa pagina. Il principio pluralista, infatti, irradia l'ordine politico in tutte le sue declinazioni, per cui ogni eventuale limitazione alla libertà di opinione dovrà trovare esplicito fondamento in Costituzione e sottostare ad uno *strict scrutiny* da parte dell'autorità giudiziaria¹². La generica contrarietà ai precetti costituzionali degli obiettivi programmatici di Casa-Pound non legittima *ipso facto* l'esclusione di quel movimento dalla sfera pubblica, né basta la presunta pericolosità di talune proposte per espungere definitivamente quel partito dall'*agorà* digitale. In ogni caso, conclude l'ordinanza, non può essere demandato a dei soggetti privati – e in particolar modo alle corporazioni multinazionali, che gestiscono i *social network* – il compito di valutare la conformità a Costituzione degli attori politici¹³.

3. Lo spazio pubblico all'epoca dei social networks

In questo scenario, lo spazio pubblico si dilata fino a inglobare quegli attori privati che, in virtù di una loro posizione di fatto, incidono sull'esercizio dei diritti fondamentali. In maniera del tutto simmetrica, le garanzie costituzionali si espandono, democratizzando la regolazione privatistica della rete. Anche alle piattaforme *social* potranno, allora, estendersi le considerazioni che hanno tradizionalmente caratterizzato il sistema democratico, riconoscendo perfino ai partiti antisistema la facoltà di esprimersi legittimamente nel dibattito pubblico (digitale).

In effetti, il combinato disposto degli artt. 18, 21 e 49 Cost. – unitamente a quanto prescritto dalla XII disp. trans. fin. – offre una panoramica piuttosto eloquente circa i rapporti che l'Assemblea

¹⁰ Cfr. Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza del 12/12/2019, parr. 3, 6. Per la dottrina sul punto si rimanda, per esempio, a E. BUFANO, *I rapporti tra un partito politico, i suoi eletti, gli iscritti: un incedere spezzato tra drittwirkung, argomento costituzionale e fuga dai principi*, in AA.VV. *Effettività e drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Pisa, 2017, 189 ss.; H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, in P. Femia (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Napoli, 2018, 53 ss.; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10/2019, 2 ss.

¹¹ In senso analogo, ma in una prospettiva più ampia, si rinvia a M. HUNT, *The "HorizontalEffect" of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1/1998, 423 ss.; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/HorizontalEffect in Comparative ConstitutionalLaw*, in *International Journal of ConstitutionalLaw*, 1/2003, 79 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018.

¹² Cfr. S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 2/2003, 388 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2003, 79 ss.

¹³ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, Ordinanza del 12/12/2019, par. 3, 6. Tra i commentatori si è parlato di una sorta di "appropriazione della Costituzione da parte di soggetti privati o impolitici" e di "costituzionalismo civile o societario". Così esemplarmente G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 105 ss.; R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE – J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, V ss.; R. ALEX, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 554 ss.;

Costituente ha inteso instaurare nei confronti degli interlocutori politici, che non si riconoscono nei valori democratici e, più specificamente, nei riguardi di coloro i quali si ispirano all'ideologia del Ventennio¹⁴. Pur nel fondato timore che la proclamazione delle libertà civili potesse condurre ad una legittimazione dei fascisti, i Padri fondatori tratteggiarono ugualmente un'agone basato sulle regole di una democrazia aperta, che affermasse i propri valori in modo tollerante, garantendo il dissenso: l'impianto complessivo della Costituzione manifesta una fiducia, quasi incondizionata, nel metodo democratico come strumento principe del dibattito politico, in grado di includere nel confronto dialettico anche i c.d. "nemici della libertà"¹⁵.

Più precisamente, il dettato costituzionale può ritenersi dominato dal tentativo di lungo periodo di realizzare un sistema sociale inclusivo, all'interno del quale, una volta esauritasi l'emergenza storica che imponeva di condannare il regime fascista, i movimenti eversivi avrebbero dovuto essere reintegrati, senza negare loro il diritto di esistere e svilupparsi¹⁶. Coerentemente con questo impianto, i contenuti espressi dai singoli movimenti sono sempre stati recessivi rispetto a un'accettazione condivisa delle regole del gioco¹⁷. Nella prospettiva del Costituente, dunque, la preoccupazione per un ritorno al più recente passato totalitario avrebbe dovuto essere scongiurata, innanzitutto, sul terreno del confronto dialettico e dell'educazione civica¹⁸.

Ed è proprio in questa logica che la disciplina dei partiti si armonizza e si raccorda con il dettato dell'art. 21 Cost. I principi di pace, tolleranza, democrazia, libertà e uguaglianza, che fondano ancora oggi il nostro ordinamento non furono codificati in limiti specifici alla manifestazione del pensiero, né portarono all'introduzione di vincoli legati alla tutela dell'ordine pubblico¹⁹. Anche nella disciplina della libertà di parola venne rigettata qualsiasi tentazione di richiedere ai cittadini una fedeltà alla Repubblica, da intendere come obbligo per i singoli, per i partiti e per le associazioni di aderire in maniera acritica alle concezioni della Carta fondamentale.

¹⁴ In questa prospettiva si confrontino G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2014, 14 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1988, vol. II, 357 ss.; G. DEMURO, *Il dibattito sui partiti: per un diritto individuale di partecipazione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2008, 144 ss.

¹⁵ Secondo C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 51: *il prezzo dell'interpretazione del dovere di fedeltà alla Repubblica quale fedeltà a una verità è quello di trasformare lo Stato stesso in una chiesa, con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli. Questa identificazione però già inesatta in sé, è specificamente condannata proprio dalla solenne proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero*". In una prospettiva analoga, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 211 ss. e A. PACE, *Delimitazione della garanzia costituzionale: esclusione del "subiettivamente" falso. Ancora sul fondamento e sui limiti del c.d. diritto di mentire come aspetto del diritto di difendersi in giudizio*, in A. PACE – M. MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 89 ss.

¹⁶ Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, Seduta del 26/9/1946.

¹⁷ Per una ricostruzione del concetto di "metodo democratico" nella Costituzione si vedano tra i numerosissimi contributi I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2/2019, 198 ss.; A. BARBERA., *La democrazia "dei" e "nei" partiti tra rappresentanza e governabilità*, in S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009, 231 ss.; S. GAMBINO, *Una rilettura dell'art. 49 cost.: la democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, in AA.VV., *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, 481 ss.

¹⁸ Per una prima panoramica sul punto, si leggano *ex plurimis* i contributi di G. RIZZONI, *Commento all'art. 49 Cost.*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 981 ss.; E. ROSSI, *I partiti politici*, Roma-Bari, 2007, 35 ss.; A. RUGGERI, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. I, Bari, 2013, 121 ss.

¹⁹ In questo senso si consulti P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229, il quale non esclude neppure il falso soggettivo dalla protezione dell'art. 21. Similmente, P. COSTANZO, *Non c'è nulla come il diffuso consenso per smuovere lo spirito di contraddizione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2016, 1 ss.; M. MANETTI, *I limiti oggettivi: l'ordine pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in A. Pace – M. Manetti (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 231 ss.

Per certi versi, si può perfino ritenere che la Costituzione abbia inteso manifestare una sorta di fiducia antropologica nei cittadini che votano e si esprimono all'interno del contesto democratico: i partiti potranno organizzarsi autonomamente, proponendo ai rispettivi gruppi di riferimento le idee che ritengono più convincenti, ma gli elettori prediligeranno *naturaliter* quei movimenti realmente rappresentativi, che incarano cioè i valori democratici in linea con il nuovo assetto repubblicano. Se un'associazione politica avanza soluzioni eversive, patrocina una visione autoritaria della società o propone programmi in aperto contrasto con la cultura costituzionale, ricorrendo ad un linguaggio imbarbarito, violento, razzista e discriminatorio, la sanzione, prima o poi, sarà chiara e netta: la perdita di consenso politico, il deflusso degli elettori, l'indebolimento del partito stesso come organizzazione e, infine, la sua scomparsa dalla scena istituzionale²⁰.

Nella visione più profonda – e forse anche più aulica – del Costituente si situa pertanto la consapevolezza che perfino l'ideologia fascista non si combatta mai con la repressione del dissenso in quanto tale²¹. Così facendo, la Costituzione recupera larga parte delle radici più moderne dell'illuminismo, crede fermamente negli uomini, nella loro capacità di perseguire un progresso morale e materiale attraverso l'utilizzo della ragione e riflette queste convinzioni nelle disposizioni che disciplinano la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica²².

4. La logica costituzionale di fronte ai nemici della libertà

Non pare estranea a questo progetto unitario neppure la stesura della XII disp. trans. fin. Che, come noto, vieta espressamente *"la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista"*²³. Sebbene, infatti, in alcuni momenti del secondo dopoguerra abbia dominato una visione della democrazia, per così dire, più militante, la tendenza prevalente si è attestata quasi sempre verso un radicale rifiuto del diritto sanzionatorio per reprimere le condotte di quei movimenti che avversassero, anche apertamente, il nuovo sistema repubblicano²⁴. Per dirla con le parole della Corte, la portata precettiva dalla XII disposizione deve stabilirsi con esclusivo riferimento alle esigenze storico-politiche, che ispirarono l'adozione di quella norma²⁵. Il divieto di ricostituzione del partito fascista non ha per oggetto un concetto vago e indefinito, ma un fatto storicamente

²⁰ Rispetto allo spirito che animò la stesura di questa disposizione si veda *ex multis* G. PASQUINO, *Commento all'art. 49 della Costituzione*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Articoli 48-52. Rapporti politici*, Bologna-Roma, 1992, 7 ss.

²¹ Sul complesso rapporto tra democrazia e verità nei sistemi pluralisti, anche con riguardo alla criminalizzazione delle opinioni eversive o antisistema, si vedano, per tutti, P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000, 93 ss.; G.E. VIGEVANI, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 1/2009, 91 ss.; D. J. SCHALLER, *From the Editors: Judges and Politicians as Historians?*, in *Journal of Genocide Research*, 1/2007, 2 ss.

²² Così J.S. MILL, *On liberty* (1859), trad.it. *Saggio sulla libertà*, Milano, 2002, 46; J. MILTON, *Areopagitica, A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England* (1644), trad. it. *Areopagitica. Discorso per la libertà di stampa*, Milano, 1998, 32; B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1819), trad. it. *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Macerata, 2004

²³ Cfr. *passim* A. LONGO, *I simboli (del fascismo) e il tempo (della costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 10/2014, 1 ss.

²⁴ Per una più attenta ricostruzione delle tendenze legislative e giurisprudenziali in materia si legga G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2019, 6 ss.

²⁵ Corte cost., sent. n. 74/1958.

determinato, coincidente con quel movimento politico, “che prese corpo in Italia dal 1919 fino al 25 luglio 1943”²⁶.

Ci si trova, pertanto, al cospetto di un principio generale, che intende segnare una netta cesura rispetto al passato, piuttosto che realizzare una preclusione *pro futuro*, volta a restringere lo spazio democratico a disposizione dei movimenti considerati estremisti²⁷. Detto altrimenti, non si tratta di una disposizione che definisce la spettanza della libertà di parola o che limita la manifestazione del pensiero in un contesto pubblico, reale o digitale, ma di una prescrizione, diretta a determinare chi possa prendere parte alla competizione elettorale: affinché la partecipazione attiva dei cittadini possa fattivamente concretizzarsi, è necessario che il dibattito pubblico sia libero e che tutte le idee, anche quelle infondate, astrattamente pericolose o addirittura palesemente false possano manifestarsi senza restrizioni²⁸. Pur nella legittima aspirazione di difendere la democrazia contro possibili degenerazioni del pluralismo, lo scopo ultimo della XII disposizione resta comunque quello di garantire il più ampio confronto delle idee nel quadro di una società non omogenea. Nel complesso, quindi, emerge la ferma volontà dei Padri fondatori di dare vita a un ordinamento capace di affermare i suoi valori antifascisti attraverso la dialettica politica con i propri antagonisti²⁹.

Verosimilmente, le ambizioni dei Costituenti sono state in parte disattese dal legislatore e, più di recente, dai gestori privati delle reti *social*, i quali hanno surrettiziamente circoscritto la libertà di manifestazione del pensiero dei partiti antidemocratici, eversivi o comunque non allineati. Sovente, cioè, è prevalsa quella logica congiunturale, basata sull'emergenza post-bellica, che l'Assemblea Costituente intendeva gradualmente abbandonare³⁰. Sembra però di potere sostenere che, sebbene a fronte di alcune applicazioni ondivaghe, gli indirizzi giurisprudenziali maggioritari abbiano ridotto la portata sanzionatoria delle previsioni legislative. Da questo punto di vista, la legge di attuazione della XII disp. trans. fin. non ha ostacolato l'inclusione nell'arco costituzionale del Movimento Sociale Italiano, trovando applicazione una sola volta, allorché, nel 1973, fu sciolta la formazione di estrema destra Ordine Nuovo³¹. Gli stessi reati di opinione, previsti come corollario

²⁶ Cfr. Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, Seduta del 19/11/1946. Togliatti preoccupato per una possibile esclusione dalla vita politica del Partito Comunista, che adottava un fermo centralismo, si oppose con successo alla proposta presentata dagli Onorevoli Merlin e Mancini, che prospettarono un controllo sull'organizzazione dei movimenti politici e sul rispetto da parte delle relative dirigenze della dignità e della personalità degli iscritti, secondo i principî costituzionali di libertà e uguaglianza. Per una ricostruzione di quel dibattito si rinvia a V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente. Le libertà civili e politiche*, vol. II, Firenze, 1969, 112 ss.

²⁷ In questa prospettiva, si rimanda a L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, 117 ss.

²⁸ Al riguardo si consultino N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia*, Milano, 1997, 61 ss.; A. PERDUCA, *Fascismo II) Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, vol. XIV, Roma 1989, 5 ss.; L. DIOTALLEVI, *Sulla permanente "attualità" del reato di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 "Legge Scelba*, in *Giur. cost.*, 6/2014, 4801 ss.

²⁹ In proposito si vedano P. BARILE – U. DESIERSO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI, 1959, 541 ss.

³⁰ In particolare, questa impostazione protezionistica si è manifestata, dapprima, con la legge n. 645 del 1952 (c.d. “legge Scelba”), con la legge n. 962 del 1967, con la legge n. 654 del 1975 e con la legge n. 205 del 1993 (c.d. “legge Mancino”). Per un commento si veda P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 121.

³¹ A riprova di una certa oscillazione degli indirizzi giurisprudenziali, si vedano i recenti pronunciamenti del Tribunale di Milano in merito alla sanzionabilità del “saluto romano”. Tribunale di Milano, Sezione terza penale, sentenza n. 13843/18 del 27/11/2018 e Tribunale di Milano, Sezione terza penale, sentenza n. 2488/19 del 27/11/2018. Per un commento si vedano rispettivamente A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 9 maggio 2018 e S.

diretto al divieto di riorganizzazione del partito fascista, sono stati puntualmente delimitati dal giudice costituzionale, che ha ritenuto punibili unicamente le condotte apologetiche realizzate con modalità tali da risultare potenzialmente in grado di ricostituire il PNF³². Nell'esegesi di queste disposizioni, dunque, assume rilievo dirimente il requisito della violenza come strumento di lotta politica, che arrivi a ledere i valori della dignità umana e dell'eguaglianza. Ergo, affinché un'organizzazione politica sia bandita dal sistema e di conseguenza anche da una rete *social*, non è sufficiente un'ideologia ultra-conservatrice o genericamente contraria ai valori della Costituzione³³.

Certo, anche gli ordinamenti democratici e pluralisti tendono all'unità politica della propria compagine sociale e delineano una comunità, che si struttura in modo ordinato attorno ad alcune finalità fondamentali da riaffermare e proteggere quotidianamente. Il punto cruciale, però, sta nella scelta degli strumenti atti a garantire quel sistema di riferimento senza rinunciare a un'integrazione politica diversificata: non è attraverso la criminalizzazione delle opinioni o, peggio ancora, tramite un potere censorio affidato ai nuovi "giganti di silicio", che lo Stato costituzionale può mantenere le promesse di libertà ed eguaglianza su cui è stato faticosamente edificato³⁴. Affidare alle regole interne delle piattaforme *internet* il ruolo di unico "custode" delle posizioni democraticamente ortodosse e quindi accettabili significa ingerirsi in ambiti strutturalmente riservati alla politica e alla società civile: eventuali restrizioni alla diffusione o alla propaganda di idee antisistema potranno provenire unicamente da norme legislative e soltanto per salvaguardare altri valori di rango costituzionale³⁵. Questo perché la nostra Costituzione accetta con fiducia il rischio della libertà, a favore di una democrazia aperta, che includa progressivamente anche le culture e le forze politiche ostili ad essa: La libertà di poter manifestare liberamente qualsiasi tipo di opinione attraverso la rete non giova solamente a chi si faccia promotore di opinioni estreme, ma beneficia altresì chi si deve confrontare con quelle idee eversive, violente o antistoriche, perché induce ad approfondire, ampliare e, se il caso, a riconsiderare il proprio punto di vista, affinché prevalga dialetticamente la posizione più ragionevole. Di fronte alla pervicace negazione di valori democraticamente condivisi occorrerà, cioè, rafforzare la propria impostazione, suffragandola con dati di fatto e articolandola in maniera più convincente; solo in tal modo, si svilupperanno utilmente gli anticorpi sociali necessari per espungere dal dibattito pubblico le visioni più estreme, evidenziando la loro fallacia logica, la loro pericolosità e la loro inadeguatezza. Per questo, anche i *social networks* sono chiamati a garantire orizzontalmente la diffusione di tutte le idee, senza esercitare censure o reticenze di sorta, ma concorrendo a realizzare la democraticità complessiva del sistema.

5. Concezioni della democrazia e libera manifestazione del pensiero: una proposta procedurale

La decisione che definisce la controversia tra *Facebook* e Casa-Pound sembra dunque cogliere perfettamente le problematiche giuspubblicistiche sottese al rapporto tra associazioni politiche

GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano in una sentenza di condanna*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it) 29 aprile 2019.

³²Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. 1/1957, 74/1958 e 15/1973.

³³ In ordine al requisito della violenza come strumento di lotta politica capace di giustificare lo scioglimento di un partito si leggano L. BASSO, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in AA.Vv., *Indagine sul partito politico. La regolazione legislativa*, vol. I, Milano 1966, 141 ss. e C.E. TRAVERSO, *La genesi storico-politica della disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Il Politico*, 2/1968, 281 ss.

³⁴ S. RODOTA, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 337 ss.

³⁵ Sul punto si vedano secondo prospettive diverse C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I*, in *SIDIBlog*, (<http://www.sidiblog.org/>), 20 gennaio 2020; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1988, 96 ss.; G. Marini, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Novissimo digesto italiano*, Appendice V, Torino 1993, 233 ss.

epiattaforme *social*. Tuttavia, il provvedimento presenta anche alcune criticità, legate, da una parte, alla regolamentazione giurisdizionale degli spazi comunicativi presenti in rete e, dall'altra, ai rapporti che il nostro ordinamento instaura con altri sistemi di protezione dei diritti.

In effetti, la soluzione escogitata inizialmente è stata riformata nel suo impianto di fondo dal medesimo Tribunale di Roma. Di recente, infatti, in un caso largamente assimilabile, la Sezione per i diritti della persona e l'immigrazione ha ritenuto legittima la cancellazione del profilo di Forza Nuova, sulla base di motivazioni tese a valorizzare tanto la natura contrattuale del rapporto che lega *Facebook* ai propri iscritti quanto la dimensione sovranazionale delle violazioni.

Con riguardo al primo aspetto, la nuova ordinanza valorizza la dimensione privatistica del negozio stipulato tra i *social networks* e i loro utenti, precisando che le condizioni generali del servizio impegnano il sottoscrittore a non utilizzare la piattaforma per scopi “*illegali, ingannevoli, malevoli o discriminatori*” e a non pubblicare contenuti che non rispettino “*i diritti di terzi o le leggi vigenti*”, pena la rimozione delle pagine. Sono pertanto gli stessi “*standard della community*” – che i fruitori accettano consapevolmente prima di avvalersi di quella rete sociale – a legittimare l'eventuale oscuramento di un *post* da parte del gestore³⁶. Imporre autoritativamente i contenuti che *Facebook* deve veicolare, anche laddove queste esternazioni violino le proprie regole di condotta, significa ridurre in maniera drastica l'autonomia negoziale di un soggetto, che, per quanto occupi una posizione del tutto peculiare all'interno dell'ordinamento, è e resta un'azienda privata e, come tale, deve poter decidere liberamente cosa rimuovere e cosa ospitare negli ambiti che gestisce³⁷.

Ma vi è di più. I reiterati riferimenti al fascismo, unitamente alla propaganda di opinioni discriminatorie nei confronti di rom, migranti, donne e omosessuali – che già di per sé basterebbero per ritenere che *Facebook* abbia il diritto di risolvere il contratto con gli utenti che amministravano le pagine facenti capo a Forza Nuova – inducono il giudice a sostenere che il *provider* sia, in realtà, gravato dal dovere giuridico di risolvere quei contratti³⁸. La nuova ordinanza asserisce, infatti, che il contenuto e il tono generale dell'azione politica dell'associazione e delle sue articolazioni rivestono una marcata natura negazionista e, per questo motivo, contrastano con i valori fondamentali di pace e giustizia, espressi nel Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁹.

In questa prospettiva, il giudice esclude pure che le condotte assunte da Forza Nuova possano ricadere sotto la protezione dell'art. 10 CEDU, dal momento che, nell'ampia casistica richiamata dal provvedimento, la libertà di espressione verrebbe impiegata per finalità contrarie alla lettera e allo spirito della Convenzione, frustrando così il contenuto essenziale del diritto e configurando un vero e proprio abuso⁴⁰. I considerevoli rimandi alla giurisprudenza convenzionale e al diritto dell'Unione

³⁶ Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 24 febbraio, 2020, parr. 2, 15.

³⁷ Circa la distinzione tra gestore privato e servizio pubblico si leggano, *ex multis*, P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, 211 ss.; P. COSTANZO – C. PINELLI, *Media, poteri, diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, 255 ss.; M.R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2012, 88 ss.

³⁸ Cfr. Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 24 febbraio, cit., parr. 3.1.1, 24.

³⁹ Per una documentata rassegna dei post e dei messaggi pubblicati da Forza Nuova, dalle diverse associazioni collegate al partito e dai suoi aderenti, si rinvia a Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 24 febbraio, cit., parr. 3.1.1. 17 ss.

⁴⁰ Con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero così come tutelata dalla CEDU, anche con riguardo all'abuso del diritto si leggano per tutti G. CANNIE – D. VOORHOOF, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1/2001, 64 ss.; M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2011, 73 ss.; A. BUYSE, *The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective. Articles 10 and 17 ECHR*, in E. BREMS – J. GERARDS (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge, 2014, 189 ss.; R. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Cambridge, 1995.

non solo ampliano il contesto normativo di riferimento, ma inseriscono la decisione nell'alveo di una casistica europea piuttosto consolidata, che, in nome della salvaguardia dei valori trasfusi nei Trattati, ha iniziato ad escludere con enfasi crescente i "discorsi d'odio" dalla tutela riconosciuta alla libera manifestazione del pensiero, fissando dei limiti contenutistici alle opinioni presenti in rete, anche a prescindere dalle circostanze del caso concreto⁴¹. Coerentemente, la pronuncia cerca di evitare che un giudice interno possa costringere *Facebook* alla pubblicazione di messaggi politici proibiti dalle proprie *policies*, in ragione dei quali sarebbe poi, quasi sicuramente, sanzionato come *provider* del servizio da una Corte sovranazionale⁴². Come è evidente, dietro a queste decisioni si situano due concezioni diametralmente opposte della democrazia e del dibattito pubblico. Da un lato, si situa la rappresentazione offerta dai giudici europei, che mira a pacificare l'agone politico, esulando dallo scopo che le libertà perseguono nei singoli ordinamenti: una democrazia protetta e militante, orientata a conservare il sistema e a preservare la concordia sociale, espungendo le posizioni potenzialmente lesive, disturbanti o, più genericamente, non allineate con i valori fondativi dei Trattati internazionali⁴³.

Dall'altro, si colloca, invece, la visione desumibile dalla nostra Carta costituzionale, diretta a salvaguardare al massimo grado possibile la libertà di manifestazione del pensiero, integrando il dissenso politico e preservando comunque il pluralismo: una democrazia aperta e inclusiva, che accetta con fiducia un modello competitivo fondato sul conflitto e sull'eterogeneità degli interessi e che scommette sulla capacità di discernimento dei cittadini. Una volta ponderati accuratamente tutti gli interessi coinvolti, una risposta più convincente per risolvere la questione, armonizzando così anche le necessità provenienti dai diversi sistemi di tutela e riavvicinando le diverse concezioni della democrazia, potrebbe essere, allora, quella di procedimentalizzare l'*iter*, che conduce all'oscuramento di una pagina *social*. La predeterminazione di una procedura certa, chiara e trasparente salvaguarderebbe i diritti dei singoli e delle associazioni, che subiscono la rimozione improvvisa del proprio profilo e ridurrebbe altresì l'attivismo dei giudici, conducendo a soluzioni tendenzialmente più univoche. Da questo punto di vista, *Facebook* dovrebbe, in primo luogo, assolvere a tutta una serie di obblighi informativi nei confronti degli utenti, con riguardo precipuo ai contenuti potenzialmente vietati. Secondariamente, occorrerebbe pure garantire ai soggetti sanzionati con l'oscuramento della pagina una sorta di diritto di difesa, assicurando loro il contraddittorio con gli amministratori della piattaforma, per illustrare le proprie ragioni. In questo modo, si eviterebbe che le reti *social* ricorrano ad una vera e propria censura privata, esercitata in assenza di qualsiasi confronto e ispirata ad una malintesa correttezza espositiva, che potrebbe colpire, indistintamente, tutte le opinioni in quanto tali, solo perché non si conformano alla visione dominante in un dato contesto storico-sociale.

⁴¹ Per una panoramica iniziale si rinvia a P. VIDAL-NAQUET, *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la shoah*, Roma, 2008; C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, 963 ss.

⁴² Per un esame più accurato della giurisprudenza della Corte EDU, anche con riguardo alla responsabilità del *provider* per contenuti lesivi dei diritti umani si rinvia *ex multis* ai contributi D. KEANE, *Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 4/2007, 641 ss.; L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 10/2017, 80 ss.; I. HARE, *Extreme Speech under International and Regional Human Rights Standards*, in I. HARE – J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford-New York, 2009, 67 ss.

⁴³ Per una ricostruzione del concetto di democrazia all'interno del sistema CEDU si consultino A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2013, 14 ss.; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 83 ss.

PAOLO ZICCHITTO

I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti

SOMMARIO: 1. I termini della questione. – 2. Un caso esemplare; 3. Lo spazio pubblico all’epoca dei *social networks*. – 4. La logica costituzionale di fronte ai nemici della libertà. – 5. Concezioni della democrazia e libera manifestazione del pensiero: una proposta procedurale

1. I termini della questione

È ancora possibile per i moderni ordinamenti costituzionali contrastare i partiti antisistema senza abdicare a quei principi di libertà e pluralismo, che da sempre caratterizzano il loro retroterra ideologico e culturale?

Questo interrogativo assume connotazioni decisamente più pregnanti di fronte alla crescita esponenziale della comunicazione politica via *social* soprattutto da parte di movimenti, che, più o meno dichiaratamente, si rifanno all’esperienza del Ventennio fascista, riproponendo paradigmi, stilemi e argomentazioni, giudicati eversivi o comunque in aperto contrasto con il patto fondativo a partire dal quale si sviluppa la Costituzione repubblicana¹. Assai spesso, infatti, le posizioni sostenute in rete appaiono scarsamente suffragate, semplicistiche e, talvolta, perfino violente, tanto da incrinare quella fiducia che il nostro Costituente ha riposto nelle radici ideali e nei valori costitutivi del modello liberale².

Le modalità attraverso cui comunemente avvengono gli interscambi politici su *internet*, dunque, gettano più di qualche dubbio circa la possibilità che una discorsività razionale possa effettivamente emergere dal confronto indipendente e schietto tra tutte le opinioni presenti all’interno del c.d. “*free market of ideas*, anche quelle ritenute più esecrabili³.

Di qui, la tentazione di recuperare alcune forme di protezione della democrazia, ricorrendo alla repressione – anche penale – delle condotte, che diffondono idee in radicale antitesi con il dettato costituzionale⁴.

¹ Per un primo inquadramento della problematica richiamata nel corpo del testo si rimanda, esemplarmente, ai contributi di L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009; M. BONINI, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2/2017, 471 ss.; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 15 luglio 2013.

² Così, ad esempio, M. ROSENFELD – A. SAJO, *Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies*, in S. CHOUDRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007, 24 ss.; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014, 42 ss.; K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review*, 2/1937, 417 ss.

³ Sulla regolamentazione delle nuove modalità espressive presenti in rete si vedano O. POLLICINO – M. BASSINI, *Free Speech, Defamation and the Limits to Freedom of Expression in the EU: A Comparative Analysis*, in A. SAVIN – J. TRZASKOWSKI (a cura di), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss. P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e “pubblicazione” su Internet*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1/1998, 370 ss., nonché *passim* C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione: contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013.

⁴ Rispetto alla repressione soprattutto penale delle condotte eversive e antisistema si consultino E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; D. PICCIONE, *L’antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell’emotività*, in *Giur. cost.*, 2017, 1941 ss.; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2008, 523 ss.

2. Un caso esemplare

In tale prospettiva, la recente vicenda processuale che ha contrapposto Casa-Pound Italia a Facebook fornisce degli utilissimi spunti di riflessione per comprendere quale sia, in concreto, l'esatta strutturazione dello spazio politico pubblico e a quali limiti costituzionali esso debba eventualmente soggiacere. La fattispecie in questione origina dal giudizio promosso in sede cautelare dalla nota associazione neofascista avverso la disattivazione della propria pagina *social* operata unilateralmente dal colosso di Menlo Park. Al riguardo, il Tribunale di Roma ha accolto integralmente il ricorso, ordinando la riapertura del relativo profilo in ragione di alcune argomentazioni davvero peculiari, che concorrono a inquadrare il servizio prestato da questo tipo di piattaforme e, al contempo, ricontestualizzano il pluralismo politico dinanzi ai discorsi d'odio.

Preliminarmente, il giudice monocratico riconosce la natura *iure privatorum* del rapporto che gli utenti intrattengono con la rete sociale, concentrandosi poi sui c.d. "standard della community", diretti a censurare la manifestazione di opinioni violente o disumanizzanti⁵. Di norma, infatti, la violazione di queste condizioni generali di contratto autorizzerebbe la piattaforma ad escludere o a rimuovere temporaneamente dal servizio i singoli e le organizzazioni, che, in un modo o nell'altro, incitano all'odio⁶. Tuttavia, secondo il Tribunale, la relazione tra Facebook e i suoi utilizzatori finali non può essere assimilata *in toto* al sinallagma, che ordinariamente si instaura tra due soggetti privati, giacché una delle parti ricopre una speciale posizione nello spazio pubblico. In proposito, il giudice cautelare osserva come, all'interno dell'attuale sistema comunicativo, le reti occupino oramai un livello di pervasività tale per cui il soggetto politico che non sia materialmente presente anche sulla piattaforma, rischia di essere escluso dall'agone mediatico⁷.

I *social networks*, cioè, assolverebbero a una funzione essenziale per l'attuazione di alcuni principi cardine dell'ordinamento costituzionale, tra cui spiccano la libertà di manifestazione del pensiero e il pluralismo dei partiti⁸. Da questo punto di vista, la rimozione coattiva della pagina di Casa-Pound inficia la democraticità del sistema, poiché comprime la possibilità di comunicare in pubblico alcuni messaggi politici in ragione del loro contenuto. La disattivazione ingiustificata e improvvisa di un profilo *social* integra, pertanto, una misura sproporzionata, lesiva della libertà di espressione di un soggetto collettivo, che ricopre una funzione costituzionalmente qualificata⁹.

Il provvedimento cautelare, insomma, ridefinisce la gestione degli spazi comunicativi, poiché sottrae il controllo di uno dei più diffusi strumenti di propaganda politica alle logiche di mercato. La libertà di manifestazione del pensiero assicurata ai partiti esprime così una sorta di *drittwirkung*, in grado non soltanto di generare obblighi a carico dei pubblici poteri, ma anche di sprigionare effetti

⁵ Cfr. Facebook community standard n. 13, Contenuti deplorabili, Incitamento all'odio: "Definiamo discorsi di incitazione all'odio come un attacco diretto alle persone sulla base di aspetti tutelati a norma di legge, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi [...] Definiamo l'attacco come un discorso violento o disumanizzante, dichiarazioni di inferiorità o incitazioni all'esclusione o alla segregazione".

⁶ Facebook community standard, Introduzione: "Le conseguenze per la violazione degli Standard della community dipendono dalla gravità della violazione stessa e dai precedenti della persona sulla piattaforma. Ad esempio, nel caso della prima violazione, potremmo solo avvertire la persona, ma se continua a violare le nostre normative, potremmo limitare la sua capacità di pubblicare su Facebook o disabilitare il suo profilo. Potremmo anche informare le forze dell'ordine quando, a nostro avviso, sussiste la possibilità reale di seri rischi di danno fisico o minacce dirette alla sicurezza pubblica".

⁷ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza del 12/12/2019, parr. 3, 4.

⁸ Sulla peculiare posizione ricoperta dai *social networks* nell'ambito della comunicazione politica si vedano, per tutti, P. COSTANZO, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 71 ss.; F. PIRA, *La net comunicazione. Partiti, movimenti e cittadini-elettori nell'era dei social networks*, Milano, 2012, 57 ss.; A. PALMIERI, *Internet e comunicazione politica. Strategie, tattiche, esperienze e prospettive*, Milano, 2016, 84 ss.

⁹ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza del 12/12/2019, parr. 3, 5.

vincolanti nei rapporti interprivati, a maggior ragione quando ci si trovi al cospetto di un potere – come quello dei *social networks* – capace di penalizzare notevolmente le associazioni, che non si uniformano a determinati contenuti¹⁰. Non diversamente da quanto accade per le Istituzioni statali, quindi, anche le tecnostutture, che disciplinano concretamente l'accesso al discorso pubblico in rete sono tenute a garantire la massima apertura del dibattito politico, astenendosi da pervasive valutazioni di merito sui messaggi trasmessi dagli utenti¹¹.

Di conseguenza, il riferimento alle finalità perseguite da un'associazione, di per sé, non potrà mai costituire una giustificazione sufficiente per procedere all'oscuramento della relativa pagina. Il principio pluralista, infatti, irradia l'ordine politico in tutte le sue declinazioni, per cui ogni eventuale limitazione alla libertà di opinione dovrà trovare esplicito fondamento in Costituzione e sottostare ad uno *strict scrutiny* da parte dell'autorità giudiziaria¹². La generica contrarietà ai precetti costituzionali degli obiettivi programmatici di Casa-Pound non legittima *ipso facto* l'esclusione di quel movimento dalla sfera pubblica, né basta la presunta pericolosità di talune proposte per espungere definitivamente quel partito dall'*agorà* digitale. In ogni caso, conclude l'ordinanza, non può essere demandato a dei soggetti privati – e in particolar modo alle corporazioni multinazionali, che gestiscono i *social network* – il compito di valutare la conformità a Costituzione degli attori politici¹³.

3. Lo spazio pubblico all'epoca dei social networks

In questo scenario, lo spazio pubblico si dilata fino a inglobare quegli attori privati che, in virtù di una loro posizione di fatto, incidono sull'esercizio dei diritti fondamentali. In maniera del tutto simmetrica, le garanzie costituzionali si espandono, democratizzando la regolazione privatistica della rete. Anche alle piattaforme *social* potranno, allora, estendersi le considerazioni che hanno tradizionalmente caratterizzato il sistema democratico, riconoscendo perfino ai partiti antisistema la facoltà di esprimersi legittimamente nel dibattito pubblico (digitale).

In effetti, il combinato disposto degli artt. 18, 21 e 49 Cost. – unitamente a quanto prescritto dalla XII disp. trans. fin. – offre una panoramica piuttosto eloquente circa i rapporti che l'Assemblea

¹⁰ Cfr. Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza del 12/12/2019, parr. 3, 6. Per la dottrina sul punto si rimanda, per esempio, a E. BUFANO, *I rapporti tra un partito politico, i suoi eletti, gli iscritti: un incedere spezzato tra drittwirkung, argomento costituzionale e fuga dai principi*, in AA.VV. *Effettività e drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Pisa, 2017, 189 ss.; H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, in P. Femia (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Napoli, 2018, 53 ss.; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10/2019, 2 ss.

¹¹ In senso analogo, ma in una prospettiva più ampia, si rinvia a M. HUNT, *The "HorizontalEffect" of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1/1998, 423 ss.; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/HorizontalEffect in Comparative ConstitutionalLaw*, in *International Journal of ConstitutionalLaw*, 1/2003, 79 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018.

¹² Cfr. S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 2/2003, 388 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2003, 79 ss.

¹³ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, Ordinanza del 12/12/2019, par. 3, 6. Tra i commentatori si è parlato di una sorta di "appropriazione della Costituzione da parte di soggetti privati o impolitici" e di "costituzionalismo civile o societario". Così esemplarmente G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 105 ss.; R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE – J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, V ss.; R. ALEX, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 554 ss.;

Costituente ha inteso instaurare nei confronti degli interlocutori politici, che non si riconoscono nei valori democratici e, più specificamente, nei riguardi di coloro i quali si ispirano all'ideologia del Ventennio¹⁴. Pur nel fondato timore che la proclamazione delle libertà civili potesse condurre ad una legittimazione dei fascisti, i Padri fondatori tratteggiarono ugualmente un'agone basato sulle regole di una democrazia aperta, che affermasse i propri valori in modo tollerante, garantendo il dissenso: l'impianto complessivo della Costituzione manifesta una fiducia, quasi incondizionata, nel metodo democratico come strumento principe del dibattito politico, in grado di includere nel confronto dialettico anche i c.d. "nemici della libertà"¹⁵.

Più precisamente, il dettato costituzionale può ritenersi dominato dal tentativo di lungo periodo di realizzare un sistema sociale inclusivo, all'interno del quale, una volta esauritasi l'emergenza storica che imponeva di condannare il regime fascista, i movimenti eversivi avrebbero dovuto essere reintegrati, senza negare loro il diritto di esistere e svilupparsi¹⁶. Coerentemente con questo impianto, i contenuti espressi dai singoli movimenti sono sempre stati recessivi rispetto a un'accettazione condivisa delle regole del gioco¹⁷. Nella prospettiva del Costituente, dunque, la preoccupazione per un ritorno al più recente passato totalitario avrebbe dovuto essere scongiurata, innanzitutto, sul terreno del confronto dialettico e dell'educazione civica¹⁸.

Ed è proprio in questa logica che la disciplina dei partiti si armonizza e si raccorda con il dettato dell'art. 21 Cost. I principi di pace, tolleranza, democrazia, libertà e uguaglianza, che fondano ancora oggi il nostro ordinamento non furono codificati in limiti specifici alla manifestazione del pensiero, né portarono all'introduzione di vincoli legati alla tutela dell'ordine pubblico¹⁹. Anche nella disciplina della libertà di parola venne rigettata qualsiasi tentazione di richiedere ai cittadini una fedeltà alla Repubblica, da intendere come obbligo per i singoli, per i partiti e per le associazioni di aderire in maniera acritica alle concezioni della Carta fondamentale.

¹⁴ In questa prospettiva si confrontino G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2014, 14 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1988, vol. II, 357 ss.; G. DEMURO, *Il dibattito sui partiti: per un diritto individuale di partecipazione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2008, 144 ss.

¹⁵ Secondo C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 51: *il prezzo dell'interpretazione del dovere di fedeltà alla Repubblica quale fedeltà a una verità è quello di trasformare lo Stato stesso in una chiesa, con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli. Questa identificazione però già inesatta in sé, è specificamente condannata proprio dalla solenne proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero*". In una prospettiva analoga, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 211 ss. e A. PACE, *Delimitazione della garanzia costituzionale: esclusione del "subiettivamente" falso. Ancora sul fondamento e sui limiti del c.d. diritto di mentire come aspetto del diritto di difendersi in giudizio*, in A. PACE – M. MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 89 ss.

¹⁶ Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, Seduta del 26/9/1946.

¹⁷ Per una ricostruzione del concetto di "metodo democratico" nella Costituzione si vedano tra i numerosissimi contributi I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2/2019, 198 ss.; A. BARBERA., *La democrazia "dei" e "nei" partiti tra rappresentanza e governabilità*, in S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009, 231 ss.; S. GAMBINO, *Una rilettura dell'art. 49 cost.: la democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, in AA.VV., *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, 481 ss.

¹⁸ Per una prima panoramica sul punto, si leggano *ex plurimis* i contributi di G. RIZZONI, *Commento all'art. 49 Cost.*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 981 ss.; E. ROSSI, *I partiti politici*, Roma-Bari, 2007, 35 ss.; A. RUGGERI, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. I, Bari, 2013, 121 ss.

¹⁹ In questo senso si consulti P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229, il quale non esclude neppure il falso soggettivo dalla protezione dell'art. 21. Similmente, P. COSTANZO, *Non c'è nulla come il diffuso consenso per smuovere lo spirito di contraddizione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 1/2016, 1 ss.; M. MANETTI, *I limiti oggettivi: l'ordine pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in A. Pace – M. Manetti (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 231 ss.

Per certi versi, si può perfino ritenere che la Costituzione abbia inteso manifestare una sorta di fiducia antropologica nei cittadini che votano e si esprimono all'interno del contesto democratico: i partiti potranno organizzarsi autonomamente, proponendo ai rispettivi gruppi di riferimento le idee che ritengono più convincenti, ma gli elettori prediligeranno *naturaliter* quei movimenti realmente rappresentativi, che incarano cioè i valori democratici in linea con il nuovo assetto repubblicano. Se un'associazione politica avanza soluzioni eversive, patrocina una visione autoritaria della società o propone programmi in aperto contrasto con la cultura costituzionale, ricorrendo ad un linguaggio imbarbarito, violento, razzista e discriminatorio, la sanzione, prima o poi, sarà chiara e netta: la perdita di consenso politico, il deflusso degli elettori, l'indebolimento del partito stesso come organizzazione e, infine, la sua scomparsa dalla scena istituzionale²⁰.

Nella visione più profonda – e forse anche più aulica – del Costituente si situa pertanto la consapevolezza che perfino l'ideologia fascista non si combatta mai con la repressione del dissenso in quanto tale²¹. Così facendo, la Costituzione recupera larga parte delle radici più moderne dell'illuminismo, crede fermamente negli uomini, nella loro capacità di perseguire un progresso morale e materiale attraverso l'utilizzo della ragione e riflette queste convinzioni nelle disposizioni che disciplinano la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica²².

4. La logica costituzionale di fronte ai nemici della libertà

Non pare estranea a questo progetto unitario neppure la stesura della XII disp. trans. fin. Che, come noto, vieta espressamente *"la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista"*²³. Sebbene, infatti, in alcuni momenti del secondo dopoguerra abbia dominato una visione della democrazia, per così dire, più militante, la tendenza prevalente si è attestata quasi sempre verso un radicale rifiuto del diritto sanzionatorio per reprimere le condotte di quei movimenti che avversassero, anche apertamente, il nuovo sistema repubblicano²⁴. Per dirla con le parole della Corte, la portata precettiva dalla XII disposizione deve stabilirsi con esclusivo riferimento alle esigenze storico-politiche, che ispirarono l'adozione di quella norma²⁵. Il divieto di ricostituzione del partito fascista non ha per oggetto un concetto vago e indefinito, ma un fatto storicamente

²⁰ Rispetto allo spirito che animò la stesura di questa disposizione si veda *ex multis* G. PASQUINO, *Commento all'art. 49 della Costituzione*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Articoli 48-52. Rapporti politici*, Bologna-Roma, 1992, 7 ss.

²¹ Sul complesso rapporto tra democrazia e verità nei sistemi pluralisti, anche con riguardo alla criminalizzazione delle opinioni eversive o antisistema, si vedano, per tutti, P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000, 93 ss.; G.E. VIGEVANI, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 1/2009, 91 ss.; D. J. SCHALLER, *From the Editors: Judges and Politicians as Historians?*, in *Journal of Genocide Research*, 1/2007, 2 ss.

²² Così J.S. MILL, *On liberty* (1859), trad.it. *Saggio sulla libertà*, Milano, 2002, 46; J. MILTON, *Areopagitica, A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England* (1644), trad. it. *Areopagitica. Discorso per la libertà di stampa*, Milano, 1998, 32; B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1819), trad. it. *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Macerata, 2004

²³ Cfr. *passim* A. LONGO, *I simboli (del fascismo) e il tempo (della costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 10/2014, 1 ss.

²⁴ Per una più attenta ricostruzione delle tendenze legislative e giurisprudenziali in materia si legga G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2019, 6 ss.

²⁵ Corte cost., sent. n. 74/1958.

determinato, coincidente con quel movimento politico, “che prese corpo in Italia dal 1919 fino al 25 luglio 1943”²⁶.

Ci si trova, pertanto, al cospetto di un principio generale, che intende segnare una netta cesura rispetto al passato, piuttosto che realizzare una preclusione *pro futuro*, volta a restringere lo spazio democratico a disposizione dei movimenti considerati estremisti²⁷. Detto altrimenti, non si tratta di una disposizione che definisce la spettanza della libertà di parola o che limita la manifestazione del pensiero in un contesto pubblico, reale o digitale, ma di una prescrizione, diretta a determinare chi possa prendere parte alla competizione elettorale: affinché la partecipazione attiva dei cittadini possa fattivamente concretizzarsi, è necessario che il dibattito pubblico sia libero e che tutte le idee, anche quelle infondate, astrattamente pericolose o addirittura palesemente false possano manifestarsi senza restrizioni²⁸. Pur nella legittima aspirazione di difendere la democrazia contro possibili degenerazioni del pluralismo, lo scopo ultimo della XII disposizione resta comunque quello di garantire il più ampio confronto delle idee nel quadro di una società non omogenea. Nel complesso, quindi, emerge la ferma volontà dei Padri fondatori di dare vita a un ordinamento capace di affermare i suoi valori antifascisti attraverso la dialettica politica con i propri antagonisti²⁹.

Verosimilmente, le ambizioni dei Costituenti sono state in parte disattese dal legislatore e, più di recente, dai gestori privati delle reti *social*, i quali hanno surrettiziamente circoscritto la libertà di manifestazione del pensiero dei partiti antidemocratici, eversivi o comunque non allineati. Sovente, cioè, è prevalsa quella logica congiunturale, basata sull'emergenza post-bellica, che l'Assemblea Costituente intendeva gradualmente abbandonare³⁰. Sembra però di potere sostenere che, sebbene a fronte di alcune applicazioni ondivaghe, gli indirizzi giurisprudenziali maggioritari abbiano ridotto la portata sanzionatoria delle previsioni legislative. Da questo punto di vista, la legge di attuazione della XII disp. trans. fin. non ha ostacolato l'inclusione nell'arco costituzionale del Movimento Sociale Italiano, trovando applicazione una sola volta, allorché, nel 1973, fu sciolta la formazione di estrema destra Ordine Nuovo³¹. Gli stessi reati di opinione, previsti come corollario

²⁶ Cfr. Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, Seduta del 19/11/1946. Togliatti preoccupato per una possibile esclusione dalla vita politica del Partito Comunista, che adottava un fermo centralismo, si oppose con successo alla proposta presentata dagli Onorevoli Merlin e Mancini, che prospettarono un controllo sull'organizzazione dei movimenti politici e sul rispetto da parte delle relative dirigenze della dignità e della personalità degli iscritti, secondo i principî costituzionali di libertà e uguaglianza. Per una ricostruzione di quel dibattito si rinvia a V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente. Le libertà civili e politiche*, vol. II, Firenze, 1969, 112 ss.

²⁷ In questa prospettiva, si rimanda a L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, 117 ss.

²⁸ Al riguardo si consultino N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia*, Milano, 1997, 61 ss.; A. PERDUCA, *Fascismo II) Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, vol. XIV, Roma 1989, 5 ss.; L. DIOTALLEVI, *Sulla permanente “attualità” del reato di “manifestazioni fasciste” ex art. 5 “Legge Scelba*, in *Giur. cost.*, 6/2014, 4801 ss.

²⁹ In proposito si vedano P. BARILE – U. DESIERSO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI, 1959, 541 ss.

³⁰ In particolare, questa impostazione protezionistica si è manifestata, dapprima, con la legge n. 645 del 1952 (c.d. “legge Scelba”), con la legge n. 962 del 1967, con la legge n. 654 del 1975 e con la legge n. 205 del 1993 (c.d. “legge Mancino”). Per un commento si veda P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 121.

³¹ A riprova di una certa oscillazione degli indirizzi giurisprudenziali, si vedano i recenti pronunciamenti del Tribunale di Milano in merito alla sanzionabilità del “saluto romano”. Tribunale di Milano, Sezione terza penale, sentenza n. 13843/18 del 27/11/2018 e Tribunale di Milano, Sezione terza penale, sentenza n. 2488/19 del 27/11/2018. Per un commento si vedano rispettivamente A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 9 maggio 2018 e S.

diretto al divieto di riorganizzazione del partito fascista, sono stati puntualmente delimitati dal giudice costituzionale, che ha ritenuto punibili unicamente le condotte apologetiche realizzate con modalità tali da risultare potenzialmente in grado di ricostituire il PNF³². Nell'esegesi di queste disposizioni, dunque, assume rilievo dirimente il requisito della violenza come strumento di lotta politica, che arrivi a ledere i valori della dignità umana e dell'eguaglianza. Ergo, affinché un'organizzazione politica sia bandita dal sistema e di conseguenza anche da una rete *social*, non è sufficiente un'ideologia ultra-conservatrice o genericamente contraria ai valori della Costituzione³³.

Certo, anche gli ordinamenti democratici e pluralisti tendono all'unità politica della propria compagine sociale e delineano una comunità, che si struttura in modo ordinato attorno ad alcune finalità fondamentali da riaffermare e proteggere quotidianamente. Il punto cruciale, però, sta nella scelta degli strumenti atti a garantire quel sistema di riferimento senza rinunciare a un'integrazione politica diversificata: non è attraverso la criminalizzazione delle opinioni o, peggio ancora, tramite un potere censorio affidato ai nuovi "giganti di silicio", che lo Stato costituzionale può mantenere le promesse di libertà ed eguaglianza su cui è stato faticosamente edificato³⁴. Affidare alle regole interne delle piattaforme *internet* il ruolo di unico "custode" delle posizioni democraticamente ortodosse e quindi accettabili significa ingerirsi in ambiti strutturalmente riservati alla politica e alla società civile: eventuali restrizioni alla diffusione o alla propaganda di idee antisistema potranno provenire unicamente da norme legislative e soltanto per salvaguardare altri valori di rango costituzionale³⁵. Questo perché la nostra Costituzione accetta con fiducia il rischio della libertà, a favore di una democrazia aperta, che includa progressivamente anche le culture e le forze politiche ostili ad essa: La libertà di poter manifestare liberamente qualsiasi tipo di opinione attraverso la rete non giova solamente a chi si faccia promotore di opinioni estreme, ma beneficia altresì chi si deve confrontare con quelle idee eversive, violente o antistoriche, perché induce ad approfondire, ampliare e, se il caso, a riconsiderare il proprio punto di vista, affinché prevalga dialetticamente la posizione più ragionevole. Di fronte alla pervicace negazione di valori democraticamente condivisi occorrerà, cioè, rafforzare la propria impostazione, suffragandola con dati di fatto e articolandola in maniera più convincente; solo in tal modo, si svilupperanno utilmente gli anticorpi sociali necessari per espungere dal dibattito pubblico le visioni più estreme, evidenziando la loro fallacia logica, la loro pericolosità e la loro inadeguatezza. Per questo, anche i *social networks* sono chiamati a garantire orizzontalmente la diffusione di tutte le idee, senza esercitare censure o reticenze di sorta, ma concorrendo a realizzare la democraticità complessiva del sistema.

5. Concezioni della democrazia e libera manifestazione del pensiero: una proposta procedurale

La decisione che definisce la controversia tra Facebook e Casa-Pound sembra dunque cogliere perfettamente le problematiche giuspubblicistiche sottese al rapporto tra associazioni politiche

GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano in una sentenza di condanna*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it) 29 aprile 2019.

³²Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. 1/1957, 74/1958 e 15/1973.

³³ In ordine al requisito della violenza come strumento di lotta politica capace di giustificare lo scioglimento di un partito si leggano L. BASSO, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in AA.Vv., *Indagine sul partito politico. La regolazione legislativa*, vol. I, Milano 1966, 141 ss. e C.E. TRAVERSO, *La genesi storico-politica della disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Il Politico*, 2/1968, 281 ss.

³⁴ S. RODOTA, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 337 ss.

³⁵ Sul punto si vedano secondo prospettive diverse C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I*, in *SIDIBlog*, (<http://www.sidiblog.org/>), 20 gennaio 2020; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1988, 96 ss.; G. Marini, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Novissimo digesto italiano*, Appendice V, Torino 1993, 233 ss.

epiattaforme *social*. Tuttavia, il provvedimento presenta anche alcune criticità, legate, da una parte, alla regolamentazione giurisdizionale degli spazi comunicativi presenti in rete e, dall'altra, ai rapporti che il nostro ordinamento instaura con altri sistemi di protezione dei diritti.

In effetti, la soluzione escogitata inizialmente è stata riformata nel suo impianto di fondo dal medesimo Tribunale di Roma. Di recente, infatti, in un caso largamente assimilabile, la Sezione per i diritti della persona e l'immigrazione ha ritenuto legittima la cancellazione del profilo di Forza Nuova, sulla base di motivazioni tese a valorizzare tanto la natura contrattuale del rapporto che lega *Facebook* ai propri iscritti quanto la dimensione sovranazionale delle violazioni.

Con riguardo al primo aspetto, la nuova ordinanza valorizza la dimensione privatistica del negozio stipulato tra i *social networks* e i loro utenti, precisando che le condizioni generali del servizio impegnano il sottoscrittore a non utilizzare la piattaforma per scopi "*illegali, ingannevoli, malevoli o discriminatori*" e a non pubblicare contenuti che non rispettino "*i diritti di terzi o le leggi vigenti*", pena la rimozione delle pagine. Sono pertanto gli stessi "*standard della community*" – che i fruitori accettano consapevolmente prima di avvalersi di quella rete sociale – a legittimare l'eventuale oscuramento di un *post* da parte del gestore³⁶. Imporre autoritativamente i contenuti che *Facebook* deve veicolare, anche laddove queste esternazioni violino le proprie regole di condotta, significa ridurre in maniera drastica l'autonomia negoziale di un soggetto, che, per quanto occupi una posizione del tutto peculiare all'interno dell'ordinamento, è e resta un'azienda privata e, come tale, deve poter decidere liberamente cosa rimuovere e cosa ospitare negli ambiti che gestisce³⁷.

Ma vi è di più. I reiterati riferimenti al fascismo, unitamente alla propaganda di opinioni discriminatorie nei confronti di rom, migranti, donne e omosessuali – che già di per sé basterebbero per ritenere che *Facebook* abbia il diritto di risolvere il contratto con gli utenti che amministravano le pagine facenti capo a Forza Nuova – inducono il giudice a sostenere che il *provider* sia, in realtà, gravato dal dovere giuridico di risolvere quei contratti³⁸. La nuova ordinanza asserisce, infatti, che il contenuto e il tono generale dell'azione politica dell'associazione e delle sue articolazioni rivestono una marcata natura negazionista e, per questo motivo, contrastano con i valori fondamentali di pace e giustizia, espressi nel Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁹.

In questa prospettiva, il giudice esclude pure che le condotte assunte da Forza Nuova possano ricadere sotto la protezione dell'art. 10 CEDU, dal momento che, nell'ampia casistica richiamata dal provvedimento, la libertà di espressione verrebbe impiegata per finalità contrarie alla lettera e allo spirito della Convenzione, frustrando così il contenuto essenziale del diritto e configurando un vero e proprio abuso⁴⁰. I considerevoli rimandi alla giurisprudenza convenzionale e al diritto dell'Unione

³⁶ Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 24 febbraio, 2020, parr. 2, 15.

³⁷ Circa la distinzione tra gestore privato e servizio pubblico si leggano, *ex multis*, P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, 211 ss.; P. COSTANZO – C. PINELLI, *Media, poteri, diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, 255 ss.; M.R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2012, 88 ss.

³⁸ Cfr. Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 24 febbraio, cit., parr. 3.1.1, 24.

³⁹ Per una documentata rassegna dei post e dei messaggi pubblicati da Forza Nuova, dalle diverse associazioni collegate al partito e dai suoi aderenti, si rinvia a Tribunale di Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 24 febbraio, cit., parr. 3.1.1. 17 ss.

⁴⁰ Con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero così come tutelata dalla CEDU, anche con riguardo all'abuso del diritto si leggano per tutti G. CANNIE – D. VOORHOOF, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1/2001, 64 ss.; M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2011, 73 ss.; A. BUYSE, *The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective. Articles 10 and 17 ECHR*, in E. BREMS – J. GERARDS (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge, 2014, 189 ss.; R. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Cambridge, 1995.

non solo ampliano il contesto normativo di riferimento, ma inseriscono la decisione nell'alveo di una casistica europea piuttosto consolidata, che, in nome della salvaguardia dei valori trasfusi nei Trattati, ha iniziato ad escludere con enfasi crescente i "discorsi d'odio" dalla tutela riconosciuta alla libera manifestazione del pensiero, fissando dei limiti contenutistici alle opinioni presenti in rete, anche a prescindere dalle circostanze del caso concreto⁴¹. Coerentemente, la pronuncia cerca di evitare che un giudice interno possa costringere *Facebook* alla pubblicazione di messaggi politici proibiti dalle proprie *policies*, in ragione dei quali sarebbe poi, quasi sicuramente, sanzionato come *provider* del servizio da una Corte sovranazionale⁴². Come è evidente, dietro a queste decisioni si situano due concezioni diametralmente opposte della democrazia e del dibattito pubblico. Da un lato, si situa la rappresentazione offerta dai giudici europei, che mira a pacificare l'agone politico, esulando dallo scopo che le libertà perseguono nei singoli ordinamenti: una democrazia protetta e militante, orientata a conservare il sistema e a preservare la concordia sociale, espungendo le posizioni potenzialmente lesive, disturbanti o, più genericamente, non allineate con i valori fondativi dei Trattati internazionali⁴³.

Dall'altro, si colloca, invece, la visione desumibile dalla nostra Carta costituzionale, diretta a salvaguardare al massimo grado possibile la libertà di manifestazione del pensiero, integrando il dissenso politico e preservando comunque il pluralismo: una democrazia aperta e inclusiva, che accetta con fiducia un modello competitivo fondato sul conflitto e sull'eterogeneità degli interessi e che scommette sulla capacità di discernimento dei cittadini. Una volta ponderati accuratamente tutti gli interessi coinvolti, una risposta più convincente per risolvere la questione, armonizzando così anche le necessità provenienti dai diversi sistemi di tutela e riavvicinando le diverse concezioni della democrazia, potrebbe essere, allora, quella di procedimentalizzare l'*iter*, che conduce all'oscuramento di una pagina *social*. La predeterminazione di una procedura certa, chiara e trasparente salvaguarderebbe i diritti dei singoli e delle associazioni, che subiscono la rimozione improvvisa del proprio profilo e ridurrebbe altresì l'attivismo dei giudici, conducendo a soluzioni tendenzialmente più univoche. Da questo punto di vista, *Facebook* dovrebbe, in primo luogo, assolvere a tutta una serie di obblighi informativi nei confronti degli utenti, con riguardo precipuo ai contenuti potenzialmente vietati. Secondariamente, occorrerebbe pure garantire ai soggetti sanzionati con l'oscuramento della pagina una sorta di diritto di difesa, assicurando loro il contraddittorio con gli amministratori della piattaforma, per illustrare le proprie ragioni. In questo modo, si eviterebbe che le reti *social* ricorrano ad una vera e propria censura privata, esercitata in assenza di qualsiasi confronto e ispirata ad una malintesa correttezza espositiva, che potrebbe colpire, indistintamente, tutte le opinioni in quanto tali, solo perché non si conformano alla visione dominante in un dato contesto storico-sociale.

⁴¹ Per una panoramica iniziale si rinvia a P. VIDAL-NAQUET, *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la shoah*, Roma, 2008; C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, 963 ss.

⁴² Per un esame più accurato della giurisprudenza della Corte EDU, anche con riguardo alla responsabilità del *provider* per contenuti lesivi dei diritti umani si rinvia *ex multis* ai contributi D. KEANE, *Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 4/2007, 641 ss.; L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 10/2017, 80 ss.; I. HARE, *Extreme Speech under International and Regional Human Rights Standards*, in I. HARE – J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford-New York, 2009, 67 ss.

⁴³ Per una ricostruzione del concetto di democrazia all'interno del sistema CEDU si consultino A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2013, 14 ss.; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 83 ss.

PAOLO CARNEVALE- DANIELE CHINNI

To be or not to be (online)?

Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Internet*, politica, istituzioni. – 3. Istituzioni sul *web* e diritto costituzionale: le ragioni di uno studio. – 4. Organi costituzionali e *web*: osservazioni preliminari – 5. Le interazioni tra siti *web* istituzionali e *social media*. – 6. I siti *web* istituzionali tra esigenze di comunicazione e riservatezza. – 6.1. *Segue*. Sul sito del Quirinale. – 6.2. *Segue*. Sul sito del Governo. – 6.3. *Segue*. Sul sito della Corte costituzionale. – 6.4. *Segue*. Sui siti delle Camere. – 7. La diffusione “plurimorfa” di medesimi contenuti. – 8. Il senso dell’essere *online*. – 9. Essere *online* tra fatto e diritto.

1. *Premessa*

Che l’Autore celebrato in queste pagine sia fra gli studiosi più attenti e più qualificati nell’indagare i rapporti fra *Internet* e diritto è cosa assai nota: ad immediatamente provarlo, per chi ne avesse bisogno, sarebbe sufficiente scorrere il suo aggiornatissimo *curriculum* personale, *caricato* sul sito dell’Ateneo genovese, e prender visione di quanto spazio, nella sua peraltro amplissima produzione scientifica, occupino i contributi dedicati a questo argomento (che non a caso danno corpo a un’intera sezione tematica nell’elenco delle pubblicazioni) e quanta sia l’attività didattica che Egli ha specificamente dedicato al *thema* in parola. Se poi all’elemento quantitativo si aggiunge quello temporale, ci si accorge facilmente con quanto anticipo il Nostro abbia colto la ricchezza e la complessità della questione che, per buon parte degli studiosi (soprattutto costituzionalisti), si sarebbe affacciata all’attenzione in tempi decisamente successivi.

Peraltro, e per quanto qui rileva più direttamente, Egli ha tra i primi affrontato scientificamente il tema del ruolo assunto dalle nuove tecnologie e, in specie, dai siti *Internet* degli organi costituzionali con un attento ed informato saggio del 2015 dedicato peculiarmente ai Tribunali costituzionali e in particolare alla nostra Corte costituzionale¹.

Ma il quadro sarebbe assolutamente parziale se, accanto a quello di studioso e didatta, non si considerasse il profilo dell’operatore sul campo che ha ideato e dirige uno delle più frequentate Riviste telematiche in ambito costituzionalistico – *Consulta OnLine* – che da circa venticinque anni (e ben prima che la nostra Corte costituzionale si dotasse di un proprio sito ufficiale) offre agli utenti la panoramica integrale delle decisioni del giudice costituzionale, con doppia chiave di ricerca – testuale e cronologica – e corredo di commenti della dottrina, oltre che delle fonti sulla giustizia costituzionale e di tutta una serie di informazioni e studi che hanno via via nel tempo arricchito l’offerta editoriale.

È per questo che abbiamo pensato di destinare a questa raccolta di Scritti in Suo onore uno studio “in tema”, dedicato al processo di digitalizzazione che ha investito gli organi costituzionali – in specie: Camere, Governo, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale² – con particolare (ma non esclusivo) riferimento ai siti *web* ufficiali di cui si sono dotati nel tempo, al fine, non già di offrire un’analisi puntuale sul piano tecnico(-informatico) e giuridico, bensì di cogliere e sottoporre

* Il presente lavoro, frutto della riflessione congiunta dei due autori, è stato materialmente redatto da Paolo Carnevale relativamente ai §§ 5, 6, 7 e 8 e da Daniele Chinni relativamente ai §§ 2, 3, 4 e 9.

¹ Ci riferiamo a P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della rete*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2015/1 (ed in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 658 ss.).

² Per le ragioni che hanno indotto a circoscrivere l’analisi agli organi di cui nel testo, v. *infra* § 5.

all'attenzione taluni nodi problematici ed alcune questioni di interesse costituzionalistico che l'utilizzo del mezzo telematico può suscitare.

Nel farlo siamo consapevoli del fatto di misurarci con quella che viene detta con formula invalsa "la migliore dottrina" in materia. Confidiamo, per questo, che, complice anche la natura celebrativa della Raccolta, l'Autore qui onorato possa inforcare gli occhiali della benevolenza sui quali facciamo sincero affidamento.

2. Internet, politica, istituzioni

L'avvento di *Internet* ha sconvolto e continua a sconvolgere la società contemporanea in tutti i suoi aspetti: sociali, economici, giuridici. È talmente sotto gli occhi di ciascuno di noi, nel nostro vivere quotidiano, che non vale la pena neppure fare esemplificazioni.

Questa rivoluzione non poteva non determinare un mutamento profondo anche dei linguaggi e degli strumenti del mondo della politica, al pari di quanto, in tempi diversi, questi ultimi vennero modificati dalla stampa prima e dalla televisione poi, i quali pure oggi stanno vivendo una chiara evoluzione, indotta proprio dal *web*. Per avere immediatamente un'idea di quanto andiamo dicendo, è sufficiente pensare all'utilizzo dei *social media* da parte di esponenti politici e partiti: sono diventati mezzo (ritenuto) indispensabile per rapportarsi con l'opinione pubblica³, anche se – a dispetto della *vulgata* secondo la quale essi consentirebbero un legame diretto tra rappresentanti e rappresentati – essi, piuttosto che ad acquisire domande e cogliere le esigenze *dal basso*, sono adoperati per propaganda politica, ricercando consenso, su attività politica già posta in essere, in quella che è divenuta, a tutti gli effetti, una arena politica *parallela*.

È chiaro, poi, che i nuovi modi di fare politica attraverso il *web* può avere, e ha, inevitabili conseguenze sugli organi costituzionali, per il naturale legame tra questi ultimi e la politica, essendo i partiti e gli esponenti politici i motori delle istituzioni⁴.

Tuttavia, crediamo sia necessario provare a distinguere tra presenza *istituzionale* sul *web* e uso dello stesso che possono fare e fanno gli esponenti politici che ricoprono cariche pubbliche: un conto, infatti, è l'esistenza sulla Rete degli organi costituzionali, con ciò che ne comporta – come proveremo a mostrare a breve – per il diritto costituzionale, altra è la presenza sul *web* degli esponenti politici, anche laddove siano titolari di carica pubblica, i quali sfruttano le potenzialità della Rete per esercitare attività politica (attraverso i *social network*, le *mailing list*, siti *web* personali, etc.), quand'anche questa sia connessa o si sovrapponga a quella portata avanti in qualità di titolare *pro tempore* di carica pubblica.

Non che quest'uso "privatistico" del *web* da parte di quanti fanno *camminare* le istituzioni sia meno significativo, anche per quel che concerne l'impatto di determinati comportamenti sul concreto funzionamento della forma di governo. È chiaro, infatti, che un *tweet* dall'*account* personale di chi è *anche* Ministro della Repubblica, ad esempio, non si può semplicisticamente ridurre a esternazione *privata*, almeno quando abbia per oggetto temi che concernono l'*agenda*

³ Qui, e anche altrove nel testo, utilizziamo la locuzione *opinione pubblica* secondo una logica istintiva, al fine di identificare il destinatario della comunicazione istituzionale via *web*: ciò che ci interessa porre in luce è come l'uso della Rete faccia sì che gli organi costituzionali si rapportino con destinatari non individuabili *a priori* e potenzialmente illimitati, che non possono certamente identificarsi soltanto con gli elettori. Per attente riflessioni, anche di respiro teorico, sulla «inafferrabile nozione» di opinione pubblica cfr. C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology (ICT)*, in *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, in corso di stampa, Napoli 2019, nonché A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, relazione al Convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, 17-18 ottobre 2019, Torino, § 1 del dattiloscritto.

⁴ Su di ciò, con particolare riguardo alle conseguenze sugli organi costituzionali di garanzia, v. ora A. SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., § 4.

politica del momento. Ciononostante, ci sembra che modalità del genere di uso del *web* riguardino essenzialmente la comunicazione politica e, di conseguenza, abbiano effetti politici più che giuridici. L'obiettivo di questo studio è, invece, quello di cogliere (almeno alcune del)le conseguenze giuridico-costituzionali della comunicazione istituzionale attraverso l'uso del *web*⁵.

3. *Istituzioni sul web e diritto costituzionale: le ragioni di uno studio.*

Le riflessioni che seguiranno muovono, infatti, da una convinzione: l'attività degli organi costituzionali sul *web* deve essere studiata dai costituzionalisti, perché non è attività giuridicamente e costituzionalmente indifferente. Sino ad oggi, invece, l'avvento di *Internet* è stato studiato soprattutto sul versante dei *diritti*⁶ – ovvero sulle conseguenze che la Rete ha sulla loro estensione o compressione, quando non sulla loro prima manifestazione – trascurando così l'altro ambito tipico del costituzionalismo moderno, la *forma di governo*.

Eppure, l'essere *online* può avere un impatto di non poco momento sulle modalità e sugli effetti delle attività dell'organo costituzionale, come ad esempio accade per i comunicati stampa (sempre più frequenti e di vario genere) della Corte costituzionale, veicolati attraverso il sito *web* e oramai diretti non soltanto ai giornalisti e agli "addetti ai lavori", ma a tutta l'opinione pubblica, proprio (ma non solo) in ragione della diffusività del mezzo utilizzato per *comunicare*.

Anticipare il *decisum* della Corte, prima del deposito del provvedimento, possiamo davvero pensare non incida affatto sulla motivazione della pronuncia che il giudice redattore è chiamato a stilare? Dare la notizia che la Corte ha accolto una questione di costituzionalità, settimane prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della relativa sentenza, può seriamente lasciare del tutto indifferenti gli operatori giuridici che, a vario titolo, si trovino nel frattempo a dover applicare la norma moribonda⁷?

La presenza sul *web*, poi, può determinare (o ha già determinato?) una decisa influenza sul ruolo che ciascun organo costituzionale è chiamato a giocare all'interno della forma di governo, incidendo non poco sulla sua legittimazione. Crediamo sia naturale pensare, immediatamente, al sito *web* della Presidenza della Repubblica (e non solo), tramite il quale oramai si dà quotidianamente conto dell'attività del Capo dello Stato (documentata con fotografie e video), si comunicano decisioni e si diffondono esternazioni d'ogni genere del Presidente, si risponde a illusioni, articoli di stampa, voci incontrollate, facendo fare all'attività comunicativa del Quirinale un deciso balzo in avanti rispetto agli sviluppi che in tale campo avevano già determinato, secondo tempi e stili diversi, le Presidenze Pertini e Cossiga⁸.

⁵ Per la distinzione tra comunicazione politica – posta in essere da partiti o altri soggetti che si prefiggono finalità politiche – e comunicazione istituzionale – che comprende gli atti o i comportamenti con cui l'autorità pubblica si esprime, facendo circolare informazioni e dati giuridicamente rilevanti, nel rapporto tra istituzioni o con i cittadini – v. P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova 2002, 161 ss.; 197 ss.

⁶ Anche dallo studioso che qui si onora: v., ad esempio, P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della rete*, in L. BRUSCUGLIA, R. ROMBOLI, *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie. Atti del Seminario congiunto tra il Dottorato in diritto privato e la Scuola di dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di T. Checcoli, C. Murgo, N. Pignatelli, Pisa 2010, 5 ss.; Id., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in *Diritti e libertà in internet*, a cura di T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Milano 2017, 3 ss.

⁷ Sui comunicati stampa della Corte, v., da ultimo, anche per ulteriori indicazioni, G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: comunicati e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e Società* 2018, 237 ss.; D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, ivi, 255 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in *Potere e opinione pubblica*, cit.; A. SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., spec. § 8. Per una critica, forse troppo severa, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2019, 274 ss.

⁸ Cfr., da ultimo, P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica. Un'istituzione pesante alle prese con la leggerezza del web*, in *Potere e opinione pubblica*, cit.

Ma parimenti di primaria importanza per la forma di governo è l'uso del sito *web* del Governo, che altro non è, invero, che il sito *web* della Presidenza e, soprattutto, del Presidente del Consiglio dei Ministri, con una chiara ed evidente sovraesposizione di quest'ultimo rispetto alle dinamiche collegiali scolpite invece nell'art. 95 Cost. (e nella giurisprudenza costituzionale): certo, negli ultimi venticinque anni già le dinamiche della nostra forma di governo avevano trasformato, a Costituzione invariata, il *volto* del Presidente del Consiglio dei ministri, meno *coordinatore* e più *leader* rispetto a un tempo (con un passo indietro, forse, nell'ultimo anno e mezzo).

Eppure, crediamo sia sufficiente *navigare* per qualche minuto sul sito *web* del Governo per rendersi conto di come questo possa essere uno straordinario strumento, nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, per porsi in rapporto diretto con l'opinione pubblica, acquisendo un *surplus* di legittimazione. Se, poi, si pensa ai comunicati stampa resi al termine delle sedute del Consiglio dei ministri – ove spesso si danno indicazioni sommarie sul contenuto dei provvedimenti normativi deliberati dal Governo (provvedimenti normativi che spesso neppure sono redatti in dettaglio e che, ad ogni modo, giuridicamente ancora non esistono, perché non ancora emanati dal Presidente della Repubblica) – crediamo che la significatività sul piano giuridico di tale tipo di attività non possa davvero essere revocata in dubbio⁹.

Il punto è che, almeno a noi pare, diamo oramai per scontato qualcosa – la presenza e l'azione sul *web* degli organi costituzionali – che invece scontato non è, almeno sul piano giuridico-costituzionale; e il fatto che lo diamo per scontato anche noi, che non siamo nativi digitali, è estremamente indicativo di quanto imponente sia il fenomeno che abbiamo davanti e di quanto sia parimenti necessario indagarlo con gli strumenti e le competenze proprie del diritto costituzionale.

4. Organi costituzionali e web: osservazioni preliminari

Ancora un paio di osservazioni preliminari, prima di entrare *in medias res*.

Una prima è, per così dire, definitoria. Abbiamo già fatto più volte riferimento, sino ad ora, agli *organi costituzionali* come soggetti dei quali indagare l'attività sul *web*. Le nostre riflessioni, tuttavia, riguarderanno il Parlamento, il Governo, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale, non anche la Magistratura.

La ragione al fondo di questa scelta non sta certo nella volontà di escludere dal novero degli organi costituzionali il potere giudiziario, che tale deve senza dubbio considerarsi. È il suo essere un potere *diffuso* che ci ha indotto ad escluderlo dall'ambito di indagine: l'assenza, costituzionalmente imposta, di una organizzazione gerarchica della Magistratura, infatti, impedisce che ci sia un "organo" cui imputare l'uso del *web*. La Corte di cassazione e i tribunali ordinari hanno sì ciascuno un proprio sito, per mezzo del quale effettuano anche quella comunicazione giudiziaria che appare sempre più indispensabile a fronte di un giornalismo giudiziario talora spregiudicato¹⁰: ma si tratta, inevitabilmente, di esperienze troppo diverse le une dalle altre per poter essere considerate un tutt'uno, da prendere in esame assieme a quelle degli altri organi costituzionali¹¹. Né ci è sembrato utile portare l'attenzione sul sito *web* del Consiglio Superiore della Magistratura: non tanto perché siamo, in tal caso, dinanzi a un organo di rilevanza costituzionale, quanto perché esso non può considerarsi chiamato a "rappresentare" il potere giudiziario, svolgendo funzioni che concernono la sua organizzazione ma non certo l'esercizio della funzione giurisdizionale.

⁹ Su questi, e altri aspetti, v. G. PICCIRILLI, *Il Governo "nel" web*, in *Potere e opinione pubblica*, cit.

¹⁰ Cfr. i bei saggi nel volume *Informazione e sistema dell'esecuzione penale*, a cura di M. Ruotolo, Napoli 2018.

¹¹ Le differenze sono ancora più marcate se si guarda all'esperienza della giustizia amministrativa, che ha un unico sito *web* (www.giustizia-amministrativa.it) per Consiglio di Stato e TAR.

To be or not to be (online)?

C'è poi anche una ulteriore ragione che ci ha indotto a circoscrivere questo nostro studio ai quattro organi costituzionali anzidetti: sono quelli che caratterizzano la nostra forma di governo ed è il loro concreto funzionamento – anche, oggi, per mezzo del *web* – che può determinare una evoluzione, una torsione o, ad ogni modo, un diverso atteggiarsi della democrazia parlamentare accolta nella nostra Costituzione.

La seconda osservazione preliminare ci consente, invece, di avvicinarci al *thema* oggetto di queste riflessioni.

Il “campo” in cui si muovono gli organi costituzionali è un “campo” comune: la Rete. Tuttavia, vi si muovono in modi diversi, che riflettono, almeno in linea di principio, la diversità delle loro funzioni e del loro ruolo all'interno della forma di governo. Un esempio crediamo chiarirà quanto stiamo dicendo.

Da tempo, oramai, tanto la Camera dei deputati quanto il Senato della Repubblica hanno proprie *WebTv*, tramite le quali è possibile seguire tutte le sedute assembleari e le audizioni presso le Commissioni: palese il cambio di passo rispetto a pochi anni orsono, quando per seguire le attività parlamentari da casa bisognava affidarsi alla diretta televisiva. Un cambio di passo, peraltro, che appare quasi naturale, in considerazione del principio costituzionale della pubblicità dei lavori parlamentari.

Una *WebTv* che trasmetta le riunioni del Governo è, invece, del tutto impensabile: a impedirlo è non soltanto la tradizionale riservatezza dei lavori del Consiglio dei ministri – cui partecipano soltanto i componenti del Governo e il Sottosegretario alla Presidenza, il quale redige i verbali delle sedute che, tuttavia, non sono resi pubblici – ma la necessità stessa che i procedimenti decisionali interni al Governo si svolgano lontano dai riflettori, per facilitare l'assunzione di scelte politiche che possono essere anche frutto di faticose e compromissorie convergenze, il cui esito positivo può non poco dipendere dall'esistenza di uno spazio di interlocuzione fra le forze di maggioranza libero da intromissioni esterne. Insomma, l'attività dell'esecutivo ha un che di «istituzionalmente opaco»¹², che forse è bene rimanga tale anche nell'epoca del *web* e delle nuove possibilità di trasparenza che esso reca con sé¹³.

Il Quirinale utilizza oramai moltissimo lo strumento video, *caricando* sul sito *web* istituzionale filmati di discorsi del Presidente della Repubblica o anche soltanto relativi a sue partecipazioni alle occasioni più diverse¹⁴. Non si tratta, però, di trasmissioni *live*. Eccezione è fatta, invece, in occasione delle consultazioni presidenziali per la formazione del nuovo Governo, quando sul sito *web* sono trasmessi in diretta l'arrivo delle delegazioni al Quirinale, il loro saluto con il capo dello Stato e, successivamente, le dichiarazioni che rendono al termine del colloquio con il Presidente della Repubblica. Rimane invece fuori dagli obiettivi (e ci mancherebbe altro!) il momento *clou* delle consultazioni, ovvero il confronto tra capo dello Stato e delegazioni sullo sbocco che deve avere il procedimento di formazione del Governo: la (costituzionalmente imposta¹⁵) riservatezza sotto cui

¹² Così, G. PICCIRILLI, *Il Governo “nel” web*, cit.

¹³ Quanto qui si dice non intende accreditare quello che, ancora oggi, è un regime di parziale conoscibilità delle decisioni del Consiglio dei ministri. Si tratta, infatti, di questione – concernente la conoscibilità dell'*esito* delle riunioni governative – assai diversa dall'esigenza di garantire, come si dice invece nel testo, la riservatezza del *procedimento* attraverso il quale quell'*esito* è prodotto.

¹⁴ Sull'utilizzo dello strumento del *video*, v. anche quanto si dirà *infra* § 7.

¹⁵ Il riferimento è alla celebre sentenza n. 1 del 2013 con la quale, chiamata a risolvere un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato in tema di regime delle intercettazioni delle comunicazioni telefoniche del Presidente della Repubblica sollevato da quest'ultimo avverso la Procura della Repubblica di Palermo, la Corte costituzionale, nell'accogliere il ricorso presidenziale, si impegna in una complessiva ricostruzione del ruolo e delle posizioni costituzionali del capo dello Stato nel sistema, sottolineando in particolare il nesso strettissimo esistente fra le esigenze di riservatezza e l'esercizio di quelle attività di raccordo e persuasione essenziali ai fini della salvaguardia della funzione di garanzia dell'equilibrio costituzionale che il Presidente è chiamato a svolgere, tanto da far sì che le prime possano essere assunte a condizione di praticabilità delle seconde. Ne consegue che, per usare le parole della Corte, «il

deve svolgersi la funzione presidenziale fa necessariamente premio sulle esigenze comunicative dell'organo costituzionale. La *diretta streaming* è anche in questo caso impensabile, per quanto possano evolversi le tecnologie.

Diverso potrebbe essere, invece, il discorso per quel che concerne la Corte costituzionale. Non ci riferiamo, ovviamente, alla possibilità di filmare le riunioni del collegio in camera di consiglio, ma a quella di trasmettere in diretta le udienze pubbliche. L'art. 15 della legge n. 87 del 1953 prescrive, infatti, che «le udienze della Corte costituzionale sono pubbliche, ma il Presidente può disporre che si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla sicurezza dello Stato o all'ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengono, da parte del pubblico, manifestazioni che possano turbare la serenità», di talché una trasmissione in *streaming* non solo non troverebbe alcun ostacolo normativo, ma – un po' come accade per la diretta dei lavori parlamentari – sarebbe un coerente sviluppo del principio di pubblicità delle udienze. Al momento, invece, la Corte costituzionale si limita a videoregistrare tutte le udienze pubbliche, *caricandole* sul sito *web* nelle settimane successive: una sorta di trasparenza ritardata, insomma, della quale, tuttavia, ci sfugge la ragione¹⁶.

Ora, proprio questo muoversi su un "campo" comune, ma secondo modalità e prospettive diverse, ci ha indotto a preferire, a un esame minuto delle singole esperienze sul *web*, un'analisi su profili comuni o diffuse linee di tendenze che caratterizzano l'utilizzo della Rete da parte degli organi costituzionali.

5. Le interazioni tra siti web istituzionali e social media

L'assunto da cui far muovere le nostre riflessioni è il seguente: l'assoluta centralità oramai acquisita dai rispettivi siti *web* istituzionali che, sia per il Presidente della Repubblica, sia per la Corte costituzionale, come per il Governo e le Camere, hanno fondamentalmente assunto il ruolo di essenziali mezzi di comunicazione di atti, decisioni, eventi e iniziative di più vario genere, insomma di quella che potremmo definire la vita dell'istituzione. "Assi portanti" della comunicazione sono stati definiti¹⁷. E lo sono realmente.

Certo, accanto ai siti istituzionali si registra da qualche anno un certo ricorso ai c.d. *social media* – *Youtube, Facebook, Twitter, Instagram* – sulle cui piattaforme gli stessi organi si presentano con propri profili istituzionali, che si aggiungono a quelli personali di cui sono dotati (e spesso fanno largo uso) i chiamati a rivestire la corrispondente carica istituzionale. Si tratta evidentemente di mezzi comunicativi autonomi che hanno logiche proprie e canali di accesso che possono anche prescindere dal sito ufficiale.

Tuttavia, questo non contraddice la qualificazione del sito come asse portante della comunicazione telematica dell'organo, non foss'altro perché rappresenta pur sempre il luogo che, da un verso, ospita il *link* che rimanda a tutti i profili *social* dell'organo e, dall'altro, vede i contenuti informativi collocati nelle proprie pagine frequente oggetto di rinvio da parte di questi ultimi, quasi a tradire una certa condizione gregaria ed aggiuntiva rispetto al sito istituzionale.

Presidente della Repubblica deve poter contare sulla riservatezza assoluta delle proprie comunicazioni, non in rapporto ad una specifica funzione, ma per l'efficace esercizio di tutte».

¹⁶ Anche la Corte costituzionale, peraltro, fa oramai uso frequente dello strumento video: non, però, direttamente connesso alle sue funzioni *giurisdizionali*, ma in relazione alla partecipazione del collegio o di suoi singoli giudici alle più diverse occasioni (convegni, celebrazioni, visite, etc.).

¹⁷ L'espressione è stata usata con riguardo specifico al sito *web* della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), ma è sicuramente estensibile anche ai siti degli altri organi costituzionali qui in esame: cfr. P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, a cura di G. Conti, P. Milazzo, Pisa 2017, 113.

To be or not to be (online)?

A rafforzare quanto rilevato può concorrere anche la considerazione per cui i *social media*, oltre a risultare spesso duplicativi di contenuti già presenti sul sito, finiscono per lo più fatalmente attratti nella logica informativa-comunicativa che anima i siti istituzionali, in cui il flusso informativo segue un andamento unilaterale secondo una modalità *top/down*, di tipo televisivo (*broadcast*). Ad esser così frustrata è la vocazione naturalmente interattiva dei *social media*, versati ad una comunicazione aperta e biunivoca, che nel nostro caso si risolve nella sola possibilità dei commenti (ove peraltro consentita), da cui però, nella prassi sin qui seguita, non discende – come è ampiamente comprensibile, del resto – una risposta da parte dell'organo costituzionale chiamato in causa, rimanendo il tutto come una sorta di interlocuzione abortita.

Certo, quel che cambia rispetto alla informazione offerta dalle pagine del sito istituzionale è semmai lo stile comunicativo, cui si aggiunge per forza di cose la evidente maggiore capacità di penetrazione del *social media* (almeno, verso chi, dotato di un *account*, lo frequenta). Ciò non toglie che le piattaforme *social* risultino così utilizzate a scartamento ridotto.

Il che non significa, peraltro, che nell'uso dei mezzi telematici da parte degli organi costituzionali sia del tutto bandita la dinamica *reattiva* del "botta e risposta".

Nel senso che il ricorso alla comunicazione *online* da parte dei soggetti in questione può essere influenzato non poco dall'utilizzo che di quegli stessi mezzi (particolarmente dei *social network*) possono fare i loro interlocutori istituzionali, quasi innescando una dinamica da induzione.

Un'ultima notazione riguarda un altro aspetto dell'approccio dei *social media* da parte degli organi costituzionali, relativo alla promiscuità di utilizzo fra *account* intestato alla persona fisica e *account* istituzionale, talvolta richiamati indistintamente come equivalenti.

È quanto abbiamo riscontrato, ad esempio, sul sito del Governo, ove sotto l'iniziale etichetta dell'*account* *Twitter* ufficiale della Presidenza del Consiglio, rubricato "Palazzo Chigi", risultano riportati indifferentemente anche i messaggi dell'*account* intestato a "Giuseppe Conte", con un significativo passaggio dalla forma impersonale del primo alla forma personalissima (del "tu") nel secondo.

Non solo, anche per i Presidenti delle due Camere e soprattutto per quello della Camera dei deputati si registra un fenomeno (solo in parte) analogo, nel senso che qui l'alternanza dei *tweet* è fra *account* personale e *account* ufficiale dell'organo che intende offrire informazioni (sul) e richiamare interventi (del) Presidente d'Assemblea.

Non sappiamo dire se ciò possa essere interpretato come rappresentativo della tendenza alla personalizzazione che caratterizza da tempo la nostra vita politica (e non solo) in questi anni. Tuttavia, una simile mescolanza di piano personale e istituzionale non crediamo giovi ad una chiara ascrizione del messaggio, il quale finisce così per pericolosamente inclinare – secondo una certa partizione¹⁸ – fra ambito della pubblicità-informazione e sfera della pubblicità-pubbliche relazioni, se non proprio propaganda¹⁹.

Ad ogni modo, quanto ora si è detto sulla centralità dei siti *web* istituzionali e sulla accessorietà dei *social media* ufficiali ci induce a prendere in analisi soprattutto l'uso che si fa dei primi, perché è tramite questi che diventa di particolare interesse, per il diritto costituzionale, il rapporto tra potere e opinione pubblica.

¹⁸ Proposta da A. MELONCELLI, voce *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988, § 2.2.

¹⁹ GIU. SERGES, *Internet quale strumento di propaganda e organi costituzionali. Primi appunti sparsi*, in *Potere e opinione pubblica*, cit., sostiene che, per via delle caratteristiche del *web*, qualunque attività ivi si svolga – compresa, quindi, quella degli organi costituzionali – «si traduce sempre, fatalmente, in una attività (anche, se non esclusivamente) di propaganda», intesa tanto come diffusione di dati, quanto come propaganda in senso stretto. Sul ruolo giocato dal *web* per la ricerca del consenso, v. altresì A. VERNATA, *Riflessi delle nuove dinamiche del consenso su forme giuridiche e istituzioni democratiche*, ivi.

6. I siti web istituzionali tra esigenze di comunicazione e riservatezza.

Una coordinata alla cui stregua è possibile fornire una lettura trasversale del tema che ci occupa è quella del rapporto fra le esigenze della comunicazione e quelle della riservatezza che il massiccio ricorso alla comunicazione telematica rende particolarmente spinosa.

6.1. Segue. Sul sito del Quirinale

Conviene principiare l'analisi dal Presidente della Repubblica. Questi, infatti, nel nostro ordinamento costituzionale vive la singolare condizione di vedere, da un verso, nella crescita del c.d. potere di esternazione, nelle sue diverse forme, uno dei tratti qualificanti del ruolo e della collocazione assunti nel sistema; dall'altro, nella riservatezza, come si è già accennato, la cornice ideale per il migliore espletamento delle sue funzioni.

Ora, se è possibile leggere nella relazione fra le esigenze della *espressione estrinseca* e del *nascondimento* della comunicazione, al contempo, una dimensione, se non di conflittualità, di difficile temperamento, ovvero di coesenzialità sinergica ai fini della definizione della figura presidenziale²⁰, ci pare che fra le prime e le seconde possa individuarsi, ai nostri scopi, anche un rapporto di reciproca influenza e alimentazione. Nel senso, cioè, che proprio la violazione della sfera del "riservato" può ingenerare la necessità del ricorso alla comunicazione esterna, magari utilizzando proprio il rapido canale offerto dallo strumento telematico. Insomma, una sorta di *verbalizzazione reattiva* di ciò che avrebbe dovuto restare celato alla pubblica conoscenza, onde dar conto delle ragioni delle scelte operate (o posizione assunte) dal Presidente o correggere versioni od interpretazioni delle comunicazioni riservate rese da quest'ultimo.

Si tratta di qualcosa che, è vero, si muove nel solco, non nuovo e già molto arato, delle c.d. esternazioni "in risposta" che trovano nel mezzo telematico uno straordinario strumento di promozione e sviluppo²¹. Il fatto è che, in tutto questo, la caduta degli spazi silenziosi assicurati dal rispetto della convenzione di riservatezza finisce per costituire un elemento di ulteriore enfaticizzazione, destinato sempre più a coinvolgere il Presidente nel caldo del dibattito politico col serio rischio di usurarne il prestigio e comprometterne il ruolo.

Ancora un caso esemplare può trarsi, a riguardo, dalla recente esperienza del tribolato itinerario della formazione del primo governo Conte. Ci riferiamo alla vicenda della mancata nomina del prof. Paolo Savona a Ministro dell'economia, la cui pubblicizzazione anche scomposta ad opera delle forze politiche coinvolte ha spinto il Presidente Mattarella a un lungo comunicato esplicativo che ha generato non poche reazioni, di vario segno, sia sul piano politico che su quello più squisitamente tecnico-giuridico.

6.2. Segue. Sul sito del Governo

Diverso è il modo di atteggiarsi del problema in relazione all'organo Governo per il quale l'esigenza di ostensione del fatto, dell'atto e della decisione, che trova nella comunicazione telematica una significa forma soddisfattiva, si confronta qui – come già accennato – con la resistenza alla conoscenza che investe soprattutto il *farsi* della decisione, il processo della sua maturazione. È noto, infatti, il limitato regime di pubblicità delle sedute del Consiglio dei Ministri assicurato dal regolamento interno del 1993, che ha solo in parte scalfito la condizione di tendenziale segretezza che le ha avvolte nel passato.

²⁰ Cfr., a riguardo, le recentissime considerazioni svolte da P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica*, cit., § 3.

²¹ Ci sia consentito rinviare a D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media. Spunti a partire dalla prassi del presidente Napolitano*, in *Giur. cost.* 2010, 1934 ss.

Quelli che si trovano pubblicizzati sul sito istituzionale sono infatti comunicati delle riunioni del Consiglio dei Ministri assai essenziali che, come abbiamo già osservato in precedenza, riguardano esclusivamente i provvedimenti adottati di cui si fornisce una rapida e generica volgarizzazione dei contenuti e non i testi. Anzi a questo proposito – come è stato ben rilevato²² – i comunicati in questione assumono una valenza informativa ulteriore, di tipo anticipatorio, offrendo la conoscenza (dell'esistenza in vita) di atti che solamente di lì a qualche giorno (ma, se del caso, anche a qualche settimana) assumeranno forma e corpo. Così che, al limite della ridotta conoscenza del *decisum*, si accompagna tuttavia la virtualità ulteriore della sua *tracciabilità*. È una "informazione spia", che può rivelare in forma indiziaria, invece che determinazioni assunte, una situazione di criticità nei rapporti con la Presidenza della Repubblica, altrimenti destinata a restare assolutamente ignota ai terzi, perché sepolta sotto la coltre del *mix* di informalità e riservatezza che domina la gestione delle relazioni fra Governo e Presidente su questo fronte.

Ma quello dell'attività di Governo testimoniata attraverso il sito istituzionale è un regime informativo non solo parziale e di sponda, ma anche ulteriormente ridimensionato dal diffuso (e preoccupante) fenomeno della fuga della decisione dal luogo in cui essa dovrebbe maturare e definirsi, vale a dire il Consiglio dei Ministri. Pensiamo, da un verso, alla nota e assai discussa prassi dell'approvazione "salvo intese" (che, peraltro, si muove nel solco della più risalente prassi dell'approvazione dei c.d. provvedimenti copertina), che comporta il fatto che in Consiglio sia prestato consenso a provvedimenti spesso depurati delle loro parti più problematiche e qualificanti, la cui definizione avverrà successivamente altrove²³ e, dall'altro, ai ricorrenti casi di interventi di modifica *ex post politicamente apocrifi*, che si ritiene operati in una non meglio precisata sede tecnica²⁴.

Pure non certo a favore dell'esigenza cognitiva dell'attività governativa gioca la singolare condizione di discontinuità che caratterizza l'impostazione del sito istituzionale del Governo²⁵, il quale offre informazioni e contenuti esclusivamente riferiti all'Esecutivo in carica²⁶. Il che sembra mostrare una concezione quantomeno individualistica, anzi congiunturale dell'organo costituzionale e troppo politicamente ancorata del mezzo telematico, destinato così a rinnovarsi nelle sue pagine ad ogni cambio di governo e a relegare in un sito diverso tutti i contenuti relativi ai precedenti esecutivi. Sito che, peraltro, nel caso di specie non è facilmente raggiungibile (*user friendly*, come si usa dire) ed assume la denominazione di *sitiarcheologici.palazzochigi.it*, quasi a segnalare al contempo estraneità e significativa distanza tra passato e presente.

²² V. G. PICCIRILLI, *Il Governo "nel" web*, cit., § 5.

²³ Si è osservato, infatti, che l'approvazione in Consiglio dei ministri rappresenta soltanto un accordo di massima, di tipo politico, sulla questione in esame, che dovrà essere tecnicamente realizzato attraverso la stesura di norme che siano lo «specchio fedele» della decisione politica assunta: cfr. C. ZUCHELLI, *Il coordinamento normativo del governo: il Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi della Presidenza del Consiglio*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 14 - Seminario 2003*, Torino 2004, 209.

²⁴ Viene da rammentare il noto episodio della modifica del testo del decreto fiscale collegato alla legge di bilancio per il 2019, approvato dal Governo nella seduta del 15 ottobre 2018, la quale – a dire dell'allora Vicepresidente del Consiglio Luigi Di Maio – sarebbe stata introdotta successivamente ad opera di una non meglio identificata "manina" (verosimilmente di natura tecnica) che avrebbe inserito una nuova ipotesi di condono. La vicenda, al centro di una *querelle* ad alta intensità polemica, portò fra l'altro ad un intervento del(l'ufficio stampa del) Presidente della Repubblica direttamente via *Twitter*: sul caso v. M. MALVICINI, G. LAURI, *Basta un "tweet"? Il potere informativo-conoscitivo della Presidenza della Repubblica tra comunicazione istituzionale e nuovi media*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it) – Rassegna*, 3 luglio 2019.

²⁵ Come è stato recentemente osservato, all'indirizzo *www.governo.it* «corrispondono nel tempo informazioni e contenuti relativi esclusivamente al Governo in carica, individualmente inteso, e non all'organo costituzionale nella sua dimensione diacronica, richiedendo dunque un rinnovo integrale di ciascuna pagina a seguito del giuramento di ogni esecutivo» (G. PICCIRILLI, *Il Governo nel Web*, cit., § 2).

²⁶ Anche laddove, come nel caso dell'attuale Governo, la figura del Presidente del Consiglio rimanga invariata.

Non solo, una tale cesura rende più difficoltosa anche l'attività di ricerca, sia per la possibile perdita di contenuti dovuta a mutamenti di natura organizzativa e competenziale del complesso edificio governativo – come è stato opportunamente rilevato – sia per la disomogeneità strutturale dei diversi siti governativi succedutisi nel tempo dovuta al disallineamento topografico dei contenuti²⁷.

6.3. Segue. *Sul sito della Corte costituzionale*

Per la Corte costituzionale, il problema dell'equilibrio fra le esigenze comunicative e la salvaguardia della riservatezza ci pare trovi oggi una declinazione peculiare nella prassi di ricorrere a comunicati-stampa diramati contestualmente alla decisione assunta dal Collegio in camera di consiglio, onde dar conto e render noto il fatto di quella medesima assunzione, indicandone il senso e talvolta tratteggiandone qualche sembianza prima che quella stessa decisione assuma la sua veste formale.

Si tratta di un costume comportamentale che vanta già qualche anno di esperienza e che proprio la presenza del sito *web* istituzionale, in cui i comunicati risultano pubblicati ed archiviati, ha non poco valorizzato²⁸.

Non pochi sono i profili assai delicati, innanzitutto sul piano giuridico, che esso propone e che ben sono stati colti e analizzati in dottrina²⁹. Non è nostro interesse tornarvi esplicitamente in questa sede.

Intendiamo piuttosto fare un'osservazione circoscritta al contesto problematico della relazione comunicazione-riservatezza che qui ci occupa, la quale, come per certi versi già lumeggiato per il Presidente della Repubblica, non sembra assumere natura conflittuale ma, a ben vedere, sintonica, anzi propriamente di funzionalità reciproca.

Infatti, è abbastanza noto che a spingere originariamente la Corte a ricorrere a simili comunicati-stampa anticipatori è stata l'esigenza di evitare che spifferi, preannunci, voci, illazioni di più vario genere sulla pronuncia adottata potessero in vario modo manifestarsi nello spazio di tempo fra la sua assunzione, la formulazione della motivazione e la pubblicazione³⁰.

In sostanza, non potendo garantire la tenuta stagna del Palazzo della Consulta – dominando quelle che sono state efficacemente definite le “voci di dentro”³¹ – o impedire a terzi di esternare conoscenze solo millantate, si decideva di impedire e combattere questi cattivi costumi sul loro stesso terreno, erodendone la ragion d'essere con l'anticipazione per via ufficiale dell'informazione che essi intendevano recare.

Vero è che, col tempo, a quella primitiva ragione s'è aggiunto l'intento di secondare il bisogno di pronta comunicazione alla pubblica opinione della risposta fornita dalla Corte al problema di

²⁷ Cfr., in proposito, ancora G. PICCIRILLI, *op. e loc. ultt. citt.*

²⁸ «Va detto, infatti, che di comunicati stampa la Corte ne ha emessi anche prima dell'era del *web*, ma non mi pare, al contempo, che si possa seriamente dubitare del fatto che da quando esiste il sito internet, nel quale tutti i comunicati sono dapprima pubblicati e poi archiviati, essi abbiano assunto una valenza del tutto peculiare, che può ormai essere ben testimoniata anche solo da qualche dato numerico: ad oggi sono reperibili sul sito ufficiale della Corte 471 comunicati stampa, con una vera e propria impennata nel 2018, anno in cui i comunicati stampa sono ben 82» (M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, cit., § 5.1).

²⁹ Cfr. *supra* nt. 7.

³⁰ Di «effetti destabilizzanti di possibili fughe di notizie» parla, a riguardo, P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, cit., 111.

³¹ L'espressione è stata recentemente utilizzata da G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione*, cit., 236 in assonanza con la celebre commedia di Eduardo De Filippo e con la recensione di Andrea Manzella al libro di Gustavo Zagrebelsky (“Principi e voti”), il cui titolo (“Le voci dentro la Corte”) – dichiara lo stesso Autore – è stato per lui fonte di ispirazione diretta per l'intitolazione del proprio scritto.

costituzionalità sottoposte. Il che, tuttavia, non sembra aver né cancellato, né marginalizzato quella esigenza iniziale³².

Se così è, ci si accorge subito come, in questo caso, il comunicato finisca per svolgere una paradossale funzione di salvaguardia della segretezza che, non facilmente presidabile in sé, viene garantita attraverso la neutralizzazione dei suoi possibili nemici. È un *esternare* a tutela della *riservatezza* “impossibile”, motivato da una sorta di coscienza della fragilità. E quanto più quell’esternare ha dalla sua un megafono diffusivo in grado di raggiungere rapidamente una platea assai vasta – nella specie lo strumento telematico – tanto più quella tutela risulterà efficace.

In questa prospettiva, l’estensione (realizzatasi nel tempo) del contenuto informativo, il quale passa dall’anticipazione del solo dispositivo al preannuncio anche di elementi motivatori, finisce per ulteriormente rafforzare il presidio.

Certo, non vogliamo con questo negare che si tratta di soluzione per altri versi assai problematica, né sottovalutare i problemi che essa reca con sé, sul piano della garanzia della collegialità, del condizionamento esercitato sulla redazione della motivazione, degli effetti prodotti *medio tempore*, sui quali però, data la prospettiva di indagine assunta, non intendiamo soffermarci.

6.4. Segue. *Sui siti delle Camere*

Del tutto diversa, come già osservato all’inizio, è, sotto il profilo appena esaminato, la situazione delle due Camere, non foss’altro per la peculiare posizione costituzionale del Parlamento che, unico fra gli organi costituzionali in considerazione, è costituzionalmente obbligato al regime di pubblicità dei propri lavori³³. Il dominio della trasparenza nella sede naturale di svolgimento del confronto politico rende, in questo caso, l’esigenza di riservatezza come un che di assolutamente marginale e quindi non propriamente ponderabile, assai limitati risultando gli spazi di esercizio dell’attività parlamentare posti al riparo dallo sguardo esterno (è il caso, ad esempio, delle c.d. audizioni informali e dell’autodichia) in cui l’opacità sembra riprendere un po’ di campo.

Non è, quindi, un caso che proprio le Camere siano state gli organi costituzionali che più prontamente e a più largo impatto abbiano raccolto la sfida del *web*, raggiungendo negli anni sul piano della trasparenza per via telematica una *performance* assai significativa, non solo nel confronto con gli altri organi qui in rassegna, ma anche sul piano internazionale nelle classifiche stilate dall’Unione inter-parlamentare³⁴.

Già a partire dalla metà degli anni ‘90 dello scorso secolo, sia la Camera che il Senato si sono dotati di un proprio sito *web* che si è ben presto rivelato strumento essenziale per assicurare il massimo di accessibilità ai lavori parlamentari, via via dotandosi di una molteplicità di strumenti e contenuti, anche sul piano dell’archiviazione, che qualsiasi fruitore può agevolmente apprezzare. Pur scontando qualche difficoltà legata alla differente struttura dei rispettivi siti, significativi passi

³² Se, infatti, l’arricchimento contenutistico dei comunicati anticipatori – sempre più inclini a dar conto non solo del dispositivo, ma anche di frammenti motivatori della pronuncia – può essere letto come dimostrativo del rilievo assunto dalla seconda esigenza, nondimeno il fenomeno può a buon diritto ritenersi servente e funzionale pure alla prima, stante il fatto che l’ampliamento in fondo ben può considerarsi utile anche ad evitare illazioni, più o meno fantasiose, su senso e portata della decisione.

³³ Art. 64, secondo comma, Cost.: «Le sedute [delle Camere. *Ndr*] sono pubbliche; tuttavia ciascuna delle due Camere e il Parlamento a Camere riunite possono deliberare di adunarsi in seduta segreta».

³⁴ Lo rammenta, da ultima, C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology*, cit., la quale aggiunge l’ulteriore notazione secondo cui a contribuire «all’ottimo piazzamento delle nostre assemblee è la possibilità, in pochi e semplici passaggi, di accedere alle informazioni relative ai singoli deputati e senatori: non solo alla scheda personale, ma anche alle attività svolte nelle diverse sedi in cui sono impegnati o coinvolti e alle cd. “statistiche parlamentari”, relative alle presenze, ai voti, alle missioni ecc. I dati rilasciati dal Parlamento sono peraltro confrontabili con quelli, costantemente aggiornati, pubblicati da *openpolis* (www.openpolis.it), che ha un *focus* permanente sul Parlamento».

avanti sul fronte della connettività sono stati successivamente conseguiti con la creazione del portale *Parlamento.it* cui si aggiunge la presenza di *link* di rinvio all'altra camera in ciascuno dei siti di Camera e Senato³⁵.

Più di recente si registra anche l'approdo sul terreno dei *social media* in cui le due Camere risultano largamente presenti con propri profili istituzionali.

Solo che – e questo costituisce senz'altro un nodo interessante – il passaggio a questo nuovo territorio non si accompagna ad un mutamento di utilizzo conforme alla natura propria di questi strumenti, tradizionalmente versati a promuovere la comunicazione interattiva.

Ed è significativo notare che – come detto in principio – si tratta di fenomeno di carattere generale che investe, allo stesso modo, sia gli organi appartenenti al circuito dell'indirizzo politico – come le Camere e il Governo – che quelli ad esso formalmente estranei – Presidente della Repubblica e Corte costituzionale. La cosa merita qualche osservazione di commento. Se, infatti, per quest'ultimi – Presidente e Corte – le funzioni e il ruolo rivestito nel sistema possono fornire qualche utile indicazione per spiegare una simile amputazione funzionale, per gli organi dell'indirizzo politico, chiamati a leggere le *issues* che percorrono la società per trasformarle in iniziative politiche, il fatto appare bisognoso di altre ragioni giustificative. E questo, in modo particolare, proprio per il Parlamento, la cui veste di organo rappresentativo *par excellence* richiederebbe una particolare attenzione e sensibilità verso gli strumenti di comunicazione partecipativa. È stato osservato che un primo motivo potrebbe ricercarsi sul piano teorico nella tendenziale "inimicizia" che si registra su questo piano fra democrazia rappresentativa e Rete, la quale appare tradizionalmente (quanto grossolanamente) associata nella vulgata corrente a forme espressive della domanda politica disintermediate e vagamente riconducibili alla democrazia diretta. Quasi ad immaginare un *e-democracy* alternativa alla rappresentanza³⁶.

Si tratta, tuttavia, di una rappresentazione sin troppo approssimata e caricaturale della realtà che, per quanto diffusa nella cultura politica attuale (persino di governo), difficilmente potrebbe costituire una giustificazione soddisfacente della rilevata sterilizzazione degli strumenti digitali.

Più convincente appare, da questo punto, la rilevata inadeguatezza strutturale e logico-funzionale dei *social media*, sorti per assicurare lo «sfruttamento economico del valore generato dalle relazioni sociali»³⁷, a veicolare stabilmente la domanda politica, cui invece i più strutturati *Media civici digitali* risultano assai più versati³⁸.

Crediamo poi che un fattore di resistenza possa essere individuato nel ruolo dei partiti politici come *medium* necessari e cinghie di trasmissione della domanda politica che, ad onta di trasformazioni più o meno profonde dell'organizzazione partitica e della cultura politica, non sembra ancor oggi significativamente abbandonato.

È la necessaria raffinazione e agglomerazione delle istanze insorgenti dalla società che intendano promuovere politiche pubbliche a richiederlo.

Basterebbe, a questo riguardo, rammentare il ruolo di (recuperata) intermediazione dei partiti nell'utilizzo del principale strumento di veicolazione diretta *ex parte societatis* della domanda

³⁵ Si usa parlare, in proposito, di fase «connettiva o di *networking*» del processo di digitalizzazione dell'attività parlamentare, svoltasi a cavallo fra la XIV e la XV legislatura (cfr. R. BRACCIALE, *Il Parlamento italiano alla prova del web: alla ricerca delle affinità elettive*, in *Parlamento 2.0. Strategie di comunicazione politica in Internet*, a cura di S. Bentivegna, Milano 2012, 188.

³⁶ Sul rapporto tra democrazia digitale e rappresentanza si è soffermato, ancora di recente, l'Autore qui onorato: cfr. P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico* 2019, 71 ss.

³⁷ Senato della Repubblica, Servizio informatica - Fondazione Ahref, *Dossier I Media Civici in ambito parlamentare. Strumenti disponibili e possibili scenari d'uso*, 2013, 8, in *senato.it – XVII leg. – Dossier di documentazione – Servizio informatica*.

³⁸ Su questo punto v. l'interessante riflessione di C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology*, cit., § 4.

politica quale s'è rivelato, nella nostra esperienza costituzionale, il *referendum* abrogativo, la cui potenzialità aggirante è stata via via neutralizzata, sia attraverso l'impossessamento *ex ante* delle iniziative ablatorie popolari, sia mediante la sterilizzazione *ex post* dei risultati.

Ma si potrebbe richiamare la più recente prassi in tema di consultazione per via telematica del proprio elettorato da parte del MoVimento 5 stelle, in cui l'evidente regia dirigistica della forza politica che la promuove trasforma l'ascolto della voce del popolo degli iscritti in ascolto seniente della voce del partito da parte del medesimo popolo³⁹.

Peraltro, vale forse la pena di osservare che la proliferazione inarrestabile dei profili *social* fa sì che si innesti una sorta di dinamica concorrenziale fra *social* istituzionale e *social* personale di chi quella istituzione incarna, facendone parte (il Presidente d'Assemblea, i singoli parlamentari⁴⁰, ecc.), creando talvolta anche singolari confusioni e opache sovrapposizioni attraverso continui reciproci rinvii. Ebbene, l'utilizzo del *social* personale si caratterizza per quel modo dialetticamente reattivo della comunicazione che passa per quello strumento (si pensi particolarmente ai *social* dei singoli parlamentari) che la declinazione istituzionale non conosce, la cui osservazione – anche a prima vista – offre plasticamente (ove fosse necessario) l'assoluta inadeguatezza del mezzo a veicolare domanda politica piuttosto che varia (e spesso poco qualificata) interlocuzione.

7. La diffusione "plurimorfa" di medesimi contenuti

Altre riflessioni merita la tendenza, sempre più marcata e da parte di tutti gli organi costituzionali, di adoperare forme diverse per veicolare, attraverso i siti *web*, contenuti identici.

Pensiamo, in particolare, al fenomeno della doppia comunicazione in forma audio-video (mediante il canale *Youtube*) e in forma scritta degli interventi o dei comunicati del Presidente della Repubblica che si riscontra assai spesso nel *website* del Quirinale. C'è da chiedersi, innanzitutto: si tratta di una duplicazione che trova le sue ragioni nel diverso grado di penetrazione degli strumenti telematici in questione, nel distinto grado di accessibilità, nella differenza delle platee raggiungibili? O siamo in presenza di una scelta comunicativa che, senza abbandonare il tradizionale strumento testuale, seconda e certifica l'irresistibile ascesa di un modello culturale fortemente piegato sulla dimensione icastica?

Crediamo che la risposta a questi interrogativi debba essere sostanzialmente positiva.

Ma – ci si deve ancora chiedere – è solo questo? È quindi soltanto una questione di strategia comunicativa che pure sarebbe in sé già sufficiente a giustificare il *bis*?

Ci viene da pensare che non sia solamente questo.

Potrebbero esserci motivi ulteriori: la possibilità di fruire così della modalità anche di solo ascolto che, a differenza della scrittura, consente di apprendere il contenuto comunicativo senza impegnare l'intera persona dinanzi al video. In diverse situazioni potrebbe risultare assai comodo. Ma ci potrebbe essere anche una questione di attenzione e rispetto per alcune menomazioni – di cui troviamo traccia anche nel normale mezzo televisivo che offre in proposito specifici strumenti di supporto – e in particolare per chi, privo di vista, potrebbe ugualmente fruire del messaggio comunicativo ugualmente attingendo alla modalità audio o, per converso, chi, privo di udito, possa avere la possibilità di leggere il testo scritto (o di decrittare l'immagine in testo).

Perché no? Potrebbero anche esserci queste ragioni.

³⁹ Di «dittatura dell'algoritmo» parla, a questo proposito, M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2015, 298.

⁴⁰ Si noti marginalmente che dall'*account* *Twitter* ufficiale della Camera dei deputati si può accedere, attraverso un'apposita piattaforma denominata "*Social.camera.it*" (<https://social.camera.it/v7/it/>), alla consultazione dei *post* *Facebook*, *Twitter*, *Youtube*, *Instagram* degli ultimi 30 giorni, pubblicati da Presidenza, Camera dei deputati, Gruppi parlamentari e singoli deputati.

Proponiamo, tuttavia, anche una ulteriore spiegazione più attinente a motivi di *logica* comunicativa che non di *strategia* o *etica* della comunicazione.

La duplicazione, a nostro modo di vedere, non è tale anche in presenza di una identità testuale, perché dimensione scritta e dimensione audio-visiva della divulgazione di un messaggio scontano una differenza espressiva che si risolve anche in un *surplus* e in un *minus* di contenuto del messaggio medesimo, quantomeno sotto il profilo della sua piena comprensione.

Si pensi, al riguardo, all'incidenza che può avere l'intonazione, il volume del parlare od anche la mimica dei parlanti nella comunicazione di alcunché e nel suo intendimento presso la comunità dei destinatari.

Ci permettiamo qui una digressione decisamente extra-vagante per la evidente variazione di piano cui ci costringe, pensando che possa risultare esemplificativa di quanto andiamo dicendo.

Vogliamo infatti giovarci di un testo comunicativo abbastanza eccentrico rispetto al terreno su cui si muovono queste nostre considerazioni, la cui notorietà può tuttavia agevolarne la valenza esplicativa.

Si tratta del Vangelo di Luca, ove, al capitolo 1, vengono riportati in sequenza due racconti di annuncio divino: quello relativo alla nascita di Giovanni il Battizzatore e quello riguardante la nascita di Gesù di Nazaret.

Al tempo di Erode, re della Giudea, c'era un sacerdote chiamato Zaccaria, della classe di Abìa, e aveva in moglie una discendente di Aronne chiamata Elisabetta.

Erano giusti davanti a Dio, osservavano irrepressibili tutte le leggi e le prescrizioni del Signore. Ma non avevano figli, perché Elisabetta era sterile e tutti e due erano avanti negli anni. Mentre Zaccaria officiava davanti al Signore nel turno della sua classe, secondo l'usanza del servizio sacerdotale, gli toccò in sorte di entrare nel tempio per fare l'offerta dell'incenso. Tutta l'assemblea del popolo pregava fuori nell'ora dell'incenso.

Allora gli apparve un angelo del Signore, ritto alla destra dell'altare dell'incenso. Quando lo vide, Zaccaria si turbò e fu preso da timore. Ma l'angelo gli disse: "Non temere, Zaccaria, la tua preghiera è stata esaudita e tua moglie Elisabetta ti darà un figlio, che chiamerai Giovanni. Avrai gioia ed esultanza e molti si rallegreranno della sua nascita, poiché egli sarà grande davanti al Signore [...] Zaccaria disse all'angelo: "Come posso conoscere questo? Io sono vecchio e mia moglie è avanzata negli anni".

Al sesto mese, l'angelo Gabriele fu mandato da Dio in una città della Galilea, chiamata Nàzaret, a una vergine, promessa sposa di un uomo della casa di Davide, di nome Giuseppe. La vergine si chiamava Maria. Entrando da lei, disse: "Rallégrati, piena di grazia: il Signore è con te".

A queste parole ella fu molto turbata e si domandava che senso avesse un saluto come questo. L'angelo le disse: "Non temere, Maria, perché hai trovato grazia presso Dio. Ed ecco, concepirai un figlio, lo darai alla luce e lo chiamerai Gesù. Sarà grande e verrà chiamato Figlio dell'Altissimo; il Signore Dio gli darà il trono di Davide suo padre e regnerà per sempre sulla casa di Giacobbe e il suo regno non avrà fine". Allora Maria disse all'angelo: "Come avverrà questo, poiché non conosco uomo?". Le rispose l'angelo: "Lo Spirito Santo scenderà su di te e la potenza dell'Altissimo ti coprirà con la sua ombra. Perciò colui che nascerà sarà santo e sarà chiamato Figlio di Dio. Ed ecco, Elisabetta, tua parente, nella sua vecchiaia ha concepito anch'essa un figlio e questo è il sesto mese per lei, che era detta

To be or not to be (online)?

L'angelo gli rispose: "Io sono Gabriele che sto al cospetto di Dio e sono stato mandato a portarti questo lieto annunzio.

Ed ecco, sarai muto e non potrai parlare fino al giorno in cui queste cose avverranno, perché non hai creduto alle mie parole, le quali si adempiranno a loro tempo".

sterile: nulla è impossibile a Dio". Allora Maria disse: "Ecco la serva del Signore: avvenga per me secondo la tua parola". E l'angelo si allontanò da lei.

L'andamento e la struttura narrativa dei due racconti sono evidentemente assai simili, quasi paralleli; così come, per quel che qui più direttamente interessa, di analogo tenore sono i turbamenti e le perplessità espressi dai due destinatari dell'annuncio della futura nascita.

Eppure, diverso è l'epilogo, giacché le riserve prospettate da Zaccaria sono considerate manifestazione di incredulità a differenza di quelle mosse da Maria.

La cosa colpisce e volendo individuare la ragione di questa apparente disparità di trattamento riteniamo che essa dovesse essere ascritta al fatto che quella che abbiamo dinanzi è una *parola* scritta, che non lascia perciò trapelare il *parlante*, la intonazione delle parole e l'atteggiamento complessivo della persona in grado di veicolare una porzione di senso da combinare con quella contenuta nell'espressione verbale in sé e per sé considerata. È forse dietro questa *parzialità comunicativa* del testo narrativo che si cela – a nostro modo di pensare – il motivo della diversa attribuzione di significato alle due risposte.

Non sappiamo dire cosa abbia a pensare un biblista di questa conclusione, ma ci piace immaginare che possa essere così.

Tornando rapidamente ad un piano decisamente più prosaico, viene da fare una banale constatazione. Tutti noi – utilizzatori o meno – siamo a conoscenza del fatto che il linguaggio dei messaggi scambiati attraverso *smartphone* (SMS o tramite *WhatsApp*) è stato arricchito anche di piccole immagini stilizzate – c.d. *emoticon* o *smiley* – da accompagnare al testo verbale proprio per (cercare di) colmare il *gap* espressivo fra linguaggio scritto e parlato.

Non solo, a ritornar più direttamente al nostro campo di osservazione, onde dar conto del ruolo della mimica si potrebbe rammentare lo spassoso episodio della dichiarazione resa dal senatore Salvini, a nome della coalizione di centro-destra, in occasione del primo giro di consultazioni per la formazione del governo a valle delle elezioni del marzo 2018.

Tutti ricordano la *performance* teatrale di Silvio Berlusconi tesa a mostrare in modo inequivocabile la sua regia (destinata a rimanere occulta ai più ove non raccontata in video) dietro l'operazione di confronto dell'allora coalizione di centro-destra – che aveva il candidato *leader* nel senatore Salvini – con il Presidente della Repubblica ai fini della formazione del nuovo governo. Linguaggio gestuale destinato a conferire un significato politico ulteriore alle dichiarazioni rese da quest'ultimo.

Per converso, il testo scritto si presta decisamente meglio a cogliere una intensità di senso del messaggio comunicativo resa possibile dalla staticità del testo che, prestandosi a lettura o meglio a *rilettura*, consente di dare attenzione a sfumature e aspetti più sottili che la visione o l'ascolto rischiano di lasciar perduti. E l'esperienza di chi analizza documenti a fini di studio e ricerca sta lì a mostrarlo.

Insomma, e per chiudere, a noi sembra che la diffusione telematica "plurimorfa" di medesimi contenuti sui siti *web*, piuttosto che dar corpo sul piano obiettivo ad una superfetazione, possa rispondere ad una opportunità comunicativa intesa ad assicurare una differenziata (e quindi più piena) comprensione del messaggio.

8. Il senso dell'essere online.

Ma veniamo, a questo punto, a quella che forse è la questione davvero cruciale che si cela dietro all'operazione di visibilizzazione digitale intrapresa dagli organi costituzionali. Quale la ragione motrice, quale il senso complessivo, quali gli obiettivi?

Si potrebbe dire, in via generale, che il fenomeno della digitalizzazione degli organi costituzionali e la loro progressiva assunzione al ruolo di attori dell'universo del *web* che si registra in questi anni possano rispondere ad una complessiva ricerca di legittimazione presso i consociati-utenti agglomerati sotto l'etichetta di opinione pubblica.

Ne consegue una evidente tendenza allo slittamento della legittimazione istituzionale verso quella politica, sempre più influenzata dai meccanismi di sollecitazione e rilevazione del consenso, la quale sembra in vario modo interessare, sia gli organi del circuito rappresentativo che quelli in esso non direttamente collocati; sia quelli in varia misura provvisti di legittimazione democratica che quelli che ne risultano dichiaratamente privi.

A questo risponde non solo la scelta di accessibilità rappresentata dalla messa in vetrina della propria attività attraverso il sito *web*, ma anche dall'opzione ad esempio di ampio ricorso sui siti istituzionali all'uso di immagini che di per sé giocano il ruolo di strumenti di prossimità, col loro essere alla portata di qualunque internauta, attrezzato o meno che sia.

Del resto, anche il largo ricorso ad un *social media* come *Instagram* sta lì a dimostrarlo.

Nel medesimo solco può peraltro agevolmente collocarsi anche la scelta di aprirsi ai *social network* più diffusi, come *Twitter*, *Youtube*, *Facebook* (oltre all'appena ricordato *Instagram*) e ad inserire nei siti istituzionali, ad esempio, notizie storiche od iniziative culturali, informazioni sulla visita ai Palazzi o pagine di stampo divulgativo sull'attività degli organi in parola.

Nel complesso vi si legge il tentativo di mostrare un volto accessibile ed anche, per dir così, amichevole delle istituzioni per farne – per usare una fortunata formula che suona un po' anche a *slogan* pubblicitario – la “casa degli italiani”⁴¹.

Ecco, se dovessimo trovare una formula breve diremmo che si è trattato (e si tratta) di una importante manovra di avvicinamento, meglio di “accorciamento delle distanze” (o di abbattimento delle barriere) fra le supreme istituzioni costituzionali e la collettività.

Ed è un accorciamento (abbattimento) dovuto non soltanto alla ragione di avere atti, provvedimenti, informazioni “a portata di *click*”, ma anche al fatto che il sito *web* non è semplicemente un luogo virtuale che dà veste nuova ad un luogo fisico ove in precedenza era possibile reperire le medesime informazioni, limitandosi ad agevolarne enormemente la fruizione. Esso in realtà è un luogo *che prima non c'era*, il quale offre una messe di conoscenze che neppure il luogo fisico della sede istituzionale dell'organo costituzionale potrebbe (o avrebbe potuto precedentemente) fornire nel complesso: si pensi, sol per fare qualche esempio, alle interviste rese dai titolari degli organi in questione, alle immagini di visite compiute, alla rassegna di dottrina di commento a decisioni della Corte costituzionale, ecc. Il sito non è, in sostanza, solo un *nuovo involucro* di vecchi (perché già attingibili) contenuti, è anche un *altrove*.

Invero, un simile accorciamento delle distanze – senza meno in grado di aprire spazi di affermazione ad una cittadinanza (potenzialmente) più consapevole (capace di prender diretta visione e conoscenza della vita delle istituzioni) e conseguentemente anche ad una più cosciente partecipazione democratica – subisce una significativa battuta di arresto, ove al rapporto fra cittadino-fruitore e singolo organo costituzionale si sostituisca quello fra gli organi costituzionali tra loro.

⁴¹ L'espressione, riferita al Palazzo del Quirinale, è dell'ex Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed è qui ripresa ed estesa a tutti gli organi costituzionali per tratteggiarne il carattere di luoghi che il cittadino può sentire propri.

A questo proposito, ben può dirsi che questi ultimi sono oramai da tempo approdati alla *Rete*, senza tuttavia pensare o decidere, se non limitatamente, di *mettersi in rete*. Questo ci sembra un aspetto da sottolineare.

Se, infatti, si eccettuano anche in questo caso i siti di Camera e Senato che, oltre ad aver creato una piattaforma comune – il sito *Parlamento.it*– funzionale a render possibile la consultazione diretta dei «risultati più rilevanti dell'attività congiunta delle due Camere, come le leggi approvate, oppure le attività congiunte come le informazioni sul Parlamento in seduta comune o sugli organismi bicamerali oltre all'attività internazionale degli organi parlamentari italiani» (come recita la *homepage* dello stesso), presentano – come già accennato – un buon grado di interazione reciproca, per gli altri organi la condizione è tendenzialmente di scarsa interattività.

Si pensi, al riguardo, al rapporto di *incomunicabilità* fra i siti istituzionali di Governo e Presidente della Repubblica che potrebbero invece giovare della modalità dialogante, per consentire, ad esempio, di accedere dal sito del Governo al testo dei provvedimenti adottati dall'Esecutivo, di cui lì si dà semplice notizia – decreti-legge, decreti legislativi, regolamenti – non appena questi siano emanati dal Presidente.

Ma si consideri pure il grado di utilità che avrebbe il corredare l'informazione riguardante l'impugnativa di una legge regionale da parte del Governo con l'indicazione degli sviluppi della relativa vicenda, attingendo al collegamento diretto fra sito del Governo e quello della Corte costituzionale. Lo stesso discorso si potrebbe fare in caso di ricorso per conflitto fra poteri che coinvolga uno degli organi qui in considerazione.

Gli esempi potrebbero essere diversi e non crediamo che noi si debba indugiare oltre sul punto. Ebbene, oggi tutto questo purtroppo non è possibile.

9. *Essere online tra fatto e diritto.*

La disamina sin qui condotta sui siti *web* degli organi costituzionali e, in particolare, la centralità che essi hanno oramai assunto ci porta a chiudere queste nostre considerazioni con una osservazione che di per sé è banale, ma che crediamo possa risultare foriera di notazioni di un certo interesse.

La presenza degli organi costituzionali sul *web* è una presenza *di fatto*, non imposta, né tantomeno disciplinata, da alcuna norma scritta.

Soltanto i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica prevedono l'esistenza del relativo sito *web*: si tratta, tuttavia, di una previsione meramente indiretta, poiché le disposizioni cui facciamo riferimento sono quelle che dispongono l'obbligo di pubblicazione *online* del regolamento o dello statuto dei gruppi parlamentari⁴².

Il *silenzio della Costituzione* sul punto – silenzio inevitabile, data la assoluta imprefigurabilità del fenomeno di *Internet* da parte dei Padri costituenti – non significa però che la presenza sul *web* degli organi costituzionali sia tutt'oggi priva di un qualche fondamento normativo: si può sostenere,

⁴² Cfr. art. 15, comma 3-*bis*, del Regolamento del Senato della Repubblica («Entro trenta giorni dalla propria costituzione, l'Assemblea di ciascun Gruppo approva un regolamento, che è trasmesso alla Presidenza del Senato nei successivi cinque giorni. Il regolamento è pubblicato nel sito *internet* del Senato») e art. 15, comma 2-*ter*, del Regolamento della Camera dei deputati («Lo statuto prevede le modalità secondo le quali l'organo responsabile per la gestione amministrativa e contabile destina le risorse alle finalità di cui al comma 4. Lo statuto è pubblicato sul sito *internet* della Camera»).

infatti, che si sia oramai formata una consuetudine costituzionale la quale, integrando il testo costituzionale⁴³, rende giuridicamente doverosa l'esistenza dei siti *web* istituzionali⁴⁴.

Tutti gli organi costituzionali, infatti, sono presenti sulla Rete con propri siti, ovviamente sviluppatasi e implementati nel corso del tempo, da circa vent'anni o poco più⁴⁵, senza che la loro esistenza abbia mai suscitato perplessità o contrasti di sorta tra gli stessi organi costituzionali.

Non solo, in questi due decenni si sono avvicinati alla *guida* dell'organo costituzionale persone fisiche di diverso orientamento politico e sensibilità culturali, senza che mai l'esistenza del sito *web* – quantomeno pubblicamente – sia stata messa in forse; al contrario, come già abbiamo accennato, tutti gli organi costituzionali hanno “scommesso” sul proprio sito *web*, costantemente aggiornandolo dal punto di vista tecnico e grafico e progressivamente aumentando i documenti e le informazioni messe, suo tramite, a disposizione della opinione pubblica.

Non intendiamo certo sostenere che dalla presenza *online* derivino – ma sul punto ci torneremo subito – nuovi e diversi poteri, ma soltanto che essa mette a disposizione nuovi strumenti per l'esercizio di poteri e lo svolgimento del ruolo che la Costituzione già attribuisce ai singoli organi costituzionali. Insomma, i siti *web* sono stati creati esercitando una facoltà non vietata (ma neppure richiesta) dal testo costituzionale.

Oggi, però, la loro esistenza è divenuta giuridicamente doverosa, in ragione del consolidarsi di una vera e propria consuetudine costituzionale, che tale è non per il suo *grado*, ma proprio per il fatto che la presenza *online* incide (o può incidere) sulle modalità di esercizio dei poteri costituzionali e sul concreto funzionamento della forma di governo⁴⁶.

L'esistenza dei siti *web* – e del loro utilizzo da parte degli organi costituzionali, secondo quanto si avrà modo di dire a breve – è, peraltro, non soltanto obbligatoria, ma altresì irretrattabile, perché nel corso del tempo ne è mutata la *natura*.

Ci spieghiamo meglio.

Come ci è capitato di osservare, nell'integrare la Costituzione la consuetudine costituzionale può esibire consonanza alla prima secondo due diverse modalità: della *armonia-conformità*, quando è strettamente funzionale e teleologicamente rispondente ai principi costituzionali, o della *armonia-non conformità*, quando invece non “serve” alla trama costituzionale, ma allo stesso tempo non le è estranea e vi si inquadra⁴⁷.

Il ricorso ai siti *web* potrebbe considerarsi – a prima vista – fondato su di una consuetudine della seconda specie, in quanto destinato a riempire, come si è detto, uno spazio “indifferente” alla Costituzione: ne consegue che come la mozione di sfiducia individuale, la quale trova fondamento nel fatto normativo, potrebbe venir meno nel nostro ordinamento ad opera di fonti scritte, perché

⁴³ Sulla consuetudine costituzionale quale fonte che colma una lacuna del testo costituzionale, integrandolo, v. C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano 1962, ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992, 323 ss. Del resto, si è altresì detto che l'incompiutezza dei testi costituzionali, la loro tessitura aperta è condizione stessa di esistenza della consuetudine costituzionale quale fonte: cfr. F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in ID., *Legge, ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1985, 172.

⁴⁴ Non altrettanto doverosa, invece, è l'esistenza di *account* ufficiali sui *social media*: non soltanto per il loro essere, come si è detto, in qualche modo “accessori” rispetto al sito *web* ufficiale, ma perché essi sono destinati a vivere o meno a seconda del “successo” del relativo *social media* (ne è una dimostrazione quanto accaduto con l'*account GooglePlus* del Quirinale, che ha ovviamente cessato di esistere a seguito della chiusura del fallimentare *social media*, avvenuta nell'aprile di quest'anno).

⁴⁵ Il Senato della Repubblica è *online* dal 1996, la Camera dei deputati dal 1997, il Governo dal 1997, il Presidente della Repubblica dal 1999, la Corte costituzionale dal 2000.

⁴⁶ Sul ruolo della consuetudine nella trasformazione di una facoltà in obbligo giuridico, rinviamo a S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, IV edizione, Torino 2019, 416 ss.

⁴⁷ Cfr. P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 19 ss., spec. 27 s.

To be or not to be (online)?

non costituzionalmente imposta, così i siti *web* potrebbero venire “spenti” senza che il disegno costituzionale venga a soffrirne.

Senonché, se questa era senz'altro la *natura* originaria della consuetudine *de qua*, non ci pare che tale possa essere considerata anche oggi.

Ciò perché la presenza *online* degli organi costituzionali, la significativa diffusione di notizie e documentazione che essa ha via via assicurato, producendo un considerevole accrescimento della conoscibilità della loro attività da parte della generalità dei consociati, trova ormai un evidente nesso funzionale con il principio democratico, di cui costituisce insostituibile implementazione.

Di modo che, in questo caso, il trascorrere del tempo tra il sorgere del comportamento – il dotarsi di siti *web* – e l'oggi non soltanto ha prodotto (complice la sua inarrestabile diffusione) il tradizionale effetto di consolidare il comportamento medesimo, rendendolo costituzionalmente doveroso, ma ha trasformato la natura stessa della consuetudine cui ha dato luogo, che da meramente integrativa della trama costituzionale ne è divenuta conformativa⁴⁸.

Ciò in quanto, la dimensione temporale non ha soltanto consentito la materiale ripetizione del comportamento o l'insorgere dell'*opinio*, ma è assurta altresì a luogo della trasformazione dell'orizzonte culturale e tecnologico del contesto, tale da inaugurare una nuova epoca – l'era di *Internet*, per l'appunto – in cui il sito *web* per gli organi costituzionali rappresenta un qualcosa di cui non potrebbero più privarsi (e di cui sarebbero tenuti a dotarsi, laddove già non lo avessero), se non a prezzo di un considerevole impoverimento delle possibilità di dare consapevolezza di sé alla comunità dei governati.

Considerazioni a parte potrebbero forse valere per i siti *web* della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Non, tuttavia, perché per quel che concerne loro non possa dirsi sorta la consuetudine costituzionale ma perché ... non ve ne è bisogno: quel che intendiamo dire è che è il principio costituzionale della pubblicità dei lavori delle Camere, a sua volta connesso con il principio democratico, ad esigere la presenza sulla Rete del Parlamento, perché tale presenza non è altro che un diverso modo – alla luce dell'evoluzione della società e delle tecnologie – di garantire attuazione a tale principio. In altri termini, è l'interpretazione della Costituzione che impone l'esistenza dei siti *web* delle due Camere, prima ancora che il fatto normativo.

Ancora alcune precisazioni per quel che riguarda la consuetudine costituzionale di cui andiamo discorrendo.

Innanzitutto, è chiaro – e in qualche modo lo si è già anticipato – che la presenza *online* degli organi costituzionali intanto può avere fondamento consuetudinario in quanto l'uso che i singoli organi facciano del proprio sito *web* sia in armonia con la Costituzione, ovvero sia *servente* non solo rispetto al principio democratico, ma anche ai poteri e al ruolo che a ciascuno di essi assegna la carta fondamentale.

Solo in tal modo, infatti, si può parlare di una consuetudine integrativa della Costituzione, giacché in caso contrario – laddove cioè gli organi costituzionali utilizzassero il sito *web* per assumere poteri nuovi, per esercitare competenze esorbitanti rispetto al loro ruolo – saremmo dinanzi a comportamenti *contra Constitutionem*, incapaci, a seguire l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, di addivenire a consuetudine costituzionale⁴⁹.

Quanto appena detto ci consente una ulteriore precisazione: ciò che è oramai consuetudinariamente doveroso è l'esistenza del sito *web* istituzionale, non anche quella dei singoli

⁴⁸ Un po' come la sottrazione al giudizio di conto per gli organi costituzionali si prospetta, almeno a stare alla giurisprudenza costituzionale, come soluzione logicamente obbligata per presidiare l'autonomia degli organi costituzionali. Sulla diversa natura delle consuetudini della mozione di sfiducia individuale e della sottrazione al giudizio di conto, sia consentito il rinvio ancora a P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti?*, cit., 19 ss.

⁴⁹*Op. ult. cit.*, 40.

contenuti che su di esso vengono *caricati*. In linea di principio, infatti, è rimessa a ciascun organo costituzionale la scelta su *cosa* rendere disponibile *online*, *come* e *quando* farlo.

Diciamo in linea di principio, tuttavia, perché crediamo che, anche in relazione ai contenuti resi disponibili sui siti *web*, alcune scelte siano divenute oramai irretrattabili (e altre potranno esserlo in futuro), divenendo *parte* della consuetudine *de qua*.

Pensiamo, solo per fare un esempio, alla *pubblicazione online* delle decisioni della Corte costituzionale.

Si tratta di un fatto che è (può essere) foriero di problemi squisitamente giuridici⁵⁰, ma crediamo sia oramai impensabile che il giudice costituzionale possa decidere di non *caricare* più, sul proprio sito *web*, sentenze e ordinanze: potrà eventualmente diversamente disciplinare tale *pubblicazione*, proprio per evitare l'insorgere di questioni giuridiche in mancanza di interventi legislativi sul punto⁵¹, ma davvero non è più nella sua disponibilità la scelta sul *se* pubblicare.

Analogo discorso riteniamo possa essere fatto per i discorsi del Presidente della Repubblica e i comunicati stampa resi dal Quirinale.

Si tratta, infatti, di atti non riservati, ma per loro natura destinati al pubblico, più o meno vasto questo possa essere, sicché la loro *archiviazione* sul sito *web* ci pare oramai ineluttabile.

Semmai, proprio il fatto che discorsi e comunicati restino sempre disponibili, anche a mandato presidenziale concluso, potrebbe consigliare, soprattutto in ragione del ruolo del capo dello Stato, un linguaggio particolarmente *mite*: ciò perché il *sensu* di discorsi e comunicati si coglie alla luce del contesto o del momento storico in cui sono adottati, di talché – per evitare che a distanza di molto tempo rispetto a quando sono stati resi possano essere fraintesi o, comunque sia, assumere un *sensu* diverso da quello originario – ci appare quanto mai opportuna una peculiare attenzione a come essi, con le dovute differenze tra gli uni e gli altri, sono stilati.

Ancora più netta deve essere la valutazione se prendiamo in considerazione lo straordinario lavoro che le Camere vanno facendo per *caricare* sui rispettivi siti *web*, anche in tempo reale, gli atti parlamentari.

Di là dal fatto che, anche in questo caso, l'obbligo di renderli disponibili potrebbe farsi derivare dal principio costituzionale della pubblicità dei lavori, prima ancora che dalla consuetudine costituzionale, ci pare fuor di dubbio che il *caricamento online* sia giuridicamente doveroso e che, pertanto, non sia più possibile ometterlo.

Si potrà discutere delle modalità e dei tempi con cui questo avviene, della semplicità o meno di utilizzo della mole di materiale da parte del cittadino (specialista o non che sia), ma, oramai, sui siti *web* delle Camere gli atti parlamentari *debbono* esserci.

In conclusione, se quanto si è andato qui dicendo ha un suo fondamento e una sua robustezza, allora si può ritenere che l'interrogativo amletico evocato nel titolo non possa che avere una risposta positiva.

Essere *on line* attraverso il proprio sito istituzionale è per gli organi costituzionali divenuto una sorta di imperativo costituzionale, una doverosità (a dotarsi e a non privarsi) che non discende dalla semplice diffusione dell'utilizzo del mezzo – come, ad esempio, per il munirsi di un Inno ufficiale da parte di uno Stato nazionale – ma dal suo carattere servente rispetto al principio democratico.

⁵⁰ I quali, peraltro, sono in larga parte comuni a quelli che riguardano la pubblicazione degli atti normativi su *internet*, che è stata oggetto di acute riflessioni da parte dell'Autore qui onorato: cfr. P. COSTANZO, *La pubblicazione normativa al tempo di internet*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi, Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa 2006, 203 ss.

⁵¹ Ci riferiamo alla possibilità di *pubblicare online* solo dopo che le decisioni siano state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale: cfr. D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale*, cit., 266 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale*, cit.

To be or not to be (online)?

Quali novelli Principi di Danimarca, il Presidente della Repubblica, le Camere, il Governo e la Corte costituzionale, posti dinanzi al celebre dubbio esistenziale, non potrebbero oggi che rispondere: *It's impossible not to be there; even more don't stay there!*

Consulta Online

PAOLO CARNEVALE - DANIELE CHINNI

To be or not to be (online)?

Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Internet*, politica, istituzioni. – 3. Istituzioni sul *web* e diritto costituzionale: le ragioni di uno studio. – 4. Organi costituzionali e *web*: osservazioni preliminari – 5. Le interazioni tra siti *web* istituzionali e *social media*. – 6. I siti *web* istituzionali tra esigenze di comunicazione e riservatezza. – 6.1. *Segue*. Sul sito del Quirinale. – 6.2. *Segue*. Sul sito del Governo. – 6.3. *Segue*. Sul sito della Corte costituzionale. – 6.4. *Segue*. Sui siti delle Camere. – 7. La diffusione “plurimorfa” di medesimi contenuti. – 8. Il senso dell’essere *online*. – 9. Essere *online* tra fatto e diritto.

1. *Premessa*

Che l’Autore celebrato in queste pagine sia fra gli studiosi più attenti e più qualificati nell’indagare i rapporti fra *Internet* e diritto è cosa assai nota: ad immediatamente provarlo, per chi ne avesse bisogno, sarebbe sufficiente scorrere il suo aggiornatissimo *curriculum* personale, *caricato* sul sito dell’Ateneo genovese, e prender visione di quanto spazio, nella sua peraltro amplissima produzione scientifica, occupino i contributi dedicati a questo argomento (che non a caso danno corpo a un’intera sezione tematica nell’elenco delle pubblicazioni) e quanta sia l’attività didattica che Egli ha specificamente dedicato al *thema* in parola. Se poi all’elemento quantitativo si aggiunge quello temporale, ci si accorge facilmente con quanto anticipo il Nostro abbia colto la ricchezza e la complessità della questione che, per buon parte degli studiosi (soprattutto costituzionalisti), si sarebbe affacciata all’attenzione in tempi decisamente successivi.

Peraltro, e per quanto qui rileva più direttamente, Egli ha tra i primi affrontato scientificamente il tema del ruolo assunto dalle nuove tecnologie e, in specie, dai siti *Internet* degli organi costituzionali con un attento ed informato saggio del 2015 dedicato peculiarmente ai Tribunali costituzionali e in particolare alla nostra Corte costituzionale¹.

Ma il quadro sarebbe assolutamente parziale se, accanto a quello di studioso e didatta, non si considerasse il profilo dell’operatore sul campo che ha ideato e dirige uno delle più frequentate Riviste telematiche in ambito costituzionalistico – *Consulta OnLine* – che da circa venticinque anni (e ben prima che la nostra Corte costituzionale si dotasse di un proprio sito ufficiale) offre agli utenti la panoramica integrale delle decisioni del giudice costituzionale, con doppia chiave di ricerca – testuale e cronologica – e corredo di commenti della dottrina, oltre che delle fonti sulla giustizia costituzionale e di tutta una serie di informazioni e studi che hanno via via nel tempo arricchito l’offerta editoriale.

È per questo che abbiamo pensato di destinare a questa raccolta di Scritti in Suo onore uno studio “in tema”, dedicato al processo di digitalizzazione che ha investito gli organi costituzionali – in specie: Camere, Governo, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale² – con particolare (ma non esclusivo) riferimento ai siti *web* ufficiali di cui si sono dotati nel tempo, al fine, non già di offrire un’analisi puntuale sul piano tecnico(-informatico) e giuridico, bensì di cogliere e sottoporre all’attenzione taluni nodi problematici ed alcune questioni di interesse costituzionalistico che l’utilizzo del mezzo telematico può suscitare.

* Il presente lavoro, frutto della riflessione congiunta dei due autori, è stato materialmente redatto da Paolo Carnevale relativamente ai §§ 5, 6, 7 e 8 e da Daniele Chinni relativamente ai §§ 2, 3, 4 e 9.

¹ Ci riferiamo a P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della rete*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2015/1 (ed in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 658 ss.).

² Per le ragioni che hanno indotto a circoscrivere l’analisi agli organi di cui nel testo, v. *infra* § 5.

Nel farlo siamo consapevoli del fatto di misurarci con quella che viene detta con formula invalsa “la migliore dottrina” in materia. Confidiamo, per questo, che, complice anche la natura celebrativa della Raccolta, l’Autore qui onorato possa inforcare gli occhiali della benevolenza sui quali facciamo sincero affidamento.

2. Internet, politica, istituzioni

L’avvento di *Internet* ha sconvolto e continua a sconvolgere la società contemporanea in tutti i suoi aspetti: sociali, economici, giuridici. È talmente sotto gli occhi di ciascuno di noi, nel nostro vivere quotidiano, che non vale la pena neppure fare esemplificazioni.

Questa rivoluzione non poteva non determinare un mutamento profondo anche dei linguaggi e degli strumenti del mondo della politica, al pari di quanto, in tempi diversi, questi ultimi vennero modificati dalla stampa prima e dalla televisione poi, i quali pure oggi stanno vivendo una chiara evoluzione, indotta proprio dal *web*. Per avere immediatamente un’idea di quanto andiamo dicendo, è sufficiente pensare all’utilizzo dei *social media* da parte di esponenti politici e partiti: sono diventati mezzo (ritenuto) indispensabile per rapportarsi con l’opinione pubblica³, anche se – a dispetto della *vulgata* secondo la quale essi consentirebbero un legame diretto tra rappresentanti e rappresentati – essi, piuttosto che ad acquisire domande e cogliere le esigenze *dal basso*, sono adoperati per propaganda politica, ricercando consenso, su attività politica già posta in essere, in quella che è divenuta, a tutti gli effetti, una arena politica *parallela*.

È chiaro, poi, che i nuovi modi di fare politica attraverso il *web* può avere, e ha, inevitabili conseguenze sugli organi costituzionali, per il naturale legame tra questi ultimi e la politica, essendo i partiti e gli esponenti politici i motori delle istituzioni⁴.

Tuttavia, crediamo sia necessario provare a distinguere tra presenza *istituzionale* sul *web* e uso dello stesso che possono fare e fanno gli esponenti politici che ricoprono cariche pubbliche: un conto, infatti, è l’esistenza sulla Rete degli organi costituzionali, con ciò che ne comporta – come proveremo a mostrare a breve – per il diritto costituzionale, altra è la presenza sul *web* degli esponenti politici, anche laddove siano titolari di carica pubblica, i quali sfruttano le potenzialità della Rete per esercitare attività politica (attraverso i *social network*, le *mailing list*, siti *web* personali, etc.), quand’anche questa sia connessa o si sovrapponga a quella portata avanti in qualità di titolare *pro tempore* di carica pubblica.

Non che quest’uso “privatistico” del *web* da parte di quanti fanno *camminare* le istituzioni sia meno significativo, anche per quel che concerne l’impatto di determinati comportamenti sul concreto funzionamento della forma di governo. È chiaro, infatti, che un *tweet* dall’*account* personale di chi è *anche* Ministro della Repubblica, ad esempio, non si può semplicisticamente ridurre a esternazione *privata*, almeno quando abbia per oggetto temi che concernono l’*agenda politica* del momento. Ciononostante, ci sembra che modalità del genere di uso del *web* riguardino essenzialmente la comunicazione politica e, di conseguenza, abbiano effetti politici più che

³ Qui, e anche altrove nel testo, utilizziamo la locuzione *opinione pubblica* secondo una logica istintiva, al fine di identificare il destinatario della comunicazione istituzionale via *web*: ciò che ci interessa porre in luce è come l’uso della Rete faccia sì che gli organi costituzionali si rapportino con destinatari non individuabili *a priori* e potenzialmente illimitati, che non possono certamente identificarsi soltanto con gli elettori. Per attente riflessioni, anche di respiro teorico, sulla «inafferrabile nozione» di opinione pubblica cfr. C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology (ICT)*, in *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, in corso di stampa, Napoli 2019, nonché A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, relazione al Convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, 17-18 ottobre 2019, Torino, § 1 del dattiloscritto.

⁴ Su di ciò, con particolare riguardo alle conseguenze sugli organi costituzionali di garanzia, v. ora A.SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., § 4.

giuridici. L'obiettivo di questo studio è, invece, quello di cogliere (almeno alcune del)le conseguenze giuridico-costituzionali della comunicazione istituzionale attraverso l'uso del *web*⁵.

3. Istituzioni sul web e diritto costituzionale: le ragioni di uno studio.

Le riflessioni che seguiranno muovono, infatti, da una convinzione: l'attività degli organi costituzionali sul *web* deve essere studiata dai costituzionalisti, perché non è attività giuridicamente e costituzionalmente indifferente. Sino ad oggi, invece, l'avvento di *Internet* è stato studiato soprattutto sul versante dei *diritti*⁶ – ovvero sulle conseguenze che la Rete ha sulla loro estensione o compressione, quando non sulla loro prima manifestazione – trascurando così l'altro ambito tipico del costituzionalismo moderno, la *forma di governo*.

Eppure, l'essere *online* può avere un impatto di non poco momento sulle modalità e sugli effetti delle attività dell'organo costituzionale, come ad esempio accade per i comunicati stampa (sempre più frequenti e di vario genere) della Corte costituzionale, veicolati attraverso il sito *web* e oramai diretti non soltanto ai giornalisti e agli "addetti ai lavori", ma a tutta l'opinione pubblica, proprio (ma non solo) in ragione della diffusività del mezzo utilizzato per *comunicare*. Anticipare il *decisum* della Corte, prima del deposito del provvedimento, possiamo davvero pensare non incida affatto sulla motivazione della pronuncia che il giudice redattore è chiamato a stilare? Dare la notizia che la Corte ha accolto una questione di costituzionalità, settimane prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della relativa sentenza, può seriamente lasciare del tutto indifferenti gli operatori giuridici che, a vario titolo, si trovino nel frattempo a dover applicare la norma moribonda⁷?

La presenza sul *web*, poi, può determinare (o ha già determinato?) una decisa influenza sul ruolo che ciascun organo costituzionale è chiamato a giocare all'interno della forma di governo, incidendo non poco sulla sua legittimazione. Crediamo sia naturale pensare, immediatamente, al sito *web* della Presidenza della Repubblica (e non solo), tramite il quale oramai si dà quotidianamente conto dell'attività del Capo dello Stato (documentata con fotografie e video), si comunicano decisioni e si diffondono esternazioni d'ogni genere del Presidente, si risponde a illazioni, articoli di stampa, voci incontrollate, facendo fare all'attività comunicativa del Quirinale un deciso balzo in avanti rispetto agli sviluppi che in tale campo avevano già determinato, secondo tempi e stili diversi, le Presidenze Pertini e Cossiga⁸.

⁵ Per la distinzione tra comunicazione politica – posta in essere da partiti o altri soggetti che si prefiggono finalità politiche – e comunicazione istituzionale – che comprende gli atti o i comportamenti con cui l'autorità pubblica si esprime, facendo circolare informazioni e dati giuridicamente rilevanti, nel rapporto tra istituzioni o con i cittadini – v. P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova 2002, 161 ss.; 197 ss.

⁶ Anche dallo studioso che qui si onora: v., ad esempio, P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della rete*, in L. BRUSCUGLIA, R. ROMBOLI, *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie. Atti del Seminario congiunto tra il Dottorato in diritto privato e la Scuola di dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di T. Checcoli, C. Murgo, N. Pignatelli, Pisa 2010, 5 ss.; Id., *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in *Diritti e libertà in internet*, a cura di T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Milano 2017, 3 ss.

⁷ Sui comunicati stampa della Corte, v., da ultimo, anche per ulteriori indicazioni, G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: comunicati e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e Società* 2018, 237 ss.; D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, ivi, 255 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in *Potere e opinione pubblica*, cit.; A. SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., spec. § 8. Per una critica, forse troppo severa, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2019, 274 ss.

⁸ Cfr., da ultimo, P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica. Un'istituzione pesante alle prese con la leggerezza del web*, in *Potere e opinione pubblica*, cit.

Ma parimenti di primaria importanza per la forma di governo è l'uso del sito *web* del Governo, che altro non è, invero, che il sito *web* della Presidenza e, soprattutto, del Presidente del Consiglio dei Ministri, con una chiara ed evidente sovraesposizione di quest'ultimo rispetto alle dinamiche collegiali scolpite invece nell'art. 95 Cost. (e nella giurisprudenza costituzionale): certo, negli ultimi venticinque anni già le dinamiche della nostra forma di governo avevano trasformato, a Costituzione invariata, il *volto* del Presidente del Consiglio dei ministri, meno *coordinatore* e più *leader* rispetto a un tempo (con un passo indietro, forse, nell'ultimo anno e mezzo). Eppure, crediamo sia sufficiente *navigare* per qualche minuto sul sito *web* del Governo per rendersi conto di come questo possa essere uno straordinario strumento, nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, per porsi in rapporto diretto con l'opinione pubblica, acquisendo un *surplus* di legittimazione. Se, poi, si pensa ai comunicati stampa resi al termine delle sedute del Consiglio dei ministri – ove spesso si danno indicazioni sommarie sul contenuto dei provvedimenti normativi deliberati dal Governo (provvedimenti normativi che spesso neppure sono redatti in dettaglio e che, ad ogni modo, giuridicamente ancora non esistono, perché non ancora emanati dal Presidente della Repubblica) – crediamo che la significatività sul piano giuridico di tale tipo di attività non possa davvero essere revocata in dubbio⁹.

Il punto è che, almeno a noi pare, diamo oramai per scontato qualcosa – la presenza e l'azione sul *web* degli organi costituzionali – che invece scontato non è, almeno sul piano giuridico-costituzionale; e il fatto che lo diamo per scontato anche noi, che non siamo nativi digitali, è estremamente indicativo di quanto imponente sia il fenomeno che abbiamo davanti e di quanto sia parimenti necessario indagarlo con gli strumenti e le competenze proprie del diritto costituzionale.

4. Organi costituzionali e web: osservazioni preliminari

Ancora un paio di osservazioni preliminari, prima di entrare *in medias res*.

Una prima è, per così dire, definitoria. Abbiamo già fatto più volte riferimento, sino ad ora, agli *organi costituzionali* come soggetti dei quali indagare l'attività sul *web*. Le nostre riflessioni, tuttavia, riguarderanno il Parlamento, il Governo, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale, non anche la Magistratura.

La ragione al fondo di questa scelta non sta certo nella volontà di escludere dal novero degli organi costituzionali il potere giudiziario, che tale deve senza dubbio considerarsi. È il suo essere un potere *diffuso* che ci ha indotto ad escluderlo dall'ambito di indagine: l'assenza, costituzionalmente imposta, di una organizzazione gerarchica della Magistratura, infatti, impedisce che ci sia un "organo" cui imputare l'uso del *web*. La Corte di cassazione e i tribunali ordinari hanno sì ciascuno un proprio sito, per mezzo del quale effettuano anche quella comunicazione giudiziaria che appare sempre più indispensabile a fronte di un giornalismo giudiziario talora spregiudicato¹⁰: ma si tratta, inevitabilmente, di esperienze troppo diverse le une dalle altre per poter essere considerate un tutt'uno, da prendere in esame assieme a quelle degli altri organi costituzionali¹¹. Né ci è sembrato utile portare l'attenzione sul sito *web* del Consiglio Superiore della Magistratura: non tanto perché siamo, in tal caso, dinanzi a un organo di rilevanza costituzionale, quanto perché esso non può considerarsi chiamato a "rappresentare" il potere giudiziario, svolgendo funzioni che concernono la sua organizzazione ma non certo l'esercizio della funzione giurisdizionale.

⁹ Su questi, e altri aspetti, v. G. PICCIRILLI, *Il Governo "nel" web*, in *Potere e opinione pubblica*, cit.

¹⁰ Cfr. i bei saggi nel volume *Informazione e sistema dell'esecuzione penale*, a cura di M. Ruotolo, Napoli 2018.

¹¹ Le differenze sono ancora più marcate se si guarda all'esperienza della giustizia amministrativa, che ha un unico sito *web* (www.giustizia-amministrativa.it) per Consiglio di Stato e TAR.

C'è poi anche una ulteriore ragione che ci ha indotto a circoscrivere questo nostro studio ai quattro organi costituzionali anzidetti: sono quelli che caratterizzano la nostra forma di governo ed è il loro concreto funzionamento – anche, oggi, per mezzo del *web* – che può determinare una evoluzione, una torsione o, ad ogni modo, un diverso atteggiarsi della democrazia parlamentare accolta nella nostra Costituzione.

La seconda osservazione preliminare ci consente, invece, di avvicinarci al *thema* oggetto di queste riflessioni.

Il “campo” in cui si muovono gli organi costituzionali è un “campo” comune: la Rete. Tuttavia, vi si muovono in modi diversi, che riflettono, almeno in linea di principio, la diversità delle loro funzioni e del loro ruolo all'interno della forma di governo. Un esempio crediamo chiarirà quanto stiamo dicendo.

Da tempo, oramai, tanto la Camera dei deputati quanto il Senato della Repubblica hanno proprie *WebTv*, tramite le quali è possibile seguire tutte le sedute assembleari e le audizioni presso le Commissioni: palese il cambio di passo rispetto a pochi anni orsono, quando per seguire le attività parlamentari da casa bisognava affidarsi alla diretta televisiva. Un cambio di passo, peraltro, che appare quasi naturale, in considerazione del principio costituzionale della pubblicità dei lavori parlamentari.

Una *WebTv* che trasmetta le riunioni del Governo è, invece, del tutto impensabile: a impedirlo è non soltanto la tradizionale riservatezza dei lavori del Consiglio dei ministri – cui partecipano soltanto i componenti del Governo e il Sottosegretario alla Presidenza, il quale redige i verbali delle sedute che, tuttavia, non sono resi pubblici – ma la necessità stessa che i procedimenti decisionali interni al Governo si svolgano lontano dai riflettori, per facilitare l'assunzione di scelte politiche che possono essere anche frutto di faticose e compromissorie convergenze, il cui esito positivo può non poco dipendere dall'esistenza di uno spazio di interlocuzione fra le forze di maggioranza libero da intromissioni esterne. Insomma, l'attività dell'esecutivo ha un che di «istituzionalmente opaco»¹², che forse è bene rimanga tale anche nell'epoca del *web* e delle nuove possibilità di trasparenza che esso reca con sé¹³.

Il Quirinale utilizza oramai moltissimo lo strumento video, *caricando* sul sito *web* istituzionale filmati di discorsi del Presidente della Repubblica o anche soltanto relativi a sue partecipazioni alle occasioni più diverse¹⁴. Non si tratta, però, di trasmissioni *live*. Eccezione è fatta, invece, in occasione delle consultazioni presidenziali per la formazione del nuovo Governo, quando sul sito *web* sono trasmessi in diretta l'arrivo delle delegazioni al Quirinale, il loro saluto con il capo dello Stato e, successivamente, le dichiarazioni che rendono al termine del colloquio con il Presidente della Repubblica. Rimane invece fuori dagli obiettivi (e ci mancherebbe altro!) il momento *clou* delle consultazioni, ovvero il confronto tra capo dello Stato e delegazioni sullo sbocco che deve avere il procedimento di formazione del Governo: la (costituzionalmente imposta¹⁵) riservatezza

¹² Così, G. PICCIRILLI, *Il Governo “nel” web*, cit.

¹³ Quanto qui si dice non intende accreditare quello che, ancora oggi, è un regime di parziale conoscibilità delle decisioni del Consiglio dei ministri. Si tratta, infatti, di questione – concernente la conoscibilità dell'*esito* delle riunioni governative – assai diversa dall'esigenza di garantire, come si dice invece nel testo, la riservatezza del *procedimento* attraverso il quale quell'*esito* è prodotto.

¹⁴ Sull'utilizzo dello strumento del *video*, v. anche quanto si dirà *infra* § 7.

¹⁵ Il riferimento è alla celebre sentenza n. 1 del 2013 con la quale, chiamata a risolvere un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato in tema di regime delle intercettazioni delle comunicazioni telefoniche del Presidente della Repubblica sollevato da quest'ultimo avverso la Procura della Repubblica di Palermo, la Corte costituzionale, nell'accogliere il ricorso presidenziale, si impegna in una complessiva ricostruzione del ruolo e delle posizioni costituzionali del capo dello Stato nel sistema, sottolineando in particolare il nesso strettissimo esistente fra le esigenze di riservatezza e l'esercizio di quelle attività di raccordo e persuasione essenziali ai fini della salvaguardia della funzione di garanzia dell'equilibrio costituzionale che il Presidente è chiamato a svolgere, tanto da far sì che le prime possano essere assunte a condizione di praticabilità delle seconde. Ne consegue che, per usare le parole della

sotto cui deve svolgersi la funzione presidenziale fa necessariamente premio sulle esigenze comunicative dell'organo costituzionale. La *diretta streaming* è anche in questo caso impensabile, per quanto possano evolversi le tecnologie.

Diverso potrebbe essere, invece, il discorso per quel che concerne la Corte costituzionale. Non ci riferiamo, ovviamente, alla possibilità di filmare le riunioni del collegio in camera di consiglio, ma a quella di trasmettere in diretta le udienze pubbliche. L'art. 15 della legge n. 87 del 1953 prescrive, infatti, che «le udienze della Corte costituzionale sono pubbliche, ma il Presidente può disporre che si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla sicurezza dello Stato o all'ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengono, da parte del pubblico, manifestazioni che possano turbare la serenità», di talché una trasmissione in *streaming* non solo non troverebbe alcun ostacolo normativo, ma – un po' come accade per la diretta dei lavori parlamentari – sarebbe un coerente sviluppo del principio di pubblicità delle udienze. Al momento, invece, la Corte costituzionale si limita a videoregistrare tutte le udienze pubbliche, *caricandole* sul sito *web* nelle settimane successive: una sorta di trasparenza ritardata, insomma, della quale, tuttavia, ci sfugge la ragione¹⁶.

Ora, proprio questo muoversi su un "campo" comune, ma secondo modalità e prospettive diverse, ci ha indotto a preferire, a un esame minuto delle singole esperienze sul *web*, un'analisi su profili comuni o diffuse linee di tendenze che caratterizzano l'utilizzo della Rete da parte degli organi costituzionali.

5. Le interazioni tra siti web istituzionali e social media

L'assunto da cui far muovere le nostre riflessioni è il seguente: l'assoluta centralità oramai acquisita dai rispettivi siti *web* istituzionali che, sia per il Presidente della Repubblica, sia per la Corte costituzionale, come per il Governo e le Camere, hanno fundamentalmente assunto il ruolo di essenziali mezzi di comunicazione di atti, decisioni, eventi e iniziative di più vario genere, insomma di quella che potremmo definire la vita dell'istituzione. "Assi portanti" della comunicazione sono stati definiti¹⁷. E lo sono realmente.

Certo, accanto ai siti istituzionali si registra da qualche anno un certo ricorso ai c.d. *social media* – *Youtube, Facebook, Twitter, Instagram* – sulle cui piattaforme gli stessi organi si presentano con propri profili istituzionali, che si aggiungono a quelli personali di cui sono dotati (e spesso fanno largo uso) i chiamati a rivestire la corrispondente carica istituzionale. Si tratta evidentemente di mezzi comunicativi autonomi che hanno logiche proprie e canali di accesso che possono anche prescindere dal sito ufficiale.

Tuttavia, questo non contraddice la qualificazione del sito come asse portante della comunicazione telematica dell'organo, non foss'altro perché rappresenta pur sempre il luogo che, da un verso, ospita il *link* che rimanda a tutti i profili *social* dell'organo e, dall'altro, vede i contenuti informativi collocati nelle proprie pagine frequente oggetto di rinvio da parte di questi ultimi, quasi a tradire una certa condizione gregaria ed aggiuntiva rispetto al sito istituzionale.

Corte, «il Presidente della Repubblica deve poter contare sulla riservatezza assoluta delle proprie comunicazioni, non in rapporto ad una specifica funzione, ma per l'efficace esercizio di tutte».

¹⁶ Anche la Corte costituzionale, peraltro, fa oramai uso frequente dello strumento video: non, però, direttamente connesso alle sue funzioni *giurisdizionali*, ma in relazione alla partecipazione del collegio o di suoi singoli giudici alle più diverse occasioni (convegni, celebrazioni, visite, etc.).

¹⁷ L'espressione è stata usata con riguardo specifico al sito *web* della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), ma è sicuramente estensibile anche ai siti degli altri organi costituzionali qui in esame: cfr. P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, a cura di G. Conti, P. Milazzo, Pisa 2017, 113.

A rafforzare quanto rilevato può concorrere anche la considerazione per cui i *social media*, oltre a risultare spesso duplicativi di contenuti già presenti sul sito, finiscono per lo più fatalmente attratti nella logica informativa-comunicativa che anima i siti istituzionali, in cui il flusso informativo segue un andamento unilaterale secondo una modalità *top/down*, di tipo televisivo (*broadcast*). Ad esser così frustrata è la vocazione naturalmente interattiva dei *social media*, versati ad una comunicazione aperta e biunivoca, che nel nostro caso si risolve nella sola possibilità dei commenti (ove peraltro consentita), da cui però, nella prassi sin qui seguita, non discende – come è ampiamente comprensibile, del resto – una risposta da parte dell'organo costituzionale chiamato in causa, rimanendo il tutto come una sorta di interlocuzione abortita.

Certo, quel che cambia rispetto alla informazione offerta dalle pagine del sito istituzionale è semmai lo stile comunicativo, cui si aggiunge per forza di cose la evidente maggiore capacità di penetrazione del *social media* (almeno, verso chi, dotato di un *account*, lo frequenta). Ciò non toglie che le piattaforme *social* risultino così utilizzate a scartamento ridotto.

Il che non significa, peraltro, che nell'uso dei mezzi telematici da parte degli organi costituzionali sia del tutto bandita la dinamica *reattiva* del "botta e risposta". Nel senso che il ricorso alla comunicazione *online* da parte dei soggetti in questione può essere influenzato non poco dall'utilizzo che di quegli stessi mezzi (particolarmente dei *social network*) possono fare i loro interlocutori istituzionali, quasi innescando una dinamica da induzione.

Un'ultima notazione riguarda un altro aspetto dell'approccio dei *social media* da parte degli organi costituzionali, relativo alla promiscuità di utilizzo fra *account* intestato alla persona fisica e *account* istituzionale, talvolta richiamati indistintamente come equivalenti. È quanto abbiamo riscontrato, ad esempio, sul sito del Governo, ove sotto l'iniziale etichetta dell'*account* *Twitter* ufficiale della Presidenza del Consiglio, rubricato "Palazzo Chigi", risultano riportati indifferentemente anche i messaggi dell'*account* intestato a "Giuseppe Conte", con un significativo passaggio dalla forma impersonale del primo alla forma personalissima (del "tu") nel secondo. Non solo, anche per i Presidenti delle due Camere e soprattutto per quello della Camera dei deputati si registra un fenomeno (solo in parte) analogo, nel senso che qui l'alternanza dei *tweet* è fra *account* personale e *account* ufficiale dell'organo che intende offrire informazioni (sul) e richiamare interventi (del) Presidente d'Assemblea.

Non sappiamo dire se ciò possa essere interpretato come rappresentativo della tendenza alla personalizzazione che caratterizza da tempo la nostra vita politica (e non solo) in questi anni. Tuttavia, una simile mescolanza di piano personale e istituzionale non crediamo giovi ad una chiara ascrizione del messaggio, il quale finisce così per pericolosamente inclinare – secondo una certa partizione¹⁸ – fra ambito della pubblicità-informazione e sfera della pubblicità-pubbliche relazioni, se non proprio propaganda¹⁹.

Ad ogni modo, quanto ora si è detto sulla centralità dei siti *web* istituzionali e sulla accessorietà dei *social media* ufficiali ci induce a prendere in analisi soprattutto l'uso che si fa dei primi, perché è tramite questi che diventa di particolare interesse, per il diritto costituzionale, il rapporto tra potere e opinione pubblica.

6. I siti web istituzionali tra esigenze di comunicazione e riservatezza.

¹⁸ Proposta da A. MELONCELLI, voce *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988, § 2.2.

¹⁹ GIU. SERGES, *Internet quale strumento di propaganda e organi costituzionali. Primi appunti sparsi*, in *Potere e opinione pubblica*, cit., sostiene che, per via delle caratteristiche del *web*, qualunque attività ivi si svolga – compresa, quindi, quella degli organi costituzionali – «si traduce sempre, fatalmente, in una attività (anche, se non esclusivamente) di propaganda», intesa tanto come diffusione di dati, quanto come propaganda in senso stretto. Sul ruolo giocato dal *web* per la ricerca del consenso, v. altresì A. VERNATA, *Riflessi delle nuove dinamiche del consenso su forme giuridiche e istituzioni democratiche*, ivi.

Una coordinata alla cui stregua è possibile fornire una lettura trasversale del tema che ci occupa è quella del rapporto fra le esigenze della comunicazione e quelle della riservatezza che il massiccio ricorso alla comunicazione telematica rende particolarmente spinosa.

6.1. Segue. *Sul sito del Quirinale*

Conviene principiare l'analisi dal Presidente della Repubblica. Questi, infatti, nel nostro ordinamento costituzionale vive la singolare condizione di vedere, da un verso, nella crescita del c.d. potere di esternazione, nelle sue diverse forme, uno dei tratti qualificanti del ruolo e della collocazione assunti nel sistema; dall'altro, nella riservatezza, come si è già accennato, la cornice ideale per il migliore espletamento delle sue funzioni.

Ora, se è possibile leggere nella relazione fra le esigenze della *espressione estrinseca* e del *nascondimento* della comunicazione, al contempo, una dimensione, se non di conflittualità, di difficile temperamento, ovvero di coesistenzialità sinergica ai fini della definizione della figura presidenziale²⁰, ci pare che fra le prime e le seconde possa individuarsi, ai nostri scopi, anche un rapporto di reciproca influenza e alimentazione. Nel senso, cioè, che proprio la violazione della sfera del "riservato" può ingenerare la necessità del ricorso alla comunicazione esterna, magari utilizzando proprio il rapido canale offerto dallo strumento telematico. Insomma, una sorta di *verbalizzazione reattiva* di ciò che avrebbe dovuto restare celato alla pubblica conoscenza, onde dar conto delle ragioni delle scelte operate (o posizione assunte) dal Presidente o correggere versioni od interpretazioni delle comunicazioni riservate rese da quest'ultimo.

Si tratta di qualcosa che, è vero, si muove nel solco, non nuovo e già molto arato, delle c.d. esternazioni "in risposta" che trovano nel mezzo telematico uno straordinario strumento di promozione e sviluppo²¹. Il fatto è che, in tutto questo, la caduta degli spazi silenziosi assicurati dal rispetto della convenzione di riservatezza finisce per costituire un elemento di ulteriore enfaticizzazione, destinato sempre più a coinvolgere il Presidente nel caldo del dibattito politico col serio rischio di usurarne il prestigio e comprometterne il ruolo.

Ancora un caso esemplare può trarsi, a riguardo, dalla recente esperienza del tribolato itinerario della formazione del primo governo Conte. Ci riferiamo alla vicenda della mancata nomina del prof. Paolo Savona a Ministro dell'economia, la cui pubblicizzazione anche scomposta ad opera delle forze politiche coinvolte ha spinto il Presidente Mattarella a un lungo comunicato esplicativo che ha generato non poche reazioni, di vario segno, sia sul piano politico che su quello più squisitamente tecnico-giuridico.

6.2. Segue. *Sul sito del Governo*

Diverso è il modo di atteggiarsi del problema in relazione all'organo Governo per il quale l'esigenza di ostensione del fatto, dell'atto e della decisione, che trova nella comunicazione telematica una significa forma soddisfattiva, si confronta qui – come già accennato – con la resistenza alla conoscenza che investe soprattutto il *farsi* della decisione, il processo della sua maturazione. È noto, infatti, il limitato regime di pubblicità delle sedute del Consiglio dei Ministri assicurato dal regolamento interno del 1993, che ha solo in parte scalfito la condizione di tendenziale segretezza che le ha avvolte nel passato.

²⁰ Cfr., a riguardo, le recentissime considerazioni svolte da P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica*, cit., § 3.

²¹ Ci sia consentito rinviare a D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media. Spunti a partire dalla prassi del presidente Napolitano*, in *Giur. cost.* 2010, 1934 ss.

Quelli che si trovano pubblicizzati sul sito istituzionale sono infatti comunicati delle riunioni del Consiglio dei Ministri assai essenziali che, come abbiamo già osservato in precedenza, riguardano esclusivamente i provvedimenti adottati di cui si fornisce una rapida e generica volgarizzazione dei contenuti e non i testi. Anzi a questo proposito – come è stato ben rilevato²² – i comunicati in questione assumono una valenza informativa ulteriore, di tipo anticipatorio, offrendo la conoscenza (dell'esistenza in vita) di atti che solamente di lì a qualche giorno (ma, se del caso, anche a qualche settimana) assumeranno forma e corpo. Così che, al limite della ridotta conoscenza del *decisum*, si accompagna tuttavia la virtualità ulteriore della sua *tracciabilità*. È una "informazione spia", che può rivelare in forma indiziaria, invece che determinazioni assunte, una situazione di criticità nei rapporti con la Presidenza della Repubblica, altrimenti destinata a restare assolutamente ignota ai terzi, perché sepolta sotto la coltre del *mix* di informalità e riservatezza che domina la gestione delle relazioni fra Governo e Presidente su questo fronte.

Ma quello dell'attività di Governo testimoniata attraverso il sito istituzionale è un regime informativo non solo parziale e di sponda, ma anche ulteriormente ridimensionato dal diffuso (e preoccupante) fenomeno della fuga della decisione dal luogo in cui essa dovrebbe maturare e definirsi, vale a dire il Consiglio dei Ministri. Pensiamo, da un verso, alla nota e assai discussa prassi dell'approvazione "salvo intese" (che, peraltro, si muove nel solco della più risalente prassi dell'approvazione dei c.d. provvedimenti copertina), che comporta il fatto che in Consiglio sia prestato consenso a provvedimenti spesso depurati delle loro parti più problematiche e qualificanti, la cui definizione avverrà successivamente altrove²³ e, dall'altro, ai ricorrenti casi di interventi di modifica *ex post politicamente apocrifi*, che si ritiene operati in una non meglio precisata sede tecnica²⁴.

Pure non certo a favore dell'esigenza cognitiva dell'attività governativa gioca la singolare condizione di discontinuità che caratterizza l'impostazione del sito istituzionale del Governo²⁵, il quale offre informazioni e contenuti esclusivamente riferiti all'Esecutivo in carica²⁶. Il che sembra mostrare una concezione quantomeno individualistica, anzi congiunturale dell'organo costituzionale e troppo politicamente ancorata del mezzo telematico, destinato così a rinnovarsi nelle sue pagine ad ogni cambio di governo e a relegare in un sito diverso tutti i contenuti relativi ai precedenti esecutivi. Sito che, peraltro, nel caso di specie non è facilmente raggiungibile (*user friendly*, come si usa dire) ed assume la denominazione di *sitiarcheologici.palazzochigi.it*, quasi a segnalare al contempo estraneità e significativa distanza tra passato e presente.

²² V. G. PICCIRILLI, *Il Governo "nel" web*, cit., § 5.

²³ Si è osservato, infatti, che l'approvazione in Consiglio dei ministri rappresenta soltanto un accordo di massima, di tipo politico, sulla questione in esame, che dovrà essere tecnicamente realizzato attraverso la stesura di norme che siano lo «specchio fedele» della decisione politica assunta: cfr. C. ZUCHELLI, *Il coordinamento normativo del governo: il Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi della Presidenza del Consiglio*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 14 - Seminario 2003*, Torino 2004, 209.

²⁴ Viene da rammentare il noto episodio della modifica del testo del decreto fiscale collegato alla legge di bilancio per il 2019, approvato dal Governo nella seduta del 15 ottobre 2018, la quale – a dire dell'allora Vicepresidente del Consiglio Luigi Di Maio – sarebbe stata introdotta successivamente ad opera di una non meglio identificata "manina" (verosimilmente di natura tecnica) che avrebbe inserito una nuova ipotesi di condono. La vicenda, al centro di una *querelle* ad alta intensità polemica, portò fra l'altro ad un intervento del(l'ufficio stampa del) Presidente della Repubblica direttamente via *Twitter*: sul caso v. M. MALVICINI, G. LAURI, *Basta un "tweet"? Il potere informativo-conoscitivo della Presidenza della Repubblica tra comunicazione istituzionale e nuovi media*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it) – Rassegna*, 3 luglio 2019.

²⁵ Come è stato recentemente osservato, all'indirizzo *www.governo.it* «corrispondono nel tempo informazioni e contenuti relativi esclusivamente al Governo in carica, individualmente inteso, e non all'organo costituzionale nella sua dimensione diacronica, richiedendo dunque un rinnovo integrale di ciascuna pagina a seguito del giuramento di ogni esecutivo» (G. PICCIRILLI, *Il Governo nel Web*, cit., § 2).

²⁶ Anche laddove, come nel caso dell'attuale Governo, la figura del Presidente del Consiglio rimanga invariata.

Non solo, una tale cesura rende più difficoltosa anche l'attività di ricerca, sia per la possibile perdita di contenuti dovuta a mutamenti di natura organizzativa e competenziale del complesso edificio governativo – come è stato opportunamente rilevato – sia per la disomogeneità strutturale dei diversi siti governativi succedutisi nel tempo dovuta al disallineamento topografico dei contenuti²⁷.

6.3. Segue. *Sul sito della Corte costituzionale*

Per la Corte costituzionale, il problema dell'equilibrio fra le esigenze comunicative e la salvaguardia della riservatezza ci pare trovi oggi una declinazione peculiare nella prassi di ricorrere a comunicati-stampa diramati contestualmente alla decisione assunta dal Collegio in camera di consiglio, onde dar conto e render noto il fatto di quella medesima assunzione, indicandone il senso e talvolta tratteggiandone qualche sembianza prima che quella stessa decisione assuma la sua veste formale. Si tratta di un costume comportamentale che vanta già qualche anno di esperienza e che proprio la presenza del sito *web* istituzionale, in cui i comunicati risultano pubblicati ed archiviati, ha non poco valorizzato²⁸.

Non pochi sono i profili assai delicati, innanzitutto sul piano giuridico, che esso propone e che ben sono stati colti e analizzati in dottrina²⁹. Non è nostro interesse tornarvi esplicitamente in questa sede.

Intendiamo piuttosto fare un'osservazione circoscritta al contesto problematico della relazione comunicazione-riservatezza che qui ci occupa, la quale, come per certi versi già lumeggiato per il Presidente della Repubblica, non sembra assumere natura conflittuale ma, a ben vedere, sintonica, anzi propriamente di funzionalità reciproca.

Infatti, è abbastanza noto che a spingere originariamente la Corte a ricorrere a simili comunicati-stampa anticipatori è stata l'esigenza di evitare che spifferi, preannunci, voci, illazioni di più vario genere sulla pronuncia adottata potessero in vario modo manifestarsi nello spazio di tempo fra la sua assunzione, la formulazione della motivazione e la pubblicazione³⁰. In sostanza, non potendo garantire la tenuta stagna del Palazzo della Consulta – dominando quelle che sono state efficacemente definite le “voci di dentro”³¹ – o impedire a terzi di esternare conoscenze solo millantate, si decideva di impedire e combattere questi cattivi costumi sul loro stesso terreno, erodendone la ragion d'essere con l'anticipazione per via ufficiale dell'informazione che essi intendevano recare.

Vero è che, col tempo, a quella primitiva ragione s'è aggiunto l'intento di secondare il bisogno di pronta comunicazione alla pubblica opinione della risposta fornita dalla Corte al problema di

²⁷ Cfr., in proposito, ancora G. PICCIRILLI, *op. e loc. ultt. citt.*

²⁸ «Va detto, infatti, che di comunicati stampa la Corte ne ha emessi anche prima dell'era del *web*, ma non mi pare, al contempo, che si possa seriamente dubitare del fatto che da quando esiste il sito internet, nel quale tutti i comunicati sono dapprima pubblicati e poi archiviati, essi abbiano assunto una valenza del tutto peculiare, che può ormai essere ben testimoniata anche solo da qualche dato numerico: ad oggi sono reperibili sul sito ufficiale della Corte 471 comunicati stampa, con una vera e propria impennata nel 2018, anno in cui i comunicati stampa sono ben 82» (M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, cit., § 5.1).

²⁹ Cfr. *supra* nt. 7.

³⁰ Di «effetti destabilizzanti di possibili fughe di notizie» parla, a riguardo, P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, cit., 111.

³¹ L'espressione è stata recentemente utilizzata da G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione*, cit., 236 in assonanza con la celebre commedia di Eduardo De Filippo e con la recensione di Andrea Manzella al libro di Gustavo Zagrebelsky (“Principi e voti”), il cui titolo (“Le voci dentro la Corte”) – dichiara lo stesso Autore – è stato per lui fonte di ispirazione diretta per l'intitolazione del proprio scritto.

costituzionalità sottoposte. Il che, tuttavia, non sembra aver né cancellato, né marginalizzato quella esigenza iniziale³².

Se così è, ci si accorge subito come, in questo caso, il comunicato finisca per svolgere una paradossale funzione di salvaguardia della segretezza che, non facilmente presidabile in sé, viene garantita attraverso la neutralizzazione dei suoi possibili nemici. È un *esternare* a tutela della *riservatezza* “impossibile”, motivato da una sorta di coscienza della fragilità. E quanto più quell’esternare ha dalla sua un megafono diffusivo in grado di raggiungere rapidamente una platea assai vasta – nella specie lo strumento telematico – tanto più quella tutela risulterà efficace.

In questa prospettiva, l’estensione (realizzatasi nel tempo) del contenuto informativo, il quale passa dall’anticipazione del solo dispositivo al preannuncio anche di elementi motivatori, finisce per ulteriormente rafforzare il presidio.

Certo, non vogliamo con questo negare che si tratta di soluzione per altri versi assai problematica, né sottovalutare i problemi che essa reca con sé, sul piano della garanzia della collegialità, del condizionamento esercitato sulla redazione della motivazione, degli effetti prodotti *medio tempore*, sui quali però, data la prospettiva di indagine assunta, non intendiamo soffermarci.

6.4. Segue. Sui siti delle Camere

Del tutto diversa, come già osservato all’inizio, è, sotto il profilo appena esaminato, la situazione delle due Camere, non foss’altro per la peculiare posizione costituzionale del Parlamento che, unico fra gli organi costituzionali in considerazione, è costituzionalmente obbligato al regime di pubblicità dei propri lavori³³. Il dominio della trasparenza nella sede naturale di svolgimento del confronto politico rende, in questo caso, l’esigenza di riservatezza come un che di assolutamente marginale e quindi non propriamente ponderabile, assai limitati risultando gli spazi di esercizio dell’attività parlamentare posti al riparo dallo sguardo esterno (è il caso, ad esempio, delle c.d. audizioni informali e dell’autodichia) in cui l’opacità sembra riprendere un po’ di campo.

Non è, quindi, un caso che proprio le Camere siano state gli organi costituzionali che più prontamente e a più largo impatto abbiano raccolto la sfida del *web*, raggiungendo negli anni sul piano della trasparenza per via telematica una *performance* assai significativa, non solo nel confronto con gli altri organi qui in rassegna, ma anche sul piano internazionale nelle classifiche stilate dall’Unione inter-parlamentare³⁴.

Già a partire dalla metà degli anni ‘90 dello scorso secolo, sia la Camera che il Senato si sono dotati di un proprio sito *web* che si è ben presto rivelato strumento essenziale per assicurare il massimo di accessibilità ai lavori parlamentari, via via dotandosi di una molteplicità di strumenti e

³² Se, infatti, l’arricchimento contenutistico dei comunicati anticipatori – sempre più inclini a dar conto non solo del dispositivo, ma anche di frammenti motivatori della pronuncia – può essere letto come dimostrativo del rilievo assunto dalla seconda esigenza, nondimeno il fenomeno può a buon diritto ritenersi servente e funzionale pure alla prima, stante il fatto che l’ampliamento in fondo ben può considerarsi utile anche ad evitare illazioni, più o meno fantasiose, su senso e portata della decisione.

³³ Art. 64, secondo comma, Cost.: «Le sedute [delle Camere. *NdR*]sono pubbliche; tuttavia ciascuna delle due Camere e il Parlamento a Camere riunite possono deliberare di adunarsi in seduta segreta».

³⁴ Lo rammenta, da ultima, C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology*, cit., la quale aggiunge l’ulteriore notazione secondo cui a contribuire «all’ottimo piazzamento delle nostre assemblee è la possibilità, in pochi e semplici passaggi, di accedere alle informazioni relative ai singoli deputati e senatori: non solo alla scheda personale, ma anche alle attività svolte nelle diverse sedi in cui sono impegnati o coinvolti e alle cd. “statistiche parlamentari”, relative alle presenze, ai voti, alle missioni ecc. I dati rilasciati dal Parlamento sono peraltro confrontabili con quelli, costantemente aggiornati, pubblicati da *openpolis* (www.openpolis.it), che ha un *focus* permanente sul Parlamento».

contenuti, anche sul piano dell'archiviazione, che qualsiasi fruitore può agevolmente apprezzare. Pur scontando qualche difficoltà legata alla differente struttura dei rispettivi siti, significativi passi avanti sul fronte della connettività sono stati successivamente conseguiti con la creazione del portale *Parlamento.it* cui si aggiunge la presenza di *link* di rinvio all'altra camera in ciascuno dei siti di Camera e Senato³⁵.

Più di recente si registra anche l'approdo sul terreno dei *social media* in cui le due Camere risultano largamente presenti con propri profili istituzionali.

Solo che – e questo costituisce senz'altro un nodo interessante – il passaggio a questo nuovo territorio non si accompagna ad un mutamento di utilizzo conforme alla natura propria di questi strumenti, tradizionalmente versati a promuovere la comunicazione interattiva.

Ed è significativo notare che – come detto in principio – si tratta di fenomeno di carattere generale che investe, allo stesso modo, sia gli organi appartenenti al circuito dell'indirizzo politico – come le Camere e il Governo – che quelli ad esso formalmente estranei – Presidente della Repubblica e Corte costituzionale.

La cosa merita qualche osservazione di commento.

Se, infatti, per quest'ultimi – Presidente e Corte – le funzioni e il ruolo rivestito nel sistema possono fornire qualche utile indicazione per spiegare una simile amputazione funzionale, per gli organi dell'indirizzo politico, chiamati a leggere le *issues* che percorrono la società per trasformarle in iniziative politiche, il fatto appare bisognoso di altre ragioni giustificative. E questo, in modo particolare, proprio per il Parlamento, la cui veste di organo rappresentativo *par excellence* richiederebbe una particolare attenzione e sensibilità verso gli strumenti di comunicazione partecipativa.

È stato osservato che un primo motivo potrebbe ricercarsi sul piano teorico nella tendenziale "inimicizia" che si registra su questo piano fra democrazia rappresentativa e Rete, la quale appare tradizionalmente (quanto grossolanamente) associata nella vulgata corrente a forme espressive della domanda politica disintermediate e vagamente riconducibili alla democrazia diretta. Quasi ad immaginare un *e-democracy* alternativa alla rappresentanza³⁶.

Si tratta, tuttavia, di una rappresentazione sin troppo approssimata e caricaturale della realtà che, per quanto diffusa nella cultura politica attuale (persino di governo), difficilmente potrebbe costituire una giustificazione soddisfacente della rilevata sterilizzazione degli strumenti digitali.

Più convincente appare, da questo punto, la rilevata inadeguatezza strutturale e logico-funzionale dei *social media*, sorti per assicurare lo «sfruttamento economico del valore generato dalle relazioni sociali»³⁷, a veicolare stabilmente la domanda politica, cui invece i più strutturati *Media civici digitali* risultano assai più versati³⁸.

Crediamo poi che un fattore di resistenza possa essere individuato nel ruolo dei partiti politici come *medium* necessari e cinghie di trasmissione della domanda politica che, ad onta di trasformazioni più o meno profonde dell'organizzazione partitica e della cultura politica, non sembra ancor oggi significativamente abbandonato. È la necessaria raffinazione e agglomerazione delle istanze insorgenti dalla società che intendano promuovere politiche pubbliche a richiederlo.

³⁵ Si usa parlare, in proposito, di fase «connettiva o di *networking*» del processo di digitalizzazione dell'attività parlamentare, svoltasi a cavallo fra la XIV e la XV legislatura (cfr. R. BRACCIALE, *Il Parlamento italiano alla prova del web: alla ricerca delle affinità elettive*, in *Parlamento 2.0. Strategie di comunicazione politica in Internet*, a cura di S. Bentivegna, Milano 2012, 188.

³⁶ Sul rapporto tra democrazia digitale e rappresentanza si è soffermato, ancora di recente, l'Autore qui onorato: cfr. P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico* 2019, 71 ss.

³⁷ Senato della Repubblica, Servizio informatica - Fondazione Ahref, *Dossier I Media Civici in ambito parlamentare. Strumenti disponibili e possibili scenari d'uso*, 2013, 8, in *senato.it – XVII leg. – Dossier di documentazione – Servizio informatica*.

³⁸ Su questo punto v. l'interessante riflessione di C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology*, cit., § 4.

Basterebbe, a questo riguardo, rammentare il ruolo di (recuperata) intermediazione dei partiti nell'utilizzo del principale strumento di veicolazione diretta *ex parte societatis* della domanda politica quale s'è rivelato, nella nostra esperienza costituzionale, il *referendum* abrogativo, la cui potenzialità aggirante è stata via via neutralizzata, sia attraverso l'impossessamento *ex ante* delle iniziative ablatorie popolari, sia mediante la sterilizzazione *ex post* dei risultati. Ma si potrebbe richiamare la più recente prassi in tema di consultazione per via telematica del proprio elettorato da parte del Movimento 5 stelle, in cui l'evidente regia dirigistica della forza politica che la promuove trasforma l'ascolto della voce del popolo degli iscritti in ascolto senziente della voce del partito da parte del medesimo popolo³⁹.

Peraltro, vale forse la pena di osservare che la proliferazione inarrestabile dei profili *social* fa sì che si innesti una sorta di dinamica concorrenziale fra *social* istituzionale e *social* personale di chi quella istituzione incarna, facendone parte (il Presidente d'Assemblea, i singoli parlamentari⁴⁰, ecc.), creando talvolta anche singolari confusioni e opache sovrapposizioni attraverso continui reciproci rinvii. Ebbene, l'utilizzo del *social* personale si caratterizza per quel modo dialetticamente reattivo della comunicazione che passa per quello strumento (si pensi particolarmente ai *social* dei singoli parlamentari) che la declinazione istituzionale non conosce, la cui osservazione – anche a prima vista – offre plasticamente (ove fosse necessario) l'assoluta inadeguatezza del mezzo a veicolare domanda politica piuttosto che varia (e spesso poco qualificata) interlocuzione.

7. La diffusione "plurimorfa" di medesimi contenuti

Altre riflessioni merita la tendenza, sempre più marcata e da parte di tutti gli organi costituzionali, di adoperare forme diverse per veicolare, attraverso i siti *web*, contenuti identici.

Pensiamo, in particolare, al fenomeno della doppia comunicazione in forma audio-video (mediante il canale *Youtube*) e in forma scritta degli interventi o dei comunicati del Presidente della Repubblica che si riscontra assai spesso nel *website* del Quirinale. C'è da chiedersi, innanzitutto: si tratta di una duplicazione che trova le sue ragioni nel diverso grado di penetrazione degli strumenti telematici in questione, nel distinto grado di accessibilità, nella differenza delle platee raggiungibili? O siamo in presenza di una scelta comunicativa che, senza abbandonare il tradizionale strumento testuale, seconda e certifica l'irresistibile ascesa di un modello culturale fortemente piegato sulla dimensione icastica?

Crediamo che la risposta a questi interrogativi debba essere sostanzialmente positiva.

Ma – ci si deve ancora chiedere – è solo questo? È quindi soltanto una questione di strategia comunicativa che pure sarebbe in sé già sufficiente a giustificare il *bis*?

Ci viene da pensare che non sia solamente questo.

Potrebbero esserci motivi ulteriori: la possibilità di fruire così della modalità anche di solo ascolto che, a differenza della scrittura, consente di apprendere il contenuto comunicativo senza impegnare l'intera persona dinanzi al video. In diverse situazioni potrebbe risultare assai comodo. Ma ci potrebbe essere anche una questione di attenzione e rispetto per alcune menomazioni – di cui troviamo traccia anche nel normale mezzo televisivo che offre in proposito specifici strumenti di supporto – e in particolare per chi, privo di vista, potrebbe ugualmente fruire del messaggio

³⁹ Di «dittatura dell'algoritmo» parla, a questo proposito, M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2015, 298.

⁴⁰ Si noti marginalmente che dall'*account* *Twitter* ufficiale della Camera dei deputati si può accedere, attraverso un'apposita piattaforma denominata "*Social.camera.it*" (<https://social.camera.it/v7/it/>), alla consultazione dei *post* *Facebook*, *Twitter*, *Youtube*, *Instagram* degli ultimi 30 giorni, pubblicati da Presidenza, Camera dei deputati, Gruppi parlamentari e singoli deputati.

comunicativo ugualmente attingendo alla modalità audio o, per converso, chi, privo di udito, possa avere la possibilità di leggere il testo scritto (o di decrittare l'immagine in testo).

Perché no? Potrebbero anche esserci queste ragioni.

Proponiamo, tuttavia, anche una ulteriore spiegazione più attinente a motivi di *logica* comunicativa che non di *strategia* o *etica* della comunicazione.

La duplicazione, a nostro modo di vedere, non è tale anche in presenza di una identità testuale, perché dimensione scritta e dimensione audio-visiva della divulgazione di un messaggio scontano una differenza espressiva che si risolve anche in un *surplus* e in un *minus* di contenuto del messaggio medesimo, quantomeno sotto il profilo della sua piena comprensione.

Si pensi, al riguardo, all'incidenza che può avere l'intonazione, il volume del parlare od anche la mimica dei parlanti nella comunicazione di alcunché e nel suo intendimento presso la comunità dei destinatari.

Ci permettiamo qui una digressione decisamente extra-vagante per la evidente variazione di piano cui ci costringe, pensando che possa risultare esemplificativa di quanto andiamo dicendo.

Vogliamo infatti giovarci di un testo comunicativo abbastanza eccentrico rispetto al terreno su cui si muovono queste nostre considerazioni, la cui notorietà può tuttavia agevolarne la valenza esplicativa. Si tratta del Vangelo di Luca, ove, al capitolo 1, vengono riportati in sequenza due racconti di annuncio divino: quello relativo alla nascita di Giovanni il Battezzatore e quello riguardante la nascita di Gesù di Nazaret.

Ecco i testi in versione sinottica:

Al tempo di Erode, re della Giudea, c'era un sacerdote chiamato Zaccaria, della classe di Abia, e aveva in moglie una discendente di Aronne chiamata Elisabetta.

Erano giusti davanti a Dio, osservavano irreprensibili tutte le leggi e le prescrizioni del Signore. Ma non avevano figli, perché Elisabetta era sterile e tutti e due erano avanti negli anni. Mentre Zaccaria officiava davanti al Signore nel turno della sua classe, secondo l'usanza del servizio sacerdotale, gli toccò in sorte di entrare nel tempio per fare l'offerta dell'incenso. Tutta l'assemblea del popolo pregava fuori nell'ora dell'incenso.

Allora gli apparve un angelo del Signore, ritto alla destra dell'altare dell'incenso. Quando lo vide, Zaccaria si turbò e fu preso da timore. Ma l'angelo gli disse: "Non temere, Zaccaria, la tua preghiera è stata esaudita e tua moglie Elisabetta ti darà un figlio, che chiamerai Giovanni. Avrai gioia ed esultanza e molti si rallegreranno della sua nascita, poiché egli sarà grande davanti al Signore [...] Zaccaria disse all'angelo: "Come posso conoscere questo? Io sono vecchio e mia moglie è avanzata negli anni".

L'angelo gli rispose: "Io sono Gabriele che sto al cospetto di Dio e sono stato mandato a portarti questo lieto annunzio.

Ed ecco, sarai muto e non potrai parlare fino al giorno in cui queste cose avverranno, perché non hai creduto alle mie parole, le quali si adempiranno a loro tempo".

Al sesto mese, l'angelo Gabriele fu mandato da Dio in una città della Galilea, chiamata Nàzaret, a una vergine, promessa sposa di un uomo della casa di Davide, di nome Giuseppe. La vergine si chiamava Maria. Entrando da lei, disse: "Rallégrati, piena di grazia: il Signore è con te".

A queste parole ella fu molto turbata e si domandava che senso avesse un saluto come questo. L'angelo le disse: "Non temere, Maria, perché hai trovato grazia presso Dio. Ed ecco, concepirai un figlio, lo darai alla luce e lo chiamerai Gesù. Sarà grande e verrà chiamato Figlio dell'Altissimo; il Signore Dio gli darà il trono di Davide suo padre e regnerà per sempre sulla casa di Giacobbe e il suo regno non avrà fine". Allora Maria disse all'angelo: "Come avverrà questo, poiché non conosco uomo?". Le rispose l'angelo: "Lo Spirito Santo scenderà su di te e la potenza dell'Altissimo ti

coprirà con la sua ombra. Perciò colui che nascerà sarà santo e sarà chiamato Figlio di Dio. Ed ecco, Elisabetta, tua parente, nella sua vecchiaia ha concepito anch'essa un figlio e questo è il sesto mese per lei, che era detta sterile: nulla è impossibile a Dio". Allora Maria disse: "Ecco la serva del Signore: avvenga per me secondo la tua parola". E l'angelo si allontanò da lei.

Consulta Online

L'andamento e la struttura narrativa dei due racconti sono evidentemente assai simili, quasi paralleli; così come, per quel che qui più direttamente interessa, di analogo tenore sono i turbamenti e le perplessità espressi dai due destinatari dell'annuncio della futura nascita. Eppure, diverso è l'epilogo, giacché le riserve prospettate da Zaccaria sono considerate manifestazione di incredulità a differenza di quelle mosse da Maria. La cosa colpisce e volendo individuare la ragione di questa apparente disparità di trattamento riteniamo che essa dovesse essere ascritta al fatto che quella che abbiamo dinanzi è una *parola* scritta, che non lascia perciò trapelare il *parlante*, la intonazione delle parole e l'atteggiamento complessivo della persona in grado di veicolare una porzione di senso da combinare con quella contenuta nell'espressione verbale in sé e per sé considerata. È forse dietro questa *parzialità comunicativa* del testo narrativo che si cela – a nostro modo di pensare – il motivo della diversa attribuzione di significato alle due risposte.

Non sappiamo dire cosa abbia a pensare un biblista di questa conclusione, ma ci piace immaginare che possa essere così.

Tornando rapidamente ad un piano decisamente più prosaico, viene da fare una banale constatazione. Tutti noi – utilizzatori o meno – siamo a conoscenza del fatto che il linguaggio dei messaggi scambiati attraverso *smartphone* (SMS o tramite *WhatsApp*) è stato arricchito anche di piccole immagini stilizzate – c.d. *emoticon* o *smiley* – da accompagnare al testo verbale proprio per (cercare di) colmare il *gap* espressivo fra linguaggio scritto e parlato.

Non solo, a ritornar più direttamente al nostro campo di osservazione, onde dar conto del ruolo della mimica si potrebbe rammentare lo spassoso episodio della dichiarazione resa dal senatore Salvini, a nome della coalizione di centro-destra, in occasione del primo giro di consultazioni per la formazione del governo a valle delle elezioni del marzo 2018. Tutti ricordano la *performance* teatrale di Silvio Berlusconi tesa a mostrare in modo inequivocabile la sua regia (destinata a rimanere occulta ai più ove non raccontata in video) dietro l'operazione di confronto dell'allora coalizione di centro-destra – che aveva il candidato *leader* nel senatore Salvini – con il Presidente della Repubblica ai fini della formazione del nuovo governo. Linguaggio gestuale destinato a conferire un significato politico ulteriore alle dichiarazioni rese da quest'ultimo.

Per converso, il testo scritto si presta decisamente meglio a cogliere una intensità di senso del messaggio comunicativo resa possibile dalla staticità del testo che, prestandosi a lettura o meglio a *rilettura*, consente di dare attenzione a sfumature e aspetti più sottili che la visione o l'ascolto rischiano di lasciar perduti. E l'esperienza di chi analizza documenti a fini di studio e ricerca sta lì a mostrarlo.

Insomma, e per chiudere, a noi sembra che la diffusione telematica "plurimorfa" di medesimi contenuti sui siti *web*, piuttosto che dar corpo sul piano obiettivo ad una superfetazione, possa rispondere ad una opportunità comunicativa intesa ad assicurare una differenziata (e quindi più piena) comprensione del messaggio.

8. Il senso dell'essere online.

Ma veniamo, a questo punto, a quella che forse è la questione davvero cruciale che si cela dietro all'operazione di visibilizzazione digitale intrapresa dagli organi costituzionali. Quale la ragione motrice, quale il senso complessivo, quali gli obiettivi?

Si potrebbe dire, in via generale, che il fenomeno della digitalizzazione degli organi costituzionali e la loro progressiva assunzione al ruolo di attori dell'universo del *web* che si registra in questi anni possano rispondere ad una complessiva ricerca di legittimazione presso i consociati-utenti agglomerati sotto l'etichetta di opinione pubblica. Ne consegue una evidente tendenza allo

slittamento della legittimazione istituzionale verso quella politica, sempre più influenzata dai meccanismi di sollecitazione e rilevazione del consenso, la quale sembra in vario modo interessare, sia gli organi del circuito rappresentativo che quelli in esso non direttamente collocati; sia quelli in varia misura provvisti di legittimazione democratica che quelli che ne risultano dichiaratamente privi.

A questo risponde non solo la scelta di accessibilità rappresentata dalla messa in vetrina della propria attività attraverso il sito *web*, ma anche dall'opzione ad esempio di ampio ricorso sui siti istituzionali all'uso di immagini che di per sé giocano il ruolo di strumenti di prossimità, col loro essere alla portata di qualunque internauta, attrezzato o meno che sia. Del resto, anche il largo ricorso ad un *social media* come *Instagram* sta lì a dimostrarlo.

Nel medesimo solco può peraltro agevolmente collocarsi anche la scelta di aprirsi ai *social network* più diffusi, come *Twitter*, *Youtube*, *Facebook* (oltre all'appena ricordato *Instagram*) e ad inserire nei siti istituzionali, ad esempio, notizie storiche od iniziative culturali, informazioni sulla visita ai Palazzi o pagine di stampo divulgativo sull'attività degli organi in parola. Nel complesso vi si legge il tentativo di mostrare un volto accessibile ed anche, per dir così, amichevole delle istituzioni per farne – per usare una fortunata formula che suona un po' anche a *slogan* pubblicitario – la “casa degli italiani”⁴¹.

Ecco, se dovessimo trovare una formula breve diremmo che si è trattato (e si tratta) di una importante manovra di avvicinamento, meglio di “accorciamento delle distanze” (o di abbattimento delle barriere) fra le supreme istituzioni costituzionali e la collettività. Ed è un accorciamento (abbattimento) dovuto non soltanto alla ragione di avere atti, provvedimenti, informazioni “a portata di *click*”, ma anche al fatto che il sito *web* non è semplicemente un luogo virtuale che dà veste nuova ad un luogo fisico ove in precedenza era possibile reperire le medesime informazioni, limitandosi ad agevolarne enormemente la fruizione. Esso in realtà è un luogo *che prima non c'era*, il quale offre una messe di conoscenze che neppure il luogo fisico della sede istituzionale dell'organo costituzionale potrebbe (o avrebbe potuto precedentemente) fornire nel complesso: si pensi, sol per fare qualche esempio, alle interviste rese dai titolari degli organi in questione, alle immagini di visite compiute, alla rassegna di dottrina di commento a decisioni della Corte costituzionale, ecc. Il sito non è, in sostanza, solo un *nuovo involucro* di vecchi (perché già attingibili) contenuti, è anche un *altrove*.

Invero, un simile accorciamento delle distanze – senza meno in grado di aprire spazi di affermazione ad una cittadinanza (potenzialmente) più consapevole (capace di prender diretta visione e conoscenza della vita delle istituzioni) e conseguentemente anche ad una più cosciente partecipazione democratica – subisce una significativa battuta di arresto, ove al rapporto fra cittadino-fruitori e singolo organo costituzionale si sostituisca quello fra gli organi costituzionali tra loro. A questo proposito, ben può dirsi che questi ultimi sono oramai da tempo approdati alla *Rete*, senza tuttavia pensare o decidere, se non limitatamente, di *mettersi in rete*. Questo ci sembra un aspetto da sottolineare.

Se, infatti, si eccettuano anche in questo caso i siti di Camera e Senato che, oltre ad aver creato una piattaforma comune – il sito *Parlamento.it*– funzionale a render possibile la consultazione diretta dei «risultati più rilevanti dell'attività congiunta delle due Camere, come le leggi approvate, oppure le attività congiunte come le informazioni sul Parlamento in seduta comune o sugli organismi bicamerali oltre all'attività internazionale degli organi parlamentari italiani» (come recita la *homepage* dello stesso), presentano – come già accennato – un buon grado di interazione

⁴¹ L'espressione, riferita al Palazzo del Quirinale, è dell'ex Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed è qui ripresa ed estesa a tutti gli organi costituzionali per tratteggiarne il carattere di luoghi che il cittadino può sentire propri.

reciproca, per gli altri organi la condizione è tendenzialmente di scarsa interattività. Si pensi, al riguardo, al rapporto di *incomunicabilità* fra i siti istituzionali di Governo e Presidente della Repubblica che potrebbero invece giovare della modalità dialogante, per consentire, ad esempio, di accedere dal sito del Governo al testo dei provvedimenti adottati dall'Esecutivo, di cui lì si dà semplice notizia – decreti-legge, decreti legislativi, regolamenti – non appena questi siano emanati dal Presidente.

Ma si consideri pure il grado di utilità che avrebbe il corredare l'informazione riguardante l'impugnativa di una legge regionale da parte del Governo con l'indicazione degli sviluppi della relativa vicenda, attingendo al collegamento diretto fra sito del Governo e quello della Corte costituzionale. Lo stesso discorso si potrebbe fare in caso di ricorso per conflitto fra poteri che coinvolga uno degli organi qui in considerazione.

Gli esempi potrebbero essere diversi e non crediamo che noi si debba indugiare oltre sul punto. Ebbene, oggi tutto questo purtroppo non è possibile.

9. Essere online tra fatto e diritto.

La disamina sin qui condotta sui siti *web* degli organi costituzionali e, in particolare, la centralità che essi hanno oramai assunto ci porta a chiudere queste nostre considerazioni con una osservazione che di per sé è banale, ma che crediamo possa risultare foriera di notazioni di un certo interesse.

La presenza degli organi costituzionali sul *web* è una presenza *di fatto*, non imposta, né tantomeno disciplinata, da alcuna norma scritta. Soltanto i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica prevedono l'esistenza del relativo sito *web*: si tratta, tuttavia, di una previsione meramente indiretta, poiché le disposizioni cui facciamo riferimento sono quelle che dispongono l'obbligo di pubblicazione *online* del regolamento o dello statuto dei gruppi parlamentari⁴².

Il *silenzio della Costituzione* sul punto – silenzio inevitabile, data la assoluta imprefigurabilità del fenomeno di *Internet* da parte dei Padri costituenti – non significa però che la presenza sul *web* degli organi costituzionali sia tutt'oggi priva di un qualche fondamento normativo: si può sostenere, infatti, che si sia oramai formata una consuetudine costituzionale la quale, integrando il testo costituzionale⁴³, rende giuridicamente doverosa l'esistenza dei siti *web* istituzionali⁴⁴.

⁴² Cfr. art. 15, comma 3-*bis*, del Regolamento del Senato della Repubblica («Entro trenta giorni dalla propria costituzione, l'Assemblea di ciascun Gruppo approva un regolamento, che è trasmesso alla Presidenza del Senato nei successivi cinque giorni. Il regolamento è pubblicato nel sito *internet* del Senato») e art. 15, comma 2-*ter*, del Regolamento della Camera dei deputati («Lo statuto prevede le modalità secondo le quali l'organo responsabile per la gestione amministrativa e contabile destina le risorse alle finalità di cui al comma 4. Lo statuto è pubblicato sul sito *internet* della Camera»).

⁴³ Sulla consuetudine costituzionale quale fonte che colma una lacuna del testo costituzionale, integrandolo, v. C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano 1962, ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992, 323 ss. Del resto, si è altresì detto che l'incompiutezza dei testi costituzionali, la loro tessitura aperta è condizione stessa di esistenza della consuetudine costituzionale quale fonte: cfr. F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in ID., *Legge, ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1985, 172.

⁴⁴ Non altrettanto doverosa, invece, è l'esistenza di *account* ufficiali sui *social media*: non soltanto per il loro essere, come si è detto, in qualche modo "accessori" rispetto al sito *web* ufficiale, ma perché essi sono destinati a vivere o meno a seconda del "successo" del relativo *social media* (ne è una dimostrazione quanto accaduto con l'*account GooglePlus* del Quirinale, che ha ovviamente cessato di esistere a seguito della chiusura del fallimentare *social media*, avvenuta nell'aprile di quest'anno).

Tutti gli organi costituzionali, infatti, sono presenti sulla Rete con propri siti, ovviamente sviluppatasi e implementati nel corso del tempo, da circa vent'anni o poco più⁴⁵, senza che la loro esistenza abbia mai suscitato perplessità o contrasti di sorta tra gli stessi organi costituzionali. Non solo, in questi due decenni si sono avvicinati alla *guida* dell'organo costituzionale persone fisiche di diverso orientamento politico e sensibilità culturali, senza che mai l'esistenza del sito *web* – quantomeno pubblicamente – sia stata messa in forse; al contrario, come già abbiamo accennato, tutti gli organi costituzionali hanno “scommesso” sul proprio sito *web*, costantemente aggiornandolo dal punto di vista tecnico e grafico e progressivamente aumentando i documenti e le informazioni messe, suo tramite, a disposizione della opinione pubblica.

Non intendiamo certo sostenere che dalla presenza *online* derivino – ma sul punto ci torneremo subito – nuovi e diversi poteri, ma soltanto che essa mette a disposizione nuovi strumenti per l'esercizio di poteri e lo svolgimento del ruolo che la Costituzione già attribuisce ai singoli organi costituzionali. Insomma, i siti *web* sono stati creati esercitando una facoltà non vietata (ma neppure richiesta) dal testo costituzionale. Oggi, però, la loro esistenza è divenuta giuridicamente doverosa, in ragione del consolidarsi di una vera e propria consuetudine costituzionale, che tale è non per il suo *grado*, ma proprio per il fatto che la presenza *online* incide (o può incidere) sulle modalità di esercizio dei poteri costituzionali e sul concreto funzionamento della forma di governo⁴⁶.

L'esistenza dei siti *web* – e del loro utilizzo da parte degli organi costituzionali, secondo quanto si avrà modo di dire a breve – è, peraltro, non soltanto obbligatoria, ma altresì irretrattabile, perché nel corso del tempo ne è mutata la *natura*. Ci spieghiamo meglio. Come ci è capitato di osservare, nell'integrare la Costituzione la consuetudine costituzionale può esibire consonanza alla prima secondo due diverse modalità: della *armonia-conformità*, quando è strettamente funzionale e teleologicamente rispondente ai principi costituzionali, o della *armonia-non conformità*, quando invece non “serve” alla trama costituzionale, ma allo stesso tempo non le è estranea e vi si inquadra⁴⁷. Il ricorso ai siti *web* potrebbe considerarsi – a prima vista – fondato su di una consuetudine della seconda specie, in quanto destinato a riempire, come si è detto, uno spazio “indifferente” alla Costituzione: ne consegue che come la mozione di sfiducia individuale, la quale trova fondamento nel fatto normativo, potrebbe venir meno nel nostro ordinamento ad opera di fonti scritte, perché non costituzionalmente imposta, così i siti *web* potrebbero venire “spenti” senza che il disegno costituzionale venga a soffrirne. Sennonché, se questa era senz'altro la *natura* originaria della consuetudine *de qua*, non ci pare che tale possa essere considerata anche oggi. Ciò perché la presenza *online* degli organi costituzionali, la significativa diffusione di notizie e documentazione che essa ha via via assicurato, producendo un considerevole accrescimento della conoscibilità della loro attività da parte della generalità dei consociati, trova ormai un evidente nesso funzionale con il principio democratico, di cui costituisce insostituibile implementazione. Di modo che, in questo caso, il trascorrere del tempo tra il sorgere del comportamento – il dotarsi di siti *web* – e l'oggi non soltanto ha prodotto (complice la sua inarrestabile diffusione) il tradizionale effetto di consolidare il comportamento medesimo, rendendolo costituzionalmente doveroso, ma ha trasformato la natura stessa della consuetudine cui ha dato luogo, che da meramente

⁴⁵ Il Senato della Repubblica è *online* dal 1996, la Camera dei deputati dal 1997, il Governo dal 1997, il Presidente della Repubblica dal 1999, la Corte costituzionale dal 2000.

⁴⁶ Sul ruolo della consuetudine nella trasformazione di una facoltà in obbligo giuridico, rinviamo a S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, IV edizione, Torino 2019, 416 ss.

⁴⁷ Cfr. P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 19 ss., spec. 27 s.

integrativa della trama costituzionale ne è divenuta conformativa⁴⁸. Ciò in quanto, la dimensione temporale non ha soltanto consentito la materiale ripetizione del comportamento o l'insorgere dell'*opinio*, ma è assurta altresì a luogo della trasformazione dell'orizzonte culturale e tecnologico del contesto, tale da inaugurare una nuova epoca – l'era di *Internet*, per l'appunto – in cui il sito *web* per gli organi costituzionali rappresenta un qualcosa di cui non potrebbero più privarsi (e di cui sarebbero tenuti a dotarsi, laddove già non lo avessero), se non a prezzo di un considerevole impoverimento delle possibilità di dare consapevolezza di sé alla comunità dei governati.

Considerazioni a parte potrebbero forse valere per i siti *web* della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Non, tuttavia, perché per quel che concerne loro non possa dirsi sorta la consuetudine costituzionale ma perché ... non ve ne è bisogno: quel che intendiamo dire è che è il principio costituzionale della pubblicità dei lavori delle Camere, a sua volta connesso con il principio democratico, ad esigere la presenza sulla Rete del Parlamento, perché tale presenza non è altro che un diverso modo – alla luce dell'evoluzione della società e delle tecnologie – di garantire attuazione a tale principio. In altri termini, è l'interpretazione della Costituzione che impone l'esistenza dei siti *web* delle due Camere, prima ancora che il fatto normativo.

Ancora alcune precisazioni per quel che riguarda la consuetudine costituzionale di cui andiamo discorrendo.

Innanzitutto, è chiaro – e in qualche modo lo si è già anticipato – che la presenza *online* degli organi costituzionali intanto può avere fondamento consuetudinario in quanto l'uso che i singoli organi facciano del proprio sito *web* sia in armonia con la Costituzione, ovvero sia *servente* non solo rispetto al principio democratico, ma anche ai poteri e al ruolo che a ciascuno di essi assegna la carta fondamentale. Solo in tal modo, infatti, si può parlare di una consuetudine integrativa della Costituzione, giacché in caso contrario – laddove cioè gli organi costituzionali utilizzassero il sito *web* per assumere poteri nuovi, per esercitare competenze esorbitanti rispetto al loro ruolo – saremmo dinanzi a comportamenti *contra Constitutionem*, incapaci, a seguire l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, di addivenire a consuetudine costituzionale⁴⁹.

Quanto appena detto ci consente una ulteriore precisazione: ciò che è oramai consuetudinariamente doveroso è l'esistenza del sito *web* istituzionale, non anche quella dei singoli contenuti che su di esso vengono *caricati*. In linea di principio, infatti, è rimessa a ciascun organo costituzionale la scelta su *cosa* rendere disponibile *online*, *come* e *quando* farlo. Diciamo in linea di principio, tuttavia, perché crediamo che, anche in relazione ai contenuti resi disponibili sui siti *web*, alcune scelte siano divenute oramai irretrattabili (e altre potranno esserlo in futuro), divenendo *parte* della consuetudine *de qua*.

Pensiamo, solo per fare un esempio, alla *pubblicazione online* delle decisioni della Corte costituzionale. Si tratta di un fatto che è (può essere) foriero di problemi squisitamente giuridici⁵⁰, ma crediamo sia oramai impensabile che il giudice costituzionale possa decidere di non *caricare* più, sul proprio sito *web*, sentenze e ordinanze: potrà eventualmente diversamente disciplinare

⁴⁸ Un po' come la sottrazione al giudizio di conto per gli organi costituzionali si prospetta, almeno a stare alla giurisprudenza costituzionale, come soluzione logicamente obbligata per presidiare l'autonomia degli organi costituzionali. Sulla diversa natura delle consuetudini della mozione di sfiducia individuale e della sottrazione al giudizio di conto, sia consentito il rinvio ancora a P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti?*, cit., 19 ss.

⁴⁹*Op. ult. cit.*, 40.

⁵⁰ I quali, peraltro, sono in larga parte comuni a quelli che riguardano la pubblicazione degli atti normativi su *internet*, che è stata oggetto di acute riflessioni da parte dell'Autore qui onorato: cfr. P. COSTANZO, *La pubblicazione normativa al tempo di internet*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi, Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa 2006, 203 ss.

tale *pubblicazione*, proprio per evitare l'insorgere di questioni giuridiche in mancanza di interventi legislativi sul punto⁵¹, ma davvero non è più nella sua disponibilità la scelta sul *se* pubblicare.

Analogo discorso riteniamo possa essere fatto per i discorsi del Presidente della Repubblica e i comunicati stampa resi dal Quirinale. Si tratta, infatti, di atti non riservati, ma per loro natura destinati al pubblico, più o meno vasto questo possa essere, sicché la loro *archiviazione* sul sito *web* ci pare oramai ineluttabile. Semmai, proprio il fatto che discorsi e comunicati restino sempre disponibili, anche a mandato presidenziale concluso, potrebbe consigliare, soprattutto in ragione del ruolo del capo dello Stato, un linguaggio particolarmente *mite*: ciò perché il *senso* di discorsi e comunicati si coglie alla luce del contesto o del momento storico in cui sono adottati, di talché – per evitare che a distanza di molto tempo rispetto a quando sono stati resi possano essere fraintesi o, comunque sia, assumere un *senso* diverso da quello originario – ci appare quanto mai opportuna una peculiare attenzione a come essi, con le dovute differenze tra gli uni e gli altri, sono stilati.

Ancora più netta deve essere la valutazione se prendiamo in considerazione lo straordinario lavoro che le Camere vanno facendo per *caricare* sui rispettivi siti *web*, anche in tempo reale, gli atti parlamentari. Di là dal fatto che, anche in questo caso, l'obbligo di renderli disponibili potrebbe farsi derivare dal principio costituzionale della pubblicità dei lavori, prima ancora che dalla consuetudine costituzionale, ci pare fuor di dubbio che il *caricamento online* sia giuridicamente doveroso e che, pertanto, non sia più possibile ometterlo. Si potrà discutere delle modalità e dei tempi con cui questo avviene, della semplicità o meno di utilizzo della mole di materiale da parte del cittadino (specialista o non che sia), ma, oramai, sui siti *web* delle Camere gli atti parlamentari *debbono* esserci.

In conclusione, se quanto si è andato qui dicendo ha un suo fondamento e una sua robustezza, allora si può ritenere che l'interrogativo amletico evocato nel titolo non possa che avere una risposta positiva. Essere *on line* attraverso il proprio sito istituzionale è per gli organi costituzionali divenuto una sorta di imperativo costituzionale, una doverosità (a dotarsi e a non privarsi) che non discende dalla semplice diffusione dell'utilizzo del mezzo – come, ad esempio, per il munirsi di un Inno ufficiale da parte di uno Stato nazionale – ma dal suo carattere servente rispetto al principio democratico.

Quali novelli Principi di Danimarca, il Presidente della Repubblica, le Camere, il Governo e la Corte costituzionale, posti dinanzi al celebre dubbio esistenziale, non potrebbero oggi che rispondere: *It's impossible not to be there; even more don't stay there!*

⁵¹ Ci riferiamo alla possibilità di *pubblicare online* solo dopo che le decisioni siano state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale: cfr. D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale*, cit., 266 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale*, cit.

CHIARA FATTA

Dall'informatizzazione della Pubblica Amministrazione alla Rivoluzione 4.0: natura e limiti della decisione automatizzata

SOMMARIO: 1. Premessa: dal diritto nella rete alla rete nel diritto. - 2. L'informatizzazione delle decisioni della Pubblica Amministrazione: l'algoritmo. - 3. Principi e limiti della decisione informatizzata e la (nuova?) sfida per il legislatore.

1. Premessa: dal diritto nella rete alla rete nel diritto

Quando, circa vent'anni fa furono attivati dalle Facoltà giuridiche i primi corsi di insegnamento in diritto dell'informatica e dell'*internet*, l'impressione era quella di un'impresa da pionieri o addirittura visionari, perché il diritto sembrava avere davvero poco a che fare con le nuove tecnologie, viste come "altro" rispetto al diritto o come incontrollabili e non sottoponibili a regole precise, men che meno giuridiche.

Ragionavo di questo ormai sedici anni orsono, nella mia prima ricerca per la tesi di Laurea triennale in Scienze Giuridiche, affrontando i profili costituzionalistici di *internet*.

Introducevo con parole non mie ma degli studiosi che già da tempo riflettevano sul tema, ricordando che "non è facile giungere al cuore di Internet"¹ specialmente per il giurista, al quale il fenomeno "sfugge completamente"², come se per natura dovesse esserci un divario incolmabile tra diritto e tecnologie informatiche.

L'obiettivo, un po' ambizioso e forse un po' ingenuo, era di rendere giustizia al giurista, facendo il punto sulla letteratura in materia, a dimostrazione dell'interesse dei giuristi e di alcune loro felici intuizioni per una disciplina di essa, compatibile con la natura acefala e anarchica della rete, efficacemente sintetizzate da Stefano Rodotà nel "liberarsi con pazienza di molta retorica, superare diffidenze, evitare trappole ideologiche, non restare abbagliati da quella che è stata chiamata la *Internet Trinity*, una trinità fatta dalla tecnologia del mezzo, dalla distribuzione geografica dei suoi utenti, dalla natura dei suoi contenuti"³.

Oggi, qualunque sia l'opinione in merito al tema diritto e nuove tecnologie, deve riconoscersi lungimiranza a chi (e fra questi il Prof. Pasquale Costanzo, che quella ricerca mi propose) da subito vide la connessione tra i due fattori e l'ineludibilità di un rapporto tra essi sempre più stretto, in misura direttamente proporzionale all'espandersi della tecnologia nella vita quotidiana di ciascuno, nella Pubblica Amministrazione e tra gli operatori del diritto.

Nel rapporto tra uomo e nuove tecnologie, il problema giuridico è fondamentalmente uno: il rispetto delle forme e, con esse, la garanzia della sostanza costituita da diritti e interessi dei soggetti coinvolti.

In primo luogo, il rischio di un *deficit* di garanzia ha riguardato le libertà fondamentali, perché, se è vero che gli strumenti informatici hanno amplificato le possibilità di esercizio ed espressione pluralistica di alcuni diritti (libertà di manifestazione del pensiero e di informazione, riunione, partecipazione alle decisioni del potere pubblico e alla vita sociale), declinando addirittura un principio fondamentale della Costituzione (quello espresso dall'art. 2) è altrettanto vero che altri diritti sono stati (e sono) posti in serio pericolo, specie la tutela della riservatezza della sfera

¹ Così la relazione introduttiva di Stefano Rodotà al convegno "*Internet e privacy - quali regole?*", pubblicata in data 8.05.1998 in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>).

² *Ibidem*, citando un rapporto per la Rand Corporation di Paul Baran.

³ *Ibidem*.

personale, dei dati e delle comunicazioni, impossibili da controllare una volta catturati – anche legittimamente - dalle maglie della rete telematica⁴.

In questa fase, le tecnologie informatiche si muovevano libere e il diritto cercava, senza troppo successo, di inserirsi nei meccanismi e rapporti da queste generate, per regolarle in funzione di garanzia dei diritti degli utenti.

In una fase successiva, l'applicazione delle tecnologie informatiche come strumento di semplificazione della Pubblica Amministrazione e del processo⁵, sotto la nota e polivalente etichetta di *e-government*⁶, ha determinato, in una sorta di capovolgimento dei ruoli, il formale ingresso delle tecnologie informatiche nel diritto, come strumento di gestione di procedimenti e processi.

Essendo disciplinato per legge l'impiego degli strumenti informatici e telematici, il problema non è stato più la regolamentazione della libera attività della rete, ma l'adeguamento di essi alle forme e funzioni giuridiche che devono (aiutare ad) adempiere.

Anche in questo contesto, l'operazione incontra molteplici difficoltà quali il riprodurre telematicamente in modo valido e sicuro elementi tanto importanti quanto semplici nel mondo analogico (si pensi al meccanismo della firma digitale a fronte della firma autografa sul supporto cartaceo) o l'apprestare le idonee garanzie nell'ambito di procedimenti, suscettibili di determinarne l'integrale validità.

Ad esempio, nell'ambito di gare e concorsi pubblici, rileva la differenza tra la partecipazione tradizionale, mediante invio di plico chiuso e sigillato contenente le domande, e quella telematica con l'invio dei documenti a mezzo PEC o inserimento su apposita piattaforma *online*⁷, dove si rivela

⁴ Si pensi soltanto alla problematica della *data retention*, originariamente disciplinata dalla direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, poi invalidata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza dell'8 aprile 2014 (cause riunite C-293/12 e C-593/12), per violazione del principio di proporzionalità, alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta, rispetto all'obiettivo della lotta alla criminalità e quindi della tutela della pubblica sicurezza, obiettivo perseguito anche dall'Unione, ma che non può giustificare un'ingerenza che non "sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario".

⁵ Allo stato, quello civile – parzialmente, restando ancora esclusi alcuni giudizi, come quello innanzi alla Corte Suprema di Cassazione o al Tribunale Superiore delle acque pubbliche e al Commissario per gli usi civici, questi ultimi, pur nella loro specialità, incardinati sotto il profilo organizzativo nella giurisdizione civile, il primo presso la Corte Suprema di Cassazione e il secondo presso le Corti d'Appello - e quello amministrativo, in forza del d.p.r. 13 febbraio 2001 n. 123, *Regolamento recante disciplina sull'uso degli strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti*.

⁶ Pietra angolare dell'attuazione dell'amministrazione digitale, già prevista dalla l. 15 marzo 1997, n. 59 (cd. Bassanini 1), è stato il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), di cui al d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, poi modificato dal d.lgs. 10 dicembre 2013, n. 335. Per un approfondimento sul punto, si veda, *ex multis*, P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'informazione. Amministrazione digitale - Comunicazioni elettroniche - Contenuti audiovisivi*, Giappichelli, Torino, 2006; M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, Giuffrè, 2007; G. GUIDI, *La società dell'informazione: libertà, pluralismo, risorse. Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, San Marino, 2005.

⁷ Ne costituisce un esempio il Mercato Elettronico della PA (MePA), gestito da Consip per conto del Ministero Economia e Finanze, un mercato interamente virtuale in cui le amministrazioni appaltanti e gli operatori economici si incontrano, negoziano e perfezionano *on line* contratti di fornitura legalmente validi, con l'impiego della firma digitale. Le PA possono ricercare, confrontare ed acquisire i beni ed i servizi, nonché assegnare l'esecuzione dei lavori nelle categorie OG e OS, per valori inferiori alla soglia comunitaria, proposti dalle aziende fornitrici "abilitate" a presentare i propri cataloghi sul sistema. I prodotti e i servizi sono presentati in cataloghi strutturati e descritti nel rispetto di formati *standard* e secondo le regole e le condizioni definite da Consip per ciascun bando merceologico. Gli acquisti possono essere effettuati secondo due modalità: l'Ordine diretto (ODA), cioè l'acquisto diretto da catalogo in base alle offerte pubblicate dai fornitori, o la Richiesta di offerta (RdO) grazie alla quale l'amministrazione può richiedere ai fornitori, selezionandoli liberamente tra quelli abilitati, diverse e ulteriori offerte personalizzate sulla base di specifiche esigenze.

impossibile o estremamente difficile controllare il rispetto delle modalità di presentazione della domanda previste dal bando⁸ e le operazioni di apertura, chiusura e conservazione delle domande da parte della stazione appaltante, nel rispetto della relativa scansione procedimentale di valutazione e dei principi che la presiedono⁹.

Si è ritenuto, pur con qualche perplessità, non essendo contemplata dal Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016, che la mancata abilitazione al MEPA possa costituire causa di esclusione da una gara comminata dal relativo bando, potendo l'Amministrazione appaltante limitare la platea dei concorrenti agli operatori economici abilitati al mercato virtuale (Cfr. TAR Toscana, Sez. II, 25 luglio 2018 n. 1080, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2019 n. 2065).

⁸ Un esempio è costituito dall'allegazione del documento di identità alla Dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, che ne costituisce requisito di validità. Se con riferimento al documento analogico è immediatamente e chiaramente riscontrabile la presenza o meno del documento di identità, che deve essere fisicamente unito alla dichiarazione, così non è in sede di presentazione telematica della dichiarazione, specie se (come avviene solitamente in sede di partecipazione a procedimento di gara) le dichiarazioni da rendere in sede di domanda sono molteplici. In tal caso, nel modello analogico, è pacifico che ad ogni dichiarazione debba essere unita copia del documento, costituendo ogni dichiarazione resa documento a sé stante, il quale deve rispettare autonomamente i requisiti di legge per la sua validità.

In sede telematica, il problema si pone, in via esemplificativa, allorché, a fronte di più dichiarazioni, il documento non sia allegato o sia allegato una sola volta, lasciando il dubbio, nel primo caso, sulla validità dell'atto e, nel secondo caso, in ordine alla dichiarazione a cui debba essere riferito o se debba ritenersi riferito a tutte, per evitare, nella logica semplificativa dell'informatizzazione, la duplicazione di documenti, nell'indefinito confine tra forma e formalismo, illegittimità o invalidità e semplice irregolarità.

In proposito, la giurisprudenza, interpretando la disciplina legislativa in materia, ha addirittura ritenuto, in maniera (forse troppo) *tranchante*, superflua l'allegazione del documento di identità ad una dichiarazione sottoscritta con firma digitale e resa nell'ambito di domanda di partecipazione a bando di gara sulla piattaforma MEPA.

Infatti, l'adempimento in questione è stato ritenuto *"superfluo alla luce della normativa in tema di dichiarazioni inviate per via telematica alle pubbliche amministrazioni"*.

Dispone infatti l'art. 38 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 che: "1. Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica. 2. Le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica, vi comprese le domande per la partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione, a qualsiasi titolo, in tutte le pubbliche amministrazioni, o per l'iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti presso le pubbliche amministrazioni, sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82..."

E l'art. 65 comma 1 del d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale), stabilisce che: "1. Le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono valide: a) se sottoscritte mediante una delle forme di cui all'articolo 20..." (documento informatico sottoscritto con firma digitale).

D'altro canto, anche in giurisprudenza si è più volte ribadito che nelle gare telematiche, le dichiarazioni rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura, sono valide anche senza l'allegazione di copia del documento d'identità del dichiarante quando firmate digitalmente (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, n. 2493/2019 e n. 4676/2013). Ciò in quanto "l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell'art. 38 del D.P.R. 445 del 2000, anche in assenza dell'allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 4676/2013).

E ciò vale a maggior ragione nel caso di specie se si considera che il documento in questione è stato caricato in un complesso sistema telematico, la piattaforma del MEPA, che contribuisce a garantire certezza riguardo alla provenienza della documentazione" (TAR Toscana, Sez. II, 6 maggio 2020 n. 552).

⁹ Invero, sia con riferimento al profilo specifico qui in esame sia più in generale in materia di verifica dei requisiti di partecipazione, il nuovo Codice dei contratti del 2016 ed ancor prima la giurisprudenza amministrativa si sono orientati nel senso di valorizzare la sostanza e ritenere generalmente sanabili, attraverso il cd. soccorso istruttorio (art. 83 Codice), le carenze formali e facilmente riconoscibili in sede di presentazione della domanda (mancata allegazione di documenti o di dichiarazioni).

Cfr., in proposito, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, (Sez. V, 22 novembre 2019, n.7978), la quale ha ribadito che, *"nell'ambito dei concorsi pubblici, l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può*

2. L'informatizzazione delle decisioni della Pubblica Amministrazione: l'algoritmo

La situazione si complica ulteriormente se l'informatizzazione non riguarda solo le forme dell'attività, amministrativa o processuale, ma anche la sostanza, sostituendo la valutazione operata dall'uomo con strumenti di automatizzazione della decisione. La problematica ha riguardato finora i concorsi pubblici ed è destinata ad interessare anche l'ambito degli appalti¹⁰ e, se le questioni in gioco sono ancora ben lontane dal trovare soluzione, anche in ragione della (per ora piuttosto limitata) applicazione del meccanismo, sono recentemente intervenute due sentenze del Consiglio di Stato, che hanno fissato alcuni punti fermi. Si tratta delle sentenze della Sezione VI, 8 aprile 2019 n. 2270 e 13 dicembre 2019 n. 8472, sull'applicazione del cd. algoritmo per l'elaborazione delle decisioni della P.A. In particolare, entrambe le vicende attengono alle assunzioni a tempo indeterminato in conseguenza del piano straordinario nazionale di cui alla l. 13 luglio 2015, n. 107, recante *"Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti"* (art. 1, commi da 95 a 104), nella fase "B", di docenti della scuola secondaria di secondo grado, già inseriti nelle relative graduatorie ad esaurimento: se la prima pronuncia rileva in quanto antecedente sia cronologicamente sia per avere per prima tracciato le linee essenziali entro cui la decisione algoritmica deve muoversi, la seconda – confermando e precisando la prima - ha approfondito il tema - in ragione dei vizi dedotti anche sulla radicale illegittimità della procedura - sotto un più generale e radicale profilo di legittimità del *"metodo in quanto tale per il difetto di trasparenza dello stesso"*, anche con riguardo al diritto europeo ed, in particolare, alla disciplina del trattamento dei dati personali di cui al Regolamento n. 2016/679 - *GDPR (General Data Protection Regulation)*¹¹.

essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione".

Più nello specifico, secondo Cons. Stato, Sez. III, 06 novembre 2019, n.7580, *"la mancanza e i vizi della cauzione provvisoria non sono sanzionabili con l'esclusione dalla gara ad evidenza pubblica, ma possono essere emendati mediante il ricorso al cd. soccorso istruttorio da parte della Pubblica Amministrazione"*.

Al contrario, *"è legittima l'esclusione disposta nei confronti dell'operatore che ha depositato un supporto informatico, nella specie un CD, che avrebbe dovuto contenere la documentazione amministrativa, completamente vuoto, perché ciò equivale a non aver prodotto la dichiarazione richiesta. In questo caso nessun documento riferibile all'impresa concorrente può ritenersi essere pervenuto al seggio di gara. Non può, invero, dubitarsi del fatto che il mero involucro esterno così come la scritta riportata sul disco costituiscano elementi strutturalmente inidonei a veicolare all'interno del procedimento di gara sia l'univoca volontà della società di partecipare alla procedura, correttamente esternata dalle persone a ciò qualificate con capacità di impegnarla nei rapporti esterni, sia la certa provenienza e riferibilità di una siffatta (mancante) dichiarazione alla società medesima. Né parimenti può ritenersi predicabile il ricorso al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 per difetto dei presupposti in presenza dei quali esso può essere applicato, atteso che la presentazione del CD vuoto genera una situazione di obiettiva ed irreversibile incertezza quanto a contenuto e provenienza della documentazione trasmessa, di fatto così integrando quella situazione limite di irregolarità essenziale che nella disciplina di settore non è suscettiva di sanatoria (nella specie, in particolare, la totale carenza di elementi nel CD ha anche comportato la mancata produzione del DGUE che, nell'economia della procedura, costituiva l'unico documento richiesto per la selezione nella fase di prequalifica)"* (Cons. Stato Sez. III, 05 novembre 2019, n. 7545).

¹⁰ Si è tentato di introdurre meccanismi automatizzati, ad esempio, per la scelta (sorteggio) degli operatori economici da consultare nell'ambito delle procedure cd. ristrette previste dal Codice, quali eccezioni alla regola generale della gara aperta per gli appalti sotto soglia comunitaria, come nel caso del sopra citato MEPA o a livello regionale (è il caso della Regione Piemonte con *Sistemapiemonte*). Un sistema algoritmico regola peraltro anche la verifica dell'anomalia dell'offerta disciplinata dall'art. 97 del Codice e dalle Linee Guida n. 2 dell'ANAC, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *"Offerta economicamente più vantaggiosa"* e approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005, del 21 settembre 2016. Aggiornate al d.lgs 19 aprile 2017, n. 56 (cd. correttivo) con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018.

¹¹ Il *Regolamento generale per la protezione dei dati personali* n. 2016/679 (*General Data Protection Regulation* o *GDPR*) è la vigente disciplina europea in materia di protezione dei dati personali. Pubblicato in *GUUE* il 4 maggio 2016,

Al fine di meglio comprendere la questione, occorre sinteticamente osservare come la legge n. 107/2015 avesse autorizzato il Ministero ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado.

Il predetto piano straordinario, da eseguire dopo una fase ordinaria di assunzione, era finalizzato, nella "fase B", a coprire i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto rimasti vacanti e disponibili all'esito delle immissioni effettuate secondo la procedura ordinaria; nella "fase C", a coprire ulteriori posti destinati alle finalità di potenziamento dell'offerta formativa e di copertura di supplenze temporanee fino a 10 giorni, nella scuola primaria e secondaria, e ulteriori posti di potenziamento per il sostegno.

Si trattava, in ogni caso, di una procedura di assunzione da considerarsi unitaria, anche in considerazione del fatto che la domanda di partecipazione al piano straordinario, sia per le fasi "B" che "C", era unica e che tutti i docenti immessi in ruolo nelle fasi "B" e "C" sarebbero risultati assunti con contratto avente la medesima decorrenza giuridica del 1° settembre 2015.

All'esito della procedura, svolta in applicazione di un meccanismo algoritmico, di cui erano rimaste oscure le modalità di funzionamento, i docenti ricorrenti si erano "*ritrovati destinatari di una nomina su classi di concorso ed ordine di scuola in cui non avevano mai lavorato; inoltre, pur avendo espresso nella domanda di assunzione la preferenza per la scuola superiore di secondo grado, [erano] risultati destinatari di proposta di assunzione nella scuola superiore di primo grado; infine, tutti gli appellanti [erano] stati destinati in province lontane, rispetto a quella di provenienza*"¹².

Inoltre, "*durante la fase "C", i docenti collocati in graduatoria in posizione deteriore rispetto agli appellanti, hanno beneficiato dell'assunzione a tempo indeterminato nella classe di concorso prescelta e nella provincia di residenza*"¹³.

A seguito del rigetto del ricorso da parte del TAR Lazio, con sentenza n. 12026/2016¹⁴, e dell'appello dei docenti interessati, la questione è approdata al Consiglio di Stato, il quale dapprima, "*con ordinanza n. 3302 del 4 agosto 2017, ha accolto la richiesta di misure cautelari, considerando "che, per un verso, l'istanza cautelare è sorretta da consistenti elementi di fumus boni iuris, e che,*

è entrato in vigore il 24 maggio 2016, ma la sua "attuazione" è avvenuta a distanza di due anni, quindi a partire dal 25 maggio 2018. Il suo scopo è la definitiva armonizzazione della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali all'interno dell'Unione europea, a seguito del Trattato di Lisbona, con il quale la protezione dei dati personali è diventata diritto fondamentale dei cittadini, inteso come diritto fondamentale delle persone fisiche, e quindi va garantito allo stesso modo in tutto il territorio dell'Unione. "Aumentando la fiducia dei cittadini nella società digitale, grazie alla tutela più stringente, il regolamento è funzionale allo sviluppo digitale dell'Unione europea, e tutela anche la libertà di circolazione dei dati personali.

Col regolamento europeo si passa da una visione proprietaria del dato, in base alla quale non lo si può trattare senza consenso, ad una visione di controllo del dato, che favorisce la libera circolazione dello stesso rafforzando nel contempo i diritti dell'interessato, il quale deve poter sapere se i suoi dati sono usati e come vengono usati per tutelare lui e l'intera collettività dai rischi insiti nel trattamento dei dati". Cfr. B. SAETTA, *Regolamento generale per la protezione dei dati*, 2020.

Per un approfondimento in materia di *privacy* e protezione dei dati personali, cfr., *ex multis*, P. COSTANZO, *Note minime in tema di tutela dei dati personali in internet e Privacy Enhancing Technologies*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 289-306; ID., *La dimensione costituzionale della privacy*, in G.F. Ferrari (cur.), *La legge sulla privacy 10 anni dopo*, Milano, Egea, 2008, 49-62; D. GRANARA, *Il fronte avanzato del diritto alla riservatezza*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4/2015, 897-915; L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e tutela vita privata e dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1850-1856; ID., *Identità individuale e privacy alla prova di internet*, in *Lo spazio cibernetico. Rapporti giuridici pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera*, a cura di P. Ivaldi e S. Carrea, Genova, Genova University Press, 2018, 37-49.

¹²Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

¹³*Ibidem*.

¹⁴TAR Lazio - Roma, Sez. Terza Bis, 1° dicembre 2016 n. 12026.

per altro verso, deve ritenersi attuale e rilevante il lamentato danno in ordine al trasferimento in sedi diverse da quelle tuttora esistenti in organico, allo stato, nelle istituzioni scolastiche in quegli ambiti territoriali cui gli appellanti ambiscono”, e disponendo che il Ministero intimato rivalutasse “con precisione e rigore, al di là di automatismi informatici d’altro tenore, di offrire agli appellanti sedi disponibili in loco più coerenti con il loro profilo lavorativo e le loro richieste, secondo l’ordine di graduatoria poziore ad essi spettante”¹⁵.

Nel merito, con la sentenza sopra citata, ha accolto l’impugnazione proposta, “*sussistendo nel caso di specie la violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, poiché non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse.*

Infatti, l’impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili, costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura.

Non solo, gli esiti della stessa paiono effettivamente connotati dall’illogicità ed irrazionalità denunciate dalle appellanti, essendosi verificate situazioni paradossali per cui docenti con svariati anni di servizio si sono visti assegnare degli ambiti territoriali mai richiesti e situati a centinaia di chilometri di distanza dalla propria città di residenza, mentre altri docenti, con minori titoli e minor anzianità di servizio, hanno ottenuto proprio le sedi dagli stessi richieste”¹⁶.

Così come le determinazioni assunte secondo il metodo tradizionale da parte della Commissione di valutazione sono illegittime se non motivate (quantomeno mediante la combinazione cumulativa di criteri di valutazione predeterminati e assegnazione di punteggi numerici o giudizi sintetici), anche le decisioni automatizzate devono poter essere ricostruite e, se in questo caso non si tratta di *iter* logico - giuridico né di ragionamento del soggetto che la decisione ha assunto, occorre conoscere il meccanismo o il sistema di calcolo o il *software* che hanno condotto alla determinazione finale.

Ne consegue, in caso contrario, la violazione dei principi di buona amministrazione, come ha infatti ritenuto il Consiglio di Stato.

Analoghe considerazioni svolge la seconda sentenza sopra richiamata, la quale ha pronunciato, respingendola, sull’impugnazione proposta dal Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca avverso la sentenza del TAR Lazio n. 9230/2018¹⁷, favorevole agli insegnanti ricorrenti in primo grado, i quali “*nella qualità di docenti immessi in ruolo nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla L. n. 107/2015 (a seguito delle procedure indette ex art. 1, co. 98, lett. c) l. cit.) su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, [hanno contestato] gli esiti della procedura nazionale di mobilità attuata con ordinanza ministeriale n. 241/2016 in attuazione dell’art. 1, co. 108 della citata legge. In particolare, la*

¹⁵ Ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

¹⁶*ibidem*. Più nello specifico, il Consiglio di Stato ha precisato come la disciplina legislativa di riferimento preveda, nonostante l’automatizzazione della valutazione, la controllabilità della stessa e il suo orientamento secondo le preferenze manifestate dai candidati: “*A questo riguardo, l’art. 1, comma 100, della legge n. 107/15, prevede che: “i soggetti interessati dalle fasi di cui al comma 98, lettere b) e c), se in possesso della relativa specializzazione, esprimono l’ordine di preferenza tra posti di sostegno e posti comuni. Esprimono, inoltre, l’ordine di preferenza tra tutte le province, a livello nazionale”; al successivo comma 101 si prevede che: “la provincia e la tipologia di posto su cui ciascun soggetto è assunto sono determinate scorrendo, nell’ordine, le province secondo le preferenze indicate e, per ciascuna provincia, la tipologia di posto secondo la preferenza indicata”.*

I risultati scaturiti dalla procedura automatizzata – di cui, come già detto, non è dato comprendere i criteri che li hanno determinati – paiono porsi in contrasto con tali disposizioni, che ai fini dell’assegnazione prevedono lo scorrimento dei posti secondo le preferenze indicate da ciascun aspirante.

L’assunto che precede è indirettamente confermato dal decreto del dirigente dell’Ufficio III dell’USR Puglia n. 13891 del 30 agosto 2018, che ha rettificato le assegnazioni delle sedi di servizio a seguito dell’ordinanza di questa Sezione con la quale si ordinava al Ministero, “al di là di automatismi informatici, di offrire agli appellanti sedi disponibili in loco più coerenti con il loro profilo lavorativo e le loro richieste, secondo l’ordine di graduatoria poziore ad essi spettante”.

¹⁷ TAR Lazio - Roma, Sez. Terza Bis, 10 settembre 2018 n. 9230.

contestazione riguarda l'esito della procedura la quale, svolta sulla base di un algoritmo non conosciuto e che non ha correttamente funzionato, ha disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze espresse, pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate. In sostanza, il meccanismo straordinario di mobilità si è rivelato pregiudizievole per quei docenti, quali le odierne ricorrenti, immessi in ruolo nella fase C, i quali sono stati trasferiti in province più lontane da quella di propria residenza o quella comunque scelta con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché in tali province di elezione fossero disponibili svariati di posti¹⁸.

Infatti, il Consiglio di Stato ha sottolineato come *“la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione”*, non potendo l'Amministrazione, come avvenuto nel caso esaminato, limitarsi *“a postulare una coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche che deve invece essere sempre provata ed illustrata sul piano tecnico, quantomeno chiarendo le circostanze prima citate, ossia le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento”*¹⁹.

È stata inoltre riconosciuta la violazione del principio di parità di trattamento, in relazione alla *“mancata previsione della deroga al vincolo di permanenza quinquennale dei docenti di sostegno sulla medesima tipologia di posto, con conseguente loro esclusione dalle procedure di mobilità”*²⁰.

3. Principi e limiti della decisione informatizzata e la (nuova?) sfida per il legislatore

Al di là del caso di specie, di estremo interesse sono i principi affermati dalla pronuncia della Sesta Sezione e successivamente confermati e precisati con la sentenza n. 8472/2019.

Viene innanzitutto operato un inquadramento della materia (la valutazione operata in sede di concorso affidata a procedimento matematico algoritmico) nell'ambito della *“digitalizzazione dell'amministrazione pubblica”* ritenuta dal Consiglio di Stato *“fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti”*.

In tal senso, si è mosso, come è noto, il Legislatore, con il Codice dell'amministrazione digitale, il quale *“rappresenta un approdo decisivo in tale direzione”* ed al quale hanno fatto seguito diversi interventi di riforma dell'Amministrazione, fino alla legge n. 124/2015, anche su impulso dell'ordinamento eurounitario²¹.

In dottrina è stata elaborata la nozione di *“e-government”*, ovvero l'introduzione di modelli decisionali e di forme gestionali innovative, che si avvalgono delle tecnologie informatiche ed elettroniche²².

¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019 n. 8472.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. *supra* nota n. 6. Vedasi tra l'altro la Comunicazione della Commissione sull'Agenda digitale europea in data 19 maggio 2010, richiamata anche dal Consiglio di Stato nella decisione citata.

²² Per una ricostruzione delle prime fasi di informatizzazione della P.A., si consenta di rinviare a C. FATTA, *Patrimonio informativo pubblico e accesso ai documenti amministrativi*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 12/2008. Cfr., *amplius*, gli altri contributi nel medesimo n. 12/2008 della rivista, dedicato all'*e-government*, “elaborati nell'ambito di un progetto di ricerca nazionale (PRIN 2005, “*E-government, democrazia, libertà, servizi ai cittadini e alle imprese, decentramento territoriale in Italia e in Europa*”, coordinatore nazionale Beniamino Caravita) che si proponeva di monitorare l'evoluzione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale delle politiche di *e-government* nel quadro delle trasformazioni indotte, da un lato, dalle politiche europee per il consolidamento di una società fondata sulla conoscenza

Come ha ricordato il Consiglio di Stato, *“con tale termine, in estrema sintesi, si vuole indicare il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione che, per usare le parole della Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione Europea, può essere definito come “l’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all’acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche” (Comunicazione della Commissione Europea del 26 settembre 2003 «Il ruolo dell’e-Government per il futuro dell’Europa»)”*²³.

Il Giudice Amministrativo ha quindi sottolineato i vantaggi dell’applicazione delle tecnologie informatiche all’attività amministrativa, costituendo anch’essa valida attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. e 1 della l. n. 241/1990, con particolare riguardo al *“minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l’accelerazione dell’iter procedimentale.*

Per questa ragione, in tali casi – ivi compreso quello di specie, relativo ad una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi – l’utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l’esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

*In altre parole, l’assenza di intervento umano in un’attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall’uomo), e l’affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell’art. 97 Cost. coerenti con l’attuale evoluzione tecnologica”*²⁴.

Come precisato dalla successiva sentenza n. 8472/2019, *“il ricorso ad algoritmi informatici per l’assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità.*

In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un’imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall’algoritmo assumono così un’aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati”.

Se l’applicazione della tecnologia al processo decisionale della P.A. è funzionale al perseguimento dei principi di buona amministrazione, occorre tuttavia individuare il limite oltre il quale tali strumenti possano determinare il risultato opposto, ossia la deriva del procedimento in assenza del (ineludibile) controllo umano, come avvenuto nel caso esaminato dal Consiglio di Stato.

Come precisato dal Giudice Amministrativo, *“la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall’uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest’ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva”*²⁵.

In altri termini, l’apparenza neutra del metodo algoritmico non è tale, poiché rimane limitata all’applicazione del meccanismo a valle, essendo connotata comunque da discrezionalità, a monte²⁶.

e, dall’altro, dalla riallocazione delle responsabilità politiche e amministrative nella repubblica delle autonomie ridisegnata dalla revisione costituzionale del 2001”.

²³ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

²⁶ Come precisato nella sentenza n. 8472/2019, *“l’impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt’altro che neutre: l’adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti,*

Prosegue la sentenza n. 2270/2019: *“Questa regola algoritmica, quindi:*

- possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.;

- non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale;

- vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo ex ante di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di deep learning);

- deve contemplare la possibilità che – come è stato autorevolmente affermato – sia il giudice a “dover svolgere, per la prima volta sul piano ‘umano’, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica”, con la conseguenza che la decisione robotizzata “impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti”.

In definitiva, dunque, l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un “atto amministrativo informatico”.

Con la seconda delle pronunce succitate, la Sezione Sesta del Consiglio di Stato va oltre, precisando che, nel caso di specie, *“non si tratta, infatti, di sperimentare forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni.*

Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali, come avvenuto nella fattispecie oggetto della presente controversia, ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrina, è stata efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0²⁷ la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un software, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale”.

Già dalle sopra riportate affermazioni preliminari emerge come, pur nella informatizzazione della Pubblica Amministrazione, sia ineludibile il contributo umano (al momento dell'elaborazione dell'algoritmo o di altro meccanismo di automazione della decisione), poiché esso solo, nel rispetto dei principi che governano l'attività amministrativa, garantisce il perseguimento dell'interesse pubblico.

E, infatti, il meccanismo algoritmico può inquadrarsi a pieno titolo *“in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni*

selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza”.

²⁷ L'espressione - declinata più in generale come Industria 4.0 o Quarta Rivoluzione Industriale, determinata dall'impiego delle tecnologie nel mondo imprenditoriale - è stata utilizzata, con riferimento alla informatizzazione della P.A., ad esempio da D. GALETTA – J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 3/2019.

*procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere"*²⁸.

Ciò vale sia per l'attività vincolata sia per quella discrezionale, *"entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse"*.

Pur dubitandosi dell'attualità della predetta distinzione nell'ambito dell'attività autoritativa, che implica *"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"*²⁹.

Sono tratte, pertanto, dal Giudice Amministrativo due conseguenze, corrispondenti ad altrettante garanzie di fronte all'attività amministrativa automatizzata: la conoscibilità piena ed effettiva del meccanismo – attraverso la spiegazione dello stesso in termini anche non tecnici comprensibili a tutti e che consentano di tradurlo in regola giuridica - e *"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"*³⁰. Di qui anche la piena sindacabilità di tali esiti da parte del Giudice Amministrativo, sulla quale si concentra la sentenza n. 2270/2019.

E, infatti, *"in primo luogo, come già messo in luce dalla dottrina più autorevole, il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico.*

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In altri termini, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice".

Sotto tale profilo, un ulteriore elemento da considerare e sul quale pone attenzione la sentenza n. 8472/2019 è il trattamento dei dati delle persone coinvolte, distinguendo due tipi *"di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento"*, anche se, come detto, seppur in misura limitata e a monte della procedura l'apporto umano è sempre presente.

²⁸ Così ancora la sentenza n. 8472/2019.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

In proposito, si richiama la recente disciplina del Regolamento n. 2016/679, il quale, agli artt. 13, 14 e 15, valorizzando ulteriormente il principio di trasparenza, tiene conto dei procedimenti automatizzati, in relazione all'informativa agli (e al diritto di accesso degli) interessati, prescrivendo, rispettivamente, l'obbligo del titolare del trattamento e il diritto dell'interessato in relazione a *"l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato"*.

In secundis, "la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica.

Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali.

In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo.

In secondo luogo, conseguente al primo, il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della "regola" che governa l'algoritmo"³¹.

Anche sul versante dell'imputabilità e, quindi, della garanzia a valle del procedimento della verifica di logicità e correttezza degli esiti della valutazione, la sentenza n. 8472/2019 approfondisce la disciplina del GDPR, evidenziando come il diritto europeo contempli il diritto di opposizione dell'interessato ad essere sottoposto a procedimenti che conducano ad una decisione interamente automatizzata.

Infatti, la Sezione 4 del Capo III del Regolamento è dedicata al *"Diritto di opposizione e processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche"*, sempre ammesso, salva la Direttiva 2002/58/CE³².

Con specifico riguardo ai procedimenti automatizzati, l'art. 22, comma 1, prevede che *"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"*.

Il Consiglio di Stato richiama, altresì, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo, laddove afferma che *"l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello*

³¹ Così, ancora, la sentenza n. 2270/2019.

³² *Relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)*, la quale ad esempio ammette *"l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata), del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta [...] soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso"* (art. 13).

*dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati"*³³.

Anche il diritto europeo conferma dunque le esigenze di garanzia emerse dal diritto interno e, dal combinato disposto delle due discipline, il Consiglio di Stato rimodula i principi affermati con la precedente sentenza, enucleandone tre: oltre alla conoscibilità, di cui si è detto e che nel diritto eurounitario trova fondamento anche nell'art. 42 della Carta di Nizza (diritto a una buona amministrazione), si enuclea il principio di non esclusività della decisione algoritmica³⁴, alla quale l'interessato può opporsi e che deve essere in ogni caso sottoposta al controllo umano³⁵.

Il terzo principio è individuato nel divieto di discriminazione algoritmica, che si evince dall'art. 71 del Regolamento e *"secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti"*.

In estrema sintesi, l'algoritmo legittimo è dunque conoscibile, comprensibile, controllato dalla (ed imputabile nella sua elaborazione e nei suoi esiti alla) Pubblica Amministrazione che se ne avvale e sindacabile dal Giudice Amministrativo.

Se alla predetta modulazione del sistema automatizzato di decisione si perviene in applicazione dei principi di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e declinati dalla Legge n. 241/1990, i quali trovano riscontro nelle sopra citate norme europee, il Consiglio di Stato ha avvertito come non possa applicarsi in modo indiscriminato all'attività amministrativa algoritmica *"tutta la legge sul procedimento amministrativo, concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica"*.

Infatti, *"il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione"*.

Il predetto assunto ci riporta alle considerazioni preliminari e alla difficoltà per il diritto di entrare nella rete, ossia di regolare qualcosa che nasce libero ed ontologicamente "diverso".

³³Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

³⁴ Di rilievo anche internazionale, richiamandosi in proposito la nota decisione *Loomis vs. Wisconsin* (Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016), in relazione all'impiego di algoritmi predittivi del rischio che un imputato commetta nuovamente un reato, funzionanti sulla base delle informazioni raccolte tramite un formulario e suscettibili di incidere sul *quantum* di pena da irrogare.

³⁵ Il Consiglio di Stato ricorda che *"in ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human in the loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano"*.

La componente tecnica, che l'informatizzazione e digitalizzazione della Pubblica Amministrazione porta con sé insieme alle tecnologie per attuarla, non trova infatti piena soddisfazione nelle esistenti regole giuridiche, le quali, fermi i principi anche da ultimo ribaditi dal Giudice Amministrativo e condivisi in sede europea e internazionale, dovranno sapersi rimodulare in una disciplina adeguata, senza peraltro cedere, come il Consiglio di Stato ha avvertito, *“a scenari orwelliani (da considerarsi con cautela perché la materia merita un approccio non emotivo ma capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività)”*.

In queste righe è la sfida per il Legislatore - uguale e diversa, come la rete - a quella di vent'anni fa, con qualche perplessità in più sulla sua capacità di raccoglierla, sfruttando efficacemente le potenzialità dell'universo digitale, senza generare la paradossale impressione - che fra gli operatori del diritto e della Pubblica Amministrazione serpeggia, complice l'inadeguatezza di risorse e di formazione - che l'informatizzazione sia sinonimo di complicazione.

CHIARA FATTA

Dall'informatizzazione della Pubblica Amministrazione alla Rivoluzione 4.0: natura e limiti della decisione automatizzata

SOMMARIO: 1. Premessa: dal diritto nella rete alla rete nel diritto. - 2. L'informatizzazione delle decisioni della Pubblica Amministrazione: l'algoritmo. - 3. Principi e limiti della decisione informatizzata e la (nuova?) sfida per il legislatore.

1. Premessa: dal diritto nella rete alla rete nel diritto

Quando, circa vent'anni fa furono attivati dalle Facoltà giuridiche i primi corsi di insegnamento in diritto dell'informatica e dell'*internet*, l'impressione era quella di un'impresa da pionieri o addirittura visionari, perché il diritto sembrava avere davvero poco a che fare con le nuove tecnologie, viste come "altro" rispetto al diritto o come incontrollabili e non sottoponibili a regole precise, men che meno giuridiche.

Ragionavo di questo ormai sedici anni orsono, nella mia prima ricerca per la tesi di Laurea triennale in Scienze Giuridiche, affrontando i profili costituzionalistici di *internet*.

Introducevo con parole non mie ma degli studiosi che già da tempo riflettevano sul tema, ricordando che "non è facile giungere al cuore di Internet"¹ specialmente per il giurista, al quale il fenomeno "sfugge completamente"², come se per natura dovesse esserci un divario incolmabile tra diritto e tecnologie informatiche.

L'obiettivo, un po' ambizioso e forse un po' ingenuo, era di rendere giustizia al giurista, facendo il punto sulla letteratura in materia, a dimostrazione dell'interesse dei giuristi e di alcune loro felici intuizioni per una disciplina di essa, compatibile con la natura acefala e anarchica della rete, efficacemente sintetizzate da Stefano Rodotà nel "liberarsi con pazienza di molta retorica, superare diffidenze, evitare trappole ideologiche, non restare abbagliati da quella che è stata chiamata la *Internet Trinity*, una trinità fatta dalla tecnologia del mezzo, dalla distribuzione geografica dei suoi utenti, dalla natura dei suoi contenuti"³.

Oggi, qualunque sia l'opinione in merito al tema diritto e nuove tecnologie, deve riconoscersi lungimiranza a chi (e fra questi il Prof. Pasquale Costanzo, che quella ricerca mi propose) da subito vide la connessione tra i due fattori e l'ineludibilità di un rapporto tra essi sempre più stretto, in misura direttamente proporzionale all'espandersi della tecnologia nella vita quotidiana di ciascuno, nella Pubblica Amministrazione e tra gli operatori del diritto.

Nel rapporto tra uomo e nuove tecnologie, il problema giuridico è fondamentalmente uno: il rispetto delle forme e, con esse, la garanzia della sostanza costituita da diritti e interessi dei soggetti coinvolti.

In primo luogo, il rischio di un *deficit* di garanzia ha riguardato le libertà fondamentali, perché, se è vero che gli strumenti informatici hanno amplificato le possibilità di esercizio ed espressione pluralistica di alcuni diritti (libertà di manifestazione del pensiero e di informazione, riunione, partecipazione alle decisioni del potere pubblico e alla vita sociale), declinando addirittura un principio fondamentale della Costituzione (quello espresso dall'art. 2) è altrettanto vero che altri diritti sono stati (e sono) posti in serio pericolo, specie la tutela della riservatezza della sfera

¹ Così la relazione introduttiva di Stefano Rodotà al convegno "*Internet e privacy - quali regole?*", pubblicata in data 8.05.1998 in *InterLex* (<http://www.interlex.it/>).

² *Ibidem*, citando un rapporto per la Rand Corporation di Paul Baran.

³ *Ibidem*.

personale, dei dati e delle comunicazioni, impossibili da controllare una volta catturati – anche legittimamente - dalle maglie della rete telematica⁴.

In questa fase, le tecnologie informatiche si muovevano libere e il diritto cercava, senza troppo successo, di inserirsi nei meccanismi e rapporti da queste generate, per regolarle in funzione di garanzia dei diritti degli utenti.

In una fase successiva, l'applicazione delle tecnologie informatiche come strumento di semplificazione della Pubblica Amministrazione e del processo⁵, sotto la nota e polivalente etichetta di *e-government*⁶, ha determinato, in una sorta di capovolgimento dei ruoli, il formale ingresso delle tecnologie informatiche nel diritto, come strumento di gestione di procedimenti e processi.

Essendo disciplinato per legge l'impiego degli strumenti informatici e telematici, il problema non è stato più la regolamentazione della libera attività della rete, ma l'adeguamento di essi alle forme e funzioni giuridiche che devono (aiutare ad) adempiere.

Anche in questo contesto, l'operazione incontra molteplici difficoltà quali il riprodurre telematicamente in modo valido e sicuro elementi tanto importanti quanto semplici nel mondo analogico (si pensi al meccanismo della firma digitale a fronte della firma autografa sul supporto cartaceo) o l'apprestare le idonee garanzie nell'ambito di procedimenti, suscettibili di determinarne l'integrale validità.

Ad esempio, nell'ambito di gare e concorsi pubblici, rileva la differenza tra la partecipazione tradizionale, mediante invio di plico chiuso e sigillato contenente le domande, e quella telematica con l'invio dei documenti a mezzo PEC o inserimento su apposita piattaforma *online*⁷, dove si rivela

⁴ Si pensi soltanto alla problematica della *data retention*, originariamente disciplinata dalla direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, poi invalidata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza dell'8 aprile 2014 (cause riunite C-293/12 e C-593/12), per violazione del principio di proporzionalità, alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta, rispetto all'obiettivo della lotta alla criminalità e quindi della tutela della pubblica sicurezza, obiettivo perseguito anche dall'Unione, ma che non può giustificare un'ingerenza che non "sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario".

⁵ Allo stato, quello civile – parzialmente, restando ancora esclusi alcuni giudizi, come quello innanzi alla Corte Suprema di Cassazione o al Tribunale Superiore delle acque pubbliche e al Commissario per gli usi civici, questi ultimi, pur nella loro specialità, incardinati sotto il profilo organizzativo nella giurisdizione civile, il primo presso la Corte Suprema di Cassazione e il secondo presso le Corti d'Appello - e quello amministrativo, in forza del d.p.r. 13 febbraio 2001 n. 123, *Regolamento recante disciplina sull'uso degli strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti*.

⁶ Pietra angolare dell'attuazione dell'amministrazione digitale, già prevista dalla l. 15 marzo 1997, n. 59 (cd. Bassanini 1), è stato il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), di cui al d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, poi modificato dal d.lgs. 10 dicembre 2013, n. 335. Per un approfondimento sul punto, si veda, *ex multis*, P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'informazione. Amministrazione digitale - Comunicazioni elettroniche - Contenuti audiovisivi*, Giappichelli, Torino, 2006; M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, Giuffrè, 2007; G. GUIDI, *La società dell'informazione: libertà, pluralismo, risorse. Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, San Marino, 2005.

⁷ Ne costituisce un esempio il Mercato Elettronico della PA (MePA), gestito da Consip per conto del Ministero Economia e Finanze, un mercato interamente virtuale in cui le amministrazioni appaltanti e gli operatori economici si incontrano, negoziano e perfezionano *on line* contratti di fornitura legalmente validi, con l'impiego della firma digitale. Le PA possono ricercare, confrontare ed acquisire i beni ed i servizi, nonché assegnare l'esecuzione dei lavori nelle categorie OG e OS, per valori inferiori alla soglia comunitaria, proposti dalle aziende fornitrici "abilitate" a presentare i propri cataloghi sul sistema. I prodotti e i servizi, sono presentati in cataloghi strutturati e descritti nel rispetto di formati *standard* e secondo le regole e le condizioni definite da Consip per ciascun bando merceologico. Gli acquisti possono essere effettuati secondo due modalità: l'Ordine diretto (ODA), cioè l'acquisto diretto da catalogo in base alle offerte pubblicate dai fornitori, o la Richiesta di offerta (RdO) grazie alla quale l'amministrazione può richiedere ai fornitori, selezionandoli liberamente tra quelli abilitati, diverse e ulteriori offerte personalizzate sulla base di specifiche esigenze.

impossibile o estremamente difficile controllare il rispetto delle modalità di presentazione della domanda previste dal bando⁸ e le operazioni di apertura, chiusura e conservazione delle domande da parte della stazione appaltante, nel rispetto della relativa scansione procedimentale di valutazione e dei principi che la presidono⁹.

Si è ritenuto, pur con qualche perplessità, non essendo contemplata dal Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016, che la mancata abilitazione al MEPA possa costituire causa di esclusione da una gara comminata dal relativo bando, potendo l'Amministrazione appaltante limitare la platea dei concorrenti agli operatori economici abilitati al mercato virtuale (Cfr. TAR Toscana, Sez. II, 25 luglio 2018 n. 1080, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2019 n. 2065).

⁸ Un esempio è costituito dall'allegazione del documento di identità alla Dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, che ne costituisce requisito di validità. Se con riferimento al documento analogico è immediatamente e chiaramente riscontrabile la presenza o meno del documento di identità, che deve essere fisicamente unito alla dichiarazione, così non è in sede di presentazione telematica della dichiarazione, specie se (come avviene solitamente in sede di partecipazione a procedimento di gara) le dichiarazioni da rendere in sede di domanda sono molteplici. In tal caso, nel modello analogico, è pacifico che ad ogni dichiarazione debba essere unita copia del documento, costituendo ogni dichiarazione resa documento a sé stante, il quale deve rispettare autonomamente i requisiti di legge per la sua validità.

In sede telematica, il problema si pone, in via esemplificativa, allorché, a fronte di più dichiarazioni, il documento non sia allegato o sia allegato una sola volta, lasciando il dubbio, nel primo caso, sulla validità dell'atto e, nel secondo caso, in ordine alla dichiarazione a cui debba essere riferito o se debba ritenersi riferito a tutte, per evitare, nella logica semplificativa dell'informatizzazione, la duplicazione di documenti, nell'indefinito confine tra forma e formalismo, illegittimità o invalidità e semplice irregolarità.

In proposito, la giurisprudenza, interpretando la disciplina legislativa in materia, ha addirittura ritenuto, in maniera (forse troppo) *tranchante*, superflua l'allegazione del documento di identità ad una dichiarazione sottoscritta con firma digitale e resa nell'ambito di domanda di partecipazione a bando di gara sulla piattaforma MEPA.

Infatti, l'adempimento in questione è stato ritenuto *"superfluo alla luce della normativa in tema di dichiarazioni inviate per via telematica alle pubbliche amministrazioni"*.

Dispone infatti l'art. 38 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 che: "1. Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica. 2. Le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica, vi comprese le domande per la partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione, a qualsiasi titolo, in tutte le pubbliche amministrazioni, o per l'iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti presso le pubbliche amministrazioni, sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82..."

E l'art. 65 comma 1 del d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale), stabilisce che: "1. Le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono valide: a) se sottoscritte mediante una delle forme di cui all'articolo 20..." (documento informatico sottoscritto con firma digitale).

D'altro canto, anche in giurisprudenza si è più volte ribadito che nelle gare telematiche, le dichiarazioni rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura, sono valide anche senza l'allegazione di copia del documento d'identità del dichiarante quando firmate digitalmente (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, n. 2493/2019 e n. 4676/2013). Ciò in quanto "l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell'art. 38 del D.P.R. 445 del 2000, anche in assenza dell'allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 4676/2013).

E ciò vale a maggior ragione nel caso di specie se si considera che il documento in questione è stato caricato in un complesso sistema telematico, la piattaforma del MEPA, che contribuisce a garantire certezza riguardo alla provenienza della documentazione" (TAR Toscana, Sez. II, 6 maggio 2020 n. 552).

⁹ Invero, sia con riferimento al profilo specifico qui in esame sia più in generale in materia di verifica dei requisiti di partecipazione, il nuovo Codice dei contratti del 2016 ed ancor prima la giurisprudenza amministrativa si sono orientati nel senso di valorizzare la sostanza e ritenere generalmente sanabili, attraverso il cd. soccorso istruttorio (art. 83 Codice), le carenze formali e facilmente riconoscibili in sede di presentazione della domanda (mancata allegazione di documenti o di dichiarazioni).

Cfr., in proposito, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, (Sez. V, 22 novembre 2019, n.7978), la quale ha ribadito che, *"nell'ambito dei concorsi pubblici, l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può*

2. L'informatizzazione delle decisioni della Pubblica Amministrazione: l'algoritmo

La situazione si complica ulteriormente se l'informatizzazione non riguarda solo le forme dell'attività, amministrativa o processuale, ma anche la sostanza, sostituendo la valutazione operata dall'uomo con strumenti di automatizzazione della decisione.

La problematica ha riguardato finora i concorsi pubblici ed è destinata ad interessare anche l'ambito degli appalti¹⁰ e, se le questioni in gioco sono ancora ben lontane dal trovare soluzione, anche in ragione della (per ora piuttosto limitata) applicazione del meccanismo, sono recentemente intervenute due sentenze del Consiglio di Stato, che hanno fissato alcuni punti fermi.

Si tratta delle sentenze della Sezione VI, 8 aprile 2019 n. 2270 e 13 dicembre 2019 n. 8472, sull'applicazione del cd. algoritmo per l'elaborazione delle decisioni della P.A.

In particolare, entrambe le vicende attengono alle assunzioni a tempo indeterminato in conseguenza del piano straordinario nazionale di cui alla l. 13 luglio 2015, n. 107, recante *"Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti"* (art. 1, commi da 95 a 104), nella fase "B", di docenti della scuola secondaria di secondo grado, già inseriti nelle relative graduatorie ad esaurimento: se la prima pronuncia rileva in quanto antecedente sia cronologicamente sia per avere per prima tracciato le linee essenziali entro cui la decisione algoritmica deve muoversi, la seconda – confermando e precisando la prima - ha approfondito il tema - in ragione dei vizi dedotti anche sulla radicale illegittimità della procedura - sotto un più generale e radicale profilo di legittimità del *"metodo in quanto tale per il difetto di trasparenza dello stesso"*, anche con riguardo al diritto europeo ed, in particolare, alla disciplina del

essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione".

Più nello specifico, secondo Cons. Stato, Sez. III, 06 novembre 2019, n.7580, *"la mancanza e i vizi della cauzione provvisoria non sono sanzionabili con l'esclusione dalla gara ad evidenza pubblica, ma possono essere emendati mediante il ricorso al cd. soccorso istruttorio da parte della Pubblica Amministrazione"*.

Al contrario, *"è legittima l'esclusione disposta nei confronti dell'operatore che ha depositato un supporto informatico, nella specie un CD, che avrebbe dovuto contenere la documentazione amministrativa, completamente vuoto, perché ciò equivale a non aver prodotto la dichiarazione richiesta. In questo caso nessun documento riferibile all'impresa concorrente può ritenersi essere pervenuto al seggio di gara. Non può, invero, dubitarsi del fatto che il mero involucro esterno così come la scritta riportata sul disco costituiscano elementi strutturalmente inidonei a veicolare all'interno del procedimento di gara sia l'univoca volontà della società di partecipare alla procedura, correttamente esternata dalle persone a ciò qualificate con capacità di impegnarla nei rapporti esterni, sia la certa provenienza e riferibilità di una siffatta (mancante) dichiarazione alla società medesima. Né parimenti può ritenersi predicabile il ricorso al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 per difetto dei presupposti in presenza dei quali esso può essere applicato, atteso che la presentazione del CD vuoto genera una situazione di obiettiva ed irreversibile incertezza quanto a contenuto e provenienza della documentazione trasmessa, di fatto così integrando quella situazione limite di irregolarità essenziale che nella disciplina di settore non è suscettiva di sanatoria (nella specie, in particolare, la totale carenza di elementi nel CD ha anche comportato la mancata produzione del DGUE che, nell'economia della procedura, costituiva l'unico documento richiesto per la selezione nella fase di prequalifica)"* (Cons. Stato Sez. III, 05 novembre 2019, n. 7545).

¹⁰ Si è tentato di introdurre meccanismi automatizzati, ad esempio, per la scelta (sorteggio) degli operatori economici da consultare nell'ambito delle procedure cd. ristrette previste dal Codice, quali eccezioni alla regola generale della gara aperta per gli appalti sotto soglia comunitaria, come nel caso del sopra citato MEPA o a livello regionale (è il caso della Regione Piemonte con *Sistemapiemonte*). Un sistema algoritmico regola peraltro anche la verifica dell'anomalia dell'offerta disciplinata dall'art. 97 del Codice e dalle Linee Guida n. 2 dell'ANAC, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *"Offerta economicamente più vantaggiosa"* e approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005, del 21 settembre 2016. Aggiornate al d.lgs 19 aprile 2017, n. 56 (cd. correttivo) con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018.

trattamento dei dati personali di cui al Regolamento n. 2016/679 - *GDPR (General Data Protection Regulation)*¹¹.

Al fine di meglio comprendere la questione, occorre sinteticamente osservare come la legge n. 107/2015 avesse autorizzato il Ministero ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado.

Il predetto piano straordinario, da eseguire dopo una fase ordinaria di assunzione, era finalizzato, nella "fase B", a coprire i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto rimasti vacanti e disponibili all'esito delle immissioni effettuate secondo la procedura ordinaria; nella "fase C", a coprire ulteriori posti destinati alle finalità di potenziamento dell'offerta formativa e di copertura di supplenze temporanee fino a 10 giorni, nella scuola primaria e secondaria, e ulteriori posti di potenziamento per il sostegno.

Si trattava, in ogni caso, di una procedura di assunzione da considerarsi unitaria, anche in considerazione del fatto che la domanda di partecipazione al piano straordinario, sia per le fasi "B" che "C", era unica e che tutti i docenti immessi in ruolo nelle fasi "B" e "C" sarebbero risultati assunti con contratto avente la medesima decorrenza giuridica del 1° settembre 2015.

All'esito della procedura, svolta in applicazione di un meccanismo algoritmico, di cui erano rimaste oscure le modalità di funzionamento, i docenti ricorrenti si erano "ritrovati destinatari di una nomina su classi di concorso ed ordine di scuola in cui non avevano mai lavorato; inoltre, pur avendo espresso nella domanda di assunzione la preferenza per la scuola superiore di secondo grado, [erano] risultati destinatari di proposta di assunzione nella scuola superiore di primo grado; infine, tutti gli appellanti [erano] stati destinati in province lontane, rispetto a quella di provenienza"¹².

Inoltre, "durante la fase "C", i docenti collocati in graduatoria in posizione deteriore rispetto agli appellanti, hanno beneficiato dell'assunzione a tempo indeterminato nella classe di concorso prescelta e nella provincia di residenza"¹³.

¹¹ Il *Regolamento generale per la protezione dei dati personali* n. 2016/679 (*General Data Protection Regulation o GDPR*) è la vigente disciplina europea in materia di protezione dei dati personali. Pubblicato in *GUUE* il 4 maggio 2016, è entrato in vigore il 24 maggio 2016, ma la sua "attuazione" è avvenuta a distanza di due anni, quindi a partire dal 25 maggio 2018. Il suo scopo è la definitiva armonizzazione della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali all'interno dell'Unione europea, a seguito del Trattato di Lisbona, con il quale la protezione dei dati personali è diventata diritto fondamentale dei cittadini, inteso come diritto fondamentale delle persone fisiche, e quindi va garantito allo stesso modo in tutto il territorio dell'Unione. "Aumentando la fiducia dei cittadini nella società digitale, grazie alla tutela più stringente, il regolamento è funzionale allo sviluppo digitale dell'Unione europea, e tutela anche la libertà di circolazione dei dati personali.

Col regolamento europeo si passa da una visione proprietaria del dato, in base alla quale non lo si può trattare senza consenso, ad una visione di controllo del dato, che favorisce la libera circolazione dello stesso rafforzando nel contempo i diritti dell'interessato, il quale deve poter sapere se i suoi dati sono usati e come vengono usati per tutelare lui e l'intera collettività dai rischi insiti nel trattamento dei dati". Cfr. B. SAETTA, *Regolamento generale per la protezione dei dati*, 2020.

Per un approfondimento in materia di *privacy* e protezione dei dati personali, cfr., *ex multis*, P. COSTANZO, *Note minime in tema di tutela dei dati personali in internet e Privacy Enhancing Technologies*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 289-306; *Id.*, *La dimensione costituzionale della privacy*, in G.F. Ferrari (cur.), *La legge sulla privacy 10 anni dopo*, Milano, Egea, 2008, 49-62; D. GRANARA, *Il fronte avanzato del diritto alla riservatezza*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4/2015, 897-915; L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e tutela vita privata e dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1850-1856; *Id.*, *Identità individuale e privacy alla prova di internet*, in *Lo spazio cibernetico. Rapporti giuridici pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera*, a cura di P. Ivaldi e S. Carrea, Genova, Genova University Press, 2018, 37-49.

¹²Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

¹³*Ibidem*.

A seguito del rigetto del ricorso da parte del TAR Lazio, con sentenza n. 12026/2016¹⁴, e dell'appello dei docenti interessati, la questione è approdata al Consiglio di Stato, il quale dapprima, *“con ordinanza n. 3302 del 4 agosto 2017, ha accolto la richiesta di misure cautelari, considerando “che, per un verso, l’istanza cautelare è sorretta da consistenti elementi di fumus boni iuris, e che, per altro verso, deve ritenersi attuale e rilevante il lamentato danno in ordine al trasferimento in sedi diverse da quelle tuttora esistenti in organico, allo stato, nelle istituzioni scolastiche in quegli ambiti territoriali cui gli appellanti ambiscono”, e disponendo che il Ministero intimato rivalutasse “con precisione e rigore, al di là di automatismi informatici d’altro tenore, di offrire agli appellanti sedi disponibili in loco più coerenti con il loro profilo lavorativo e le loro richieste, secondo l’ordine di graduatoria poziore ad essi spettante””*¹⁵.

Nel merito, con la sentenza sopra citata, ha accolto l’impugnazione proposta, *“sussistendo nel caso di specie la violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, poiché non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse.*

Infatti, l’impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili, costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura.

*Non solo, gli esiti della stessa paiono effettivamente connotati dall’illogicità ed irrazionalità denunciate dalle appellanti, essendosi verificate situazioni paradossali per cui docenti con svariati anni di servizio si sono visti assegnare degli ambiti territoriali mai richiesti e situati a centinaia di chilometri di distanza dalla propria città di residenza, mentre altri docenti, con minori titoli e minor anzianità di servizio, hanno ottenuto proprio le sedi dagli stessi richieste”*¹⁶.

Così come le determinazioni assunte secondo il metodo tradizionale da parte della Commissione di valutazione sono illegittime se non motivate (quantomeno mediante la combinazione cumulativa di criteri di valutazione predeterminati e assegnazione di punteggi numerici o giudizi sintetici), anche le decisioni automatizzate devono poter essere ricostruite e, se in questo caso non si tratta di iter logico - giuridico né di ragionamento del soggetto che la decisione ha assunto, occorre conoscere il meccanismo o il sistema di calcolo o il *software* che hanno condotto alla determinazione finale.

Ne consegue, in caso contrario, la violazione dei principi di buona amministrazione, come ha infatti ritenuto il Consiglio di Stato.

Analoghe considerazioni svolge la seconda sentenza sopra richiamata, la quale ha pronunciato, respingendola, sull’impugnazione proposta dal Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca avverso la sentenza del TAR Lazio n. 9230/2018¹⁷, favorevole agli insegnanti ricorrenti in

¹⁴ TAR Lazio - Roma, Sez. Terza Bis, 1° dicembre 2016 n. 12026.

¹⁵ Ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

¹⁶*ibidem*. Più nello specifico, il Consiglio di Stato ha precisato come la disciplina legislativa di riferimento preveda, nonostante l’automatizzazione della valutazione, la controllabilità della stessa e il suo orientamento secondo le preferenze manifestate dai candidati: *“A questo riguardo, l’art. 1, comma 100, della legge n. 107/15, prevede che: “i soggetti interessati dalle fasi di cui al comma 98, lettere b) e c), se in possesso della relativa specializzazione, esprimono l’ordine di preferenza tra posti di sostegno e posti comuni. Esprimono, inoltre, l’ordine di preferenza tra tutte le province, a livello nazionale”; al successivo comma 101 si prevede che: “la provincia e la tipologia di posto su cui ciascun soggetto è assunto sono determinate scorrendo, nell’ordine, le province secondo le preferenze indicate e, per ciascuna provincia, la tipologia di posto secondo la preferenza indicata”.*

I risultati scaturiti dalla procedura automatizzata – di cui, come già detto, non è dato comprendere i criteri che li hanno determinati – paiono porsi in contrasto con tali disposizioni, che ai fini dell’assegnazione prevedono lo scorrimento dei posti secondo le preferenze indicate da ciascun aspirante.

L’assunto che precede è indirettamente confermato dal decreto del dirigente dell’Ufficio III dell’USR Puglia n. 13891 del 30 agosto 2018, che ha rettificato le assegnazioni delle sedi di servizio a seguito dell’ordinanza di questa Sezione con la quale si ordinava al Ministero, “al di là di automatismi informatici, di offrire agli appellanti sedi disponibili in loco più coerenti con il loro profilo lavorativo e le loro richieste, secondo l’ordine di graduatoria poziore ad essi spettante”.

¹⁷ TAR Lazio - Roma, Sez. Terza Bis, 10 settembre 2018 n. 9230.

primo grado, i quali *“nella qualità di docenti immessi in ruolo nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla L. n. 107/2015 (a seguito delle procedure indette ex art. 1, co. 98, lett. c) l. cit.) su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, [hanno contestato] gli esiti della procedura nazionale di mobilità attuata con ordinanza ministeriale n. 241/2016 in attuazione dell’art. 1, co. 108 della citata legge. In particolare, la contestazione riguarda l’esito della procedura la quale, svolta sulla base di un algoritmo non conosciuto e che non ha correttamente funzionato, ha disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze espresse, pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate. In sostanza, il meccanismo straordinario di mobilità si è rivelato pregiudizievole per quei docenti, quali le odierne ricorrenti, immessi in ruolo nella fase C, i quali sono stati trasferiti in province più lontane da quella di propria residenza o quella comunque scelta con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché in tali province di elezione fossero disponibili svariati di posti”*¹⁸.

Infatti, il Consiglio di Stato ha sottolineato come *“la fondamentale esigenza di tutela posta dall’utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione”*, non potendo l’Amministrazione, come avvenuto nel caso esaminato, limitarsi *“a postulare una coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche che deve invece essere sempre provata ed illustrata sul piano tecnico, quantomeno chiarendo le circostanze prima citate, ossia le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento”*¹⁹.

È stata inoltre riconosciuta la violazione del principio di parità di trattamento, in relazione alla *“mancata previsione della deroga al vincolo di permanenza quinquennale dei docenti di sostegno sulla medesima tipologia di posto, con conseguente loro esclusione dalle procedure di mobilità”*²⁰.

3. Principi e limiti della decisione informatizzata e la (nuova?) sfida per il legislatore

Al di là del caso di specie, di estremo interesse sono i principi affermati dalla pronuncia della Sesta Sezione e successivamente confermati e precisati con la sentenza n. 8472/2019.

Viene innanzitutto operato un inquadramento della materia (la valutazione operata in sede di concorso affidata a procedimento matematico algoritmico) nell’ambito della *“digitalizzazione dell’amministrazione pubblica”* ritenuta dal Consiglio di Stato *“fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti”*.

In tal senso, si è mosso, come è noto, il Legislatore, con il Codice dell’amministrazione digitale, il quale *“rappresenta un approdo decisivo in tale direzione”* ed al quale hanno fatto seguito diversi interventi di riforma dell’Amministrazione, fino alla legge n. 124/2015, anche su impulso dell’ordinamento eurounitario²¹.

In dottrina è stata elaborata la nozione di *“e-government”*, ovvero l’introduzione di modelli decisionali e di forme gestionali innovative, che si avvalgano delle tecnologie informatiche ed elettroniche²².

¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019 n. 8472.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. *supra* nota n. 6. Vedasi tra l’altro la Comunicazione della Commissione sull’Agenda digitale europea in data 19 maggio 2010, richiamata anche dal Consiglio di Stato nella decisione citata.

²² Per una ricostruzione delle prime fasi di informatizzazione della P.A., si consenta di rinviare a C. FATTA, *Patrimonio informativo pubblico e accesso ai documenti amministrativi*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 12/2008. Cfr.,

Come ha ricordato il Consiglio di Stato, *“con tale termine, in estrema sintesi, si vuole indicare il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione che, per usare le parole della Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione Europea, può essere definito come “l’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all’acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche” (Comunicazione della Commissione Europea del 26 settembre 2003 «Il ruolo dell’e-Government per il futuro dell’Europa»)”*²³.

Il Giudice Amministrativo ha quindi sottolineato i vantaggi dell’applicazione delle tecnologie informatiche all’attività amministrativa, costituendo anch’essa valida attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. e 1 della l. n. 241/1990, con particolare riguardo al *“minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l’accelerazione dell’iter procedimentale.*

Per questa ragione, in tali casi – ivi compreso quello di specie, relativo ad una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi – l’utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l’esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

*In altre parole, l’assenza di intervento umano in un’attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall’uomo), e l’affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell’art. 97 Cost. coerenti con l’attuale evoluzione tecnologica”*²⁴.

Come precisato dalla successiva sentenza n. 8472/2019, *“il ricorso ad algoritmi informatici per l’assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità.*

In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un’imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall’algoritmo assumono così un’aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati”.

Se l’applicazione della tecnologia al processo decisionale della P.A. è funzionale al perseguimento dei principi di buona amministrazione, occorre tuttavia individuare il limite oltre il quale tali strumenti possano determinare il risultato opposto, ossia la deriva del procedimento in assenza del (ineludibile) controllo umano, come avvenuto nel caso esaminato dal Consiglio di Stato.

Come precisato dal Giudice Amministrativo, *“la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall’uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest’ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva”*²⁵.

amplius, gli altri contributi nel medesimo n. 12/2008 della rivista, dedicato all’*e-government*, “elaborati nell’ambito di un progetto di ricerca nazionale (PRIN 2005, “*E-government, democrazia, libertà, servizi ai cittadini e alle imprese, decentramento territoriale in Italia e in Europa*”, coordinatore nazionale Beniamino Caravita) che si proponeva di monitorare l’evoluzione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale delle politiche di *e-government* nel quadro delle trasformazioni indotte, da un lato, dalle politiche europee per il consolidamento di una società fondata sulla conoscenza e, dall’altro, dalla riallocazione delle responsabilità politiche e amministrative nella repubblica delle autonomie ridisegnata dalla revisione costituzionale del 2001”.

²³ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270.

In altri termini, l'apparenza neutra del metodo algoritmico non è tale, poiché rimane limitata all'applicazione del meccanismo a valle, essendo connotata comunque da discrezionalità, a monte²⁶.

Prosegue la sentenza n. 2270/2019: *“Questa regola algoritmica, quindi:*

- possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.;

- non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale;

- vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo ex ante di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di deeplearning);

- deve contemplare la possibilità che – come è stato autorevolmente affermato – sia il giudice a “dover svolgere, per la prima volta sul piano ‘umano’, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica”, con la conseguenza che la decisione robotizzata “impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti”.

In definitiva, dunque, l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un “atto amministrativo informatico”.

Con la seconda delle pronunce succitate, la Sezione Sesta del Consiglio di Stato va oltre, precisando che, nel caso di specie, *“non si tratta, infatti, di sperimentare forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni.*

Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali, come avvenuto nella fattispecie oggetto della presente controversia, ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrina, è stata efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0²⁷ la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un software, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale”.

Già dalle sopra riportate affermazioni preliminari emerge come, pur nella informatizzazione della Pubblica Amministrazione, sia ineludibile il contributo umano (al momento dell'elaborazione dell'algoritmo o di altro meccanismo di automazione della decisione), poiché esso solo, nel rispetto

²⁶ Come precisato nella sentenza n. 8472/2019, *“l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza”.*

²⁷ L'espressione - declinata più in generale come Industria 4.0 o Quarta Rivoluzione Industriale, determinata dall'impiego delle tecnologie nel mondo imprenditoriale - è stata utilizzata, con riferimento alla informatizzazione della P.A., ad esempio da D. GALETTA – J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 3/2019.

dei principi che governano l'attività amministrativa, garantisce il perseguimento dell'interesse pubblico.

E, infatti, il meccanismo algoritmico può inquadrarsi a pieno titolo *“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 delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere”*²⁸.

Ciò vale sia per l'attività vincolata sia per quella discrezionale, *“entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse”*.

Pur dubitandosi dell'attualità della predetta distinzione nell'ambito dell'attività autoritativa, che implica *“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”*²⁹.

Sono tratte, pertanto, dal Giudice Amministrativo due conseguenze, corrispondenti ad altrettante garanzie di fronte all'attività amministrativa automatizzata: la conoscibilità piena ed effettiva del meccanismo – attraverso la spiegazione dello stesso in termini anche non tecnici comprensibili a tutti e che consentano di tradurlo in regola giuridica - e *“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”*³⁰. Di qui anche la piena sindacabilità di tali esiti da parte del Giudice Amministrativo, sulla quale si concentra la sentenza n. 2270/2019.

E, infatti, *“in primo luogo, come già messo in luce dalla dottrina più autorevole, il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere “conoscibile”, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico*.

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In altri termini, la “caratterizzazione multidisciplinare” dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice”.

Sotto tale profilo, un ulteriore elemento da considerare e sul quale pone attenzione la sentenza n. 8472/2019 è il trattamento dei dati delle persone coinvolte, distinguendo due tipi *“di processi*

²⁸ Così ancora la sentenza n. 8472/2019.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento", anche se, come detto, seppur in misura limitata e a monte della procedura l'apporto umano è sempre presente.

In proposito, si richiama la recente disciplina del Regolamento n. 2016/679, il quale, agli artt. 13, 14 e 15, valorizzando ulteriormente il principio di trasparenza, tiene conto dei procedimenti automatizzati, in relazione all'informativa agli (e al diritto di accesso degli) interessati, prescrivendo, rispettivamente, l'obbligo del titolare del trattamento e il diritto dell'interessato in relazione a *"l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato"*.

In secundis, "la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica.

Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali.

In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo.

In secondo luogo, conseguente al primo, il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della "regola" che governa l'algoritmo"³¹.

Anche sul versante dell'imputabilità e, quindi, della garanzia a valle del procedimento della verifica di logicità e correttezza degli esiti della valutazione, la sentenza n. 8472/2019 approfondisce la disciplina del GDPR, evidenziando come il diritto europeo contempli il diritto di opposizione dell'interessato ad essere sottoposto a procedimenti che conducano ad una decisione interamente automatizzata.

Infatti, la Sezione 4 del Capo III del Regolamento è dedicata al *"Diritto di opposizione e processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche"*, sempre ammesso, salva la Direttiva 2002/58/CE³².

Con specifico riguardo ai procedimenti automatizzati, l'art. 22, comma 1, prevede che *"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"*.

³¹ Così, ancora, la sentenza n. 2270/2019.

³² *Relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)*, la quale ad esempio ammette *"l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata), del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta [...] soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso"* (art. 13).

Il Consiglio di Stato richiama, altresì, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo, laddove afferma che *“l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati”*³³.

Anche il diritto europeo conferma dunque le esigenze di garanzia emerse dal diritto interno e, dal combinato disposto delle due discipline, il Consiglio di Stato rimodula i principi affermati con la precedente sentenza, enucleandone tre: oltre alla conoscibilità, di cui si è detto e che nel diritto eurounitario trova fondamento anche nell'art. 42 della Carta di Nizza (diritto a una buona amministrazione), si enuclea il principio di non esclusività della decisione algoritmica³⁴, alla quale l'interessato può opporsi e che deve essere in ogni caso sottoposta al controllo umano³⁵.

Il terzo principio è individuato nel divieto di discriminazione algoritmica, che si evince dall'art. 71 del Regolamento e *“secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti”*.

In estrema sintesi, l'algoritmo legittimo è dunque conoscibile, comprensibile, controllato dalla (ed imputabile nella sua elaborazione e nei suoi esiti alla) Pubblica Amministrazione che se ne avvale e sindacabile dal Giudice Amministrativo.

Se alla predetta modulazione del sistema automatizzato di decisione si perviene in applicazione dei principi di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e declinati dalla Legge n. 241/1990, i quali trovano riscontro nelle sopra citate norme europee, il Consiglio di Stato ha avvertito come non possa applicarsi in modo indiscriminato all'attività amministrativa algoritmica *“tutta la legge sul procedimento amministrativo, concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica”*.

Infatti, *“il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta*

³³Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

³⁴ Di rilievo anche internazionale, richiamandosi in proposito la nota decisione *Loomis vs. Wisconsin* (Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016), in relazione all'impiego di algoritmi predittivi del rischio che un imputato commetta nuovamente un reato, funzionanti sulla base delle informazioni raccolte tramite un formulario e suscettibili di incidere sul *quantum* di pena da irrogare.

³⁵ Il Consiglio di Stato ricorda che *“in ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human in the loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano”*.

dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione”.

Il predetto assunto ci riporta alle considerazioni preliminari e alla difficoltà per il diritto di entrare nella rete, ossia di regolare qualcosa che nasce libero ed ontologicamente “diverso”.

La componente tecnica, che l'informatizzazione e digitalizzazione della Pubblica Amministrazione porta con sé insieme alle tecnologie per attuarla, non trova infatti piena soddisfazione nelle esistenti regole giuridiche, le quali, fermi i principi anche da ultimo ribaditi dal Giudice Amministrativo e condivisi in sede europea e internazionale, dovranno sapersi rimodulare in una disciplina adeguata, senza peraltro cedere, come il Consiglio di Stato ha avvertito, *“a scenari orwelliani (da considerarsi con cautela perché la materia merita un approccio non emotivo ma capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività)”*.

In queste righe è la sfida per il Legislatore - uguale e diversa, come la rete - a quella di vent'anni fa, con qualche perplessità in più sulla sua capacità di raccoglierla, sfruttando efficacemente le potenzialità dell'universo digitale, senza generare la paradossale impressione - che fra gli operatori del diritto e della Pubblica Amministrazione serpeggia, complice l'inadeguatezza di risorse e di formazione - che l'informatizzazione sia sinonimo di complicazione.

LUCA PEDULLÀ

La timida apertura della legge regionale siciliana n. 7/2019 all'amministrazione digitale

SOMMARIO: 1. Procedimento amministrativo e "cittadinanza digitale". – 2. La P.A. quale "casa di vetro": il contributo offerto dalla "trasparenza digitale". – 3. La "pacifica convivenza" dell'accesso informatizzato con la nozione di accesso tradizionale. – 4. Procedimento digitale e diritto ad una buona amministrazione europea. Il rafforzamento delle garanzie delle libertà individuali e collettive.

1. Procedimento amministrativo e "cittadinanza digitale"

La legge regionale della Sicilia n. 7/2019 sul procedimento amministrativo – abrogativa della legge regionale n. 10/1991¹ – pare aver recepito buona parte delle previsioni del legislatore statale, che dalla legge n. 241/1990 si sono susseguite in materia, ed in particolare con riferimento alle disposizioni previste dal Codice dell'Amministrazione Digitale - C.A.D. (d.lgs. n. 82/20059); dal Decreto Trasparenza (d.lgs. n. 33/2013); dalla Legge Madia (l. n. 124/2015), nonché dal d.lgs. n. 97/2016 sul *Freedom of Information Act* (FOIA).

Con la normazione del 2019, il legislatore regionale siciliano ha deciso (finalmente) di incidere (anche) *digitalmente* sul procedimento amministrativo al fine di dare concretezza e uniformità al lento ma progressivo sviluppo economico del nostro Paese che, dal 2005 – a motivo della sempre più incipiente crisi economico-finanziaria che ha colpito il nostro Stato ma, a ben vedere, il sistema-Europa – ha dovuto fare di necessità virtù, attuando una non più rinviabile modernizzazione del sistema, poggiata sulla *semplificazione del procedimento* e, appunto, sulla *digitalizzazione* di quest'ultimo².

Nel presente lavoro, mi soffermerò proprio su quest'ultimo rilevante aspetto, osservando subito come già l'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990 – così come modificata dalla l. n. 15/2005 – avesse già autorizzato e implicitamente incoraggiato l'utilizzo dei mezzi e dei documenti telematici, grazie all'incessante avvento delle tecnologie e dell'informazione e della comunicazione (*ICT*), spingendo sempre più verso la realizzazione della semplificazione dell'azione amministrativa per l'avvicinamento del *cittadino digitale* alla P.A.³

La Regione siciliana, a distanza di quasi quindici anni dall'ultima legge citata, ha adeguato il procedimento amministrativo alla evoluzione tecnologica, reclamata a più riprese dall'U.E., aprendosi così fattivamente all'*E-Government*.

Digitalizzazione che ha comportato un sensibile cambiamento dello spirito della legge sul procedimento amministrativo. Il modello storico di articolazione degli uffici – tipicamente, *front-office* e *back office*⁴ – e dei procedimenti – in larga parte svolta su supporti fisici, cartacei, da

¹ Che, però, continuerà ad applicarsi ai procedimenti iniziati in data anteriore all'entrata in vigore della nuova legge.

² Si consideri che molti dei numerosi provvedimenti che dagli anni '90 in poi hanno man mano integrato e modificato la l. n. 241/1990 riguardano il tema della "*semplificazione burocratica*", dello "*sviluppo economico*" e della "*digitalizzazione*".

³ Sul tema si vedano S. DETTORI, *Articolo 3 bis. Uso della Telematica*, in N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino 2005, 173 ss. e F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 242 ss.

⁴ Si pensi alla nuova inter-operabilità interna tra le varie amministrazioni, con conseguenziale scambio veloce di informazioni per via telematica (ad es., condivisione di bandi di gara, certificazioni conformative di beni, di qualità o di fatti rilevanti al fine della decisione, etc...), o all'obbligatorietà della posta elettronica (anche) per lo scambio interno

sempre modello operativo tradizionale della P.A. – con l'attuazione del sistema informativo digitale, ha mutato senso ed efficacia. Si è così resa possibile la gestione delle azioni, dei flussi e degli effetti conseguenti (ad es., la pubblicazione o la trasmissione telematica a seguito dell'adozione di un provvedimento), anche in modalità automatizzata, comprensiva di controlli e autorizzazioni⁵. Non si tratta, dunque, solo dell'introduzione di una nuova "modalità" con la quale si manifesta oramai l'agire amministrativo, ma di un nuovo *modo di essere* del procedimento che ha cambiato in radice il modello funzionale della P.A.

Influenza tecnologica che ha, a cascata, fatto sì che molte azioni di dialogo tra cittadino e amministrazione siano state oramai rese obbligatorie: si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla fatturazione elettronica; al processo telematico con obbligo di deposito degli atti processuali e di causa presso i competenti tribunali; all'iscrizione universitaria e, oramai, per moltissimi Atenei, all'obbligo di verbalizzazione degli esami, e di svolgimento *on-line e off-line* delle lezioni e delle sessioni di laurea. D'altronde, l'attuale terribile pandemia da COVID-19 che tutti i Paesi stanno vivendo, e particolarmente l'Italia, ha drasticamente (e definitivamente) convinto a ritornare sui propri passi chi riteneva, ancora, rinviabile siffatto processo evolutivo.

Cittadinanza digitale che non implica solo diritti ma anche doveri, stante che l'obbligatorietà di essa impone allo Stato di permettere a tutti i cittadini di superare il *digital divide*⁶, attuando una seria (e dispendiosa) politica socio-economica di abbattimento delle barriere informatiche⁷, pena la frustrazione della riforma legislativa nelle proprie aspettative, con precise ricadute negative sui diritti, anche costituzionalmente garantiti, dei cittadini, e violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A.⁸

Procedimento amministrativo telematico che, com'è noto, deve essere giusto⁹, quale sequenza ordinata di atti che vanno dalla fase dell'iniziativa partecipativa telematica (che non esclude anche quella materiale, fisica) allo svolgimento dell'istruttoria, sino all'obbligo di motivazione razionale del provvedimento finale e della sua integrazione dell'efficacia.

Il legislatore, com'è altrettanto noto, anziché inserire le norme digitali specifiche riguardanti il procedimento amministrativo all'interno dei testi tradizionali, ha preferito adottare testi speciali, dedicati alla particolarità della disciplina¹⁰, come specificamente fatto a partire dalla promulgazione del già richiamato *Codice dell'Amministrazione Digitale* del 2005 che (fra le diverse norme) espressamente prevede che le pubbliche amministrazioni "*favoriscono ogni forma di uso*

della documentazione o, ancora, alla formazione del personale, ad es., tramite FAD per un migliore e più rapido assolvimento delle loro mansioni.

⁵In tal senso, il successivo d.lgs. n. 179/2016, modificando l'art. 41 del Codice dell'Amministrazione Digitale, ha con efficacia contornato questo fondamentale cambiamento intervenuto all'interno della P.A.

⁶Sul tema si veda M. MANCARELLA, *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento 2009, in partic. 234.

⁷Esula dalla presente trattazione (e, pertanto, non verrà trattato) il tema, pur di grande importanza, dell'esistenza o meno di un vero e proprio diritto di accesso ad internet quale diritto sociale della cittadinanza. A tal proposito si rimanda, almeno, ad G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 367 ss.; P. COSTANZO P., *Internet (diritto pubblico)*, *Digesto*, 2000; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli 2012; F. DONATI, *Internet (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, 2014, 532 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in *Libertè, Egalità Internet*, Napoli 2015; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari 2015; O. TANZARELLA, *Accesso ad Internet: verso un nuovo diritto sociale?* sul sito del Gruppo di Pisa (<http://www.gruppodipisa.it/>)5, 2012.

⁸Emblematici, in tal senso, appaiono i Pareri del Cons. St. nn. 785/2016 e 2122/2017.

⁹Sull'avvenuta acquisizione del rango costituzionale del giusto procedimento, si rimanda, se si vuole, al mio lavoro monografico su *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, Napoli 2019.

¹⁰Sul tema, si vedano J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. Del feder.*, 3, 2019, 619 ss., in partic., 628 e B. CAROTTI., *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. ammin.*, 5, 2015, 625 ss.

delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo...di forme di consultazione preventiva per via telematica...¹¹.

Maggior parte dei principi appena richiamati che, nell'essenza, non sono altro che rielaborazioni dei tradizionali principi costituzionali largamente indagati e utilizzati nel nostro ordinamento e in quello sovranazionale e adesso applicati al mondo digitale con *strumenti* indiscriminatamente aperti a "*chiunque...anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo*"¹².

2. La P.A. quale "casa di vetro": il contributo offerto dalla "trasparenza digitale".

La l. reg. siciliana n. 7/2019, sin dal suo primo articolo richiama al proprio interno la nozione di *trasparenza*, quale principio generale che informa l'intera attività amministrativa regionale, degli enti, istituti e aziende dipendenti dalla Regione e/o comunque sottoposti a controllo, tutela o vigilanza della medesima, degli enti locali territoriali e/o istituzionali nonché degli enti, istituti e aziende da questi dipendenti o comunque sottoposti a controllo, tutela o vigilanza.

In particolare, per quanto d'interesse specifico per il presente lavoro, l'art. 34 sulla "*pubblicità degli atti*" obbliga espressamente la P.A. di provvedere alla pubblicazione "*in un'apposita sezione del portale web dedicata alla trasparenza, dell'elenco aggiornato di tutte le aziende erogatrici di beni e servizi presso l'ente medesimo*".

Riprendendo la fortunata definizione dell'Esposito, possiamo sostenere che l'amministrazione come *casa di vetro*¹³ si attua con maggiore sicurezza e velocità grazie alla sua graduale digitalizzazione.

In tal senso, il d.lgs. n. 150/2009, in materia di efficienza e trasparenza delle PP.AA., cui la l. reg. n. 7/2019 pare informarsi, ha realizzato una rivoluzione copernicana, atteso che la partecipazione

¹¹ Art. 9 della l. n. 82/2005, così come modificata dall'art. 10 della l. n. 179/2016. Sul CAD, si veda in generale, E. Carloni (a cura di), *Codice dell'Amministrazione digitale*, Rimini 2005.

¹² Così l'art. 3 del d.lgs. n. 82/2005, come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 217/2017. In tal senso, per la giurisprudenza amministrativa, si vedano TAR Campania, sent. n. 850/2017 e TAR Puglia, sent. n. 647/2017. Particolarmente, si veda TAR Lazio, sent. n. 7326/2018 anche con riferimento, sul piano procedurale, ai casi di diniego, totale o parziale, all'accesso o, ancora, in caso di mancata risposta da parte dell'amministrazione, dove allo scadere del termine per provvedere - contrariamente a quanto dispone la legge 241/1990 - non si forma silenzio rigetto, ma il cittadino può attivare la speciale tutela amministrativa interna davanti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza formulando istanza di riesame, alla quale deve essere dato riscontro entro i termini normativamente prescritti. Procedura di tutela amministrativa interna che trova radice proprio nell'esigenza di assicurare al cittadino una risposta, chiara e motivata, attraverso uno strumento rapido e non dispendioso, con il coinvolgimento di un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che svolge un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina di prevenzione della corruzione e nell'attuazione delle relative misure. L'assenza di una tipizzazione legislativa del silenzio, infatti, implica l'onere per l'interessato di contestare l'inerzia dell'amministrazione attivando lo specifico rito di cui all'art. 117 c.p.a. e, successivamente, in ipotesi di diniego espresso, ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a. Con riferimento allo specifico tema del rapporto tra l'appena citato art. 117 e l'art. 31 del Codice del Processo Amministrativo, si veda G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium Iuris*, 2012, 997 ss. Di recente e sempre per la dottrina, più in generale sullo specifico rapporto tra l'accesso civico e il silenzio amministrativo, si veda F. LOMBARDI, *L'inerzia della p.a. a fronte di richieste di accesso civico. Un nuovo rito per il silenzio-inadempimento?* In *Ist. del feder.*, 3, 2019, 801 ss.

¹³ C. ESPOSITO, *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954.

attiva del cittadino viene soddisfatta dalla estensione del principio della trasparenza che dai singoli procedimenti si sposta in modo globale sulla funzione amministrativa¹⁴.

Trasparenza digitale che è funzionale alla realizzazione di una *buona amministrazione digitale*, sintesi virtuosa tra l'*Open-Government* e l'*E-Government*, dando piena attuazione al principio democratico ed ai principi costituzionali di efficienza, di economicità, di efficacia, di pubblicità, di imparzialità della P.A. Trasparenza che guida l'amministrazione verso la conoscibilità e la diffusione delle informazioni e dei dati di cui è in possesso, in un'ottica di massima fruibilità dei servizi da parte del cittadino¹⁵.

A tal proposito, l'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 espressamente sancisce che la trasparenza *"concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione, essendo essa "condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali"*. Così intesa, essa non può che integrare quel diritto ad una buona amministrazione più volte richiamata dal diritto dell'U.E. che concorre alla realizzazione di un'amministrazione non solo *"aperta"* ma anche posta al servizio del cittadino.

Trasparenza amministrativa avvalorata ulteriormente dal d.lgs. n. 97/2016 sul *Freedom of Information Act (FOIA)*¹⁶ – recante disposizioni per la revisione e la semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e di pubblicità e trasparenza delle pubbliche amministrazioni – basato sulla possibilità di chiunque di accedere alle informazioni detenute dalle autorità pubbliche per le quali esiste l'obbligo di pubblicazione.

Principio che non fa venir meno la tutela della *riservatezza*, dovendosi escludere dall'obbligo di pubblicazione tutti quei dati sensibili *"assoggettati ad una disciplina di maggior rigore e con più ampie garanzie a tutela dei diritti dell'interessato"*¹⁷. Sul punto va segnalato come in apparente controtendenza con la massima estensione della pubblicità dei dati *online*, si collochi la recente sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittima la disposizione che aveva esteso a tutti i dirigenti pubblici gli obblighi di pubblicazione previsti per i titolari di incarichi politici. Nel caso specifico, si trattava della pubblicazione dei compensi percepiti per lo svolgimento dell'incarico e dei dati patrimoniali ricavabili dalla dichiarazione dei redditi da apposite intestazioni sui diritti reali sui beni immobili e mobili iscritti in pubblici registri, sulle azioni di società e sulle quote di partecipazione e società: dati che, invece, in base alla disposizione censurata, dovevano essere diffusi attraverso i siti istituzionali e potevano essere trattati secondo modalità che ne avessero consentito l'indicizzazione, la rintracciabilità tramite i motori di ricerca *web* e anche il loro utilizzo.

Orbene, la digitalizzazione di pressoché ogni aspetto della vita individuale e collettiva dei soggetti rende centrale, nella maggior parte delle politiche pubbliche, il necessario bilanciamento tra la protezione dati e molteplici interessi giuridici in gioco, al fine di realizzare quella funzione sociale cui allude il *Regolamento 2016/679/UE*, laddove afferma che *"il diritto alla protezione dei*

¹⁴ Sul tema si vedano, almeno, L. CALIFANO - C. COLAPIETRO, *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli 2014; C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, Napoli 2016, 73 ss. e A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, su *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 17, 2013.

¹⁵Cfr. S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, in *Giornale di storia costituzionale* (<http://www.storiacostituzionale.it/index.html>), 31, 2016, 185 ss.

¹⁶ Su di esso si veda M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. ammin.*, 5, 2016. Provvedimento che ha modificato la legge anticorruzione (l. n. 190/2012) incidendo, in particolare, sulle disposizioni relative al Piano nazionale anticorruzione, e ai piani per la prevenzione della corruzione predisposti dalle singole amministrazioni.

¹⁷ Sul punto, cfr. Parere del Garante del 7 febbraio 2013.

dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità", espressivo della natura non tiranna di tale diritto – da coniugare di volta in volta con gli altri diritti fondamentali coinvolti – e rispettoso dell'oramai consolidato fulcro della giurisprudenza della CGE in materia¹⁸. Non a caso, i *Pareri* richiesti al Garante dal legislatore¹⁹ hanno sinora avuto come oggetto prevalente proprio il rispetto del canone di proporzionalità nel bilanciamento tra la riservatezza e gli interessi che di volta in volta vengono in rilievo.

Fittamente s'intrecciano, dunque, i principi di *proporzionalità, pertinenza e non eccedenza*, in virtù dei quali deroghe e limitazioni alla tutela della riservatezza dei dati devono operare nei limiti dello "*stretto necessario*", essendo indispensabile identificare le misure che incidano nella minor misura possibile sul diritto fondamentale. Pertanto, le nuove istanze rappresentate al legislatore riguardano un *nuovo bilanciamento* tra protezione dati e gli altri interessi giuridici, all'interno di un terreno nel quale risultano in connessione – e talvolta anche in visibile tensione – diritti e principi fondamentali: da una parte, il più volte richiamato *diritto alla riservatezza* dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata²⁰ che, nella nostra Carta, discende (anche) dall'art. 2, come riconosciuto a più riprese e in relazione a molteplici ambiti di disciplina dalla stessa giurisprudenza costituzionale²¹, e che incontra specifica protezione nelle varie norme europee e convenzionali; dall'altra parte, con eguale rilievo, i *principi di pubblicità e trasparenza*, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico, ex art. 1 Cost., a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione²².

Su tale sentiero si staglia l'appena citata sent. n. 20/2019 della Consulta laddove ha statuito che la legittima esigenza di controllo sulla gestione della cosa pubblica non può sfociare nella mera curiosità. Dovendosi pure considerare come la diffusione indiscriminata dei dati *online* dei soggetti coinvolti nell'attività dei pubblici poteri, unitamente alla temporalmente illimitata permanenza sul *web* dei dati inseriti, rischia di produrre "*un affievolimento, se non addirittura un vero e proprio vulnus, di altri valori primari costituzionalmente protetti*"²³, quali il diritto alla riservatezza ed alla dignità delle persone, in virtù di una fuorviante applicazione del principio di trasparenza amministrativa finendo, come un *boomerang*, per ritorcersi contro i soggetti che, invece, si voleva tutelare: i cittadini.

Ecco, allora, che la sent. n. 20/2019, sotto siffatto profilo, sembra rappresentare, almeno al momento, la chiusura del cerchio di quel percorso evolutivo compiuto dalla trasparenza amministrativa, cominciato col superamento della segretezza quale principale forma di esercizio del potere e giunto ad un sempre più penetrante controllo da parte del cittadino, che scopriamo essere funzionale sì a un controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma non illimitato.

L'incessante evoluzione normativa sul tema e l'ultimo arresto giurisprudenziale sembrano riflettere il mutamento culturale e sociale che di volta in volta ridonda nella percezione del rapporto tra autorità e libertà, non potendosi rinvenire nella Carta alcun fondamento "*dei principi di supremazia della pubblica amministrazione e dell'autorità dei suoi atti*", atteso che la detta

¹⁸ Sul tema si vedano O. POLLICINO - F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale* (www.agendadigitale.eu), 5 febbraio 2019.

¹⁹ In attuazione dello specifico obbligo stabilito dal Regolamento 2016/679 e dalla direttiva 2016/680.

²⁰ In tal senso si veda la risalente nel tempo sent. della Corte cost., n. 366/1991.

²¹ Sentt. nn. 366/1991, 81/1993, 135/2002, 372/2006, 173/2009.

²² Corte cost., sentt. nn. 212/2017, 69/2018, 177/2018.

²³ C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, cit., 89.

autorità, per adempiere fedelmente al proprio ruolo, deve essere sempre subordinata ai principi di libertà-legalità²⁴.

Né, sotto diverso profilo, minor rilievo attiene alla *qualità* ed alla *modalità* mediante le quali le informazioni vengono rese pubbliche e che devono soddisfare i requisiti di completezza ed omogeneità delle informazioni rese nonché di tempestività nella pubblicità della notizia e di adeguatezza temporale della detta pubblicazione al fine di convenientemente raggiungere la finalità. Sotto tale profilo, il digitale esige la predisposizione di specifiche regole, nel rispetto del costituito principio di legalità²⁵, sussistendo uno stretto nesso tra i principi della digitalizzazione e la tipologia di fonti del diritto utilizzabili a tutela dei cittadini digitali e della stessa P.A.

Come si è affermato sin dai tempi di prima attuazione della l. n. 241/1990, la trasparenza è (e resta) valore-chiave in grado di risolvere uno dei problemi di fondo della pubblica amministrazione italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Essa può essere riguardata come un valore immanente dell'ordinamento, quale "*modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri*"²⁶, parametro cui commisurare l'azione delle figure soggettive pubbliche.

Se l'interesse pubblico – inteso tecnicamente come 'causa' dell'atto (e del potere) amministrativo – non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, costituendo in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della Comunità, occorre allora rendere visibile il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell'atto, nonché rendere conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, nonché le risorse utilizzate. Ciò al fine di realizzare l'aspirazione a una democrazia intesa come *regime del potere visibile*.

In tal modo la nozione di trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche quale strumento ordinario e primario di (ri)avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni della, più volte citata, *casa di vetro*, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dal già richiamato art. 2 Cost., che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri.

In buona sostanza, la trasparenza viene a configurarsi, ad un tempo, sia come mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali, sia come obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa. In ciò non potendosi prescindere dal virtuoso reclutamento del personale operante nella P.A., da adeguatamente motivare verso i temi dell'etica e della legalità nonché nella specializzazione tecnico-giuridica-informatica delle professionalità di cui il mondo globalizzato non può più fare a meno²⁷.

3. La "pacifica convivenza" dell'accesso informatizzato con la nozione di accesso tradizionale.

Con riferimento, poi, all'accesso ai documenti amministrativi, la l. reg. 7/2019 vi dedica il Titolo V, facendo rimando in larga parte agli artt. 22, 23, 24 e 25 della l. n. 241/1990, altresì prevedendo

²⁴ A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quad. fior.*, 17, 1988, 596 ss.

²⁵ Sul punto, cfr. E. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2015, 227 ss. Tematica, quest'ultima, correttamente ripresa da S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, cit., in partic. 195 ss.

²⁶ Così, Cons. St., Parere n. 515/2016.

²⁷ Sul tema, in generale, si veda R. ROSE, *L'espansione della sfera pubblica*, Bologna 1984.

nei rapporti tra amministrazioni, all'art. 18 la possibilità di utilizzo dell'accesso telematico anche in occasione della "conferenza semplificata".

L'accesso digitale sembra realizzare più marcatamente il rapporto paritario tra P.A. e cittadino, implicando un potere di controllo di quest'ultimo in forma diffusa grazie alla facilitazione all'accesso documentale, venendosi così a radicare in capo al privato una posizione qualificata alle informazioni della P.A.²⁸ Attività di controllo, si badi, che è da considerare integrativa e non sostitutiva delle forme tradizionali di legittimazione disciplinate dal sistema elettorale o dal controllo giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi²⁹.

In altri termini, accesso alla funzione amministrativa e realizzazione del principio di trasparenza della funzione, realizzano la partecipazione attiva del cittadino, capace finalmente di influenzare più in profondità le scelte dell'amministrazione. Ciò è talmente vero che su questa stessa scia il legislatore, al fine di contrastare l'illegalità e la corruzione, tramite il *d.lgs. n. 33/2013* sul "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" - più sinteticamente noto come *Codice della trasparenza delle PP.AA.* - ha già da tempo aumentato i poteri del cittadino, dotandolo di un maggiore controllo mediante sempre più pervasivi obblighi di pubblicità imposti alla P.A.³⁰, in attuazione, peraltro, di quanto previsto dalla legge anticorruzione n. 190/2012.

Codice della Trasparenza che individua un'ampia serie di documenti e di atti la cui pubblicazione costituisce un obbligo da parte delle pubbliche amministrazioni, quali quelli relativi all'organizzazione e all'attività delle stesse all'uso delle risorse pubbliche³¹, alle prestazioni offerte e ai servizi erogati. I documenti, le informazioni ed i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria sono divulgati per un periodo di cinque anni e comunque fino a che producono i loro effetti e per renderli accessibili, sono pubblicati in una apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente" nella *home-page* dei siti istituzionali di ciascuna amministrazione³².

²⁸ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 8, 2013, in partic., 3. Nonostante l'accostamento nozionistico che talora si fa tra il diritto di accesso civico e il diritto di accesso ex artt. 22 e segg. l. n. 241/1990, tra le due nozioni vi sono sensibili differenze. Quest'ultimo presuppone la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso ed è soddisfatto consentendo all'interessato di prendere visione o estrarre copia del documento. Il diritto di accesso civico non presuppone, invece, la titolarità di alcun interesse giuridicamente differenziato, bensì l'omesso soddisfacimento di un dovere di pubblicazione, venendo soddisfatto mediante la comunicazione delle informazioni al pubblico e non al solo richiedente. Da un lato, esso si ricollega alla tutela dei diritti di conoscenza e uso, che spettano a chiunque; dall'altro, opera come garanzia di un interesse pubblico alla conoscibilità di un'informazione, a fronte della violazione del dovere istituzionale di divulgarla da parte dell'organismo competente. Sul punto, M. MASSA, *La trasparenza come diritto e il "diritto di accesso civico"*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), 24.3.2013.

²⁹ In tal senso, cfr. A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari 2012, 71 ss.

³⁰ In generale sul diritto di accesso e le sue origini, si vedano l'interessante saggio di P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d. lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale*, ne *Istituzioni del federalismo*, 2013, 692 ss. e di R. TARCHI, *Il diritto di accesso nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli 2012, 141 ss. Con riferimento, invece, ai risvolti benefici del diritto di accesso verso la lotta alla corruzione, si veda il lavoro, denso di spunti critici, di B. G. MATTARELLA *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2, 2013, 123 ss.

³¹ Compresa le informazioni sugli immobili posseduti e della gestione del patrimonio.

³² Alla scadenza del termine di durata, i documenti restano comunque disponibili in sezioni di archivio. E, *incidenter tantum*, va annotato come sia stata prevista una clausola di adeguamento alle disposizioni sulla trasparenza per le autorità indipendenti nell'ambito dei rispettivi ordinamenti. In ottemperanza a tale disposizione, hanno provveduto ad adeguare i propri regolamenti sugli obblighi di pubblicità e trasparenza relativi all'organizzazione e all'attività: il Garante per la protezione dei dati personali (delib. n. 380/2013); la Commissione di garanzia dell'attuazione della

Il citato Codice introduce, inoltre, la nozione di accesso civico, quale diritto di chiunque di richiedere alle pubbliche amministrazioni i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, nei casi in cui questa sia stata omessa. A differenza del diritto di accesso agli atti di cui alla l. n. 241/1990, la richiesta di accesso civico non è più sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non deve essere motivata³³. Si supera, dunque, lo sbarramento dell'interesse concreto ed attuale per l'accesso agli atti, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e che riguarda tutti i dati e i documenti detenuti dalle PP.AA.³⁴ Ciò non autorizzando, tuttavia, all'attuazione di uno sconfinamento in una sorta di *eccesso di accesso*, nel senso che, per quanto la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente egoistico, bizzarro o peggio ancora emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze poste alla base dell'introduzione dell'istituto.

Detto diversamente, la valorizzazione dell'accesso indiscriminato da parte di tutti i soggetti possibili verso la P.A., a prescindere da un loro (anche solo) ipotetico interesse, pare aver influito sulla stessa nozione di trasparenza realizzata tramite obblighi di pubblicazione di singoli atti anziché tramite una regola generale sul dovere di pubblicità³⁵, parlandosi a tal proposito di "mutazione genetica" della nozione: *"In sostanza, tutti i cittadini hanno diritto di chiedere e ottenere che le P.A. pubblichino atti, documenti e informazioni che detengono e che, per qualsiasi motivo, non hanno ancora divulgato"*³⁶.

Ed è su tale solco che pare stagliarsi la l. n. 124/2015, c.d. "Riforma Madia", che è andata ad incidere, sotto diversi profili, sulla l. n. 241/1990³⁷, con lo scopo di attuare il riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica – da parte di qualunque soggetto ed indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti – ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni³⁸, salve limitate eccezioni.

In particolare, con l'art. 1 della detta legge, intitolato *"Carta della cittadinanza digitale"*, il Governo è stato invitato ad adottare, in materia di erogazione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, uno o più decreti legislativi atti a modificare o integrare il già visto d.lgs. n. 82/2005 riguardante il C.A.D., con la finalità di garantire agli amministrati il diritto di accesso in

legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (reg. 9 settembre 2013); l'ANAC (delib. n. 74/2013); la Consob (delib. n. 18751/2013); la Banca d'Italia (provv. 25 marzo 2014).

³³ Per completezza, va detto che per assicurare l'attuazione delle misure di trasparenza sono stati previsti due tipi di vigilanza, a livello diffuso e a livello centrale. In relazione al primo aspetto, ogni amministrazione deve individuare un responsabile per la trasparenza, che di norma coincide con il responsabile per la prevenzione della corruzione previsto dalla l. n. 190/2012. A livello centrale, il controllo è affidato all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) che è titolare di poteri ispettivi nei confronti delle singole amministrazioni e può ordinare l'adozione o la rimozione di atti e comportamenti da parte delle stesse. L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione ed è valutato ai fini della retribuzione di risultato e del trattamento economico accessorio collegato alle performance dei dirigenti.

³⁴D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2.3.2016.

³⁵C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, cit., 75.

³⁶ Così si leggeva nel *Comunicato* del Consiglio dei Ministri del 22.01.2013.

³⁷ Per una disamina analitica di tali modifiche, si veda F. PERRONE, *Il procedimento amministrativo dopo la Legge n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia)*, su *amministrativ@mente* (<http://www.amministrativamente.com/index.php/formez>), 11-12, 2017, in partic. 7 ss.

³⁸ Portata innovativa che è stata, per così dire, "attenuata" dalla sent. della Corte cost. n. 251/2016 che ha dichiarato incostituzionali diversi punti della legge delega.

modalità digitale a tutti i dati, i documenti e i servizi alla persona, riducendo, conseguentemente, la necessità del loro accesso fisico presso gli uffici pubblici. Siffatta norma ha comportato, pertanto e per quanto qui di interesse, due modifiche di fondo alla l. n. 241/1990: una riguardante il procedimento amministrativo e l'altra il diritto di accesso, trasposti dalla dimensione immanente a quella digitale, considerando quest'ultima opzione quella da preferire (*digital first*), mitigando così la rigidità dello *switch off* che il C.A.D. esigeva verso l'esclusività del digitale e che diversi guasti e inceppamenti aveva provocato (soprattutto in virtù della rigida tempistica), non solo all'interno delle PP.AA. ma anche nei rapporti coi cittadini che ancora non si erano riusciti ad adeguare all'avviata rivoluzione.

D'altronde, non è semplice districarsi nelle varie successioni normative così velocemente intervenute rispetto all'atavico ritardo del legislatore considerando, ad es., come ad oggi, coesistono nel nostro ordinamento ben tre figure distinte di accesso agli atti: due disciplinate dal d.lgs. n. 33/2013 (l'accesso civico per mancata pubblicazione dei dati, ex art. 5, comma 1 e l'accesso civico generalizzato, ex art. 5, comma 2, inteso come accessibilità totale ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (FOIA) ed una (per così dire, originaria e più restrittiva) disciplinata dagli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990: *"L'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241 è riferito, invece, al "diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi", intendendosi per "interessati...tutti i soggetti...che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"*³⁹. Figure, dunque, tra loro distinte e non generanti conflitti, in virtù della diversa natura giuridica dei diversi istituti.

La l. reg. siciliana 7/2019, all'art. 32, sembra recepire espressamente proprio quest'ultimo più limitativo diritto di accesso verso il privato – vantabile, come detto, solo da coloro che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale – rivelandosi la compiuta scelta, però e sotto un diverso profilo, più benefica sotto il profilo finanziario, in quanto meno generatrice di costi, andando a impattare positivamente sul rispetto della c.d. *"invarianza finanziaria"*.

In casu, nel difficile bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti negli atti e il dovere di pubblicità cui è tenuta la P.A., ritengo che la novella normativa portata dalla l. reg. n. 7/2019, abbia comunque positivamente contribuito sia a creare un rinnovato rapporto di fiducia tra P.A. e cittadino, sia ad avvalorare il principio di legalità, arginando in via preventiva la possibile corruzione.

4. Procedimento digitale e diritto ad una buona amministrazione europea. Il rafforzamento delle garanzie delle libertà individuali e collettive.

L'apertura verso il mondo digitale pare essere frutto di un nuovo modo d'intendere il perseguimento delle funzioni istituzionali nonché di utilizzo delle risorse pubbliche per il bene del cittadino (in particolare) e dell'interesse pubblico (in generale), qualificandosi quale condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, espressione di quel *diritto alla buona amministrazione* di matrice sovranazionale, affermato dall'art. 41 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che rappresenta una via obbligata per aggiornare il nostro catalogo dei diritti e doveri⁴⁰.

³⁹Cons. Stato, dec. n. 5515/2013 e, più di recente, si legga il punto 10 della sent. n. 7326/2018 del TAR Lazio, già cit.

⁴⁰ Non dimenticandosi il successivo art. 42 della stessa Carta, che riconosce il diritto di accesso agli atti delle istituzioni dell'Unione in termini più ampi, ma comunque secondo principi e con limiti determinati dalle dette istituzioni. Sul punto, si veda l'art. 15, par. 3, TFUE, richiamato nelle "spiegazioni" relative alla Carta.

Riconoscimento del *diritto ad una buona amministrazione* in capo a ciascun individuo che ha assunto, dopo la costituzionalizzazione del diritto amministrativo europeo attraverso il Trattato di Lisbona del 2009⁴¹, il ruolo di fonte di garanzie essenziali nell'ambito del procedimento⁴²: Carta che possiede *in nuce* un'impronta tipicamente costituzionale⁴³.

Art. 41 CDFUE che – non pare superfluo ricordarlo – rappresenta nel sistema delle fonti europee il canone fondamentale al quale gli Stati-membri devono attenersi per valutare la conformità della disciplina procedimentale al parametro del diritto dell'U.E.⁴⁴

La codificazione tra i diritti fondamentali della persona di un diritto a carattere amministrativo (*i.e.*: procedural-amministrativo) come il diritto ad una buona amministrazione con il suo apparato di garanzie – che si aggiunge al contenuto classico della cittadinanza politica e concorre alla creazione di una *cittadinanza amministrativa europea* – può considerarsi un'innovazione storica nel panorama giuridico dell'Unione⁴⁵. E se ciò è vero, allora, non tutto dell'abortita *Costituzione per l'Europa*, sembra essersi perduto. D'altronde, è ben noto come i diritti fondamentali della persona facciano parte dei principi generali del diritto dell'Unione, di cui la Corte di Giustizia ne garantisce l'osservanza: emblematica restando, in tal senso, la temporalmente risalente *sentenza Stauder*⁴⁶. Ecco, allora, il nuovo ruolo assunto dalla "buona amministrazione": da essenziale principio organizzativo e funzionale al quale è chiamata a conformarsi l'autorità pubblica, assume adesso una ben precisa posizione giuridica, protetta dall'ordinamento e direttamente riconosciuta all'individuo.

Rivendicazione dei diritti fondamentali da parte dell'individuo, sia come singolo sia come gruppo, nei confronti della burocrazia che era da considerare impensabile nella tradizione giuridica italiana, sin da quando lo Stato, quale apparato burocratico, era dotato di un potere sovrano e centralizzato che considerava i cittadini-sudditi, subalterni agli interessi dello Stato apparato.

La limitazione della divisione del potere, quale portato del costituzionalismo, è stato il primo passo per l'elaborazione di una cultura delle libertà, rivendicando un insieme di *nuovi diritti* che si caratterizzano per l'essere dimensionati non più sulle classi sociali bensì sugli individui, prescrivendone il rispetto tanto ai soggetti pubblici quanto a quelli privati. Conquista che, com'è noto, cronologicamente si è originata dalla concezione individualistica secondo la quale ogni indagine sui diritti non poteva che muovere dall'individuo – che rivestiva un valore *in sé e per sé* e preesisteva allo Stato – da intendere quale apparato funzionale all'individuo medesimo. Sino ad arrivare al superamento dell'ideologia borghese in cui si affermarono le cc.dd. libertà negative,

⁴¹ M.P. CHITI, *Il diritto amministrativo europeo*, cit., 239; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002.

⁴² A. BARBERA, *La Carta dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 241; R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2001, 285; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2008, 240 ss. Si badi bene che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le questioni pubblicistiche e in particolare quella amministrativa erano state considerate come disciplinate da fonte di tipo derivato, implicando un continuo bilanciamento tra autorità nazionali e regolamentazione sovranazionali.

⁴³ F. SANTINI, *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 2002, 1792. Per un commento in chiave critica, si veda L. PEGORARO, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")*, in *Istit. Del feder.*, 2010, 561 ss.

⁴⁴ E ove si ritenesse – come qualcuno ha sostenuto – che l'art. 41 non si applichi ai Paesi membri, si dovrebbe, comunque, necessariamente riconoscere che il suo contenuto, riflettendo quelli che sono anzitutto principi generali del diritto europeo, sia pienamente vincolante anche nelle ipotesi di amministrazione indiretta dell'Unione.

⁴⁵ Così C. CELONE, *Il "nuovo" rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione alla luce dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli 2017, 439 ss.

⁴⁶CGUE, 12.11.1969, 29/69.

ovvero "tutti quei diritti che tendono a limitare il potere dello Stato e a riservare all'individuo o a gruppi particolari una sfera di libertà dallo Stato"⁴⁷.

Libertà negative cui, com'è altrettanto noto, si affiancarono le prime libertà positive, ossia quei diritti che attuarono la trasformazione delle libertà, da libertà *dallo Stato* a libertà *nello Stato*; libertà per mezzo delle quali l'individuo riceve tutela all'interno di un nuovo assetto sociale che impone un aumento delle funzioni amministrative al fine di un migliore soddisfacimento delle istanze provenienti dalla collettività pluralista che esprime bisogni sempre maggiormente differenziati, da ciò discendendo una "compresenza di diritti soggettivi classici e nuovi diritti sociali che, pertanto, postulano un nuovo rapporto con il potere pubblico"⁴⁸.

In tal senso, le Carte sovranazionali hanno contribuito alla formazione di una nuova stagione dei diritti, mostrandosi capaci di superare l'atavica contrapposizione tra autorità e libertà o, per meglio dire, a far prevalere in modo graduale le nuove libertà contro i vecchi poteri, giungendo – tramite sentieri assai diversi – a qualificare la trasparenza amministrativa come un vero e proprio diritto del cittadino⁴⁹.

Su tale virtuoso percorso si colloca la l. reg. 7/2019 che, sin dall'art. 1, richiama i principi della normativa europea cui espressamente dichiara di volersi uniformare: così all'art. 18 sulla Conferenza semplificata; così all'art. 27 sulla SCIA, laddove si prevede che le attività "non espressamente individuate dalla legge e non oggetto di specifica disciplina da parte della normativa dell'Unione europea, statale e regionale non sono soggette a disciplina procedimentale"; o, ancora, all'art. 29, in deroga al principio del silenzio-assenso, nel caso in cui la normativa europea imponga l'adozione di provvedimenti amministrativi espressi: ciò essendo parimenti applicabile, ai sensi del successivo art. 30, anche al silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici.

Ecco, allora, che la l. reg. siciliana, all'interno del mutato assetto costituzionale del nostro Paese, derivante (anche) dalla modifica del Titolo V Cost., si mostra in sintonia con la virtuosa uniformazione della disciplina della normazione dei diversi livelli di governo dei procedimenti amministrativi e fattore di convergenza verso comuni valori partecipativi⁵⁰. Non dimenticando come tra questi ultimi rientri con sempre maggiore cogenza il rispetto della c.d. "funzionalità sostenibile" ancorata ai precetti di economicità voluti dal rispetto dei vincoli della *lex fiscalis* europea⁵¹.

⁴⁷ L. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 26.

⁴⁸ A. ROMEO, *Amministrazione pubblica e diritti fondamentali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 19, 2019, 39.

⁴⁹ In tal senso, cfr. M. MASSA, *La trasparenza come diritto e il "diritto di accesso civico"*, cit. Più in generale si rimanda a D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, ne *La trasparenza amministrativa*, in F. Merloni (a cura di), Milano 2008, 123 ss.

⁵⁰ In tal senso, cfr. F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, cit., 292. Più in generale, si veda M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002, 37 ss.

⁵¹ Sul punto cfr. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna 2016, 423.

LUCA PEDULLÀ

La timida apertura della legge regionale siciliana n. 7/2019 all'amministrazione digitale

SOMMARIO: 1. Procedimento amministrativo e "cittadinanza digitale". – 2. La P.A. quale "casa di vetro": il contributo offerto dalla "trasparenza digitale". – 3. La "pacifica convivenza" dell'accesso informatizzato con la nozione di accesso tradizionale. – 4. Procedimento digitale e diritto ad una buona amministrazione europea. Il rafforzamento delle garanzie delle libertà individuali e collettive.

1. Procedimento amministrativo e "cittadinanza digitale"

La legge regionale della Sicilia n. 7/2019 sul procedimento amministrativo – abrogativa della legge regionale n. 10/1991¹ – pare aver recepito buona parte delle previsioni del legislatore statale, che dalla legge n. 241/1990 si sono susseguite in materia, ed in particolare con riferimento alle disposizioni previste dal Codice dell'Amministrazione Digitale - C.A.D. (d.lgs. n. 82/20059); dal Decreto Trasparenza (d.lgs. n. 33/2013); dalla Legge Madia (l. n. 124/2015), nonché dal d.lgs. n. 97/2016 sul *Freedom of Information Act* (FOIA).

Con la normazione del 2019, il legislatore regionale siciliano ha deciso (finalmente) di incidere (anche) *digitalmente* sul procedimento amministrativo al fine di dare concretezza e uniformità al lento ma progressivo sviluppo economico del nostro Paese che, dal 2005 – a motivo della sempre più incipiente crisi economico-finanziaria che ha colpito il nostro Stato ma, a ben vedere, il sistema-Europa – ha dovuto fare di necessità virtù, attuando una non più rinviabile modernizzazione del sistema, poggiata sulla *semplificazione del procedimento* e, appunto, sulla *digitalizzazione* di quest'ultimo².

Nel presente lavoro, mi soffermerò proprio su quest'ultimo rilevante aspetto, osservando subito come già l'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990 – così come modificata dalla l. n. 15/2005 – avesse già autorizzato e implicitamente incoraggiato l'utilizzo dei mezzi e dei documenti telematici, grazie all'incessante avvento delle tecnologie e dell'informazione e della comunicazione (*ICT*), spingendo sempre più verso la realizzazione della semplificazione dell'azione amministrativa per l'avvicinamento del *cittadino digitale* alla P.A.³

La Regione siciliana, a distanza di quasi quindici anni dall'ultima legge citata, ha adeguato il procedimento amministrativo alla evoluzione tecnologica, reclamata a più riprese dall'U.E., aprendosi così fattivamente all'*E-Government*.

Digitalizzazione che ha comportato un sensibile cambiamento dello spirito della legge sul procedimento amministrativo. Il modello storico di articolazione degli uffici – tipicamente, *front-office* e *back office*⁴ – e dei procedimenti – in larga parte svolta su supporti fisici, cartacei, da

¹ Che, però, continuerà ad applicarsi ai procedimenti iniziati in data anteriore all'entrata in vigore della nuova legge.

² Si consideri che molti dei numerosi provvedimenti che dagli anni '90 in poi hanno man mano integrato e modificato la l. n. 241/1990 riguardano il tema della "*semplificazione burocratica*", dello "*sviluppo economico*" e della "*digitalizzazione*".

³ Sul tema si vedano S. DETTORI, *Articolo 3 bis. Uso della Telematica*, in N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino 2005, 173 ss. e F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 242 ss.

⁴ Si pensi alla nuova inter-operabilità interna tra le varie amministrazioni, con conseguenziale scambio veloce di informazioni per via telematica (ad es., condivisione di bandi di gara, certificazioni conformative di beni, di qualità o di fatti rilevanti al fine della decisione, etc...), o all'obbligatorietà della posta elettronica (anche) per lo scambio interno

sempre modello operativo tradizionale della P.A. – con l'attuazione del sistema informativo digitale, ha mutato senso ed efficacia. Si è così resa possibile la gestione delle azioni, dei flussi e degli effetti conseguenti (ad es., la pubblicazione o la trasmissione telematica a seguito dell'adozione di un provvedimento), anche in modalità automatizzata, comprensiva di controlli e autorizzazioni⁵. Non si tratta, dunque, solo dell'introduzione di una nuova "modalità" con la quale si manifesta oramai l'agire amministrativo, ma di un nuovo *modo di essere* del procedimento che ha cambiato in radice il modello funzionale della P.A.

Influenza tecnologica che ha, a cascata, fatto sì che molte azioni di dialogo tra cittadino e amministrazione siano state oramai rese obbligatorie: si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla fatturazione elettronica; al processo telematico con obbligo di deposito degli atti processuali e di causa presso i competenti tribunali; all'iscrizione universitaria e, oramai, per moltissimi Atenei, all'obbligo di verbalizzazione degli esami, e di svolgimento *on-line e off-line* delle lezioni e delle sessioni di laurea. D'altronde, l'attuale terribile pandemia da COVID-19 che tutti i Paesi stanno vivendo, e particolarmente l'Italia, ha drasticamente (e definitivamente) convinto a ritornare sui propri passi chi riteneva, ancora, rinviabile siffatto processo evolutivo.

Cittadinanza digitale che non implica solo diritti ma anche doveri, stante che l'obbligatorietà di essa impone allo Stato di permettere a tutti i cittadini di superare il *digital divide*⁶, attuando una seria (e dispendiosa) politica socio-economica di abbattimento delle barriere informatiche⁷, pena la frustrazione della riforma legislativa nelle proprie aspettative, con precise ricadute negative sui diritti, anche costituzionalmente garantiti, dei cittadini, e violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A.⁸

Procedimento amministrativo telematico che, com'è noto, deve essere giusto⁹, quale sequenza ordinata di atti che vanno dalla fase dell'iniziativa partecipativa telematica (che non esclude anche quella materiale, fisica) allo svolgimento dell'istruttoria, sino all'obbligo di motivazione razionale del provvedimento finale e della sua integrazione dell'efficacia.

Il legislatore, com'è altrettanto noto, anziché inserire le norme digitali specifiche riguardanti il procedimento amministrativo all'interno dei testi tradizionali, ha preferito adottare testi speciali, dedicati alla particolarità della disciplina¹⁰, come specificamente fatto a partire dalla promulgazione del già richiamato *Codice dell'Amministrazione Digitale* del 2005 che (fra le diverse norme) espressamente prevede che le pubbliche amministrazioni "*favoriscono ogni forma di uso*

della documentazione o, ancora, alla formazione del personale, ad es., tramite FAD per un migliore e più rapido assolvimento delle loro mansioni.

⁵In tal senso, il successivo d.lgs. n. 179/2016, modificando l'art. 41 del Codice dell'Amministrazione Digitale, ha con efficacia contornato questo fondamentale cambiamento intervenuto all'interno della P.A.

⁶Sul tema si veda M. MANCARELLA, *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento 2009, in partic. 234.

⁷Esula dalla presente trattazione (e, pertanto, non verrà trattato) il tema, pur di grande importanza, dell'esistenza o meno di un vero e proprio diritto di accesso ad internet quale diritto sociale della cittadinanza. A tal proposito si rimanda, almeno, ad G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 367 ss.; P. COSTANZO P., *Internet (diritto pubblico)*, *Digesto*, 2000; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli 2012; F. DONATI, *Internet (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, 2014, 532 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in *Libertè, Egalità Internet*, Napoli 2015; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari 2015; O. TANZARELLA, *Accesso ad Internet: verso un nuovo diritto sociale?* sul sito del Gruppo di Pisa (<http://www.gruppodipisa.it/>), 2012.

⁸Emblematici, in tal senso, appaiono i Pareri del Cons. St. nn. 785/2016 e 2122/2017.

⁹Sull'avvenuta acquisizione del rango costituzionale del giusto procedimento, si rimanda, se si vuole, al mio lavoro monografico su *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, Napoli 2019.

¹⁰Sul tema, si vedano J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. Del feder.*, 3, 2019, 619 ss., in partic., 628 e B. CAROTTI., *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. ammin.*, 5, 2015, 625 ss.

delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo...di forme di consultazione preventiva per via telematica...¹¹.

Maggior parte dei principi appena richiamati che, nell'essenza, non sono altro che rielaborazioni dei tradizionali principi costituzionali largamente indagati e utilizzati nel nostro ordinamento e in quello sovranazionale e adesso applicati al mondo digitale con *strumenti* indiscriminatamente aperti a *"chiunque...anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo"*¹².

2. La P.A. quale "casa di vetro": il contributo offerto dalla "trasparenza digitale".

La l. reg. siciliana n. 7/2019, sin dal suo primo articolo richiama al proprio interno la nozione di *trasparenza*, quale principio generale che informa l'intera attività amministrativa regionale, degli enti, istituti e aziende dipendenti dalla Regione e/o comunque sottoposti a controllo, tutela o vigilanza della medesima, degli enti locali territoriali e/o istituzionali nonché degli enti, istituti e aziende da questi dipendenti o comunque sottoposti a controllo, tutela o vigilanza. In particolare, per quanto d'interesse specifico per il presente lavoro, l'art. 34 sulla *"pubblicità degli atti"* obbliga espressamente la P.A. di provvedere alla pubblicazione *"in un'apposita sezione del portale web dedicata alla trasparenza, dell'elenco aggiornato di tutte le aziende erogatrici di beni e servizi presso l'ente medesimo"*.

Riprendendo la fortunata definizione dell'Esposito, possiamo sostenere che l'amministrazione come *casa di vetro*¹³ si attua con maggiore sicurezza e velocità grazie alla sua graduale digitalizzazione. In tal senso, il *d.lgs. n. 150/2009*, in materia di efficienza e trasparenza delle PP.AA., cui la l. reg. n. 7/2019 pare informarsi, ha realizzato una rivoluzione copernicana, atteso

¹¹ Art. 9 della l. n. 82/2005, così come modificata dall'art. 10 della l. n. 179/2016. Sul CAD, si veda in generale, E. Carloni (a cura di), *Codice dell'Amministrazione digitale*, Rimini 2005.

¹² Così l'art. 3 del d.lgs. n. 82/2005, come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 217/2017. In tal senso, per la giurisprudenza amministrativa, si vedano TAR Campania, sent. n. 850/2017 e TAR Puglia, sent. n. 647/2017. Particolarmente, si veda TAR Lazio, sent. n. 7326/2018 anche con riferimento, sul piano procedurale, ai casi di diniego, totale o parziale, all'accesso o, ancora, in caso di mancata risposta da parte dell'amministrazione, dove allo scadere del termine per provvedere - contrariamente a quanto dispone la legge 241/1990 - non si forma silenzio rigetto, ma il cittadino può attivare la speciale tutela amministrativa interna davanti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza formulando istanza di riesame, alla quale deve essere dato riscontro entro i termini normativamente prescritti. Procedura di tutela amministrativa interna che trova radice proprio nell'esigenza di assicurare al cittadino una risposta, chiara e motivata, attraverso uno strumento rapido e non dispendioso, con il coinvolgimento di un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che svolge un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina di prevenzione della corruzione e nell'attuazione delle relative misure. L'assenza di una tipizzazione legislativa del silenzio, infatti, implica l'onere per l'interessato di contestare l'inerzia dell'amministrazione attivando lo specifico rito di cui all'art. 117 c.p.a. e, successivamente, in ipotesi di diniego espresso, ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a. Con riferimento allo specifico tema del rapporto tra l'appena citato art. 117 e l'art. 31 del Codice del Processo Amministrativo, si veda G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium Iuris*, 2012, 997 ss. Di recente e sempre per la dottrina, più in generale sullo specifico rapporto tra l'accesso civico e il silenzio amministrativo, si veda F. LOMBARDI, *L'inerzia della p.a. a fronte di richieste di accesso civico. Un nuovo rito per il silenzio-inadempimento?* In *Ist. del feder.*, 3, 2019, 801 ss.

¹³ C. ESPOSITO, *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954.

che la partecipazione fattiva del cittadino viene soddisfatta dalla estensione del principio della trasparenza che dai singoli procedimenti si sposta in modo globale sulla funzione amministrativa¹⁴.

Trasparenza digitale che è funzionale alla realizzazione di una *buona amministrazione digitale*, sintesi virtuosa tra l'*Open-Government* e l'*E-Government*, dando piena attuazione al principio democratico ed ai principi costituzionali di efficienza, di economicità, di efficacia, di pubblicità, di imparzialità della P.A. Trasparenza che guida l'amministrazione verso la conoscibilità e la diffusione delle informazioni e dei dati di cui è in possesso, in un'ottica di massima fruibilità dei servizi da parte del cittadino¹⁵.

A tal proposito, l'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 espressamente sancisce che la trasparenza *"concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione, essendo essa "condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali"*. Così intesa, essa non può che integrare quel diritto ad una buona amministrazione più volte richiamata dal diritto dell'U.E. che concorre alla realizzazione di un'amministrazione non solo *"aperta"* ma anche posta al servizio del cittadino.

Trasparenza amministrativa avvalorata ulteriormente dal d.lgs. n. 97/2016 sul *Freedom of Information Act (FOIA)*¹⁶ – recante disposizioni per la revisione e la semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e di pubblicità e trasparenza delle pubbliche amministrazioni – basato sulla possibilità di chiunque di accedere alle informazioni detenute dalle autorità pubbliche per le quali esiste l'obbligo di pubblicazione.

Principio che non fa venir meno la tutela della *riservatezza*, dovendosi escludere dall'obbligo di pubblicazione tutti quei dati sensibili *"assoggettati ad una disciplina di maggior rigore e con più ampie garanzie a tutela dei diritti dell'interessato"*¹⁷. Sul punto va segnalato come in apparente controtendenza con la massima estensione della pubblicità dei dati *online*, si collochi la recente sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittima la disposizione che aveva esteso a tutti i dirigenti pubblici gli obblighi di pubblicazione previsti per i titolari di incarichi politici. Nel caso specifico, si trattava della pubblicazione dei compensi percepiti per lo svolgimento dell'incarico e dei dati patrimoniali ricavabili dalla dichiarazione dei redditi da apposite intestazioni sui diritti reali sui beni immobili e mobili iscritti in pubblici registri, sulle azioni di società e sulle quote di partecipazione e società: dati che, invece, in base alla disposizione censurata, dovevano essere diffusi attraverso i siti istituzionali e potevano essere trattati secondo modalità che ne avessero consentito l'indicizzazione, la rintracciabilità tramite i motori di ricerca *web* e anche il loro utilizzo.

Orbene, la digitalizzazione di pressoché ogni aspetto della vita individuale e collettiva dei soggetti rende centrale, nella maggior parte delle politiche pubbliche, il necessario bilanciamento tra la protezione dati e molteplici interessi giuridici in gioco, al fine di realizzare quella funzione sociale cui allude il *Regolamento 2016/679/UE*, laddove afferma che *"il diritto alla protezione dei*

¹⁴ Sul tema si vedano, almeno, L. CALIFANO - C. COLAPIETRO, *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli 2014; C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, Napoli 2016, 73 ss. e A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, su *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 17, 2013.

¹⁵Cfr. S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, in *Giornale di storia costituzionale* (<http://www.storiacostituzionale.it/index.html>), 31, 2016, 185 ss.

¹⁶ Su di esso si veda M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. ammin.*, 5, 2016. Provvedimento che ha modificato la legge anticorruzione (l. n. 190/2012) incidendo, in particolare, sulle disposizioni relative al Piano nazionale anticorruzione, e ai piani per la prevenzione della corruzione predisposti dalle singole amministrazioni.

¹⁷ Sul punto, cfr. Parere del Garante del 7 febbraio 2013.

dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità", espressivo della natura non tiranna di tale diritto – da coniugare di volta in volta con gli altri diritti fondamentali coinvolti – e rispettoso dell'oramai consolidato fulcro della giurisprudenza della CGE in materia¹⁸. Non a caso, i *Pareri* richiesti al Garante dal legislatore¹⁹ hanno sinora avuto come oggetto prevalente proprio il rispetto del canone di proporzionalità nel bilanciamento tra la riservatezza e gli interessi che di volta in volta vengono in rilievo.

Fittamente s'intrecciano, dunque, i principi di *proporzionalità, pertinenza e non eccedenza*, in virtù dei quali deroghe e limitazioni alla tutela della riservatezza dei dati devono operare nei limiti dello "*stretto necessario*", essendo indispensabile identificare le misure che incidano nella minor misura possibile sul diritto fondamentale. Pertanto, le nuove istanze rappresentate al legislatore riguardano un *nuovo bilanciamento* tra protezione dati e gli altri interessi giuridici, all'interno di un terreno nel quale risultano in connessione – e talvolta anche in visibile tensione – diritti e principi fondamentali: da una parte, il più volte richiamato *diritto alla riservatezza* dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata²⁰ che, nella nostra Carta, discende (anche) dall'art. 2, come riconosciuto a più riprese e in relazione a molteplici ambiti di disciplina dalla stessa giurisprudenza costituzionale²¹, e che incontra specifica protezione nelle varie norme europee e convenzionali; dall'altra parte, con eguale rilievo, i *principi di pubblicità e trasparenza*, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico, ex art. 1 Cost., a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione²².

Su tale sentiero si staglia l'appena citata sent. n. 20/2019 della Consulta laddove ha statuito che la legittima esigenza di controllo sulla gestione della cosa pubblica non può sfociare nella mera curiosità. Dovendosi pure considerare come la diffusione indiscriminata dei dati *online* dei soggetti coinvolti nell'attività dei pubblici poteri, unitamente alla temporalmente illimitata permanenza sul *web* dei dati inseriti, rischia di produrre "*un affievolimento, se non addirittura un vero e proprio vulnus, di altri valori primari costituzionalmente protetti*"²³, quali il diritto alla riservatezza ed alla dignità delle persone, in virtù di una fuorviante applicazione del principio di trasparenza amministrativa finendo, come un *boomerang*, per ritorcersi contro i soggetti che, invece, si voleva tutelare: i cittadini.

Ecco, allora, che la sent. n. 20/2019, sotto siffatto profilo, sembra rappresentare, almeno al momento, la chiusura del cerchio di quel percorso evolutivo compiuto dalla trasparenza amministrativa, cominciato col superamento della segretezza quale principale forma di esercizio del potere e giunto ad un sempre più penetrante controllo da parte del cittadino, che scopriamo essere funzionale sì a un controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma non illimitato.

L'incessante evoluzione normativa sul tema e l'ultimo arresto giurisprudenziale sembrano riflettere il mutamento culturale e sociale che di volta in volta ridonda nella percezione del rapporto tra autorità e libertà, non potendosi rinvenire nella Carta alcun fondamento "*dei principi di supremazia della pubblica amministrazione e dell'autorità dei suoi atti*", atteso che la detta

¹⁸ Sul tema si vedano O. POLLICINO - F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale* (www.agendadigitale.eu), 5 febbraio 2019.

¹⁹ In attuazione dello specifico obbligo stabilito dal Regolamento 2016/679 e dalla direttiva 2016/680.

²⁰ In tal senso si veda la risalente nel tempo sent. della Corte cost., n. 366/1991.

²¹ Sentt. nn. 366/1991, 81/1993, 135/2002, 372/2006, 173/2009.

²² Corte cost., sentt. nn. 212/2017, 69/2018, 177/2018.

²³ C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, cit., 89.

autorità, per adempiere fedelmente al proprio ruolo, deve essere sempre subordinata ai principi di libertà-legalità²⁴.

Né, sotto diverso profilo, minor rilievo attiene alla *qualità* ed alla *modalità* mediante le quali le informazioni vengono rese pubbliche e che devono soddisfare i requisiti di completezza ed omogeneità delle informazioni rese nonché di tempestività nella pubblicità della notizia e di adeguatezza temporale della detta pubblicazione al fine di convenientemente raggiungere la finalità. Sotto tale profilo, il digitale esige la predisposizione di specifiche regole, nel rispetto del costituito principio di legalità²⁵, sussistendo uno stretto nesso tra i principi della digitalizzazione e la tipologia di fonti del diritto utilizzabili a tutela dei cittadini digitali e della stessa P.A.

Come si è affermato sin dai tempi di prima attuazione della l. n. 241/1990, la trasparenza è (e resta) valore-chiave in grado di risolvere uno dei problemi di fondo della pubblica amministrazione italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Essa può essere riguardata come un valore immanente dell'ordinamento, quale "*modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri*"²⁶, parametro cui commisurare l'azione delle figure soggettive pubbliche.

Se l'interesse pubblico – inteso tecnicamente come 'causa' dell'atto (e del potere) amministrativo – non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, costituendo in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della Comunità, occorre allora rendere visibile il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell'atto, nonché rendere conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, nonché le risorse utilizzate. Ciò al fine di realizzare l'aspirazione a una democrazia intesa come *regime del potere visibile*.

In tal modo la nozione di trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche quale strumento ordinario e primario di (ri)avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni della, più volte citata, *casa di vetro*, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dal già richiamato art. 2 Cost., che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri.

In buona sostanza, la trasparenza viene a configurarsi, ad un tempo, sia come mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali, sia come obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa. In ciò non potendosi prescindere dal virtuoso reclutamento del personale operante nella P.A., da adeguatamente motivare verso i temi dell'etica e della legalità nonché nella specializzazione tecnico-giuridica-informatica delle professionalità di cui il mondo globalizzato non può più fare a meno²⁷.

3. La "pacifica convivenza" dell'accesso informatizzato con la nozione di accesso tradizionale.

Con riferimento, poi, all'accesso ai documenti amministrativi, la l. reg. 7/2019 vi dedica il Titolo V, facendo rimando in larga parte agli artt. 22, 23, 24 e 25 della l. n. 241/1990, altresì prevedendo

²⁴ A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quad. fior.*, 17, 1988, 596 ss.

²⁵ Sul punto, cfr. E. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2015, 227 ss. Tematica, quest'ultima, correttamente ripresa da S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, cit., in partic. 195 ss.

²⁶ Così, Cons. St., Parere n. 515/2016.

²⁷ Sul tema, in generale, si veda R. ROSE, *L'espansione della sfera pubblica*, Bologna 1984.

nei rapporti tra amministrazioni, all'art. 18 la possibilità di utilizzo dell'accesso telematico anche in occasione della "conferenza semplificata".

L'accesso digitale sembra realizzare più marcatamente il rapporto paritario tra P.A. e cittadino, implicando un potere di controllo di quest'ultimo in forma diffusa grazie alla facilitazione all'accesso documentale, venendosi così a radicare in capo al privato una posizione qualificata alle informazioni della P.A.²⁸ Attività di controllo, si badi, che è da considerare integrativa e non sostitutiva delle forme tradizionali di legittimazione disciplinate dal sistema elettorale o dal controllo giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi²⁹.

In altri termini, accesso alla funzione amministrativa e realizzazione del principio di trasparenza della funzione, realizzano la partecipazione attiva del cittadino, capace finalmente di influenzare più in profondità le scelte dell'amministrazione. Ciò è talmente vero che su questa stessa scia il legislatore, al fine di contrastare l'illegalità e la corruzione, tramite il *d.lgs. n. 33/2013* sul "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" - più sinteticamente noto come *Codice della trasparenza delle PP.AA.* - ha già da tempo aumentato i poteri del cittadino, dotandolo di un maggiore controllo mediante sempre più pervasivi obblighi di pubblicità imposti alla P.A.³⁰, in attuazione, peraltro, di quanto previsto dalla legge anticorruzione n. 190/2012.

Codice della Trasparenza che individua un'ampia serie di documenti e di atti la cui pubblicazione costituisce un obbligo da parte delle pubbliche amministrazioni, quali quelli relativi all'organizzazione e all'attività delle stesse all'uso delle risorse pubbliche³¹, alle prestazioni offerte e ai servizi erogati. I documenti, le informazioni ed i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria sono divulgati per un periodo di cinque anni e comunque fino a che producono i loro effetti e per renderli accessibili, sono pubblicati in una apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente" nella *home-page* dei siti istituzionali di ciascuna amministrazione³².

²⁸ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 8, 2013, in partic., 3. Nonostante l'accostamento nozionistico che talora si fa tra il diritto di accesso civico e il diritto di accesso ex artt. 22 e segg. l. n. 241/1990, tra le due nozioni vi sono sensibili differenze. Quest'ultimo presuppone la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso ed è soddisfatto consentendo all'interessato di prendere visione o estrarre copia del documento. Il diritto di accesso civico non presuppone, invece, la titolarità di alcun interesse giuridicamente differenziato, bensì l'omesso soddisfacimento di un dovere di pubblicazione, venendo soddisfatto mediante la comunicazione delle informazioni al pubblico e non al solo richiedente. Da un lato, esso si ricollega alla tutela dei diritti di conoscenza e uso, che spettano a chiunque; dall'altro, opera come garanzia di un interesse pubblico alla conoscibilità di un'informazione, a fronte della violazione del dovere istituzionale di divulgarla da parte dell'organismo competente. Sul punto, M. MASSA, *La trasparenza come diritto e il "diritto di accesso civico"*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), 24.3.2013.

²⁹ In tal senso, cfr. A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari 2012, 71 ss.

³⁰ In generale sul diritto di accesso e le sue origini, si vedano l'interessante saggio di P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d. lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale*, ne *Istituzioni del federalismo*, 2013, 692 ss. e di R. TARCHI, *Il diritto di accesso nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli 2012, 141 ss. Con riferimento, invece, ai risvolti benefici del diritto di accesso verso la lotta alla corruzione, si veda il lavoro, denso di spunti critici, di B. G. MATTARELLA *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2, 2013, 123 ss.

³¹ Compresa le informazioni sugli immobili posseduti e della gestione del patrimonio.

³² Alla scadenza del termine di durata, i documenti restano comunque disponibili in sezioni di archivio. E, *incidenter tantum*, va annotato come sia stata prevista una clausola di adeguamento alle disposizioni sulla trasparenza per le autorità indipendenti nell'ambito dei rispettivi ordinamenti. In ottemperanza a tale disposizione, hanno provveduto ad adeguare i propri regolamenti sugli obblighi di pubblicità e trasparenza relativi all'organizzazione e all'attività: il Garante per la protezione dei dati personali (delib. n. 380/2013); la Commissione di garanzia dell'attuazione della

Il citato Codice introduce, inoltre, la nozione di accesso civico, quale diritto di chiunque di richiedere alle pubbliche amministrazioni i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, nei casi in cui questa sia stata omessa. A differenza del diritto di accesso agli atti di cui alla l. n. 241/1990, la richiesta di accesso civico non è più sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non deve essere motivata³³. Si supera, dunque, lo sbarramento dell'interesse concreto ed attuale per l'accesso agli atti, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e che riguarda tutti i dati e i documenti detenuti dalle PP.AA.³⁴ Ciò non autorizzando, tuttavia, all'attuazione di uno sconfinamento in una sorta di *eccesso di accesso*, nel senso che, per quanto la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente egoistico, bizzarro o peggio ancora emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze poste alla base dell'introduzione dell'istituto.

Detto diversamente, la valorizzazione dell'accesso indiscriminato da parte di tutti i soggetti possibili verso la P.A., a prescindere da un loro (anche solo) ipotetico interesse, pare aver influito sulla stessa nozione di trasparenza realizzata tramite obblighi di pubblicazione di singoli atti anziché tramite una regola generale sul dovere di pubblicità³⁵, parlandosi a tal proposito di "mutazione genetica" della nozione: *"In sostanza, tutti i cittadini hanno diritto di chiedere e ottenere che le P.A. pubblichino atti, documenti e informazioni che detengono e che, per qualsiasi motivo, non hanno ancora divulgato"*³⁶.

Ed è su tale solco che pare stagliarsi la l. n. 124/2015, c.d. "Riforma Madia", che è andata ad incidere, sotto diversi profili, sulla l. n. 241/1990³⁷, con lo scopo di attuare il riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica – da parte di qualunque soggetto ed indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti – ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni³⁸, salve limitate eccezioni.

In particolare, con l'art. 1 della detta legge, intitolato *"Carta della cittadinanza digitale"*, il Governo è stato invitato ad adottare, in materia di erogazione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, uno o più decreti legislativi atti a modificare o integrare il già visto d.lgs. n. 82/2005 riguardante il C.A.D., con la finalità di garantire agli amministrati il diritto di accesso in

legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (reg. 9 settembre 2013); l'ANAC (delib. n. 74/2013); la Consob (delib. n. 18751/2013); la Banca d'Italia (prov. 25 marzo 2014).

³³ Per completezza, va detto che per assicurare l'attuazione delle misure di trasparenza sono stati previsti due tipi di vigilanza, a livello diffuso e a livello centrale. In relazione al primo aspetto, ogni amministrazione deve individuare un responsabile per la trasparenza, che di norma coincide con il responsabile per la prevenzione della corruzione previsto dalla l. n. 190/2012. A livello centrale, il controllo è affidato all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) che è titolare di poteri ispettivi nei confronti delle singole amministrazioni e può ordinare l'adozione o la rimozione di atti e comportamenti da parte delle stesse. L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione ed è valutato ai fini della retribuzione di risultato e del trattamento economico accessorio collegato alle performance dei dirigenti.

³⁴D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2.3.2016.

³⁵C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, cit., 75.

³⁶ Così si leggeva nel *Comunicato* del Consiglio dei Ministri del 22.01.2013.

³⁷ Per una disamina analitica di tali modifiche, si veda F. PERRONE, *Il procedimento amministrativo dopo la Legge n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia)*, *suamministrativamente* (<http://www.amministrativamente.com/index.php/formez>), 11-12, 2017, in partic. 7 ss.

³⁸ Portata innovativa che è stata, per così dire, "attenuata" dalla sent. della Corte cost. n. 251/2016 che ha dichiarato incostituzionali diversi punti della legge delega.

modalità digitale a tutti i dati, i documenti e i servizi alla persona, riducendo, conseguentemente, la necessità del loro accesso fisico presso gli uffici pubblici. Siffatta norma ha comportato, pertanto e per quanto qui di interesse, due modifiche di fondo alla l. n. 241/1990: una riguardante il procedimento amministrativo e l'altra il diritto di accesso, trasposti dalla dimensione immanente a quella digitale, considerando quest'ultima opzione quella da preferire (*digital first*), mitigando così la rigidità dello *switch off* che il C.A.D. esigeva verso l'esclusività del digitale e che diversi guasti e inceppamenti aveva provocato (soprattutto in virtù della rigida tempistica), non solo all'interno delle PP.AA. ma anche nei rapporti coi cittadini che ancora non si erano riusciti ad adeguare all'avviata rivoluzione.

D'altronde, non è semplice districarsi nelle varie successioni normative così velocemente intervenute rispetto all'atavico ritardo del legislatore considerando, ad es., come ad oggi, coesistono nel nostro ordinamento ben tre figure distinte di accesso agli atti: due disciplinate dal d.lgs. n. 33/2013 (l'accesso civico per mancata pubblicazione dei dati, ex art. 5, comma 1 e l'accesso civico generalizzato, ex art. 5, comma 2, inteso come accessibilità totale ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (FOIA) ed una (per così dire, originaria e più restrittiva) disciplinata dagli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990: *"L'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241 è riferito, invece, al "diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi", intendendosi per "interessati....tutti i soggetti....che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"*³⁹. Figure, dunque, tra loro distinte e non generanti conflitti, in virtù della diversa natura giuridica dei diversi istituti.

La l. reg. siciliana 7/2019, all'art. 32, sembra recepire espressamente proprio quest'ultimo più limitativo diritto di accesso verso il privato – vantabile, come detto, solo da coloro che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale – rivelandosi la compiuta scelta, però e sotto un diverso profilo, più benefica sotto il profilo finanziario, in quanto meno generatrice di costi, andando a impattare positivamente sul rispetto della c.d. *"invarianza finanziaria"*.

In casu, nel difficile bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti negli atti e il dovere di pubblicità cui è tenuta la P.A., ritengo che la novella normativa portata dalla l. reg. n. 7/2019, abbia comunque positivamente contribuito sia a creare un rinnovato rapporto di fiducia tra P.A. e cittadino, sia ad avvalorare il principio di legalità, arginando in via preventiva la possibile corruzione.

4. Procedimento digitale e diritto ad una buona amministrazione europea. Il rafforzamento delle garanzie delle libertà individuali e collettive.

L'apertura verso il mondo digitale pare essere frutto di un nuovo modo d'intendere il perseguimento delle funzioni istituzionali nonché di utilizzo delle risorse pubbliche per il bene del cittadino (in particolare) e dell'interesse pubblico (in generale), qualificandosi quale condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, espressione di quel *diritto alla buona amministrazione* di matrice sovranazionale, affermato dall'art. 41 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che rappresenta una via obbligata per aggiornare il nostro catalogo dei diritti e doveri⁴⁰.

³⁹Cons. Stato, dec. n. 5515/2013 e, più di recente, si legga il punto 10 della sent. n. 7326/2018 del TAR Lazio, già cit.

⁴⁰ Non dimenticandosi il successivo art. 42 della stessa Carta, che riconosce il diritto di accesso agli atti delle istituzioni dell'Unione in termini più ampi, ma comunque secondo principi e con limiti determinati dalle dette istituzioni. Sul punto, si veda l'art. 15, par. 3, TFUE, richiamato nelle "spiegazioni" relative alla Carta.

Riconoscimento del *diritto ad una buona amministrazione* in capo a ciascun individuo che ha assunto, dopo la costituzionalizzazione del diritto amministrativo europeo attraverso il Trattato di Lisbona del 2009⁴¹, il ruolo di fonte di garanzie essenziali nell'ambito del procedimento⁴²: Carta che possiede *in nuce* un'impronta tipicamente costituzionale⁴³.

Art. 41 CDFUE che – non pare superfluo ricordarlo – rappresenta nel sistema delle fonti europee il canone fondamentale al quale gli Stati-membri devono attenersi per valutare la conformità della disciplina procedimentale al parametro del diritto dell'U.E.⁴⁴

La codificazione tra i diritti fondamentali della persona di un diritto a carattere amministrativo (*i.e.*: procedural-amministrativo) come il diritto ad una buona amministrazione con il suo apparato di garanzie – che si aggiunge al contenuto classico della cittadinanza politica e concorre alla creazione di una *cittadinanza amministrativa europea* – può considerarsi un'innovazione storica nel panorama giuridico dell'Unione⁴⁵. E se ciò è vero, allora, non tutto dell'abortita *Costituzione per l'Europa*, sembra essersi perduto. D'altronde, è ben noto come i diritti fondamentali della persona facciano parte dei principi generali del diritto dell'Unione, di cui la Corte di Giustizia ne garantisce l'osservanza: emblematica restando, in tal senso, la temporalmente risalente *sentenza Stauder*⁴⁶. Ecco, allora, il nuovo ruolo assunto dalla "buona amministrazione": da essenziale principio organizzativo e funzionale al quale è chiamata a conformarsi l'autorità pubblica, assume adesso una ben precisa posizione giuridica, protetta dall'ordinamento e direttamente riconosciuta all'individuo.

Rivendicazione dei diritti fondamentali da parte dell'individuo, sia come singolo sia come gruppo, nei confronti della burocrazia che era da considerare impensabile nella tradizione giuridica italiana, sin da quando lo Stato, quale apparato burocratico, era dotato di un potere sovrano e centralizzato che considerava i cittadini-sudditi, subalterni agli interessi dello Stato apparato.

La limitazione della divisione del potere, quale portato del costituzionalismo, è stato il primo passo per l'elaborazione di una cultura delle libertà, rivendicando un insieme di *nuovi diritti* che si caratterizzano per l'essere dimensionati non più sulle classi sociali bensì sugli individui, prescrivendone il rispetto tanto ai soggetti pubblici quanto a quelli privati. Conquista che, com'è noto, cronologicamente si è originata dalla concezione individualistica secondo la quale ogni indagine sui diritti non poteva che muovere dall'individuo – che rivestiva un valore *in sé e per sé* e preesisteva allo Stato – da intendere quale apparato funzionale all'individuo medesimo. Sino ad arrivare al superamento dell'ideologia borghese in cui si affermarono le cc.dd. libertà negative,

⁴¹ M.P. CHITI, *Il diritto amministrativo europeo*, cit., 239; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002.

⁴² A. BARBERA, *La Carta dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 241; R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2001, 285; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2008, 240 ss. Si badi bene che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le questioni pubblicistiche e in particolare quella amministrativa erano state considerate come disciplinate da fonte di tipo derivato, implicando un continuo bilanciamento tra autorità nazionali e regolamentazione sovranazionali.

⁴³ F. SANTINI, *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 2002, 1792. Per un commento in chiave critica, si veda L. PEGORARO, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione?(Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")*, in *Istit. Del feder.*, 2010, 561 ss.

⁴⁴ E ove si ritenesse – come qualcuno ha sostenuto – che l'art. 41 non si applichi ai Paesi membri, si dovrebbe, comunque, necessariamente riconoscere che il suo contenuto, riflettendo quelli che sono anzitutto principi generali del diritto europeo, sia pienamente vincolante anche nelle ipotesi di amministrazione indiretta dell'Unione.

⁴⁵ Così C. CELONE, *Il "nuovo" rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione alla luce dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli 2017, 439 ss.

⁴⁶CGUE, 12.11.1969, 29/69.

ovvero "tutti quei diritti che tendono a limitare il potere dello Stato e a riservare all'individuo o a gruppi particolari una sfera di libertà dallo Stato"⁴⁷.

Libertà negative cui, com'è altrettanto noto, si affiancarono le prime libertà positive, ossia quei diritti che attuarono la trasformazione delle libertà, da libertà *dallo Stato* a libertà *nello Stato*; libertà per mezzo delle quali l'individuo riceve tutela all'interno di un nuovo assetto sociale che impone un aumento delle funzioni amministrative al fine di un migliore soddisfacimento delle istanze provenienti dalla collettività pluralista che esprime bisogni sempre maggiormente differenziati, da ciò discendendo una "compresenza di diritti soggettivi classici e nuovi diritti sociali che, pertanto, postulano un nuovo rapporto con il potere pubblico"⁴⁸.

In tal senso, le Carte sovranazionali hanno contribuito alla formazione di una nuova stagione dei diritti, mostrandosi capaci di superare l'atavica contrapposizione tra autorità e libertà o, per meglio dire, a far prevalere in modo graduale le nuove libertà contro i vecchi poteri, giungendo – tramite sentieri assai diversi – a qualificare la trasparenza amministrativa come un vero e proprio diritto del cittadino⁴⁹.

Su tale virtuoso percorso si colloca la l. reg. 7/2019 che, sin dall'art. 1, richiama i principi della normativa europea cui espressamente dichiara di volersi uniformare: così all'art. 18 sulla Conferenza semplificata; così all'art. 27 sulla SCIA, laddove si prevede che le attività "non espressamente individuate dalla legge e non oggetto di specifica disciplina da parte della normativa dell'Unione europea, statale e regionale non sono soggette a disciplina procedimentale"; o, ancora, all'art. 29, in deroga al principio del silenzio-assenso, nel caso in cui la normativa europea imponga l'adozione di provvedimenti amministrativi espressi: ciò essendo parimenti applicabile, ai sensi del successivo art. 30, anche al silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici.

Ecco, allora, che la l. reg. siciliana, all'interno del mutato assetto costituzionale del nostro Paese, derivante (anche) dalla modifica del Titolo V Cost., si mostra in sintonia con la virtuosa uniformazione della disciplina della normazione dei diversi livelli di governo dei procedimenti amministrativi e fattore di convergenza verso comuni valori partecipativi⁵⁰. Non dimenticando come tra questi ultimi rientri con sempre maggiore cogenza il rispetto della c.d. "funzionalità sostenibile" ancorata ai precetti di economicità voluti dal rispetto dei vincoli della *lex fiscalis* europea⁵¹.

⁴⁷ L. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 26.

⁴⁸ A. ROMEO, *Amministrazione pubblica e diritti fondamentali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 19, 2019, 39.

⁴⁹ In tal senso, cfr. M. MASSA, *La trasparenza come diritto e il "diritto di accesso civico"*, cit. Più in generale si rimanda a D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, ne *La trasparenza amministrativa*, in F. Merloni (a cura di), Milano 2008, 123 ss.

⁵⁰ In tal senso, cfr. F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, cit., 292. Più in generale, si veda M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002, 37 ss.

⁵¹ Sul punto cfr. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna 2016, 423.

SIMONE SCAGLIARINI

Tecnologie informatiche e procedimento elettorale: un matrimonio che s'ha da fare

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ausilio dell'informatica per l'identificazione degli elettori. – 3. Il voto elettronico (presidiato). – 3.1. I vantaggi del voto elettronico... – 3.2. ...ed i suoi svantaggi. – 4. L'informatizzazione delle operazioni di verbalizzazione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La legislazione elettorale si è affermata da tempo, sia pure con alterne fortune, come uno dei temi classici degli studi costituzionalistici, ma, sebbene si possano annoverare innumerevoli saggi su diversi profili della materia¹, decisamente trascurato appare lo studio, nell'ambito del procedimento elettorale, delle fasi della votazione e dello scrutinio², verosimilmente a causa del loro carattere (almeno in apparenza) meramente pragmatico e materiale, al confronto del vero *core* del sistema elettorale.

A mio avviso, tuttavia, si tratta di un ambito che meriterebbe ben altra attenzione, dal momento che le modalità con cui il voto può essere espresso e le problematiche relative alla sua interpretazione rappresentano il presupposto logico e cronologico per la successiva applicazione delle norme sull'assegnazione dei seggi, ed appaiono strettamente correlate e funzionali alla garanzia dell'effettiva possibilità di esercizio del diritto di voto – con le sue caratteristiche di libertà, eguaglianza, personalità e segretezza con cui l'art. 48 della Costituzione lo connota – nonché di altri rilevanti interessi costituzionali, come l'imparzialità ed il buon andamento nel procedimento elettorale³.

In questa prospettiva, credo che meriti una riflessione l'attuale disciplina recata dalla legge elettorale vigente per l'elezione della Camera dei deputati (d.p.r. n. 361/1957), che rappresenta, invero, il paradigma per la disciplina delle fasi del procedimento elettorale qui esaminate. Infatti, non solo è questa la normativa prevalente quando l'elezione della Camera si svolga in contemporanea ad una qualunque altra consultazione, ma inoltre essa è, per un verso, oggetto di

¹ A titolo meramente esemplificativo, tra i lavori più recenti, cfr. G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, 2018; R. D'Alimonte – C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana: come migliorarla e perché*, Bologna, 2008; nonché, tra gli allievi dello studioso che in questa sede si onora, per limitarmi alle opere monografiche, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, 2011; e F. BAILO, *Capacità elettorale e Costituzione*, Napoli, 2015.

² Uno dei pochi studi che esamina tali fasi, definendole «il metro di valutazione della bontà dello schema organizzativo predisposto dal legislatore» è il saggio di M. SPANU, *Il procedimento elettorale: nodi problematici*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni e automazione*, Milano, 1989, 35 ss.

³ Ancora attuali, in questa direzione, appaiono le parole di G. F. CIAURRO, *Prospettive di ammodernamento dei procedimenti elettorali*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 71, secondo cui «la credibilità di un regime democratico rappresentativo è anche in funzione della credibilità dei meccanismi mediante i quali il popolo procede all'elezione dei suoi rappresentanti». Analogamente A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*, in *Forum quad. cost.*, 2015, 18, afferma che «le modalità di voto [...] rappresentano un aspetto tecnico della funzione elettorale e contribuiscono a garantire al meglio la genuinità del voto [...] Genuinità che si risolve nella capacità di riflettere con esattezza la volontà espressa dagli elettori, in assenza di violazioni dell'eguaglianza, della personalità, della libertà e della segretezza del voto, così da rendere effettivo il fondamento dell'esercizio del potere pubblico sulla sovranità popolare». Del resto, sottolineava T. MARTINES, *Artt. 56-58*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Le Camere, tomo I, Art. 55-63*, Bologna-Roma, 1984, 79 ss., che l'art. 48, secondo comma, è una disposizione rivolta a legislatore ed amministrazione impegnandoli a porre in essere, proprio sotto il profilo tecnico procedimentale, le condizioni necessarie e sufficienti affinché il voto possa davvero possedere le qualità che la norma costituzionale prescrive.

rinvii espliciti da parte di altre leggi elettorali, mentre, per altro verso, anche al di fuori di queste ipotesi, queste ultime dettano previsioni del tutto analoghe quando non si limitano a darne per presupposta l'applicazione⁴. Tale disciplina, a mio avviso, risente tuttavia ancora molto dell'epoca ormai piuttosto risalente in cui la stessa fu elaborata, rispecchiando, per un verso, usi e costumi della società italiana di quel periodo, ben diversi da quelli contemporanei⁵, e, per altro verso, ignorando giocoforza completamente le opportunità che l'uso di semplici tecnologie informatiche potrebbe apportare in termini sia di contenimento della spesa che di maggiore celerità e soprattutto affidabilità del pieno rispetto della volontà dell'elettore nell'espressione del voto.

Peraltro, l'art. 9 del Codice dell'Amministrazione digitale, approvato con d.lgs. n. 82/2005, già prevede che debba essere favorita «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili». Senza contare che, in ambito societario, da tempo la legge consente modalità elettroniche per le votazioni dell'Assemblea, laddove, come è stato rilevato, «se i mercati si accorgono dei vantaggi della tecnologia forse anche la politica dovrà tenerne conto»⁶, sia pure in modo critico ed assumendo tutte le cautele necessarie, sotto il profilo procedurale e della strumentazione materiale, per garantire in particolare la personalità e segretezza del voto, i quali si pongono quali «baluardi irrinunciabili a salvaguardia della nostra democrazia elettorale»⁷.

Scopo delle presenti note, allora, sarà l'individuazione di alcuni punti critici dell'attuale legislazione per suggerire soluzioni alternative che, sfruttando l'evoluzione tecnologica, possano portare ad una migliore attuazione dei diritti ed interessi costituzionali implicati nel procedimento elettorale.

Prima di intraprendere tale analisi sono tuttavia necessarie due brevi premesse di metodo.

Anzitutto, occorre chiarire che oggetto della mia analisi non sarà la questione della possibilità ed opportunità di passare a un sistema di voto elettronico a distanza (*on line*) o *home vote*. Si tratta, infatti, di un tema complesso che pone seri (e, a mio avviso, insuperabili) problemi di compatibilità con il testo costituzionale⁸, senza contare il rivoluzionario cambio di prospettiva che questo implicherebbe, per il quale tuttavia dubito in ogni caso che i tempi possano dirsi maturi, anche

⁴ Si veda, infatti, la legge elettorale per il Senato di cui al d.lgs. n. 533/1993, la quale rinvia a tale atto normativo non solo in diverse specifiche disposizioni, ma anche in via generale per quanto non espressamente disciplinato (ciò che peraltro avviene comunque spesso in modo assai simile se non identico). Allo stesso modo, tanto il d.P.R. n. 570/1960 in tema di elezioni comunali quanto la l. n. 108/1968, *in parte qua* richiamata o presupposta dalle leggi elettorali regionali per le elezioni dei Consigli, contengono numerosi richiami al Testo unico per l'elezione della Camera, prevedendo comunque, per quanto non oggetto di rinvio, discipline di queste fasi sostanzialmente sovrapponibili. Se si considera, poi, che anche nella legge per l'elezione del Parlamento europeo (ovvero l. n. 18/1979), e nella disciplina per lo svolgimento dei *referendum* abrogativi, di cui alla l. n. 352/1970, vi sono ampi rinvii, sempre per quanto concerne queste fasi, alle previsioni del d.P.R. 361/1957, appare evidente che ben può limitarsi la trattazione a tale atto normativo, dal momento che quanto suggerito dispiegherà automaticamente i propri effetti anche rispetto alle altre forme di consultazione popolare.

⁵ Sul punto ritornerò *infra*, in sede di Considerazioni conclusive.

⁶ Testualmente, P. CARLOTTO, *Il voto elettronico in Italia: sperimentazioni e difficoltà*, in *Nuova rass.*, 2012, 93.

⁷ Come giustamente sottolinea L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. inf. infor.*, 2011, 72.

⁸ Il rilievo è ampiamente argomentato dalla dottrina che si è occupata del tema; per limitarci agli Autori che più hanno dedicato attenzione al punto specifico, si vedano E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale*, 2002, n. 46, 15 ss., reperibile sul sito della Regione Toscana; e A. GRATTEI, *Il valore del voto*, Padova, 2005, spec. 110 ss., i quali sottolineano l'impossibilità di garantire, con siffatti meccanismi, quanto meno la segretezza del voto, non essendo mai possibile escludere che il voto a distanza sia espresso, seppure personalmente, in presenza e magari sotto costrizione di altri.

ammesso e non concesso che esso fosse auspicabile⁹. Più semplicemente, la direzione verso cui si indirizzano le presenti note sarà, per converso, totalmente interna al solco tracciato dalla consolidata legislazione elettorale, per introdurre però alcuni adattamenti che le mutate tecnologie consentono, al fine di semplificare ed al contempo rendere più certo l'esito del procedimento, eliminando anacronismi legislativi.

In secondo luogo, va ancora precisato che le proposte che andrò a formulare hanno un carattere modulare, essendo indipendenti (e quindi separatamente implementabili) l'una dall'altra, anche se è altresì possibile combinarne più di una od anche tutte contemporaneamente, ottenendo il massimo effetto qui auspicato.

Premesse tali precisazioni, è dunque possibile passare al merito delle proposte, che credo possano essere avanzate, relative, nell'ordine, alle operazioni di: 1) identificazione dell'elettore; 2) votazione; 3) verbalizzazione delle operazioni elettorali.

2. L'ausilio dell'elettronica per l'identificazione degli elettori

La fase della votazione è forse quella che, nell'ambito del procedimento elettorale, più si presta ad (se non richiede di) essere ammodernata.

Anzitutto, semplicemente, per quanto concerne la prima operazione svolta dagli uffici di sezione, ovvero l'identificazione dell'elettore. Come noto, infatti, questi, per poter essere ammesso al voto, deve esibire la tessera elettorale, il cui numero viene annotato in apposito registro, e, quando non sia persona nota all'ufficio, un documento di identità, i cui estremi devono essere riportati nella lista elettorale di sezione (*rectius* nelle liste, giacché la legge prevede che ve ne sia una maschile ed una femminile) accanto alla firma di un componente dell'ufficio medesimo attestante che l'elettore ha votato (attestazione che trova corrispondenza nella tessera elettorale con l'apposizione del timbro dell'ufficio e l'indicazione della data). Ora, a prescindere dal rilievo che già oggi, al fine di semplificare e realizzare un risparmio, si potrebbe ipotizzare di aggiungere una colonna per l'annotazione del numero di tessera elettorale direttamente nella lista, così da avere un unico documento cartaceo, in realtà per questi incombenti, essenziali ad assicurare la personalità del voto, l'informatica ben potrebbe offrire un aiuto.

Infatti, la sola lettura con un semplice scanner portatile di un codice a barre che identifichi univocamente la tessera dell'elettore collegato ad un pc in cui sia stata caricata la lista elettorale stessa (o che acceda direttamente al *database* dell'anagrafe comunale, volendo utilizzare il collegamento in rete) ben potrebbe sostituire tutti gli adempimenti¹⁰, salvo continuare a richiedere, al massimo, l'inserimento manuale degli estremi del documento. Laddove, poi, la diffusione delle carte di identità elettroniche renderebbe in prospettiva superato anche questo ulteriore adempimento, dato che l'art. 8 del d.p.r. n. 299/2000 già prevede la possibilità di rilascio della tessera elettorale su supporto informatico, incorporandola nella carta di identità elettronica, attraverso una fase sperimentale condotta sotto la vigilanza del Ministero dell'Interno per quanto

⁹ Dubbi al riguardo possono leggersi, per esempio, in A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Dir. soc.*, 1995, spec. 405 ss.; e P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Dir. inf. infor.*, 2003, 472 ss., secondo il quale vi è «la necessità per le attuali democrazie di continuare a strutturarsi fondamentalmente a livello sociale secondo logiche aggregative e, a livello istituzionale, secondo moduli rappresentativi rispetto ai quali la democrazia elettronica non sembra poter dunque giocare un ruolo completamente sostitutivo». Sulla stessa linea, più di recente, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2018, spec. 390 ss.

¹⁰ L'introduzione della lettura ottica mediante scanner era già stata ipotizzata, con riferimento al tagliando antifrode introdotto dalle l. n. 165/2017 (cd. *Rosatellum/bis*), da S. SCAGLIARINI – L. TRUCCO, *La nuova legge elettorale alla prova dei fatti*, in *Rass. parlam.*, 2018, 294.

concerne la compatibilità con la legislazione elettorale vigente, ed una successiva disciplina a regime, sempre affidata alla normazione secondaria di tale Dicastero¹¹.

Ma vi è di più.

Infatti, un sistema di questo tipo sarebbe in grado di meglio proteggere i dati personali dell'elettore, perché non solo, eliminando la tessera cartacea, i componenti del seggio non sarebbero più in grado di ricostruire, attraverso i timbri e le date, in quali delle precedenti consultazioni egli si è recato a votare, ma anche il diritto al voto assistito potrebbe essere un'informazione da incorporare direttamente nel documento, così da evitare ogni possibile indagine su dati particolari, quali quelli relativi allo stato di salute. L'univocità del codice rilevato dallo scanner consentirebbe, a sua volta, di impedire tentativi di voto plurimo.

Resterebbero soltanto due casi particolari che porrebbero qualche problema.

Il primo è quello dell'accompagnatore dell'elettore con disabilità. Con riguardo a tale figura, attualmente, la legge, onde evitare che una singola persona, accompagnando una pluralità di disabili, possa finire per disporre, benché debba limitarsi a svolgere la funzione di mero *nuncius* della volontà della persona sostituita, della possibilità di esprimere un numero eccessivo di voti, prevede che nessuno possa svolgere questa funzione per più di un elettore, a tal fine disponendo che sulla tessera elettorale il Presidente dell'ufficio sezionale apponga la data e la dicitura accompagnatore in una delle apposite caselle.

Ora, finché la tessera restasse cartacea, sia pure soggetta a lettura ottica, *nulla quaestio*: tutto continuerebbe come prima. Qualora invece si giungessero ad incorporare nella carta di identità elettronica anche le informazioni in materia elettorale, delle due l'una: o gli uffici di sezione operano in rete e allora è sufficiente spuntare una casella per indicare che la funzione è stata svolta, oppure occorrerà rinunciare alla limitazione ad un solo accompagnamento. In quest'ultimo caso, va comunque osservato che, ove in una siffatta situazione si implementasse anche il voto elettronico, di cui si dirà a breve, le ipotesi in cui l'accompagnamento sarebbe ancora necessario si ridurrebbero drasticamente, così che i rischi paventati potrebbero considerarsi marginali.

L'altro caso particolare è quello degli elettori ammessi a votare in sezione diversa, nelle fattispecie previste dalla legislazione vigente¹². Per questa ipotesi, di nuovo delle due l'una: o gli uffici, essendo in rete a livello nazionale, accedono ai dati di tutti gli elettori e quindi non si pone problema alcuno, ovvero non resterebbe altra scelta che continuare a rilevare manualmente in cartaceo i dati: in ogni caso, nulla di più e di diverso rispetto a quanto già oggi si fa, ma che residuerebbe come una eccezione non in grado di far venir meno l'opportunità di modificare la regola.

3. Il voto elettronico (presidiato)

Il secondo e ben più incisivo intervento innovativo che mi pare meritevole di essere preso in esame riguarda sempre la fase di votazione (di cui costituisce il momento centrale) ma

¹¹ Sulle previsioni di questo Regolamento cfr. A. PINCIANI, *Il voto on line*, in E. Palmieri (a cura di), *Profili penali del lavoro «on line»*, Padova, 2004, 272 ss. Si osservi, peraltro, che l'ipotesi di un certificato elettorale su supporto magnetico che consentisse ad un tempo l'identificazione dell'elettore e l'aggiornamento delle liste elettorali, eliminando le operazioni manuali in questa fase, era già stata preconizzata, più di trenta anni or sono, in un momento in cui la tecnologia non era chiaramente nemmeno paragonabile a quella attuale, da L. Russi, *Voto e scrutinio elettronico: problemi tecnici e organizzativi*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 90 ss.

¹² Ovvero i componenti del seggio (che invero potrebbero essere indirizzati a votare nelle rispettive sezioni allontanandosi per il tempo necessario da quella in cui prestano servizio), la forza pubblica in servizio di ordine, i militari e naviganti comandati a prestare servizio in altro Comune e gli elettori non deambulanti che sono assegnati a sezioni in cui vi sono barriere architettoniche.

esplicherebbe inevitabilmente effetti, ove introdotto, anche sulla successiva fase di scrutinio. Mi riferisco al voto elettronico, ovvero alle modalità di espressione del voto, pur sempre nell'ambito di "seggi elettorali" presidiati da un pubblico ufficiale, che utilizzano un PC o altro *hardware* a ciò predisposto su cui è installato un apposito *software*, in sostituzione della tradizionale scheda cartacea da contrassegnare con la matita copiativa.

Che il voto elettronico *off line* e presidiato non ponga i problemi di legittimità costituzionale che genera invece il voto a distanza, cui ho fatto cenno in premessa, è affermazione condivisa e ricorrente ormai da tempo¹³. Infatti, rispetto a quanto già oggi avviene nelle sezioni elettorali, a mutare sarebbe esclusivamente il mezzo utilizzato per l'espressione del suffragio, la cui personalità (che permette il soddisfacimento anche del requisito della eguaglianza) continuerebbe ad essere garantita dalla previa identificazione dell'elettore da parte del pubblico ufficiale (a prescindere dall'uso delle modalità elettroniche come sopra suggerite o meno), così come la segretezza (funzionale a difendere anche la libertà) sarebbe assicurata dall'espressione del voto nella cabina all'uopo protetta ed alla quale l'elettore continuerebbe ad accedere da solo (salve le deroghe già attualmente previste).

È allora possibile (se non doveroso) chiedersi quali vantaggi e, per converso, quali criticità potrebbe ingenerare l'introduzione del voto elettronico presidiato.

3.1. I vantaggi del voto elettronico.

Gli elementi che possono addursi a favore del passaggio a modalità informatiche di espressione del voto sono molteplici, sia rispetto alla votazione in sé, sia rispetto allo scrutinio¹⁴.

In primo luogo, il voto elettronico potrebbe meglio garantire la possibilità di esercizio di questo diritto – ed anche con maggiore rispetto dei requisiti di personalità e segretezza – per (molte del)le persone con disabilità che attualmente necessitano di un accompagnatore¹⁵. Infatti, se, per un verso, l'uso di una tecnologia *touch* potrebbe portare a questo effetto ogniquale volta l'elettore che non è in grado di maneggiare una matita possa però semplicemente esercitare una pressione su un *display*, l'uso di adeguati sistemi audio, per altro verso, potrebbe analogamente evitare il ricorso a questa figura anche per ipovedenti e ciechi¹⁶. Laddove, come è stato sottolineato molto bene in dottrina, l'eguaglianza del voto presuppone anche la rimozione di «ingiustificati ostacoli ad un'agevole espressione del suffragio da parte di *tutti* gli aventi diritto»¹⁷.

In seconda battuta, l'elettore, che a fronte di complessi e diversi sistemi elettorali ben potrebbe talora non avere del tutto compreso le modalità corrette per esprimere il proprio voto, si

¹³ In tal senso si esprimono, tra gli altri, A. G. OROFINO, *Il voto elettronico*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, Milano, 2002, 247; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inf. infor.*, 2015, 296; S. ELIA, *Alcune questioni problematiche circa il voto elettronico*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 95; P. CARLOTTO, *Il voto*, cit., 87; e, da ultimi, M. FOLARIN TAWA – G. GOMETZ, *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion pratica*, 2018, 319 ss.

¹⁴ Per un quadro complessivo dei possibili effetti favorevoli derivanti dal passaggio a questa modalità di espressione del suffragio, cfr. R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto elettronico*, in *Nuovo dir.*, 2006, 729; L. DE ROBERTIS, *Il diritto alla segretezza del voto telematico*, in *Inf. dir.*, 2009, 69 ss.; S. ELIA, *Alcune questioni*, cit., 93 ss.; nonché, ampiamente, A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 5 ss.

¹⁵ Ipotesi prevista dall'art. 55 del d.P.R. n. 361/1957 per i ciechi, gli amputati delle mani, gli affetti da paralisi o altro impedimento di analoga gravità che impedisca l'autonoma espressione del voto. Su questo profilo insistono in particolare P. CARLOTTO, *Il voto*, cit., 84; e A. GRATTERI, *Germania: Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2009, 3.

¹⁶ Come suggerisce G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017, 167.

¹⁷ E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 11.

ritrovrebbe facilitato. Infatti, non solo il sistema informatico non accetterebbe voti espressi con modalità non contemplate dalla legislazione vigente, di modo che diverrebbe impossibile un errore dovuto a ignoranza, ma la possibilità di chiedere conferma prima dell'inserimento nell'urna virtuale della scheda verrebbe incontro con maggiore facilità alla necessità di correggere errori dovuti a distrazioni o ad equivoci¹⁸, che attualmente possono essere risolti solo chiedendo una (e una sola) ulteriore scheda al Presidente dell'ufficio di sezione, cui quella deteriorata va però consegnata (con rischi se non per la segretezza del voto almeno per la riservatezza dell'elettore) al fine di essere annullata¹⁹.

Il vantaggio cui abbiamo fatto cenno da ultimo esplica un effetto positivo sia nella fase di votazione che dello scrutinio. Infatti, quanto alla prima, la votazione con modalità elettroniche determinerebbe anche il venir meno di alcuni casi anomali che possono verificarsi, quali quello dell'elettore che restituisca una scheda priva della firma e del bollo o che non voti nella cabina od ancora che non restituisca la matita, fattispecie all'evidenza rinvenibili solo in presenza del tradizionale voto cartaceo. Ma soprattutto, per quanto riguarda lo scrutinio, proprio perché il *software* non accetta voti espressi con modalità difformi da quelle previste dalla normativa, un sistema di voto elettronico determinerebbe la totale scomparsa delle schede nulle, eliminando ogni contenzioso riguardo all'interpretazione della volontà espressa dall'elettore²⁰. Del resto, se merita di essere salvaguardata la scelta dell'elettore di non esprimere alcun voto (lasciando la scheda "bianca"), nessuna tutela merita l'improprio utilizzo della scheda stessa per messaggi politici o di protesta²¹ o, ancor peggio, l'apposizione di segni di riconoscimento, in violazione del criterio della segretezza, che proprio per questo, a maggior ragione, meritano, nella disciplina vigente, la sanzione della nullità²². Laddove, si noti, la riconoscibilità in molti casi potrebbe anche non essere voluta, ma derivare semplicemente dalla grafia dell'elettore, che, in realtà locali di dimensioni assai limitate, potrebbe portare giocoforza al suo, pur non voluto, riconoscimento²³.

Meno convincente sembra invece l'argomento della maggiore partecipazione che il passaggio al voto elettronico potrebbe comportare²⁴. Infatti, se forse qualcuno, anche solo per mera curiosità, potrebbe essere maggiormente indotto a recarsi alle urne, certamente altri, spaventati dalla novità, potrebbero preferire non partecipare (più) alle consultazioni²⁵, così che è verosimile immaginare

¹⁸ Su questo elemento di migliore espressività del voto elettronico si soffermava già G. F. CIAURRO, *Prospettive*, cit., 75, che vi leggeva una delle principali ragioni che avrebbero probabilmente convinto gli elettori a virare verso il voto elettronico; in tema, v. ora G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 164. In tema v. anche E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 20, per il quale l'errore dell'elettore si può ritenere provocato dall'imperfezione delle tecniche e dagli strumenti materiali di votazione, non adeguati alla capacità o all'attenzione di *tutti* i votanti, di modo che strumenti quali quelli citati nel testo potrebbero rivelarsi fondamentali al fine di meglio assicurare la personalità (intesa come effettiva consapevolezza degli effetti della scelta che l'elettore sta effettuando) e l'eguaglianza del voto.

¹⁹ Cfr. art. 63 d.p.r. n. 361/1957.

²⁰ Sulla possibile scomparsa, grazie al voto elettronico, del contenzioso sulla invalidazione del suffragio, dovuto principalmente a errore nell'espressione quando non all'intenzione di rendere palese il proprio voto (verosimilmente per farne commercio), cfr. ampiamente E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 18 ss., il quale chiosa affermando che "per definizione e *per sua natura* la procedura informatica ed elettronica (che funzioni, naturalmente!) non sbaglia e non fa sbagliare". Cfr. *ibidem*, anche per una sintetica rassegna degli orientamenti del giudice amministrativo sul punto.

²¹ Dato che, come scrive ancora E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 21, «le votazioni anche attraverso modalità tradizionali non possono essere occasione stravagante per il deposito di messaggi (politici) espressi (di vario tipo)».

²² In realtà non è mancato chi si è chiesto se l'elettore possa davvero essere privato della possibilità di esprimere un voto nullo: cfr. C. FUSARO, *Lo scrutinio elettronico: le ragioni di una proposta*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 146.

²³ Come rilevano acutamente R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 731.

²⁴ L'argomento è affrontato, sia pure in forma dubitativa, da A. G. OROFINO, *L'espressione elettronica del suffragio*, in *Dir. Internet*, 2006, 201.

²⁵ Seppure le implicazioni del *digital divide* rispetto al voto elettronico appaiano sopravvalutate; sul punto ritornerò *infra* nel paragrafo successivo.

che le due ipotesi porterebbero ad una compensazione, se non forse con maggiore probabilità ad una contrazione nel numero dei votanti. Discorso diverso sarebbe, invece, qualora, ponendo in rete le liste elettorali a livello nazionale, come pure sopra ipotizzato, si consentisse di esprimere il voto in qualunque seggio nel territorio dello Stato, il che certamente porterebbe al recupero del voto di chi si trovi al di fuori del territorio del proprio Comune e non voglia o non possa rientrare per esercitare il proprio diritto²⁶. Sennonché, una siffatta ipotesi porrebbe, per un verso, il problema di riuscire a memorizzare nella macchina usata per il voto i candidati di tutte le circoscrizioni, e, per altro verso, al fine di evitare il forte rischio di far venir meno la segretezza del voto²⁷, ciò presupporrebbe l'esecuzione dello scrutinio non più a livello decentrato presso le singole sezioni, ma unificato a livello centrale²⁸. Ciò tuttavia solleverebbe la questione sia della effettiva sicurezza della rete sia della maggiore complessità di verifica *ex post* del sistema: elementi, questi, che indurrebbero, a mio avviso, ad una estrema prudenza sul punto.

Da ultimo, anche se non si tratta forse in sé di un interesse di pregio costituzionale ma più di un dato fattuale²⁹, non si può negare che l'immediatezza dei risultati conseguente allo scrutinio effettuato con tecnologie elettroniche, consentendo di avere in pochissimo tempo dopo la chiusura della votazione un esito esente da contestazioni, rappresenterebbe una opportunità da non trascurare³⁰, a fronte dell'impatto negativo di un risultato contestato ed incerto sia sotto il profilo politico-istituzionale, per la delegittimazione complessiva che il sistema ne riceverebbe³¹, sia sotto il profilo economico, dato che le incertezze potrebbero facilmente riflettersi sui mercati producendo perdite economiche potenzialmente significative.

I vantaggi del voto elettronico trascendono, però, l'aspetto strettamente legato al procedimento elettorale e si estendono anche ad altri interessi costituzionali, che potrebbero trovare una migliore

²⁶ Secondo il suggerimento di E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 22, il quale evidenzia che non solo così facendo la revisione delle liste elettorali sarebbe *ordinaria, permanente e dinamica*, ma anche che l'elettore non sarebbe costretto a scegliere tra il proprio diritto alla mobilità e quello di voto.

²⁷ Basti pensare, infatti, al caso in cui presso una sezione voti un solo cittadino iscritto in altra sezione.

²⁸ Come infatti coerentemente propone E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, loc. cit., per il quale l'attuale decentramento delle procedure elettorali presso le sezioni, finalizzato tanto ad agevolare l'elettore assegnandolo ad una sede di voto prossima alla sua abitazione quanto ad assicurare maggiore precisione e rapidità nelle operazioni di scrutinio, se da un lato non impedirebbe del tutto la possibilità di ricollegare ad ogni elettore il suo personale voto (dato che il numero minimo di 500 elettori previsto dalla legge è derogabile e peraltro non tiene conto dell'astensione), per altro verso permetterebbe di profilare, sia pure in forma aggregata, gli elettori, offrendo uno strumento favorevole, se non al "commercio" di voti quanto meno a forme invasive di propaganda politica mirata. Sennonché, la cronaca stessa dimostra che oggi esistono ben altri strumenti "social" di profilazione e propaganda, di modo che l'obiezione appare forse ormai legata al particolare momento in cui fu sollevata.

²⁹ In realtà, secondo E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 12, la tendenziale immediatezza della proclamazione dei risultati, in modo che essa proceda con la massima tempestività, sarebbe una delle condizioni (non solo giuridiche ma anche ambientali) di legittimità sostanziale che rendono effettivamente genuino – e quindi eguale – il voto, fermo restando che l'obiettivo della velocizzazione non può portare a svalutare le (altre) condizioni di legittimazione democratica delle elezioni. Lo stesso A. (29 ss.) evidenzia che immediatezza e certezza dei risultati sarebbero risultati importantissimi per la affidabilità degli esiti che già ora la legislazione tende a ricercare attraverso la tendenziale ragionevolezza e certezza dei tempi di scrutinio.

³⁰ Già più di venti anni fa il voto elettronico era auspicato per ridurre i tempi sia di votazione che di scrutinio da G. CASTRONOVO, *Operazioni elettorali: proposte minime per semplificare le procedure in attesa dell'auspicato voto elettronico*, in *Amm. it.*, 1999, 1020, che invero si riferiva a tutta la fase di voto e, quindi, anche all'identificazione dell'elettore. G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 166 rileva come in realtà è improbabile, allo stato attuale, una effettiva riduzione dei tempi di voto grazie all'uso di sistemi elettronici di raccolta del consenso; anche se, non solo, come ammette lo stesso Autore, si potrebbero presto immaginare *app* che segnalino all'elettore il seggio con minore coda (sempre che e nella misura in cui le sezioni elettorali siano messe in rete e pertanto fungibili), ma in ogni caso le operazioni di voto potrebbero essere velocizzate rispetto all'identificazione dell'elettore, attraverso le modalità elettroniche suggerite nel paragrafo precedente.

³¹ Per questo argomento v. A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 10.

attuazione. Uno su tutti è il costo dell'attuale procedimento, fondato su documenti cartacei, in termini ambientali³², poiché attualmente esso richiede la produzione di milioni di schede, che verrebbero interamente eliminate, con notevole risparmio nel consumo, appunto, di carta e conseguente beneficio per la tutela dell'ambiente, la cui rilevanza costituzionale non abbisogna di particolari dimostrazioni.

3.2. ...ed i suoi svantaggi

Se dunque il voto elettronico è suscettibile di apportare numerosi miglioramenti per l'inveramento di diritti e interessi di sicuro rango costituzionale, ciò può tuttavia verificarsi solo nel rispetto di alcune condizioni, senza contare che comunque sono innegabili anche alcuni rischi che andrebbero considerati al fine di un giudizio di bilanciamento tra *pro* e *contra* di questa modalità di espressione del suffragio.

La principale delle motivazioni che vengono addotte per indurre alla prudenza nel ragionare di voto elettronico è il rischio per la sicurezza, intesa sia sotto il profilo privato, come garanzia della effettiva segretezza del voto, sia sotto il profilo pubblico, come reale e concreta possibilità di escludere il rischio di manipolazione dei risultati, sia infine nella sua accezione di verificabilità degli esiti dello scrutinio, ovvero della possibilità, tendenzialmente da parte di chiunque, di controllare *a posteriori* il regolare funzionamento del procedimento elettorale³³.

Quanto alla prima, credo che, nella prospettiva in cui mi sono posto, ossia di occuparmi soltanto del voto presidiato e non dell'*home voting*, non si pongano particolari problemi. L'elettore, una volta identificato, continuerebbe a votare entrando, come già rilevato, da solo nella cabina elettorale, semplicemente utilizzando uno strumento di carattere informatico in luogo della scheda cartacea, ma senza che vi sia alcuna possibilità di ricollegare *a posteriori* il singolo voto a colui che lo ha espresso.

Più delicata è la questione della vulnerabilità della macchina rispetto ad attacchi di *hacker* o a malfunzionamenti. Non credo, tuttavia, si tratti di ostacoli insormontabili.

Per esempio, oltre a garantire banalmente che siano presenti apparecchiature in grado di assicurare la continuità di funzionamento anche in caso di improvvisa mancanza di energia elettrica, si potrebbe, infatti, immaginare che la macchina usata per la votazione non sia collegata in rete, nemmeno *wi-fi*, in modo da ridurre fortemente i rischi di una intrusione fraudolenta nel sistema. I dati della votazione ed i risultati, in tal caso, oltre che riportati nel verbale, potrebbero essere salvati su un supporto esterno, magari crittografato con una chiave in possesso solo del Presidente dell'ufficio di sezione e di quello centrale. Tale supporto potrebbe essere consegnato, a cura del Presidente stesso, insieme alle schede cartacee di riscontro di cui dirò a breve, in analogia all'attuale *modus operandi*, mantenendo però tutti i vantaggi che ho elencato, salvo forse quello della rapidità nello scrutinio, che tuttavia, come già detto, è anche quello che probabilmente non può nemmeno considerarsi di rilevanza costituzionale, per quanto indubbiamente elemento positivo e da ricercare nei limiti del possibile³⁴.

³² Un cenno a tale profilo si trova in L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 62.

³³ Per questa distinzione v. G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 156 ss., ove l'A. sottolinea il nesso strumentale che intercorre tra sicurezza della tecnologia di voto, in tutte le sue accezioni, ed effettività della sovranità popolare, intesa come concreta possibilità di combinare l'autonomia individuale con quella degli altri per determinare scelte politiche.

³⁴ Di mero elemento accessorio ragiona A. GRATTERI, *Germania*, cit., 3, traendone la conseguenza che, in un bilanciamento con altri interessi costituzionali in ambito elettorale, esso dovrebbe risultare recessivo, sebbene sia innegabile che uno scrutinio lento e difficoltoso renda maggiore il rischio di errori di conteggio e di interpretazione del voto, che invece un sistema (interamente) informatizzato, ovviamente, non contemplerebbe.

In alternativa – e guardando decisamente più all'evoluzione tecnologica prossima – grande attenzione sta suscitando nel dibattito attuale la possibilità di fare ricorso alla *blockchain*, che potrebbe offrire la possibilità di garantire ampia sicurezza, grazie al fatto che non solo essa crea una concatenazione di “blocchi” (i singoli voti, nel nostro caso) impossibile da manomettere *by design*, ma anche al fatto che essa è interamente ospitata su più dispositivi contemporaneamente. È vero che la necessità di mantenere anonimo il voto e di non influire sul risultato elettorale costringerebbe a rendere pubblica la *blockchain* solo al termine delle operazioni, il che renderebbe impossibile al singolo elettore controllare la presenza del proprio voto a posteriori, sacrificando la verificabilità. Ciò, tuttavia, non sarebbe diverso da quanto avviene già oggi con i sistemi attualmente in uso, in cui sono affidati al controllo dell'autorità pubblica tanto l'accreditamento dei votanti quanto la pubblicazione dei risultati³⁵.

Come ulteriore cautela rispetto alla possibile falsificazione dei risultati, una garanzia applicata in alcuni sistemi è quella del voto combinato, ossia del rilascio di una sorta di “ricevuta” cartacea da parte della macchina utilizzata per il voto che riproduce (non già l'intera scheda ma soltanto) il suffragio espresso³⁶ e che l'elettore riporrà in una piccola urna, da aprire esclusivamente per finalità di controllo. Il che potrebbe avvenire a campione e in ogni caso in cui si sospetti una falsificazione dei risultati od in cui vi sia un ricorso. In questo modo, permarrebbero i vantaggi dell'elettronica, solo ridotti, per quanto concerne quelli ambientali, dal consumo di una quantità di carta, tuttavia decisamente inferiore a quella attuale, con il vantaggio di avere a disposizione uno strumento in più di riscontro.

Se guardiamo, poi, alla sicurezza intesa come verificabilità della regolarità delle operazioni, una misura da molti suggerita è quella dell'utilizzo di programmi *open source*³⁷, in modo che non vi siano problematiche di diritto industriale impeditive di un effettivo controllo.

Un falso problema mi sembrerebbe, invece, quello del *digital divide*, nel senso che sarebbe sufficiente (e necessario) che i sistemi fossero assolutamente intuitivi e di facilissimo utilizzo³⁸, meglio se con tecnologia *touch*³⁹: la possibilità di correggere errori nel momento in cui venisse richiesta la conferma prima dell'inserimento nell'urna (virtuale) della scheda così come l'impossibilità di votare in modo tale da provocare la nullità della stessa, sarebbero semmai due elementi che porterebbero a rendere più facile – e non già più complessa – l'espressione del proprio suffragio. Inoltre, come è stato condivisibilmente rilevato, la pratica dell'esercizio del diritto di voto nella forma qui proposta avrebbe «grande importanza nell'educazione elettronica»⁴⁰ e potrebbe fungere proprio da mezzo per superare il problema di cui discorriamo. Il che sembra essere avallato anche dalle dichiarazioni raccolte in occasione di una delle sperimentazioni svolte in Italia a livello

³⁵ Ampiamente sul punto M. FOLARIN TAWA – G. GOMETZ, *Voto elettronico*, cit., 322 ss., i quali, dopo aver ricostruito due diversi sistemi proposti in questa direzione, ricordano come il sacrificio della verificabilità ottenga in cambio la certezza della segretezza e libertà del voto, «funzionali alla fedele manifestazione dell'autonomia politica che è centrale nella giustificazione etico-normativa della democrazia».

³⁶ Su questa possibilità v. S. ELIA, *Alcune questioni*, cit., 87 ss., che richiama in tal senso le condizioni poste dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca di cui si dirà più avanti nel testo; R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 730; e A. G. OROFINO, *L'espressione*, cit., 208.

³⁷ In tal senso, per esempio, G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 171. Anche questa, peraltro, rappresenta una delle condizioni poste dal giudice costituzionale tedesco.

³⁸ Di problema superabile parla al riguardo anche G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 165. Per una descrizione delle strategie adottate a livello comparato per fare fronte a questa difficoltà di ordine tecnico v. L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 59, che sottolinea come vi siano Stati in cui si è cercato di aiutare l'elettore ed altri che invece hanno preferito una logica di doppio binario, che consentisse a ciascun singolo elettore di optare per il voto cartaceo od elettronico, anche se è evidente che quest'ultima opzione, combinando i due sistemi, annulla i potenziali vantaggi e crea molti maggiori problemi di quanti non ne risolve.

³⁹ Come propongono R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 729 ss.

⁴⁰P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 482.

locale, se è vero che l'indagine svolta dal Censis dimostrava che anche tra le persone meno giovani c'era grande interesse ed un approccio aperto e favorevole all'uso di tecnologie elettroniche nella raccolta dei suffragi, di modo che almeno il profilo dell'età anagrafica, tra le possibili cause di *digital divide*, non sembrava affatto porsi come rilevante per l'ipotesi al nostro esame⁴¹.

4. L'informatizzazione delle operazioni di verbalizzazione

Un ultimo aspetto, che riguarda specificamente la fase di scrutinio e che potrebbe beneficiare dell'apporto dell'informatica, è l'attività di verbalizzazione.

L'art. 74 della Testo unico per l'elezione della Camera dispone infatti che il segretario rediga in duplice copia (cui in realtà si aggiunge in alcune consultazioni un estratto destinato all'ufficio territoriale del Governo) il verbale di tutte le operazioni svolte e delle proteste e reclami ricevuti presso l'ufficio di sezione. Tale verbale, che deve essere sottoscritto da tutti i componenti del seggio e dai rappresentanti di lista in ogni pagina, ha valore di atto pubblico. Nella prassi, per facilitare il compito degli uffici, il Ministero predispone già dei modelli di tali verbali, in cui vengono prese in considerazione, come è naturale, tutte le ipotesi, anche più rare a verificarsi, contemplate dalla legge, con il risultato che l'ufficio si trova spesso a dover semplicemente barrare pagine e pagine di questo volumetto, relative ad ipotesi che non si sono in concreto realizzate⁴², così che, oltre ad una maggiore possibilità di errore nella compilazione da parte del segretario, si verifica un maggiore dispendio di tempo e soprattutto uno spreco, sia dal punto di vista economico che ambientale, di risorse nella stampa di parti non utilizzate. Non solo, ma la compilazione manuale delle parti del verbale da completare può dare evidentemente luogo a difficoltà materiali di interpretazione del contenuto dello stesso, in caso di contenzioso.

Ebbene, tutto ciò potrebbe essere molto semplicemente evitato ricorrendo alla verbalizzazione tramite PC, sempre utilizzando modelli di documento all'uopo predisposti, ma in cui, per un verso, il sistema preveda campi obbligatori, non permettendo la chiusura di un verbale che sia privo di elementi essenziali, così da evitare di trovarsi nella situazione di una documentazione gravemente carente⁴³, mentre, per altro verso, le parti non utili in quanto non conferenti possano essere semplicemente eliminate e quindi non stampate, laddove si intenda mantenere pur sempre la versione finale cartacea.

Qualora, poi, venisse utilizzato il supporto informatico per l'identificazione degli elettori, non solo si potrebbe usare lo stesso PC in dotazione all'ufficio per tutte le operazioni, ma si potrebbe anche immaginare che il verbale venga automaticamente alimentato dalla registrazione informatica di quelle operazioni e di quei casi che possono verificarsi durante la votazione e di cui la legge richieda la specifica verbalizzazione.

Quanto alla trasmissione del verbale al termine delle operazioni, nel caso di voto con schede cartacee, come anticipato, esso continuerebbe ad essere consegnato insieme a queste ed alle tabelle di scrutinio, pure in versione cartacea (ma anche qui in forma più snella e con l'esclusione di parti non conferenti qualora il PC fosse utilizzato anche per la loro compilazione); qualora, invece, tale innovazione si accompagnasse al voto elettronico, il verbale sarebbe comunque trasmesso

⁴¹ Si veda A. G. OROFINO, *L'espressione*, loc. cit., e gli scritti qui richiamati.

⁴² La semplificazione dei verbali era ritenuta necessaria già da P. SCARAMOZZINO, *La regolarità del voto: alcune proposte di modifica dell'attuale legislazione elettorale*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 63.

⁴³ È infatti verosimile ritenere che la situazione dei verbali attualmente compilati nelle sezioni elettorali non sia così dissimile da quella che descriveva, all'esito di una ricerca su un campione, P. PAMPANA, *I verbali dei risultati elettorali: alcune considerazioni sulla base di un'esperienza personale*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 135 ss. Di errori e negligenze nella compilazione dei verbali parla anche A. AGOSTA, *Dalle riflessioni del convegno all'attualità: novità, conferme, prospettive*, ivi, 152.

insieme ai dati ed ai risultati dello scrutinio e quindi o attraverso la rete o, qualora sia ritenuto un sistema non sicuro, attraverso supporti di memoria esterna, magari crittografati⁴⁴, mentre le tabelle di scrutinio, perdendo a quel punto di senso, potrebbero essere semplicemente eliminate⁴⁵.

5. Considerazioni conclusive

Come ricordavo all'inizio della presente trattazione, i procedimenti elettorali, ad ogni livello territoriale, nel nostro Paese, scontano il limite di risentire ampiamente del periodo storico in cui sono stati disciplinati per la prima volta, senza che le modifiche successive abbiano realmente inciso sui loro aspetti strutturali⁴⁶. Se, per alcuni versi, andrebbero forse ridiscusse anche scelte di fondo consolidate, quali il giorno e le sedi dedicati alla votazione⁴⁷, per alcuni aspetti più strettamente procedurali la tecnologia informatica, come ho cercato di dimostrare, potrebbe già oggi e senza epocali cambiamenti, apportare notevoli vantaggi in termini sia di maggiori e migliori opportunità di esercizio del diritto di voto da parte degli elettori, sia di semplificazione e snellimento dei procedimenti.

Certo, è pur vero che, almeno per quanto riguarda il voto elettronico, nonostante le buone premesse che inducevano a una certa fiducia negli effetti positivi di questa innovazione⁴⁸, i risultati finora raggiunti non sono stati quelli sperati, di modo che, nonostante se ne parli da tempo risalente⁴⁹, i numerosi ostacoli emersi hanno fatto sì che non solo lo si sia utilizzato, in via

⁴⁴ Anche R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 730, immaginano, nel sistema proposto, una memoria esterna da consegnare, sotto scorta della forza pubblica, ad un Centro comunale in collegamento con i Centri elaborazione dati sia del Viminale che della Cassazione

⁴⁵ Va infatti ricordato che, come scriveva già M. SPANU, *Il procedimento*, cit., 41 ss., queste furono introdotte per avere un riscontro ulteriore, da compilare *in progress* durante lo scrutinio, al fine di evitare falsificazioni *a posteriori* del verbale; venendo meno lo scrutinio cartaceo, queste non avrebbero più, in effetti, alcuna funzione. Peraltro, appare quanto meno dubbia già ora la loro efficacia, se si pone mente al fatto che ben si potrebbe prima redigere, falsificandolo, il verbale, e solo dopo compilare le tabelle di scrutinio in modo che i dati siano coerenti, ciò che la trasmissione di queste, contemporanea a quella del verbale, rende perfettamente possibile.

⁴⁶ Come scriveva G. F. CIAURRO, *Prospettive*, cit., 68, le modalità applicative dei procedimenti sono state definite nell'immediato dopoguerra, al momento del ritorno della democrazia, in modo improvvisato e artigianale, sulla scia di fattori contingenti così che «ci portiamo ancora dietro la scheda di stato con le sue molteplici piegature, la matita copiativa, egualmente di stato, per l'espressione manuale del voto; e verbali di centinaia di pagine e le tabelle, da compilare pure a mano».

⁴⁷ Quanto al giorno, infatti, rispetto al passato, occorre prendere atto che è ormai cospicuo il numero di coloro che lavorano la domenica al pari di altri giorni, mentre è assai più frequente che vi sia uno spostamento, per finalità di diletto, di chi invece non abbia tale incombenza, di modo che varrebbe forse la pena valutare l'idea di utilizzare giornate feriali, riducendo così l'onere per il pagamento di straordinari ai lavoratori impegnati nelle operazioni elettorali e facilitando gli spostamenti degli elettori grazie a maggiore disponibilità di mezzi pubblici. Rispetto al luogo, poi, se le scuole primarie, ordinariamente utilizzate a tal fine, offrivano il vantaggio della diffusione capillare sul territorio, oggi non solo vi è il problema che molte sedi non sono più operative, ma soprattutto, con molta maggiore frequenza del passato, nelle famiglie i genitori sono entrambi lavoratori (quando la famiglia stessa non sia monogenitoriale), di modo che la chiusura scolastica nei giorni precedenti e seguenti quello della votazione genera diversi problemi per l'accudimento dei figli, che potrebbero essere evitati con l'utilizzo di edifici pubblici diversi.

⁴⁸ Come affermava P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, loc. cit.; analogamente anche T. E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. inf. infor.*, 2003, 503 ss., che riteneva prossima la messa al bando della scheda cartacea.

⁴⁹ Per una rassegna dei disegni di legge presentati e delle varie sperimentazioni portate avanti in Italia fin dagli anni '80 cfr. ampiamente M. SPANU, *La gestione elettronica delle operazioni di votazione e di scrutinio*, in *Nuova rass.*, 1986, 355 ss.; P. CARLOTTO, *Il voto*, cit., 88 ss.; P. ROSSANO, *Teledemocrazia: il voto elettronico*, in *Rass. parlam.*, 1994, 100 ss.; P. GAY, E-voting, in A. Celotto – G. Pistorio (a cura di), *Le nuove "sfide" della democrazia diretta*, Napoli, 2012, 121 ss.; e soprattutto L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 63 ss., ove l'A. evidenzia la contraddittorietà delle sperimentazioni avviate all'inizio del nuovo millennio. Infatti, per un verso, rispetto alla legge n. 90/2004 relativa alle elezioni europee, si può osservare

sperimentale, esclusivamente in alcune realtà territoriali⁵⁰, ma anche che molti Paesi, i quali si erano indirizzati in questa direzione⁵¹, abbiano poi abbandonato l'uso dell'elettronica per tornare al voto cartaceo con spoglio manuale⁵², in special modo dopo la netta presa di posizione del giudice costituzionale tedesco del 3 marzo 2009, che, pur ammettendo in astratto la possibilità di fare ricorso a tecnologie informatiche nelle consultazioni elettorali, ha però posto severe condizioni di garanzia perché ciò sia in concreto attuabile⁵³. Tuttavia, la mera esistenza di, pur oggettive, difficoltà tecniche e di fallimenti, non esime dal considerare «ingiustificato e miope non avvalersi di quanto l'elettronica può portare in dote agli attuali meccanismi democratici per migliorarli in termini partecipativi, di efficienza e di trasparenza»⁵⁴. Perché, se innegabili sono i vantaggi che deriverebbero dall'implementazione tecnologica nel procedimento elettorale, mi sembra anzitutto doveroso fare ricorso a tutto ciò che non ha controindicazioni in termini di ricadute negative per altri interessi costituzionali, perseverando nella ricerca di soluzioni con riferimento a quei profili che appaiono, invece, più problematici⁵⁵. Senza trascurare, peraltro, che già ora la regolazione tradizionale del procedimento non offre di certo garanzie assolute di correttezza e trasparenza delle operazioni elettorali⁵⁶, di modo che anche un piccolo miglioramento potrebbe già essere valutato

come, partendo dallo scrutinio anziché dal voto per implementare tecnologie informatiche nell'ambito del procedimento elettorale, si sia invertito l'ordine logico delle operazioni, tra l'altro avviando una sperimentazione sulla fase non solo finale, ma anche più delicata e rischiosa del procedimento (analogamente A. GRATTERI, *Il valore*, cit., 180, che parla di «stravagante tentativo di conteggiare elettronicamente i voti scrutinati manualmente»); mentre, per altro verso, in relazione alla legge n. 22/2006 per le elezioni politiche, gli enormi problemi tecnici ed organizzativi hanno comportato il sostanziale fallimento della prova, portando ad uno scrutinio più sofferto di quanto abitualmente avvenga. Sulla sperimentazione attuata in Lombardia nel 2015 in occasione del *referendum* consultivo per l'avvio della procedura di cui all'art. 116, comma 3, Cost., cfr. A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 15 ss., che segnala le non trascurabili criticità del testo legislativo, oltre alla curiosa scelta di fare ricorso a questa modalità di voto in occasione di un tipo di consultazione che non ha mai dato luogo a problemi particolari.

⁵⁰ Di applicazione frammentata e residuale ragiona G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica: presupposti e strumenti*, Padova, 2017, 273, pur evidenziando come il voto elettronico rappresenti in realtà uno dei più "tradizionali" strumenti di democrazia elettronica.

⁵¹ Su tali ordinamenti v. A. GRATTERI, *Il valore*, cit., 113 ss.; L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 60 ss.; e A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 203 ss.

⁵² Lo ricordano A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 2; e, più recentemente, M. FOLARIN TAWA – G. GOMETZ, *Voto elettronico*, cit., 318.

⁵³ Per un commento della sentenza BVerfG 2, BvC 3/07, rinvio, per tutti, ad A. GRATTERI, *Germania*, cit. Alcune delle condizioni poste dal *Bundesverfassungsgericht* sono già state segnalate alle note 34 e 35.

⁵⁴P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della rete*, in L. Brusciuglia – R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa, 2010, 17, che si riferisce anche alle sperimentazioni sul voto elettronico. Analogamente E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 29, che legge nel voto elettronico uno strumento di attuazione del diritto sociale alla piena fruibilità dei mezzi informatici che consentirebbe di dare concreta consistenza alla cittadinanza sociale.

⁵⁵ Dato che, come scrive E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 9, *le innovazioni informatiche devono (e possono) essere dirette ad esaltare e non a ridurre la portata delle irrinunciabili garanzie costituzionali*

⁵⁶ Il rilievo, peraltro di pratica evidenza, è comune a molti Autori: tra essi, S. ELIA, *Alcune questioni*, cit., 104; M. CUNIBERTI, *Tecnologie*, cit., 296; e A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 201, che rileva come il formalismo del procedimento elettorale sia volto proprio ad evitare possibili errori e tentativi di manipolazione, che tuttavia si sono in realtà sempre verificati. Peraltro, non occorre necessariamente pensare a casi dolosi di brogli elettorali, ma basta considerare l'errore umano, sempre possibile e non così improbabile in tutti quei casi – che rappresentano la maggioranza dei procedimenti elettorali – in cui lo scrutinio avvenga nelle ore notturne da parte dei componenti dell'ufficio di sezione che da 15 ore stanno svolgendo il loro incarico. A tal riguardo, M. SPANU, *Il procedimento*, cit., 43 ss., evidenzia come gli errori possano riguardare i molteplici trattamenti che i dati subiscono (somma, riscontro, trascrizione, riporto) per non parlare di quelli relativi alla interpretazione della legge e di alcune prassi, tanto consolidate da aver reso desuete certe disposizioni, che vanificano di fatto qualunque controllo interno alla singola sezione, come è per la suddivisione dei conteggi tra i singoli scrutatori. A. GRATTERI, *Germania*, cit., 1, afferma che ciò nonostante vi è una diffusa diffidenza verso l'uso dell'informatica per via del timore «che il rischio di brogli sia maggiore in presenza di un sistema di voto elettronico poiché le manipolazioni del software potrebbero essere individuate solo con difficoltà, mentre in presenza di modalità

positivamente. Insomma, «nessuna tecnologia è neutra ma va esaminata con riferimento al contesto economico, sociale e politico nel quale viene utilizzata e si diffonde», di modo che bisogna «guardarsi dalla diffusa ed erronea tendenza ad attribuire alle tecnologie digitali [...] delle proprietà e dei caratteri fissi ed immutabili», tanto nel senso di attribuire incondizionate virtù democratiche quanto di enfatizzare pericoli di controllo e manipolazione⁵⁷.

Né l'esito non certo positivo delle esperienze fin qui condotte deve portare al totale abbandono della strada intrapresa: è infatti insito nella sperimentazione la possibilità di un suo fallimento⁵⁸, specie se confrontato ad un *modus procedendi* bene o male consolidato da oltre mezzo secolo di pratica applicazione. Tutto ciò, allora, deve semplicemente condurre alla individuazione delle cause che hanno portato a tale esito e alla ricerca di idonei correttivi, laddove vi sia la convinzione – a mio avviso corretta – che l'obiettivo finale comporti un complessivo vantaggio.

Non credo nemmeno che il tema dei costi, che l'introduzione di tecnologie informatiche comporterebbe, possa essere un deterrente⁵⁹. Infatti, se è vero che andrebbe sostenuto sia un investimento iniziale per l'acquisto delle attrezzature, sia un costo corrente per la manutenzione e l'aggiornamento⁶⁰, è pur vero non solo che la semplificazione delle procedure potrebbe portare a ridurre il numero delle persone coinvolte nelle operazioni elettorali e le spese correnti di stampati e cancelleria, generando un immediato, per quanto contenuto, risparmio di spesa⁶¹, ma soprattutto che le apparecchiature informatiche potrebbero rimanere (qualora già non lo siano) in dotazione all'Amministrazione, e *in primis* alle scuole stesse⁶², massimizzando così il ritorno in concreto dell'investimento e giustificando la correlata spesa corrente, quand'anche questa fosse complessivamente (ma ragionevolmente) superiore. Si tratta comunque di un ulteriore profilo che andrebbe attentamente analizzato alla luce di dati concreti che consentano di avviare una serie di analisi economiche e simulazioni pratiche, senza cedere a pregiudiziali prese di posizione.

Il tema della necessaria formazione di chi presta la propria opera come componente dell'ufficio elettorale di sezione (Presidente, segretario o scrutatore) è un ulteriore profilo certamente da prendere in considerazione, ma che non può seriamente costituire un motivo valido per rinunciare ad una maggiore informatizzazione. Infatti, si tratta di una questione in ogni caso non eludibile, in quanto già attuale, stanti i criteri di reclutamento assai laschi previsti dalla normativa vigente⁶³, di

tradizionali di voto le frodi su larga [scala] sarebbero possibili solo con un enorme dispendio di mezzi ed energie e potrebbero essere più facilmente dimostrate». L'A., peraltro, critica a buon diritto l'affermazione della Corte costituzionale tedesca, allorché ritiene essenziale il controllo diretto da parte del singolo elettore, in quanto già ora questi non può avere la certezza assoluta che il suo personale voto sia scrutinato correttamente, proprio perché l'errore umano è sempre possibile e talora impercettibile.

⁵⁷ M. CUNIBERTI, *Tecnologie*, cit., 277.

⁵⁸ Come scrive G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 197, «quello della democrazia elettronica sarà un processo lungo e irto di dilemmi e scelte difficili che, come spesso accade nella storia delle tecnologie [...] procederà per *trials and errors*».

⁵⁹ Secondo il timore espresso da A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 210, per il quale sarebbe dubbia la convenienza economica, perché occorrerebbero sia grandi investimenti per l'acquisto delle macchine sia spese legate alla necessaria formazione degli scrutatori. Analogamente, A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 10, afferma che, in tema di voto elettronico, il recupero dei costi sarebbe un luogo comune.

⁶⁰ Questa voce di costo era evidenziata già da M. SPANU, *La gestione*, cit., 357.

⁶¹ Sul punto insiste G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 168, per il quale in astratto i costi complessivi dovrebbero tendere alla riduzione, sebbene le esperienze fin qui condotte sembrino portare a conclusioni opposte.

⁶² Come propongono R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 732. Già L. RUSSI, *Voto*, cit., 94 richiedeva tra le qualità della macchina la possibilità di un riuso, indicandone i possibili beneficiari proprio nelle scuole, o, in subordine, negli enti locali e forze di polizia.

⁶³ Ricordo, infatti, che la legge elettorale indica, sì, una serie di figure di indubbia qualificazione giuridica per l'assunzione della funzione di Presidente di sezione (magistrati, avvocati dello Stato, notai, cancellieri, ecc.) ma poi, con clausola generale, estende la possibilità a qualunque cittadino sia ritenuto idoneo dal Presidente della Corte d'Appello (ciò che è divenuta ormai la regola), mentre per il segretario è richiesto il mero possesso del diploma di scuola secondaria e per gli scrutatori addirittura la sola capacità di leggere e scrivere. Non sfuggirà come, se la normativa in questo modo

modo che anche la semplice conoscenza della normativa e delle procedure appare carente in molti casi⁶⁴. Se dunque una maggiore formazione sarebbe in ogni caso necessaria, il fatto che questa avvenga in un contesto di maggiore implementazione tecnologica non comporta seri aggravii.

Da ultimo, poiché esistono ottime ragioni per proseguire nella strada della informatizzazione delle procedure elettorali, non credo che la rapidissima evoluzione delle tecnologie informatiche, che potrebbe facilmente portare ad un superamento di quelle attuali in un brevissimo lasso di tempo, debba continuare ad essere, come è stato sinora, un fattore di freno all'implementazione del loro uso nella complessiva «macchina» della preparazione, dell'espressione e dell'accertamento del voto». L'alternativa, infatti, è quella di continuare a gestire i procedimenti secondo «le secolari abitudini degli elettori»⁶⁵, con una normativa anacronistica, che impedisce di cogliere numerosi vantaggi che, magari in modo non perfetto e sicuramente non completo, potrebbero però pur sempre derivare da un adeguamento (anche) sotto il profilo tecnologico, tradendo quella ricerca delle soluzioni atte a individuare progressivamente le tecniche migliori per garantire il rispetto delle caratteristiche che il voto per Costituzione deve possedere, la quale deve invece essere aspirazione continua degli Stati democratici⁶⁶.

È ormai risalente (e ricorrente ad ogni consultazione elettorale) la constatazione dell'inefficienza e della farraginosità, oltre che dei costi, che l'attuale organizzazione della macchina elettorale comporta⁶⁷: è dunque giunto il momento – come spero di avere dimostrato – di utilizzare le tecnologie informatiche per cercare di trovare soluzioni, ponendosi nella prospettiva, come ci ha sollecitato ancora di recente lo studioso che in questa sede onoriamo, della «democrazia al tempo del digitale»⁶⁸.

vuole consentire di non avere difficoltà di reperimento di persone idonee anche in piccolissime e sperdute realtà territoriali, essa sembra nuovamente risentire del momento storico in cui fu scritta, quando la scolarizzazione era decisamente inferiore ad oggi.

⁶⁴ Il rilievo è comune a molti Autori: cfr., almeno, M. SPANU, *Il procedimento*, cit., 50 ss.; P. SCARAMOZZINO, *La regolarità*, cit., 65, il quale proponeva di istituzionalizzare un corso di formazione per presidenti e segretari; A. AGOSTA, *Dalle riflessioni*, cit., 155, che sottolineava come la migliore professionalità dei componenti sia decisiva per il buon funzionamento del procedimento, proprio perché le soluzioni tecniche, in sé, non sono sufficienti ad impedire brogli od errori; nonché A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 209.

⁶⁵ Le citazioni sono di E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 7 ss., che giustamente evidenzia come si tratti di un paradosso, anche se – continua l'A. – sicuramente un ruolo di freno è stato giocato anche dalla prudenza e diffidenza, in generale, verso le procedure informatiche.

⁶⁶ In tal senso cfr. nuovamente E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 12.

⁶⁷ Si vedano gli interventi contenuti nel più volte citato volume di A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni e automazione*, nonché E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 9; e, volendo, S. SCAGLIARINI – L. TRUCCO, *La nuova legge*, cit., 292 ss.

⁶⁸ Cfr. P. COSTANZO, *La "democrazia digitale" (istruzioni per l'uso)*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 12.

SIMONE SCAGLIARINI

Tecnologie informatiche e procedimento elettorale: un matrimonio che s'ha da fare

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ausilio dell'informatica per l'identificazione degli elettori. – 3. Il voto elettronico (presidiato). – 3.1. I vantaggi del voto elettronico... – 3.2. ...ed i suoi svantaggi. – 4. L'informatizzazione delle operazioni di verbalizzazione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La legislazione elettorale si è affermata da tempo, sia pure con alterne fortune, come uno dei temi classici degli studi costituzionalistici, ma, sebbene si possano annoverare innumerevoli saggi su diversi profili della materia¹, decisamente trascurato appare lo studio, nell'ambito del procedimento elettorale, delle fasi della votazione e dello scrutinio², verosimilmente a causa del loro carattere (almeno in apparenza) meramente pragmatico e materiale, al confronto del vero *core* del sistema elettorale.

A mio avviso, tuttavia, si tratta di un ambito che meriterebbe ben altra attenzione, dal momento che le modalità con cui il voto può essere espresso e le problematiche relative alla sua interpretazione rappresentano il presupposto logico e cronologico per la successiva applicazione delle norme sull'assegnazione dei seggi, ed appaiono strettamente correlate e funzionali alla garanzia dell'effettiva possibilità di esercizio del diritto di voto – con le sue caratteristiche di libertà, eguaglianza, personalità e segretezza con cui l'art. 48 della Costituzione lo connota – nonché di altri rilevanti interessi costituzionali, come l'imparzialità ed il buon andamento nel procedimento elettorale³.

In questa prospettiva, credo che meriti una riflessione l'attuale disciplina recata dalla legge elettorale vigente per l'elezione della Camera dei deputati (d.p.r. n. 361/1957), che rappresenta, invero, il paradigma per la disciplina delle fasi del procedimento elettorale qui esaminate. Infatti, non solo è questa la normativa prevalente quando l'elezione della Camera si svolga in contemporanea ad una qualunque altra consultazione, ma inoltre essa è, per un verso, oggetto di

¹ A titolo meramente esemplificativo, tra i lavori più recenti, cfr. G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, 2018; R. D'Alimonte – C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana: come migliorarla e perché*, Bologna, 2008; nonché, tra gli allievi dello studioso che in questa sede si onora, per limitarmi alle opere monografiche, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, 2011; e F. BAILO, *Capacità elettorale e Costituzione*, Napoli, 2015.

² Uno dei pochi studi che esamina tali fasi, definendole «il metro di valutazione della bontà dello schema organizzativo predisposto dal legislatore» è il saggio di M. SPANU, *Il procedimento elettorale: nodi problematici*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni e automazione*, Milano, 1989, 35 ss.

³ Ancora attuali, in questa direzione, appaiono le parole di G. F. CIAURRO, *Prospettive di ammodernamento dei procedimenti elettorali*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 71, secondo cui «la credibilità di un regime democratico rappresentativo è anche in funzione della credibilità dei meccanismi mediante i quali il popolo procede all'elezione dei suoi rappresentanti». Analogamente A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*, in *Forum quad. cost.*, 2015, 18, afferma che «le modalità di voto [...] rappresentano un aspetto tecnico della funzione elettorale e contribuiscono a garantire al meglio la genuinità del voto [...] Genuinità che si risolve nella capacità di riflettere con esattezza la volontà espressa dagli elettori, in assenza di violazioni dell'eguaglianza, della personalità, della libertà e della segretezza del voto, così da rendere effettivo il fondamento dell'esercizio del potere pubblico sulla sovranità popolare». Del resto, sottolineava T. MARTINES, *Artt. 56-58*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Le Camere, tomo I, Art. 55-63*, Bologna-Roma, 1984, 79 ss., che l'art. 48, secondo comma, è una disposizione rivolta a legislatore ed amministrazione impegnandoli a porre in essere, proprio sotto il profilo tecnico procedimentale, le condizioni necessarie e sufficienti affinché il voto possa davvero possedere le qualità che la norma costituzionale prescrive.

rinvii espliciti da parte di altre leggi elettorali, mentre, per altro verso, anche al di fuori di queste ipotesi, queste ultime dettano previsioni del tutto analoghe quando non si limitano a darne per presupposta l'applicazione⁴. Tale disciplina, a mio avviso, risente tuttavia ancora molto dell'epoca ormai piuttosto risalente in cui la stessa fu elaborata, rispecchiando, per un verso, usi e costumi della società italiana di quel periodo, ben diversi da quelli contemporanei⁵, e, per altro verso, ignorando giocoforza completamente le opportunità che l'uso di semplici tecnologie informatiche potrebbe apportare in termini sia di contenimento della spesa che di maggiore celerità e soprattutto affidabilità del pieno rispetto della volontà dell'elettore nell'espressione del voto.

Peraltro, l'art. 9 del Codice dell'Amministrazione digitale, approvato con d.lgs. n. 82/2005, già prevede che debba essere favorita «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili». Senza contare che, in ambito societario, da tempo la legge consente modalità elettroniche per le votazioni dell'Assemblea, laddove, come è stato rilevato, «se i mercati si accorgono dei vantaggi della tecnologia forse anche la politica dovrà tenerne conto»⁶, sia pure in modo critico ed assumendo tutte le cautele necessarie, sotto il profilo procedurale e della strumentazione materiale, per garantire in particolare la personalità e segretezza del voto, i quali si pongono quali «baluardi irrinunciabili a salvaguardia della nostra democrazia elettorale»⁷.

Scopo delle presenti note, allora, sarà l'individuazione di alcuni punti critici dell'attuale legislazione per suggerire soluzioni alternative che, sfruttando l'evoluzione tecnologica, possano portare ad una migliore attuazione dei diritti ed interessi costituzionali implicati nel procedimento elettorale.

Prima di intraprendere tale analisi sono tuttavia necessarie due brevi premesse di metodo.

Anzitutto, occorre chiarire che oggetto della mia analisi non sarà la questione della possibilità ed opportunità di passare a un sistema di voto elettronico a distanza (*on line*) o *home vote*. Si tratta, infatti, di un tema complesso che pone seri (e, a mio avviso, insuperabili) problemi di compatibilità con il testo costituzionale⁸, senza contare il rivoluzionario cambio di prospettiva che questo implicherebbe, per il quale tuttavia dubito in ogni caso che i tempi possano dirsi maturi, anche

⁴ Si veda, infatti, la legge elettorale per il Senato di cui al d.lgs. n. 533/1993, la quale rinvia a tale atto normativo non solo in diverse specifiche disposizioni, ma anche in via generale per quanto non espressamente disciplinato (ciò che peraltro avviene comunque spesso in modo assai simile se non identico). Allo stesso modo, tanto il d.P.R. n. 570/1960 in tema di elezioni comunali quanto la l. n. 108/1968, *in parte qua* richiamata o presupposta dalle leggi elettorali regionali per le elezioni dei Consigli, contengono numerosi richiami al Testo unico per l'elezione della Camera, prevedendo comunque, per quanto non oggetto di rinvio, discipline di queste fasi sostanzialmente sovrapponibili. Se si considera, poi, che anche nella legge per l'elezione del Parlamento europeo (ovvero l. n. 18/1979), e nella disciplina per lo svolgimento dei *referendum* abrogativi, di cui alla l. n. 352/1970, vi sono ampi rinvii, sempre per quanto concerne queste fasi, alle previsioni del d.P.R. 361/1957, appare evidente che ben può limitarsi la trattazione a tale atto normativo, dal momento che quanto suggerito dispiegherà automaticamente i propri effetti anche rispetto alle altre forme di consultazione popolare.

⁵ Sul punto ritornerò *infra*, in sede di Considerazioni conclusive.

⁶ Testualmente, P. CARLOTTO, *Il voto elettronico in Italia: sperimentazioni e difficoltà*, in *Nuova rass.*, 2012, 93.

⁷ Come giustamente sottolinea L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. inf. infor.*, 2011, 72.

⁸ Il rilievo è ampiamente argomentato dalla dottrina che si è occupata del tema; per limitarci agli Autori che più hanno dedicato attenzione al punto specifico, si vedano E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale*, 2002, n. 46, 15 ss., reperibile sul sito della Regione Toscana; e A. GRATTEI, *Il valore del voto*, Padova, 2005, spec. 110 ss., i quali sottolineano l'impossibilità di garantire, con siffatti meccanismi, quanto meno la segretezza del voto, non essendo mai possibile escludere che il voto a distanza sia espresso, seppure personalmente, in presenza e magari sotto costrizione di altri.

ammesso e non concesso che esso fosse auspicabile⁹. Più semplicemente, la direzione verso cui si indirizzano le presenti note sarà, per converso, totalmente interna al solco tracciato dalla consolidata legislazione elettorale, per introdurre però alcuni adattamenti che le mutate tecnologie consentono, al fine di semplificare ed al contempo rendere più certo l'esito del procedimento, eliminando anacronismi legislativi.

In secondo luogo, va ancora precisato che le proposte che andrò a formulare hanno un carattere modulare, essendo indipendenti (e quindi separatamente implementabili) l'una dall'altra, anche se è altresì possibile combinarne più di una od anche tutte contemporaneamente, ottenendo il massimo effetto qui auspicato.

Premesse tali precisazioni, è dunque possibile passare al merito delle proposte, che credo possano essere avanzate, relative, nell'ordine, alle operazioni di: 1) identificazione dell'elettore; 2) votazione; 3) verbalizzazione delle operazioni elettorali.

2. L'ausilio dell'elettronica per l'identificazione degli elettori

La fase della votazione è forse quella che, nell'ambito del procedimento elettorale, più si presta ad (se non richiede di) essere ammodernata.

Anzitutto, semplicemente, per quanto concerne la prima operazione svolta dagli uffici di sezione, ovvero l'identificazione dell'elettore. Come noto, infatti, questi, per poter essere ammesso al voto, deve esibire la tessera elettorale, il cui numero viene annotato in apposito registro, e, quando non sia persona nota all'ufficio, un documento di identità, i cui estremi devono essere riportati nella lista elettorale di sezione (*rectius* nelle liste, giacché la legge prevede che ve ne sia una maschile ed una femminile) accanto alla firma di un componente dell'ufficio medesimo attestante che l'elettore ha votato (attestazione che trova corrispondenza nella tessera elettorale con l'apposizione del timbro dell'ufficio e l'indicazione della data). Ora, a prescindere dal rilievo che già oggi, al fine di semplificare e realizzare un risparmio, si potrebbe ipotizzare di aggiungere una colonna per l'annotazione del numero di tessera elettorale direttamente nella lista, così da avere un unico documento cartaceo, in realtà per questi incumbenti, essenziali ad assicurare la personalità del voto, l'informatica ben potrebbe offrire un aiuto.

Infatti, la sola lettura con un semplice scanner portatile di un codice a barre che identifichi univocamente la tessera dell'elettore collegato ad un pc in cui sia stata caricata la lista elettorale stessa (o che acceda direttamente al *database* dell'anagrafe comunale, volendo utilizzare il collegamento in rete) ben potrebbe sostituire tutti gli adempimenti¹⁰, salvo continuare a richiedere, al massimo, l'inserimento manuale degli estremi del documento. Laddove, poi, la diffusione delle carte di identità elettroniche renderebbe in prospettiva superato anche questo ulteriore adempimento, dato che l'art. 8 del d.p.r. n. 299/2000 già prevede la possibilità di rilascio della tessera elettorale su supporto informatico, incorporandola nella carta di identità elettronica, attraverso una fase sperimentale condotta sotto la vigilanza del Ministero dell'Interno per quanto

⁹ Dubbi al riguardo possono leggersi, per esempio, in A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Dir. soc.*, 1995, spec. 405 ss.; e P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Dir. inf. infor.*, 2003, 472 ss., secondo il quale vi è «la necessità per le attuali democrazie di continuare a strutturarsi fondamentalmente a livello sociale secondo logiche aggregative e, a livello istituzionale, secondo moduli rappresentativi rispetto ai quali la democrazia elettronica non sembra poter dunque giocare un ruolo completamente sostitutivo». Sulla stessa linea, più di recente, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2018, spec. 390 ss.

¹⁰ L'introduzione della lettura ottica mediante scanner era già stata ipotizzata, con riferimento al tagliando antifrode introdotto dalle l. n. 165/2017 (cd. *Rosatellum/bis*), da S. SCAGLIARINI – L. TRUCCO, *La nuova legge elettorale alla prova dei fatti*, in *Rass. parlam.*, 2018, 294.

concerne la compatibilità con la legislazione elettorale vigente, ed una successiva disciplina a regime, sempre affidata alla normazione secondaria di tale Dicastero¹¹.

Ma vi è di più.

Infatti, un sistema di questo tipo sarebbe in grado di meglio proteggere i dati personali dell'elettore, perché non solo, eliminando la tessera cartacea, i componenti del seggio non sarebbero più in grado di ricostruire, attraverso i timbri e le date, in quali delle precedenti consultazioni egli si è recato a votare, ma anche il diritto al voto assistito potrebbe essere un'informazione da incorporare direttamente nel documento, così da evitare ogni possibile indagine su dati particolari, quali quelli relativi allo stato di salute. L'univocità del codice rilevato dallo scanner consentirebbe, a sua volta, di impedire tentativi di voto plurimo.

Resterebbero soltanto due casi particolari che porrebbero qualche problema.

Il primo è quello dell'accompagnatore dell'elettore con disabilità. Con riguardo a tale figura, attualmente, la legge, onde evitare che una singola persona, accompagnando una pluralità di disabili, possa finire per disporre, benché debba limitarsi a svolgere la funzione di mero *nuncius* della volontà della persona sostituita, della possibilità di esprimere un numero eccessivo di voti, prevede che nessuno possa svolgere questa funzione per più di un elettore, a tal fine disponendo che sulla tessera elettorale il Presidente dell'ufficio sezionale apponga la data e la dicitura accompagnatore in una delle apposite caselle.

Ora, finché la tessera restasse cartacea, sia pure soggetta a lettura ottica, *nulla quaestio*: tutto continuerebbe come prima. Qualora invece si giungessero ad incorporare nella carta di identità elettronica anche le informazioni in materia elettorale, delle due l'una: o gli uffici di sezione operano in rete e allora è sufficiente spuntare una casella per indicare che la funzione è stata svolta, oppure occorrerà rinunciare alla limitazione ad un solo accompagnamento. In quest'ultimo caso, va comunque osservato che, ove in una siffatta situazione si implementasse anche il voto elettronico, di cui si dirà a breve, le ipotesi in cui l'accompagnamento sarebbe ancora necessario si ridurrebbero drasticamente, così che i rischi paventati potrebbero considerarsi marginali.

L'altro caso particolare è quello degli elettori ammessi a votare in sezione diversa, nelle fattispecie previste dalla legislazione vigente¹². Per questa ipotesi, di nuovo delle due l'una: o gli uffici, essendo in rete a livello nazionale, accedono ai dati di tutti gli elettori e quindi non si pone problema alcuno, ovvero non resterebbe altra scelta che continuare a rilevare manualmente in cartaceo i dati: in ogni caso, nulla di più e di diverso rispetto a quanto già oggi si fa, ma che residuerebbe come una eccezione non in grado di far venir meno l'opportunità di modificare la regola.

3. Il voto elettronico (presidiato)

Il secondo e ben più incisivo intervento innovativo che mi pare meritevole di essere preso in esame riguarda sempre la fase di votazione (di cui costituisce il momento centrale) ma

¹¹ Sulle previsioni di questo Regolamento cfr. A. PINCIANI, *Il voto on line*, in E. Palmieri (a cura di), *Profili penali del lavoro «on line»*, Padova, 2004, 272 ss. Si osservi, peraltro, che l'ipotesi di un certificato elettorale su supporto magnetico che consentisse ad un tempo l'identificazione dell'elettore e l'aggiornamento delle liste elettorali, eliminando le operazioni manuali in questa fase, era già stata preconizzata, più di trenta anni or sono, in un momento in cui la tecnologia non era chiaramente nemmeno paragonabile a quella attuale, da L. Russi, *Voto e scrutinio elettronico: problemi tecnici e organizzativi*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 90 ss.

¹² Ovvero i componenti del seggio (che invero potrebbero essere indirizzati a votare nelle rispettive sezioni allontanandosi per il tempo necessario da quella in cui prestano servizio), la forza pubblica in servizio di ordine, i militari e naviganti comandati a prestare servizio in altro Comune e gli elettori non deambulanti che sono assegnati a sezioni in cui vi sono barriere architettoniche.

esplicherebbe inevitabilmente effetti, ove introdotto, anche sulla successiva fase di scrutinio. Mi riferisco al voto elettronico, ovvero alle modalità di espressione del voto, pur sempre nell'ambito di "seggi elettorali" presidiati da un pubblico ufficiale, che utilizzano un PC o altro *hardware* a ciò predisposto su cui è installato un apposito *software*, in sostituzione della tradizionale scheda cartacea da contrassegnare con la matita copiativa.

Che il voto elettronico *off line* e presidiato non ponga i problemi di legittimità costituzionale che genera invece il voto a distanza, cui ho fatto cenno in premessa, è affermazione condivisa e ricorrente ormai da tempo¹³. Infatti, rispetto a quanto già oggi avviene nelle sezioni elettorali, a mutare sarebbe esclusivamente il mezzo utilizzato per l'espressione del suffragio, la cui personalità (che permette il soddisfacimento anche del requisito della eguaglianza) continuerebbe ad essere garantita dalla previa identificazione dell'elettore da parte del pubblico ufficiale (a prescindere dall'uso delle modalità elettroniche come sopra suggerite o meno), così come la segretezza (funzionale a difendere anche la libertà) sarebbe assicurata dall'espressione del voto nella cabina all'uopo protetta ed alla quale l'elettore continuerebbe ad accedere da solo (salve le deroghe già attualmente previste).

È allora possibile (se non doveroso) chiedersi quali vantaggi e, per converso, quali criticità potrebbe ingenerare l'introduzione del voto elettronico presidiato.

3.1. I vantaggi del voto elettronico.

Gli elementi che possono addursi a favore del passaggio a modalità informatiche di espressione del voto sono molteplici, sia rispetto alla votazione in sé, sia rispetto allo scrutinio¹⁴.

In primo luogo, il voto elettronico potrebbe meglio garantire la possibilità di esercizio di questo diritto – ed anche con maggiore rispetto dei requisiti di personalità e segretezza – per (molte del)le persone con disabilità che attualmente necessitano di un accompagnatore¹⁵. Infatti, se, per un verso, l'uso di una tecnologia *touch* potrebbe portare a questo effetto ogniquale volta l'elettore che non è in grado di maneggiare una matita possa però semplicemente esercitare una pressione su un *display*, l'uso di adeguati sistemi audio, per altro verso, potrebbe analogamente evitare il ricorso a questa figura anche per ipovedenti e ciechi¹⁶. Laddove, come è stato sottolineato molto bene in dottrina, l'eguaglianza del voto presuppone anche la rimozione di «ingiustificati ostacoli ad un'agevole espressione del suffragio da parte di *tutti* gli aventi diritto»¹⁷.

In seconda battuta, l'elettore, che a fronte di complessi e diversi sistemi elettorali ben potrebbe talora non avere del tutto compreso le modalità corrette per esprimere il proprio voto, si

¹³ In tal senso si esprimono, tra gli altri, A. G. OROFINO, *Il voto elettronico*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, Milano, 2002, 247; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inf. infor.*, 2015, 296; S. ELIA, *Alcune questioni problematiche circa il voto elettronico*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 95; P. CARLOTTO, *Il voto*, cit., 87; e, da ultimi, M. FOLARIN TAWA – G. GOMETZ, *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion pratica*, 2018, 319 ss.

¹⁴ Per un quadro complessivo dei possibili effetti favorevoli derivanti dal passaggio a questa modalità di espressione del suffragio, cfr. R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto elettronico*, in *Nuovo dir.*, 2006, 729; L. DE ROBERTIS, *Il diritto alla segretezza del voto telematico*, in *Inf. dir.*, 2009, 69 ss.; S. ELIA, *Alcune questioni*, cit., 93 ss.; nonché, ampiamente, A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 5 ss.

¹⁵ Ipotesi prevista dall'art. 55 del d.P.R. n. 361/1957 per i ciechi, gli amputati delle mani, gli affetti da paralisi o altro impedimento di analoga gravità che impedisca l'autonoma espressione del voto. Su questo profilo insistono in particolare P. CARLOTTO, *Il voto*, cit., 84; e A. GRATTERI, *Germania: Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2009, 3.

¹⁶ Come suggerisce G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017, 167.

¹⁷ E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 11.

ritrovrebbe facilitato. Infatti, non solo il sistema informatico non accetterebbe voti espressi con modalità non contemplate dalla legislazione vigente, di modo che diverrebbe impossibile un errore dovuto a ignoranza, ma la possibilità di chiedere conferma prima dell'inserimento nell'urna virtuale della scheda verrebbe incontro con maggiore facilità alla necessità di correggere errori dovuti a distrazioni o ad equivoci¹⁸, che attualmente possono essere risolti solo chiedendo una (e una sola) ulteriore scheda al Presidente dell'ufficio di sezione, cui quella deteriorata va però consegnata (con rischi se non per la segretezza del voto almeno per la riservatezza dell'elettore) al fine di essere annullata¹⁹.

Il vantaggio cui abbiamo fatto cenno da ultimo esplica un effetto positivo sia nella fase di votazione che dello scrutinio. Infatti, quanto alla prima, la votazione con modalità elettroniche determinerebbe anche il venir meno di alcuni casi anomali che possono verificarsi, quali quello dell'elettore che restituisca una scheda priva della firma e del bollo o che non voti nella cabina od ancora che non restituisca la matita, fattispecie all'evidenza rinvenibili solo in presenza del tradizionale voto cartaceo. Ma soprattutto, per quanto riguarda lo scrutinio, proprio perché il *software* non accetta voti espressi con modalità difformi da quelle previste dalla normativa, un sistema di voto elettronico determinerebbe la totale scomparsa delle schede nulle, eliminando ogni contenzioso riguardo all'interpretazione della volontà espressa dall'elettore²⁰. Del resto, se merita di essere salvaguardata la scelta dell'elettore di non esprimere alcun voto (lasciando la scheda "bianca"), nessuna tutela merita l'improprio utilizzo della scheda stessa per messaggi politici o di protesta²¹ o, ancor peggio, l'apposizione di segni di riconoscimento, in violazione del criterio della segretezza, che proprio per questo, a maggior ragione, meritano, nella disciplina vigente, la sanzione della nullità²². Laddove, si noti, la riconoscibilità in molti casi potrebbe anche non essere voluta, ma derivare semplicemente dalla grafia dell'elettore, che, in realtà locali di dimensioni assai limitate, potrebbe portare giocoforza al suo, pur non voluto, riconoscimento²³.

Meno convincente sembra invece l'argomento della maggiore partecipazione che il passaggio al voto elettronico potrebbe comportare²⁴. Infatti, se forse qualcuno, anche solo per mera curiosità, potrebbe essere maggiormente indotto a recarsi alle urne, certamente altri, spaventati dalla novità, potrebbero preferire non partecipare (più) alle consultazioni²⁵, così che è verosimile immaginare

¹⁸ Su questo elemento di migliore espressività del voto elettronico si soffermava già G. F. CIAURRO, *Prospettive*, cit., 75, che vi leggeva una delle principali ragioni che avrebbero probabilmente convinto gli elettori a virare verso il voto elettronico; in tema, v. ora G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 164. In tema v. anche E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 20, per il quale l'errore dell'elettore si può ritenere provocato dall'imperfezione delle tecniche e dagli strumenti materiali di votazione, non adeguati alla capacità o all'attenzione di *tutti* i votanti, di modo che strumenti quali quelli citati nel testo potrebbero rivelarsi fondamentali al fine di meglio assicurare la personalità (intesa come effettiva consapevolezza degli effetti della scelta che l'elettore sta effettuando) e l'eguaglianza del voto.

¹⁹ Cfr. art. 63 d.p.r. n. 361/1957.

²⁰ Sulla possibile scomparsa, grazie al voto elettronico, del contenzioso sulla invalidazione del suffragio, dovuto principalmente a errore nell'espressione quando non all'intenzione di rendere palese il proprio voto (verosimilmente per farne commercio), cfr. ampiamente E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 18 ss., il quale chiosa affermando che "per definizione e *per sua natura* la procedura informatica ed elettronica (che funzioni, naturalmente!) non sbaglia e non fa sbagliare". Cfr. *ibidem*, anche per una sintetica rassegna degli orientamenti del giudice amministrativo sul punto.

²¹ Dato che, come scrive ancora E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 21, «le votazioni anche attraverso modalità tradizionali non possono essere occasione stravagante per il deposito di messaggi (politici) espressi (di vario tipo)».

²² In realtà non è mancato chi si è chiesto se l'elettore possa davvero essere privato della possibilità di esprimere un voto nullo: cfr. C. FUSARO, *Lo scrutinio elettronico: le ragioni di una proposta*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 146.

²³ Come rilevano acutamente R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 731.

²⁴ L'argomento è affrontato, sia pure in forma dubitativa, da A. G. OROFINO, *L'espressione elettronica del suffragio*, in *Dir. Internet*, 2006, 201.

²⁵ Seppure le implicazioni del *digital divide* rispetto al voto elettronico appaiano sopravvalutate; sul punto ritornerò *infra* nel paragrafo successivo.

che le due ipotesi porterebbero ad una compensazione, se non forse con maggiore probabilità ad una contrazione nel numero dei votanti. Discorso diverso sarebbe, invece, qualora, ponendo in rete le liste elettorali a livello nazionale, come pure sopra ipotizzato, si consentisse di esprimere il voto in qualunque seggio nel territorio dello Stato, il che certamente porterebbe al recupero del voto di chi si trovi al di fuori del territorio del proprio Comune e non voglia o non possa rientrare per esercitare il proprio diritto²⁶. Sennonché, una siffatta ipotesi porrebbe, per un verso, il problema di riuscire a memorizzare nella macchina usata per il voto i candidati di tutte le circoscrizioni, e, per altro verso, al fine di evitare il forte rischio di far venir meno la segretezza del voto²⁷, ciò presupporrebbe l'esecuzione dello scrutinio non più a livello decentrato presso le singole sezioni, ma unificato a livello centrale²⁸. Ciò tuttavia solleverebbe la questione sia della effettiva sicurezza della rete sia della maggiore complessità di verifica *ex post* del sistema: elementi, questi, che indurrebbero, a mio avviso, ad una estrema prudenza sul punto.

Da ultimo, anche se non si tratta forse in sé di un interesse di pregio costituzionale ma più di un dato fattuale²⁹, non si può negare che l'immediatezza dei risultati conseguente allo scrutinio effettuato con tecnologie elettroniche, consentendo di avere in pochissimo tempo dopo la chiusura della votazione un esito esente da contestazioni, rappresenterebbe una opportunità da non trascurare³⁰, a fronte dell'impatto negativo di un risultato contestato ed incerto sia sotto il profilo politico-istituzionale, per la delegittimazione complessiva che il sistema ne riceverebbe³¹, sia sotto il profilo economico, dato che le incertezze potrebbero facilmente riflettersi sui mercati producendo perdite economiche potenzialmente significative.

I vantaggi del voto elettronico trascendono, però, l'aspetto strettamente legato al procedimento elettorale e si estendono anche ad altri interessi costituzionali, che potrebbero trovare una migliore

²⁶ Secondo il suggerimento di E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 22, il quale evidenzia che non solo così facendo la revisione delle liste elettorali sarebbe *ordinaria, permanente e dinamica*, ma anche che l'elettore non sarebbe costretto a scegliere tra il proprio diritto alla mobilità e quello di voto.

²⁷ Basti pensare, infatti, al caso in cui presso una sezione voti un solo cittadino iscritto in altra sezione.

²⁸ Come infatti coerentemente propone E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, loc. cit., per il quale l'attuale decentramento delle procedure elettorali presso le sezioni, finalizzato tanto ad agevolare l'elettore assegnandolo ad una sede di voto prossima alla sua abitazione quanto ad assicurare maggiore precisione e rapidità nelle operazioni di scrutinio, se da un lato non impedirebbe del tutto la possibilità di ricollegare ad ogni elettore il suo personale voto (dato che il numero minimo di 500 elettori previsto dalla legge è derogabile e peraltro non tiene conto dell'astensione), per altro verso permetterebbe di profilare, sia pure in forma aggregata, gli elettori, offrendo uno strumento favorevole, se non al "commercio" di voti quanto meno a forme invasive di propaganda politica mirata. Sennonché, la cronaca stessa dimostra che oggi esistono ben altri strumenti "social" di profilazione e propaganda, di modo che l'obiezione appare forse ormai legata al particolare momento in cui fu sollevata.

²⁹ In realtà, secondo E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 12, la tendenziale immediatezza della proclamazione dei risultati, in modo che essa proceda con la massima tempestività, sarebbe una delle condizioni (non solo giuridiche ma anche ambientali) di legittimità sostanziale che rendono effettivamente genuino – e quindi eguale – il voto, fermo restando che l'obiettivo della velocizzazione non può portare a svalutare le (altre) condizioni di legittimazione democratica delle elezioni. Lo stesso A. (29 ss.) evidenzia che immediatezza e certezza dei risultati sarebbero risultati importantissimi per la affidabilità degli esiti che già ora la legislazione tende a ricercare attraverso la tendenziale ragionevolezza e certezza dei tempi di scrutinio.

³⁰ Già più di venti anni fa il voto elettronico era auspicato per ridurre i tempi sia di votazione che di scrutinio da G. CASTRONOVO, *Operazioni elettorali: proposte minime per semplificare le procedure in attesa dell'auspicato voto elettronico*, in *Amm. it.*, 1999, 1020, che invero si riferiva a tutta la fase di voto e, quindi, anche all'identificazione dell'elettore. G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 166 rileva come in realtà è improbabile, allo stato attuale, una effettiva riduzione dei tempi di voto grazie all'uso di sistemi elettronici di raccolta del consenso; anche se, non solo, come ammette lo stesso Autore, si potrebbero presto immaginare *app* che segnalino all'elettore il seggio con minore coda (sempre che e nella misura in cui le sezioni elettorali siano messe in rete e pertanto fungibili), ma in ogni caso le operazioni di voto potrebbero essere velocizzate rispetto all'identificazione dell'elettore, attraverso le modalità elettroniche suggerite nel paragrafo precedente.

³¹ Per questo argomento v. A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 10.

attuazione. Uno su tutti è il costo dell'attuale procedimento, fondato su documenti cartacei, in termini ambientali³², poiché attualmente esso richiede la produzione di milioni di schede, che verrebbero interamente eliminate, con notevole risparmio nel consumo, appunto, di carta e conseguente beneficio per la tutela dell'ambiente, la cui rilevanza costituzionale non abbisogna di particolari dimostrazioni.

3.2. ...ed i suoi svantaggi

Se dunque il voto elettronico è suscettibile di apportare numerosi miglioramenti per l'inveramento di diritti e interessi di sicuro rango costituzionale, ciò può tuttavia verificarsi solo nel rispetto di alcune condizioni, senza contare che comunque sono innegabili anche alcuni rischi che andrebbero considerati al fine di un giudizio di bilanciamento tra *pro* e *contra* di questa modalità di espressione del suffragio.

La principale delle motivazioni che vengono addotte per indurre alla prudenza nel ragionare di voto elettronico è il rischio per la sicurezza, intesa sia sotto il profilo privato, come garanzia della effettiva segretezza del voto, sia sotto il profilo pubblico, come reale e concreta possibilità di escludere il rischio di manipolazione dei risultati, sia infine nella sua accezione di verificabilità degli esiti dello scrutinio, ovvero della possibilità, tendenzialmente da parte di chiunque, di controllare *a posteriori* il regolare funzionamento del procedimento elettorale³³.

Quanto alla prima, credo che, nella prospettiva in cui mi sono posto, ossia di occuparmi soltanto del voto presidiato e non dell'*home voting*, non si pongano particolari problemi. L'elettore, una volta identificato, continuerebbe a votare entrando, come già rilevato, da solo nella cabina elettorale, semplicemente utilizzando uno strumento di carattere informatico in luogo della scheda cartacea, ma senza che vi sia alcuna possibilità di ricollegare *a posteriori* il singolo voto a colui che lo ha espresso.

Più delicata è la questione della vulnerabilità della macchina rispetto ad attacchi di *hacker* o a malfunzionamenti. Non credo, tuttavia, si tratti di ostacoli insormontabili.

Per esempio, oltre a garantire banalmente che siano presenti apparecchiature in grado di assicurare la continuità di funzionamento anche in caso di improvvisa mancanza di energia elettrica, si potrebbe, infatti, immaginare che la macchina usata per la votazione non sia collegata in rete, nemmeno *wi-fi*, in modo da ridurre fortemente i rischi di una intrusione fraudolenta nel sistema. I dati della votazione ed i risultati, in tal caso, oltre che riportati nel verbale, potrebbero essere salvati su un supporto esterno, magari crittografato con una chiave in possesso solo del Presidente dell'ufficio di sezione e di quello centrale. Tale supporto potrebbe essere consegnato, a cura del Presidente stesso, insieme alle schede cartacee di riscontro di cui dirò a breve, in analogia all'attuale *modus operandi*, mantenendo però tutti i vantaggi che ho elencato, salvo forse quello della rapidità nello scrutinio, che tuttavia, come già detto, è anche quello che probabilmente non può nemmeno considerarsi di rilevanza costituzionale, per quanto indubbiamente elemento positivo e da ricercare nei limiti del possibile³⁴.

³² Un cenno a tale profilo si trova in L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 62.

³³ Per questa distinzione v. G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 156 ss., ove l'A. sottolinea il nesso strumentale che intercorre tra sicurezza della tecnologia di voto, in tutte le sue accezioni, ed effettività della sovranità popolare, intesa come concreta possibilità di combinare l'autonomia individuale con quella degli altri per determinare scelte politiche.

³⁴ Di mero elemento accessorio ragiona A. GRATTERI, *Germania*, cit., 3, traendone la conseguenza che, in un bilanciamento con altri interessi costituzionali in ambito elettorale, esso dovrebbe risultare recessivo, sebbene sia innegabile che uno scrutinio lento e difficoltoso renda maggiore il rischio di errori di conteggio e di interpretazione del voto, che invece un sistema (interamente) informatizzato, ovviamente, non contemplerebbe.

In alternativa – e guardando decisamente più all'evoluzione tecnologica prossima – grande attenzione sta suscitando nel dibattito attuale la possibilità di fare ricorso alla *blockchain*, che potrebbe offrire la possibilità di garantire ampia sicurezza, grazie al fatto che non solo essa crea una concatenazione di “blocchi” (i singoli voti, nel nostro caso) impossibile da manomettere *by design*, ma anche al fatto che essa è interamente ospitata su più dispositivi contemporaneamente. È vero che la necessità di mantenere anonimo il voto e di non influire sul risultato elettorale costringerebbe a rendere pubblica la *blockchain* solo al termine delle operazioni, il che renderebbe impossibile al singolo elettore controllare la presenza del proprio voto a posteriori, sacrificando la verificabilità. Ciò, tuttavia, non sarebbe diverso da quanto avviene già oggi con i sistemi attualmente in uso, in cui sono affidati al controllo dell'autorità pubblica tanto l'accreditamento dei votanti quanto la pubblicazione dei risultati³⁵.

Come ulteriore cautela rispetto alla possibile falsificazione dei risultati, una garanzia applicata in alcuni sistemi è quella del voto combinato, ossia del rilascio di una sorta di “ricevuta” cartacea da parte della macchina utilizzata per il voto che riproduce (non già l'intera scheda ma soltanto) il suffragio espresso³⁶ e che l'elettore riporrà in una piccola urna, da aprire esclusivamente per finalità di controllo. Il che potrebbe avvenire a campione e in ogni caso in cui si sospetti una falsificazione dei risultati od in cui vi sia un ricorso. In questo modo, permarrebbero i vantaggi dell'elettronica, solo ridotti, per quanto concerne quelli ambientali, dal consumo di una quantità di carta, tuttavia decisamente inferiore a quella attuale, con il vantaggio di avere a disposizione uno strumento in più di riscontro.

Se guardiamo, poi, alla sicurezza intesa come verificabilità della regolarità delle operazioni, una misura da molti suggerita è quella dell'utilizzo di programmi *open source*³⁷, in modo che non vi siano problematiche di diritto industriale impeditive di un effettivo controllo.

Un falso problema mi sembrerebbe, invece, quello del *digital divide*, nel senso che sarebbe sufficiente (e necessario) che i sistemi fossero assolutamente intuitivi e di facilissimo utilizzo³⁸, meglio se con tecnologia *touch*³⁹: la possibilità di correggere errori nel momento in cui venisse richiesta la conferma prima dell'inserimento nell'urna (virtuale) della scheda così come l'impossibilità di votare in modo tale da provocare la nullità della stessa, sarebbero semmai due elementi che porterebbero a rendere più facile – e non già più complessa – l'espressione del proprio suffragio. Inoltre, come è stato condivisibilmente rilevato, la pratica dell'esercizio del diritto di voto nella forma qui proposta avrebbe «grande importanza nell'educazione elettronica»⁴⁰ e potrebbe fungere proprio da mezzo per superare il problema di cui discorriamo. Il che sembra essere avallato anche dalle dichiarazioni raccolte in occasione di una delle sperimentazioni svolte in Italia a livello

³⁵ Ampiamente sul punto M. FOLARIN TAWA – G. GOMETZ, *Voto elettronico*, cit., 322 ss., i quali, dopo aver ricostruito due diversi sistemi proposti in questa direzione, ricordano come il sacrificio della verificabilità ottenga in cambio la certezza della segretezza e libertà del voto, «funzionali alla fedele manifestazione dell'autonomia politica che è centrale nella giustificazione etico-normativa della democrazia».

³⁶ Su questa possibilità v. S. ELIA, *Alcune questioni*, cit., 87 ss., che richiama in tal senso le condizioni poste dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca di cui si dirà più avanti nel testo; R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 730; e A. G. OROFINO, *L'espressione*, cit., 208.

³⁷ In tal senso, per esempio, G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 171. Anche questa, peraltro, rappresenta una delle condizioni poste dal giudice costituzionale tedesco.

³⁸ Di problema superabile parla al riguardo anche G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 165. Per una descrizione delle strategie adottate a livello comparato per fare fronte a questa difficoltà di ordine tecnico v. L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 59, che sottolinea come vi siano Stati in cui si è cercato di aiutare l'elettore ed altri che invece hanno preferito una logica di doppio binario, che consentisse a ciascun singolo elettore di optare per il voto cartaceo od elettronico, anche se è evidente che quest'ultima opzione, combinando i due sistemi, annulla i potenziali vantaggi e crea molti maggiori problemi di quanti non ne risolve.

³⁹ Come propongono R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 729 ss.

⁴⁰P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 482.

locale, se è vero che l'indagine svolta dal Censis dimostrava che anche tra le persone meno giovani c'era grande interesse ed un approccio aperto e favorevole all'uso di tecnologie elettroniche nella raccolta dei suffragi, di modo che almeno il profilo dell'età anagrafica, tra le possibili cause di *digital divide*, non sembrava affatto porsi come rilevante per l'ipotesi al nostro esame⁴¹.

4. L'informatizzazione delle operazioni di verbalizzazione

Un ultimo aspetto, che riguarda specificamente la fase di scrutinio e che potrebbe beneficiare dell'apporto dell'informatica, è l'attività di verbalizzazione.

L'art. 74 della Testo unico per l'elezione della Camera dispone infatti che il segretario rediga in duplice copia (cui in realtà si aggiunge in alcune consultazioni un estratto destinato all'ufficio territoriale del Governo) il verbale di tutte le operazioni svolte e delle proteste e reclami ricevuti presso l'ufficio di sezione. Tale verbale, che deve essere sottoscritto da tutti i componenti del seggio e dai rappresentanti di lista in ogni pagina, ha valore di atto pubblico. Nella prassi, per facilitare il compito degli uffici, il Ministero predispone già dei modelli di tali verbali, in cui vengono prese in considerazione, come è naturale, tutte le ipotesi, anche più rare a verificarsi, contemplate dalla legge, con il risultato che l'ufficio si trova spesso a dover semplicemente barrare pagine e pagine di questo volumetto, relative ad ipotesi che non si sono in concreto realizzate⁴², così che, oltre ad una maggiore possibilità di errore nella compilazione da parte del segretario, si verifica un maggiore dispendio di tempo e soprattutto uno spreco, sia dal punto di vista economico che ambientale, di risorse nella stampa di parti non utilizzate. Non solo, ma la compilazione manuale delle parti del verbale da completare può dare evidentemente luogo a difficoltà materiali di interpretazione del contenuto dello stesso, in caso di contenzioso.

Ebbene, tutto ciò potrebbe essere molto semplicemente evitato ricorrendo alla verbalizzazione tramite PC, sempre utilizzando modelli di documento all'uopo predisposti, ma in cui, per un verso, il sistema preveda campi obbligatori, non permettendo la chiusura di un verbale che sia privo di elementi essenziali, così da evitare di trovarsi nella situazione di una documentazione gravemente carente⁴³, mentre, per altro verso, le parti non utili in quanto non conferenti possano essere semplicemente eliminate e quindi non stampate, laddove si intenda mantenere pur sempre la versione finale cartacea.

Qualora, poi, venisse utilizzato il supporto informatico per l'identificazione degli elettori, non solo si potrebbe usare lo stesso PC in dotazione all'ufficio per tutte le operazioni, ma si potrebbe anche immaginare che il verbale venga automaticamente alimentato dalla registrazione informatica di quelle operazioni e di quei casi che possono verificarsi durante la votazione e di cui la legge richieda la specifica verbalizzazione.

Quanto alla trasmissione del verbale al termine delle operazioni, nel caso di voto con schede cartacee, come anticipato, esso continuerebbe ad essere consegnato insieme a queste ed alle tabelle di scrutinio, pure in versione cartacea (ma anche qui in forma più snella e con l'esclusione di parti non conferenti qualora il PC fosse utilizzato anche per la loro compilazione); qualora, invece,

⁴¹ Si veda A. G. OROFINO, *L'espressione*, loc. cit., e gli scritti qui richiamati.

⁴² La semplificazione dei verbali era ritenuta necessaria già da P. SCARAMOZZINO, *La regolarità del voto: alcune proposte di modifica dell'attuale legislazione elettorale*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 63.

⁴³ È infatti verosimile ritenere che la situazione dei verbali attualmente compilati nelle sezioni elettorali non sia così dissimile da quella che descriveva, all'esito di una ricerca su un campione, P. PAMPANA, *I verbali dei risultati elettorali: alcune considerazioni sulla base di un'esperienza personale*, in A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni*, cit., 135 ss. Di errori e negligenze nella compilazione dei verbali parla anche A. AGOSTA, *Dalle riflessioni del convegno all'attualità: novità, conferme, prospettive*, ivi, 152.

tale innovazione si accompagnasse al voto elettronico, il verbale sarebbe comunque trasmesso insieme ai dati ed ai risultati dello scrutinio e quindi o attraverso la rete o, qualora sia ritenuto un sistema non sicuro, attraverso supporti di memoria esterna, magari crittografati⁴⁴, mentre le tabelle di scrutinio, perdendo a quel punto di senso, potrebbero essere semplicemente eliminate⁴⁵.

5. Considerazioni conclusive

Come ricordavo all'inizio della presente trattazione, i procedimenti elettorali, ad ogni livello territoriale, nel nostro Paese, scontano il limite di risentire ampiamente del periodo storico in cui sono stati disciplinati per la prima volta, senza che le modifiche successive abbiano realmente inciso sui loro aspetti strutturali⁴⁶. Se, per alcuni versi, andrebbero forse ridiscusse anche scelte di fondo consolidate, quali il giorno e le sedi dedicati alla votazione⁴⁷, per alcuni aspetti più strettamente procedurali la tecnologia informatica, come ho cercato di dimostrare, potrebbe già oggi e senza epocali cambiamenti, apportare notevoli vantaggi in termini sia di maggiori e migliori opportunità di esercizio del diritto di voto da parte degli elettori, sia di semplificazione e snellimento dei procedimenti.

Certo, è pur vero che, almeno per quanto riguarda il voto elettronico, nonostante le buone premesse che inducevano a una certa fiducia negli effetti positivi di questa innovazione⁴⁸, i risultati finora raggiunti non sono stati quelli sperati, di modo che, nonostante se ne parli da tempo risalente⁴⁹, i numerosi ostacoli emersi hanno fatto sì che non solo lo si sia utilizzato, in via

⁴⁴ Anche R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 730, immaginano, nel sistema proposto, una memoria esterna da consegnare, sotto scorta della forza pubblica, ad un Centro comunale in collegamento con i Centri elaborazione dati sia del Viminale che della Cassazione

⁴⁵ Va infatti ricordato che, come scriveva già M. SPANU, *Il procedimento*, cit., 41 ss., queste furono introdotte per avere un riscontro ulteriore, da compilare *in progress* durante lo scrutinio, al fine di evitare falsificazioni *a posteriori* del verbale; venendo meno lo scrutinio cartaceo, queste non avrebbero più, in effetti, alcuna funzione. Peraltro, appare quanto meno dubbia già ora la loro efficacia, se si pone mente al fatto che ben si potrebbe prima redigere, falsificandolo, il verbale, e solo dopo compilare le tabelle di scrutinio in modo che i dati siano coerenti, ciò che la trasmissione di queste, contemporanea a quella del verbale, rende perfettamente possibile.

⁴⁶ Come scriveva G. F. CIAURRO, *Prospettive*, cit., 68, le modalità applicative dei procedimenti sono state definite nell'immediato dopoguerra, al momento del ritorno della democrazia, in modo improvvisato e artigianale, sulla scia di fattori contingenti così che «ci portiamo ancora dietro la scheda di stato con le sue molteplici piegature, la matita copiativa, egualmente di stato, per l'espressione manuale del voto; e verbali di centinaia di pagine e le tabelle, da compilare pure a mano».

⁴⁷ Quanto al giorno, infatti, rispetto al passato, occorre prendere atto che è ormai cospicuo il numero di coloro che lavorano la domenica al pari di altri giorni, mentre è assai più frequente che vi sia uno spostamento, per finalità di diletto, di chi invece non abbia tale incombenza, di modo che varrebbe forse la pena valutare l'idea di utilizzare giornate feriali, riducendo così l'onere per il pagamento di straordinari ai lavoratori impegnati nelle operazioni elettorali e facilitando gli spostamenti degli elettori grazie a maggiore disponibilità di mezzi pubblici. Rispetto al luogo, poi, se le scuole primarie, ordinariamente utilizzate a tal fine, offrivano il vantaggio della diffusione capillare sul territorio, oggi non solo vi è il problema che molte sedi non sono più operative, ma soprattutto, con molta maggiore frequenza del passato, nelle famiglie i genitori sono entrambi lavoratori (quando la famiglia stessa non sia monogenitoriale), di modo che la chiusura scolastica nei giorni precedenti e seguenti quello della votazione genera diversi problemi per l'accudimento dei figli, che potrebbero essere evitati con l'utilizzo di edifici pubblici diversi.

⁴⁸ Come affermava P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, loc. cit.; analogamente anche T. E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. inf. infor.*, 2003, 503 ss., che riteneva prossima la messa al bando della scheda cartacea.

⁴⁹ Per una rassegna dei disegni di legge presentati e delle varie sperimentazioni portate avanti in Italia fin dagli anni '80 cfr. ampiamente M. SPANU, *La gestione elettronica delle operazioni di votazione e di scrutinio*, in *Nuova rass.*, 1986, 355 ss.; P. CARLOTTO, *Il voto*, cit., 88 ss.; P. ROSSANO, *Teledemocrazia: il voto elettronico*, in *Rass. parlam.*, 1994, 100 ss.; P. GAY, E-voting, in A. Celotto – G. Pistorio (a cura di), *Le nuove "sfide" della democrazia diretta*, Napoli, 2012, 121 ss.; e soprattutto L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 63 ss., ove l'A. evidenzia la contraddittorietà delle sperimentazioni avviate all'inizio

sperimentale, esclusivamente in alcune realtà territoriali⁵⁰, ma anche che molti Paesi, i quali si erano indirizzati in questa direzione⁵¹, abbiano poi abbandonato l'uso dell'elettronica per tornare al voto cartaceo con spoglio manuale⁵², in special modo dopo la netta presa di posizione del giudice costituzionale tedesco del 3 marzo 2009, che, pur ammettendo in astratto la possibilità di fare ricorso a tecnologie informatiche nelle consultazioni elettorali, ha però posto severe condizioni di garanzia perché ciò sia in concreto attuabile⁵³. Tuttavia, la mera esistenza di, pur oggettive, difficoltà tecniche e di fallimenti, non esime dal considerare «ingiustificato e miope non avvalersi di quanto l'elettronica può portare in dote agli attuali meccanismi democratici per migliorarli in termini partecipativi, di efficienza e di trasparenza»⁵⁴. Perché, se innegabili sono i vantaggi che deriverebbero dall'implementazione tecnologica nel procedimento elettorale, mi sembra anzitutto doveroso fare ricorso a tutto ciò che non ha controindicazioni in termini di ricadute negative per altri interessi costituzionali, perseverando nella ricerca di soluzioni con riferimento a quei profili che appaiono, invece, più problematici⁵⁵. Senza trascurare, peraltro, che già ora la regolazione tradizionale del procedimento non offre di certo garanzie assolute di correttezza e trasparenza delle operazioni elettorali⁵⁶, di modo che anche un piccolo miglioramento potrebbe già essere valutato

del nuovo millennio. Infatti, per un verso, rispetto alla legge n. 90/2004 relativa alle elezioni europee, si può osservare come, partendo dallo scrutinio anziché dal voto per implementare tecnologie informatiche nell'ambito del procedimento elettorale, si sia invertito l'ordine logico delle operazioni, tra l'altro avviando una sperimentazione sulla fase non solo finale, ma anche più delicata e rischiosa del procedimento (analogamente A. GRATTERI, *Il valore*, cit., 180, che parla di «stravagante tentativo di conteggiare elettronicamente i voti scrutinati manualmente»); mentre, per altro verso, in relazione alla legge n. 22/2006 per le elezioni politiche, gli enormi problemi tecnici ed organizzativi hanno comportato il sostanziale fallimento della prova, portando ad uno scrutinio più sofferto di quanto abitualmente avvenga. Sulla sperimentazione attuata in Lombardia nel 2015 in occasione del *referendum* consultivo per l'avvio della procedura di cui all'art. 116, comma 3, Cost., cfr. A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 15 ss., che segnala le non trascurabili criticità del testo legislativo, oltre alla curiosa scelta di fare ricorso a questa modalità di voto in occasione di un tipo di consultazione che non ha mai dato luogo a problemi particolari.

⁵⁰ Di applicazione frammentata e residuale ragiona G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica: presupposti e strumenti*, Padova, 2017, 273, pur evidenziando come il voto elettronico rappresenti in realtà uno dei più «tradizionali» strumenti di democrazia elettronica.

⁵¹ Su tali ordinamenti v. A. GRATTERI, *Il valore*, cit., 113 ss.; L. TRUCCO, *Il voto*, cit., 60 ss.; e A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 203 ss.

⁵² Lo ricordano A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 2; e, più recentemente, M. FOLARIN TAWA – G. GOMETZ, *Voto elettronico*, cit., 318.

⁵³ Per un commento della sentenza BVerfG 2, BvC 3/07, rinvio, per tutti, ad A. GRATTERI, *Germania*, cit. Alcune delle condizioni poste dal *Bundesverfassungsgericht* sono già state segnalate alle note 34 e 35.

⁵⁴ P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della rete*, in L. Brusciuglia – R. Romboli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa, 2010, 17, che si riferisce anche alle sperimentazioni sul voto elettronico. Analogamente E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 29, che legge nel voto elettronico uno strumento di attuazione del diritto sociale alla piena fruibilità dei mezzi informatici che consentirebbe di dare concreta consistenza alla cittadinanza sociale.

⁵⁵ Dato che, come scrive E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 9, *le innovazioni informatiche devono (e possono) essere dirette ad esaltare e non a ridurre la portata delle irrinunciabili garanzie costituzionali*

⁵⁶ Il rilievo, peraltro di pratica evidenza, è comune a molti Autori: tra essi, S. ELIA, *Alcune questioni*, cit., 104; M. CUNIBERTI, *Tecnologie*, cit., 296; e A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 201, che rileva come il formalismo del procedimento elettorale sia volto proprio ad evitare possibili errori e tentativi di manipolazione, che tuttavia si sono in realtà sempre verificati. Peraltro, non occorre necessariamente pensare a casi dolosi di brogli elettorali, ma basta considerare l'errore umano, sempre possibile e non così improbabile in tutti quei casi – che rappresentano la maggioranza dei procedimenti elettorali – in cui lo scrutinio avvenga nelle ore notturne da parte dei componenti dell'ufficio di sezione che da 15 ore stanno svolgendo il loro incarico. A tal riguardo, M. SPANU, *Il procedimento*, cit., 43 ss., evidenzia come gli errori possano riguardare i molteplici trattamenti che i dati subiscono (somma, riscontro, trascrizione, riporto) per non parlare di quelli relativi alla interpretazione della legge e di alcune prassi, tanto consolidate da aver reso desuete certe disposizioni, che vanificano di fatto qualunque controllo interno alla singola sezione, come è per la suddivisione dei conteggi tra i singoli scrutatori. A. GRATTERI, *Germania*, cit., 1, afferma che ciò nonostante vi è una diffusa diffidenza verso l'uso

positivamente. Insomma, «nessuna tecnologia è neutra ma va esaminata con riferimento al contesto economico, sociale e politico nel quale viene utilizzata e si diffonde», di modo che bisogna «guardarsi dalla diffusa ed erronea tendenza ad attribuire alle tecnologie digitali [...] delle proprietà e dei caratteri fissi ed immutabili», tanto nel senso di attribuire incondizionate virtù democratiche quanto di enfatizzare pericoli di controllo e manipolazione⁵⁷.

Né l'esito non certo positivo delle esperienze fin qui condotte deve portare al totale abbandono della strada intrapresa: è infatti insito nella sperimentazione la possibilità di un suo fallimento⁵⁸, specie se confrontato ad un *modus procedendi* bene o male consolidato da oltre mezzo secolo di pratica applicazione. Tutto ciò, allora, deve semplicemente condurre alla individuazione delle cause che hanno portato a tale esito e alla ricerca di idonei correttivi, laddove vi sia la convinzione – a mio avviso corretta – che l'obiettivo finale comporti un complessivo vantaggio.

Non credo nemmeno che il tema dei costi, che l'introduzione di tecnologie informatiche comporterebbe, possa essere un deterrente⁵⁹. Infatti, se è vero che andrebbe sostenuto sia un investimento iniziale per l'acquisto delle attrezzature, sia un costo corrente per la manutenzione e l'aggiornamento⁶⁰, è pur vero non solo che la semplificazione delle procedure potrebbe portare a ridurre il numero delle persone coinvolte nelle operazioni elettorali e le spese correnti di stampati e cancelleria, generando un immediato, per quanto contenuto, risparmio di spesa⁶¹, ma soprattutto che le apparecchiature informatiche potrebbero rimanere (qualora già non lo siano) in dotazione all'Amministrazione, e *in primis* alle scuole stesse⁶², massimizzando così il ritorno in concreto dell'investimento e giustificando la correlata spesa corrente, quand'anche questa fosse complessivamente (ma ragionevolmente) superiore. Si tratta comunque di un ulteriore profilo che andrebbe attentamente analizzato alla luce di dati concreti che consentano di avviare una serie di analisi economiche e simulazioni pratiche, senza cedere a pregiudiziali prese di posizione.

Il tema della necessaria formazione di chi presta la propria opera come componente dell'ufficio elettorale di sezione (Presidente, segretario o scrutatore) è un ulteriore profilo certamente da prendere in considerazione, ma che non può seriamente costituire un motivo valido per rinunciare ad una maggiore informatizzazione. Infatti, si tratta di una questione in ogni caso non eludibile, in quanto già attuale, stanti i criteri di reclutamento assai laschi previsti dalla normativa vigente⁶³, di

dell'informatica per via del timore «che il rischio di brogli sia maggiore in presenza di un sistema di voto elettronico poiché le manipolazioni del software potrebbero essere individuate solo con difficoltà, mentre in presenza di modalità tradizionali di voto le frodi su larga [scala] sarebbero possibili solo con un enorme dispendio di mezzi ed energie e potrebbero essere più facilmente dimostrate». L'A., peraltro, critica a buon diritto l'affermazione della Corte costituzionale tedesca, allorché ritiene essenziale il controllo diretto da parte del singolo elettore, in quanto già ora questi non può avere la certezza assoluta che il suo personale voto sia scrutinato correttamente, proprio perché l'errore umano è sempre possibile e talora impercettibile.

⁵⁷ M. CUNIBERTI, *Tecnologie*, cit., 277.

⁵⁸ Come scrive G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 197, «quello della democrazia elettronica sarà un processo lungo e irto di dilemmi e scelte difficili che, come spesso accade nella storia delle tecnologie [...] procederà per *trials and errors*».

⁵⁹ Secondo il timore espresso da A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 210, per il quale sarebbe dubbia la convenienza economica, perché occorrerebbero sia grandi investimenti per l'acquisto delle macchine sia spese legate alla necessaria formazione degli scrutatori. Analogamente, A. GRATTERI, *Finalità*, cit., 10, afferma che, in tema di voto elettronico, il recupero dei costi sarebbe un luogo comune.

⁶⁰ Questa voce di costo era evidenziata già da M. SPANU, *La gestione*, cit., 357.

⁶¹ Sul punto insiste G. GOMETZ, *Democrazia*, cit., 168, per il quale in astratto i costi complessivi dovrebbero tendere alla riduzione, sebbene le esperienze fin qui condotte sembrino portare a conclusioni opposte.

⁶² Come propongono R. BORRUSO – R. SCAVIZZI, *Il voto*, cit., 732. Già L. RUSSI, *Voto*, cit., 94 richiedeva tra le qualità della macchina la possibilità di un riuso, indicandone i possibili beneficiari proprio nelle scuole, o, in subordine, negli enti locali e forze di polizia.

⁶³ Ricordo, infatti, che la legge elettorale indica, sì, una serie di figure di indubbia qualificazione giuridica per l'assunzione della funzione di Presidente di sezione (magistrati, avvocati dello Stato, notai, cancellieri, ecc.) ma poi, con clausola generale, estende la possibilità a qualunque cittadino sia ritenuto idoneo dal Presidente della Corte d'Appello

modo che anche la semplice conoscenza della normativa e delle procedure appare carente in molti casi⁶⁴. Se dunque una maggiore formazione sarebbe in ogni caso necessaria, il fatto che questa avvenga in un contesto di maggiore implementazione tecnologica non comporta seri aggravii.

Da ultimo, poiché esistono ottime ragioni per proseguire nella strada della informatizzazione delle procedure elettorali, non credo che la rapidissima evoluzione delle tecnologie informatiche, che potrebbe facilmente portare ad un superamento di quelle attuali in un brevissimo lasso di tempo, debba continuare ad essere, come è stato sinora, un fattore di freno all'implementazione del loro uso nella complessiva «macchina» della preparazione, dell'espressione e dell'accertamento del voto». L'alternativa, infatti, è quella di continuare a gestire i procedimenti secondo «le secolari abitudini degli elettori»⁶⁵, con una normativa anacronistica, che impedisce di cogliere numerosi vantaggi che, magari in modo non perfetto e sicuramente non completo, potrebbero però pur sempre derivare da un adeguamento (anche) sotto il profilo tecnologico, tradendo quella ricerca delle soluzioni atte a individuare progressivamente le tecniche migliori per garantire il rispetto delle caratteristiche che il voto per Costituzione deve possedere, la quale deve invece essere aspirazione continua degli Stati democratici⁶⁶.

È ormai risalente (e ricorrente ad ogni consultazione elettorale) la constatazione dell'inefficienza e della farraginosità, oltre che dei costi, che l'attuale organizzazione della macchina elettorale comporta⁶⁷: è dunque giunto il momento – come spero di avere dimostrato – di utilizzare le tecnologie informatiche per cercare di trovare soluzioni, ponendosi nella prospettiva, come ci ha sollecitato ancora di recente lo studioso che in questa sede onoriamo, della «democrazia al tempo del digitale»⁶⁸.

(ciò che è divenuta ormai la regola), mentre per il segretario è richiesto il mero possesso del diploma di scuola secondaria e per gli scrutatori addirittura la sola capacità di leggere e scrivere. Non sfuggirà come, se la normativa in questo modo vuole consentire di non avere difficoltà di reperimento di persone idonee anche in piccolissime e sperdute realtà territoriali, essa sembra nuovamente risentire del momento storico in cui fu scritta, quando la scolarizzazione era decisamente inferiore ad oggi.

⁶⁴ Il rilievo è comune a molti Autori: cfr., almeno, M. SPANU, *Il procedimento*, cit., 50 ss.; P. SCARAMOZZINO, *La regolarità*, cit., 65, il quale proponeva di istituzionalizzare un corso di formazione per presidenti e segretari; A. AGOSTA, *Dalle riflessioni*, cit., 155, che sottolineava come la migliore professionalità dei componenti sia decisiva per il buon funzionamento del procedimento, proprio perché le soluzioni tecniche, in sé, non sono sufficienti ad impedire brogli od errori; nonché A. G. OROFINO, *L'espressione* cit., 209.

⁶⁵ Le citazioni sono di E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 7 ss., che giustamente evidenzia come si tratti di un paradosso, anche se – continua l'A. – sicuramente un ruolo di freno è stato giocato anche dalla prudenza e diffidenza, in generale, verso le procedure informatiche.

⁶⁶ In tal senso cfr. nuovamente E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 12.

⁶⁷ Si vedano gli interventi contenuti nel più volte citato volume di A. Agosta – F. Lanchester – A. Spreafico (a cura di), *Elezioni e automazione*, nonché E. BETTINELLI, *La lunga marcia*, cit., 9; e, volendo, S. SCAGLIARINI – L. TRUCCO, *La nuova legge*, cit., 292 ss.

⁶⁸ Cfr. P. COSTANZO, *La "democrazia digitale" (istruzioni per l'uso)*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 12.

CARMELA SALAZAR

Diritti e algoritmi: la *gig economy* e il “caso Foodora”, tra giudici e legislatore

La seconda rivoluzione industriale non si presenta come la prima con immagini schiaccianti quali presse di laminatoi o colate d'acciaio, ma come i bits d'un flusso d'informazione che corre sui circuiti sotto forma d'impulsi elettronici.

Le macchine di ferro ci sono sempre, ma obbediscono ai bits senza peso.

I. Calvino, *Lezioni americane*, Mondadori, Milano 2016, 12

SOMMARIO: 1. – Notazioni introduttive. – 2. Considerazioni sulla *gig economy*, alla luce del “principio lavorista”. – 3. Il “caso Foodora” dinanzi ai giudici torinesi (ovvero: della Costituzione “dimenticata”). – 4. Conclusioni (in attesa di un intervento legislativo “annunciato”).

1. Notazioni introduttive

La locuzione *gig economy*, o “economia dei lavoretti”, secondo la traduzione adottata dall'INPS nel 2018¹, è ormai entrata nel linguaggio comune, ma di essa – almeno, al momento – non si dà un significato univoco². La formula, a quanto pare, attinge allo *slang* dei jazzisti statunitensi nei primi decenni del secolo scorso, in cui *gig* – contrazione di *engagement* – indicava la prestazione occasionale per la quale i musicisti venivano scritturati senza molte formalità e con compensi esigui: si trattava di esibizioni ben lontane dal rigore accademico, per le quali non erano richieste particolari competenze, risultando necessaria piuttosto l'abilità nell'esecuzione di brani costruiti sull'improvvisazione³. Si comprende, allora, come mai questa espressione – dopo essere stata utilizzata da Hillary Clinton durante la propria campagna elettorale⁴ – si sia diffusa per indicare l'emersione del lavoro *on-demand* svolto sulle – o attraverso le – piattaforme digitali operanti in *Internet* e facenti capo a società multinazionali, quale epifenomeno della crisi economico-finanziaria avviatasi tra il 2007 e il 2008⁵. Come è noto, anche in questo caso le prestazioni sono connotate da occasionalità, frammentarietà e precarietà, consistendo, in genere, in attività materiali di facile esecuzione, quali la guida di un veicolo – si pensi agli autisti di *Uber*⁶ – o la consegna a domicilio di

¹ Cfr. INPS, *XVII Rapporto annuale*, 9, consultabile in www.inps.it.

² Le incertezze sulla escursione semantica della formula spiegano come mai, nel dibattito pubblico, essa venga talvolta accostata ad altre, come *on-demand economy*, *web economy* o *online platform economy* (cfr. F. DIANA, F. GREIG, A. HAMOUDI, *The Online Platform Economy in 2018: Drivers, Workers, Sellers and Lessors*, in www.jpmorganchase.com), mentre talaltra venga ricondotta alla c. d. *sharing economy* (economia della collaborazione o della condivisione), che secondo l'*Oxford Dictionary* (consultabile in www.oxforddictionaries.com), può definirsi come «An economic system in which assets or services are shared between private individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet». Su quest'ultima, v. anche *infra*.

³ P. MIGLIOCCO, *Che cos'è la gig economy?*, in www.lastampa.it, 28. 2. 2018.

⁴ In tal senso, v. INPS, *XVII Rapporto*, cit., 90.

⁵ Cfr. V. Di STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, *International Labour Office*, Geneva, 2016, consultabile in www.ilo.org; ID., *Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 3/2016, consultabile in www.ssrn.com.

⁶ La società *Uber*, multinazionale con sede a San Francisco, offre molteplici servizi, tra cui la condivisione delle auto (*UberPool*) e il trasporto non di linea: quest'ultimo viene effettuato sia da autisti professionali di auto di lusso (*UberBlack*), sia da non professionisti (*UberPop*). *Uber X* è invece una piattaforma che permette a coloro i quali svolgono il servizio di noleggio con conducente di mettersi in diretto contatto con gli utenti, mentre *Uber Taxi* permette di prenotare un taxi di zona, sostituendosi all'intermediazione via radio-taxi. Nel settore del *food delivery* è attivo anche *Uber-eat*.

cibo da parte di fattorini in bicicletta (*rider*), come accade nel mercato del *food delivery*, in cui operano società multinazionali quali *Foodora*, *Deliveroo* o *Glovo*⁷.

Ora, sempre più spesso e per i più vari motivi, soprattutto con riguardo alla mobilità, al tempo libero e alle relazioni sociali, l'uso delle piattaforme digitali è diventato quotidiano per milioni di persone e, proprio per questo, su di esse si concentra un ampio dibattito interdisciplinare⁸, che – incrociando quello a più ampio raggio sui diritti fondamentali «disvelati», «presi sul serio», «realizzati» ovvero «minacciati» dall'avvento della Rete⁹ – mette in luce perplessità e dubbi di vario genere, specie in ordine alla circostanza che «le decisioni dei singoli vengono da un lato influenzate (attraverso la profilazione delle preferenze), dall'altro coordinate» dai soggetti privati che gestiscono tali strutture “virtuali”¹⁰.

La tematica non è affrontabile a tutto tondo in questa sede: ma si può rilevare come, tra le preoccupazioni suscitate dalla diffusione delle piattaforme, spicchino anche quelle nascenti dalla constatazione che, quando esse favoriscono l'incontro tra la domanda e l'offerta di prestazioni lavorative, *creano* un mercato del lavoro funzionante nel mondo dei *bit*, ma *parallelo e concorrente* a quello esistente nel mondo degli atomi¹¹. Da qui il timore che per i *gig-worker*, pur se svolgenti prestazioni analoghe a quelle richieste sul mercato “ufficiale” regolato dalle norme previste negli ordinamenti nazionali di cui essi sono cittadini, «la rete di garanzie costruita attorno al “lavoro” tradizionale venga meno all'improvviso»¹², con violazione del principio di uguaglianza, e – per quanto riguarda l'Italia – con il rischio di incisione sui diritti che la Carta repubblicana intesta ai lavoratori. Rischio che non riguarda soltanto le condizioni di lavoro – eloquenti i casi di incidenti stradali, talvolta mortali, in cui sono stati coinvolti i *rider*¹³ – ma si manifesta anche con riferimento all'accesso e alle tutele previdenziali e ai diritti collettivi¹⁴. Peraltro, a differenza di altre discussioni

⁷ Per notazioni di carattere generale, nella letteratura ormai imponente, v. R. ALOISI, *Il lavoro “a chiamata” e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 2/2016, 18 ss.; AA.VV., *Il servizio di trasporto dei passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software. Materiali per una ricerca*, a cura di P. Passaglia, in www.cortecostituzionale.it, 2016; AA.VV., *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori Adapt*, a cura di E. Dagnino, F. Nespola, F. Seghezzi, e-book, Adapt University Press, 2017, spec. 159 ss.; AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, *Quad. Riv. giur. lav.*, 2/2017; A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *Riv. giur. lav.*, 1/2017, 195 ss.; O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. cost.* 1/2017, 443 ss.; T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavoratori della Gig economy*, in *Lav. dir.*, 3-4/2017, 367 ss.; L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà alla prova dell'economia della condivisione. Prime note di confronto tra Europa e America Latina*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13/2018; S. VALERIO, P. BECCHIS, *Il servizio di Uber tra asset dormienti e valore digitale. Quale regolazione?*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018, 195 ss.

⁸ Le tante questioni sollevate dalle piattaforme, infatti, «lie at the interface of different branches of the legal system, like consumer law, competition law, administrative law, labor law, data protection, etc.»: G. RESTA, *Digital platforms and the law: contested issues*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2018, 231.

⁹ Le citazioni sono tratte da P. COSTANZO, *I diritti nelle “maglie” della rete*, in AA.VV., *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, a cura di T. Checcoli, C. Murgo, N. Pignatelli, Giappichelli, Torino 2010, 5 ss. Più di recente, v. ID., *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in AA.VV., *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Mondadori, Milano 2017, 3 ss. spec. 11 ss.

¹⁰ Così, V. ZENO ZENCOVICH, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018, 140.

¹¹ In tal senso si esprime T. TREU, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>) – 371/2018, 35.

¹² La citazione è tratta da G. BRONZINI, *Reddito di base, lavoro, automazione: appunti per un nuovo garantismo sociale*, in www.bin-italia.org, 3.

¹³ Cfr. M. DI FAZIO, *Uccisi mentre consegnano il nostro cibo: i rider e quelle vite spezzate senza tutele*, in www.espresso.repubblica.it, 7. 12. 2018.

¹⁴ Cfr. M. FAIOLI, *Jobs “app”, gig economy e sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2/2017, 291 ss., nonché i contributi di AA.VV., in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 4/2018.

nate intorno alla diffusione dell'automazione nell'universo del lavoro – fenomeno al quale comunemente ci si riferisce quando si discorre di “quarta rivoluzione industriale” o “di Industria 4.0”¹⁵ – il dibattito ora richiamato non rimanda ad una visione pessimistica del *futuro*, ma denuncia un rischio *presente*: come è stato notato, «siamo di fronte a un fenomeno mondiale non transeunte»¹⁶, anche se con molte varianti nelle modalità strutturali e nella diffusione¹⁷. Per quanto riguarda l'Italia, secondo l'ultimo *Rapporto annuale* dell'INPS già citato, nel 2018 in Italia la *gig economy* coinvolgeva più di mezzo milione di persone, delle quali circa il 12% erano *riders*¹⁸.

Se si parte dal presupposto che l'attenzione dei giuristi – e, in particolare, dei costituzionalisti – debba restare desta dinanzi alle minacce ai diritti fondamentali derivanti dalle nuove tecnologie, allora ci sono ottimi motivi per cui essi si interessino alla diffusione della *gig economy* nella «Repubblica democratica, fondata sul lavoro». Ad esempio, per chiedersi quale possa (o debba) essere la reazione, dinanzi a tale fenomeno, del legislatore, dei giudici e della Corte costituzionale¹⁹.

¹⁵ Ci si riferisce alle riflessioni che riconducono alla incalzante evoluzione della robotica e dell'intelligenza artificiale il pericolo di una progressiva sostituzione dei lavoratori umani con le macchine – anche in settori peculiari, come quello giudiziario – in misura ben maggiore di quanto non avvenga già oggi: sul tema, in questa sede non affrontabile, si rinvia a R. STAGLIANÒ, *Al posto tuo*, Einaudi, Torino 2016; N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie* (2014), tr. it., Einaudi, Torino 2018; M. DOGLIANI, *Il ruolo dello Stato al tempo dell'economia digitale*, in *Sbilanciamoci.info*, 2018; D. GOTTARDI, *Da Frankenstein ad Asimov: letteratura 'predittiva', robotica e lavoro*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 4/2018; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018; sullo stesso tema, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 4/2018, v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, 153 ss.; C. COSTANZI, *La matematica del processo; oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, 166 ss.; C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, 189 ss.; E. FRONZA, C. CARUSO, *Ti faresti giudicare da un algoritmo? Intervista ad Antoine Garapon*, 196 ss.; S. BAORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, 200 ss.

¹⁶ La constatazione è di T. TREU, *Rimedi*, cit., 372.

¹⁷ Cfr. EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Impact of digitalization and on demand economy on labour market and the consequences for employment and industrial relations* (2017).

¹⁸ Cfr. INPS, *XVII Rapporto*, cit., 92 ss., che – sulla base di un'indagine svolta dalla Fondazione De Benedetti – individua nel 2,03% della popolazione lavorativa la quota di persone coinvolte nella *gig economy* come unico lavoro, secondo lavoro e come disoccupati o inattivi. Da notare che, secondo il *Rapporto*, guardando al profilo dell'età, si rileva un picco non già delle fasce giovanili, come potrebbe pensarsi, bensì delle fasce centrali, dovuto principalmente ai secondi lavori (con valori intorno al 37% nella classe 30-39 anni e 32% nella classe 40-49 anni): si tratta di lavoratori dipendenti e autonomi, che evidentemente avvertono la necessità di arrotondare il loro reddito attraverso la *gig economy*. Le persone appartenenti alle medesime fasce d'età sfiorano il 30% anche tra quelle che svolgono come *unico* lavoro l'attività di *gigger*.

¹⁹ In questa luce, la *gig economy* offre ai giuristi spunti di riflessione che non si ritrovano nel più generale fenomeno della già menzionata *sharing economy*, anch'essa basata sull'uso delle piattaforme digitali. Nemmeno di quest'ultima, per la verità, esiste una definizione univoca (v. AA.VV., Dossier: *sharing economy*, in *Equilibri*, 1/2015, 11 ss.; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2017, 119 ss.; M. A. MAGGIONI, *La sharing economy. Chi guadagna e chi perde*, Il Mulino, Bologna 2018; V. VALENTINI, C. SCHEPISI, *Sharing economy e trasporti nell'era di Internet*, in AA.VV., *Diritti e libertà*, cit., 211 ss.). Tuttavia, secondo la Comunicazione della Commissione Ue *Un'agenda europea per l'economia collaborativa* [SWD (2016) 184 final], tale locuzione «si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati». In questa luce, benché nel dibattito pubblico *gig economy* e *sharing economy* appaiano talvolta, come già accennato, quali formule sinonime, risultano convincenti le riflessioni di chi distingue tra le problematiche relative alle piattaforme digitali che, similmente a quanto illustrato da J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero, L'internet delle cose, l'ascesa del «commons» collaborativo e l'eclissi del capitalismo* (2014), tr. it., Mondadori, Milano 2014, consentono lo “scambio” di un bene o di un servizio su *Internet* in forme diverse dal consumo basato sulla proprietà, ma «senza che assuma alcun rilievo l'attività lavorativa presupposta (come nel caso di *BlaBlaCar*, per il *car pooling*, oppure di *Airbnb*, per la locazione di alloggi a breve termine)»; e quelle relative alle piattaforme che divengono «lo strumento, anzi il luogo nel quale si affida l'esecuzione di prestazioni che possono considerarsi, a tutti gli effetti, lavorative»: per le citazioni, v. R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 336/2017*, 3 (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>). Analogamente, v. J.

Quest'ultima, peraltro, ha già avuto modo di esprimersi sulla *gig economy*, nonostante l'assenza di interventi legislativi volti a dettare regole ad ampio raggio su di essa, ed anzi – in un certo senso – proprio per questo. L'irruzione di *Uber* nel campo del trasporto urbano non di linea avrebbe dovuto indurre il Parlamento ad aggiornare la disciplina vigente in tale settore (l. n. 21/1992), anche in seguito alle aspre reazioni dei tassisti e degli autisti dei veicoli a nolo con conducente, sfociate in manifestazioni di piazza e in controversie giudiziarie imperviate sulla denuncia della violazione delle norme sulla concorrenza sleale²⁰. Così non è stato, e dinanzi all'immobilismo parlamentare, il Consiglio regionale piemontese si è assunto il compito di introdurre una prima disciplina sul "fenomeno *Uber*", adottando la l. r. n. 14/2015, che riservava ai soli taxi e ai veicoli a nolo il trasporto a chiamata di persone, anche tramite le nuove modalità consentite dai supporti informatici. Come era prevedibile, la Corte, adita in via principale dal Governo, ha dichiarato l'incostituzionalità di tale normativa, ritenendo che essa imponesse un limite alla libertà di iniziativa economica nella competizione tra operatori e che, per tale ragione, violasse la competenza esclusiva statale in materia di concorrenza fissata dall'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.²¹. La sentenza presenta diversi profili degni di attenzione: tuttavia, poiché l'orizzonte della questione di costituzionalità prospettata dalla difesa erariale era circoscritto al rispetto del riparto costituzionale della potestà legislativa tra Stato e Regioni, la Consulta non si è addentrata nelle problematiche connesse alla peculiarità dei rapporti di lavoro nella *gig economy*, profilo che particolarmente interessa in questa sede.

Incuriosisce maggiormente, ai fini delle presenti note, la vicenda giudiziaria – la prima in Italia avente ad oggetto il lavoro *app-driven*, molto nota perché circondata da un ampio clamore mediatico – che ha visto protagonisti alcuni fattorini in bicicletta torinesi, assunti dalla società multinazionale *Foodora* con contratti di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409, n. 3, c.p.c., la cui attività di consegna di cibo a domicilio in bicicletta era "organizzata" dagli algoritmi elaborati da una piattaforma digitale. I *rider* si sono rivolti alla magistratura chiedendo l'accertamento della *effettiva* natura subordinata delle prestazioni svolte e la conseguente illegittimità, nullità o inefficacia della loro estromissione dal servizio, lamentando anche la violazione delle norme sulla *privacy*, sul controllo a distanza e sulla tutela antinfortunistica. Mentre in primo grado tutte le domande sono state respinte²², in secondo esse sono state parzialmente accolte,

BERG, V. DE STEFANO, *La gig-economy e il "nuovo" lavoro occasionale*, in *eticaeconomia* (<https://www.eticaeconomia.it/>), 2017; A. PREVATO, *Il caso Uber al vaglio della Corte di Giustizia europea: una sentenza che ridefinisce i termini della sharing economy*, in *DPERonline* (<http://www.politics.unina.it/index.php/dperonline/>), 1/2108.

²⁰ Per una ricostruzione delle decisioni giudiziarie su *Uber* nel nostro Paese, in cui manca tuttora una compiuta regolazione del fenomeno, v. per tutti L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà*, cit., 19 ss.

²¹ Cfr. sent. n. 265/2016, su cui v. D. TEGA, «Pronto *Uber*? Un'auto a Piazza del Quirinale n. 41»: la *gig economy* arriva alla Corte costituzionale, in *Le Regioni*, 3/2017, 580 ss.; O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2/2017. Per *incidens*, una sorte analoga potrebbe abbattersi sulla legge proposta dalla Giunta regionale del Lazio ed attualmente *in itinere* (intitolata *Norme per la tutela e la sicurezza dei lavoratori digitali*), laddove essa veda la luce e venga impugnata dal Governo ex art. 127 Cost.: in tal caso, l'ambito di intervento appare infatti riconducibile alla macro-materia «ordinamento civile», ex art. 117, c. 2, lett. e), Cost., come può ricavarsi dalla giurisprudenza costituzionale pregressa: v. spec. Corte cost., sent. n. 259/2003, in tema di *mobbing*. In proposito, v. L. TORSELLO, *Il lavoro dei rider. L'iniziativa di legge nella Regione Lazio*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), n. 3/2018.

²² Cfr. Trib. Torino, sent. n. 778/2018, consultabile in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>) 1/2018, con nota di P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora (i c. d. rider)*; *ivi*, 2/2018, v. anche di F. LATTANZIO, *Spunti di riflessione sui ciclofattorini e la "sentenza Foodora"*. Sulla decisione, v. anche U. ROMAGNOLI, *Foodora, in mezzo al guado del diritto del lavoro*, in *Eguaglianza & Libertà* (<http://www.eguaglianzaeliberta.it/web/>), 2018 e, in prospettiva costituzionalistica, I. MASSA PINTO, *La libertà dei fattorini di non lavorare e il silenzio sulla Costituzione: note in margine alla sentenza Foodora (Tribunale di Torino, sent. n. 778 del 2018)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2/2018. Per una impostazione analoga a quella del giudice torinese, in una controversia relativa a un fattorino dalla società *Foodinho*, v. Trib. Milano, sent. n. 1853/2018, pubblicata in www.bollettinoadapt.it.

avendo la Corte d'appello ritenuto che ai *rider* debbano essere riconosciute, ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015, le tutele previste per i dipendenti del V livello del Contratto collettivo nazionale della logistica e del trasporto merci²³.

Prima di soffermarsi su tali decisioni, sono necessarie alcune ulteriori precisazioni.

2. Considerazioni sulla gig economy, alla luce del “principio lavorista”

Considerando i più recenti approdi del dibattito scientifico, appare opportuno distinguere tra il lavoro *sulle* piattaforme ed il lavoro *attraverso* le piattaforme²⁴. Al primo ci si riferisce quando si discorre del c. d. *crowdworking* (il “lavoro della folla”) forse il lato più opaco della *gig economy*, in ragione della scarsità di dati esistenti su tale fenomeno²⁵. In sintesi, la “folla” che accede alle piattaforme digitali ove è offerto questo particolare servizio, su di esse trova le richieste, formulate mediante *open call* provenienti da committenti operanti in qualsiasi parte del mondo, relative a prestazioni quali la catalogazione di fotografie, la moderazione di *forum on line*, la sottotitolazione di video, etc.

La più nota di tali piattaforme è *Amazon Mechanical Turk*, intitolazione che omaggia il “turco meccanico”, un automa giocatore di scacchi costruito nel 1706 per Maria Teresa D'Austria, che in realtà nascondeva al suo interno un uomo: sulla piattaforma, infatti, vengono offerte mansioni (dette *HIT: Human Intelligent Task*) che, per quanto semplici, non possono essere affidate all'intelligenza artificiale dei *computer*, richiedendo per il loro svolgimento abilità proprie degli esseri umani²⁶.

Il risultato è la creazione di un mercato del lavoro globale – popolato da un invisibile “esercito digitale di riserva” – funzionante ventiquattr'ore su ventiquattro e sostanzialmente deregolato, che mentre assicura alla società che gestisce la piattaforma una percentuale su ogni “contratto” concluso *online*, rimette alla determinazione delle parti ogni aspetto della relazione tra loro intercorrente²⁷.

Per quanto, come si diceva, le informazioni su questo versante della *gig economy* siano esigue, è facile immaginare che nella grande maggioranza dei casi si assista ad un sorta di gara al ribasso tra quanti sono disposti ad accogliere per intero le condizioni imposte dal *requester* ed a rendersi disponibili per la retribuzione più esigua, senza peraltro avere nemmeno la garanzia di ottenerla: ad

2018. Su entrambe le pronunce, v. ancora M. BIASI, *L'inquadramento giuridico dei rider alla prova della giurisprudenza*, in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>), 2/2018.

²³ Corte app. Torino, sent. n. 26/2019, consultabile in www.agilazio.com.

²⁴ Cfr. spec. V. Di STEFANO, *The rise*, cit., 6 ss.

²⁵ Secondo l'INPS (*XVII Rapporto*, cit., 118), «dalle scarse indicazioni contenute nei siti internet dei principali operatori del settore (*UpWork, Freelancer, Amazon Mechanical Turk, Twago, Crowdflower, Vicker*), i vantaggi, per i committenti che si rivolgono alla piattaforma, risiedono fondamentalmente nella estrema flessibilità del modello: ogniqualvolta il committente ha esigenze di prestazioni lavorative legate a picchi produttivi ovvero vincolate a scadenze stringenti di ultimazione o, ancora, ad attività che si ripetono nel tempo con forte variabilità dei volumi, può rivolgersi alle piattaforme di *crowdworking* che ne organizzano la lavorazione facendo riferimento ad un numero variabile di lavoratori residenti in qualsiasi Paese (la “folla”) e pagando solo a fronte della prestazione effettivamente svolta. In taluni casi, il committente può addirittura scegliere fra più lavori portati a termine, per cui il compenso spetta solo a quello che risulta maggiormente adeguato».

²⁶ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2107, 168 ss.

²⁷ Cfr. R. KRAUSE, “*Always-on*” - *The collapse of the work-life-separation*, disponibile in www.fmb.unimore.it, 2017; A. CONSIGLIO, *L'assorbimento dei rapporti di lavoro della gig economy nel diritto privato*, in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>), 2/2018.

esempio, nel caso in cui il committente “recluti” più di un lavoratore e accetti soltanto il risultato della prestazione condotta a termine per prima²⁸.

La combinazione tra la sconfinatezza della Rete e la sua capacità di riprodurre le dinamiche dell’universo degli atomi nel cyberspazio – «lo spazio telematico che si distende intorno alla Terra come un sopra-mondo»²⁹ – trovano qui un’ennesima conferma: in assenza di una specifica regolamentazione, alle piattaforme resta possibile tenersi del tutto esenti da qualsiasi responsabilità per quanto avviene nei rapporti tra chi richiede e chi esegue le prestazioni, ed auto-qualificarsi quali meri “intermediari digitali”. In effetti, eliminando le “vecchie” forme di intermediazione per soppiantarle, esse divengono il “nuovo” – e tentacolare – tramite «fra chi cerca e chi offre, fra chi sa e ci vorrebbe sapere; e tutte le svariate combinazioni per le quali persone o enti vogliono entrare in contatto con altri»³⁰.

Ciò, tuttavia, non significa che il loro ruolo si esaurisca sempre e soltanto in quello di uno spazio digitale “neutro”, destinato soltanto a favorire l’incontro (c. d. *matching*) tra la domanda e l’offerta di utenti che si muovono in una logica *peer-to peer*³¹. Una conferma della capacità delle piattaforme di cumulare (o dissimulare?) un servizio ulteriore rispetto all’intermediazione si ritrova, ad esempio, nella nota sentenza della Corte di Giustizia (*Causa C-434 Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*), che recependo le argomentazioni dall’Avvocato generale, ha affermato che l’attività di *Uber* offerta tramite la sua *app UberPop* si configura, sebbene con modalità innovative, quale servizio nel «settore dei trasporti» e non come «servizio di intermediazione elettronica» o della «società dell’informazione»: da qui, l’esclusione dell’applicabilità della direttiva n. 2006/123, relativa ai servizi nel mercato interno, e la rimessione alla competenza regolativa degli Stati membri³².

L’accento a *Uber* premette di spostare il discorso sull’altro versante della *gig economy*, in questa sede particolarmente interessante, quello del lavoro reso *attraverso* le piattaforme, grazie ad una *app* “scaricabile” su *smartphone*.

Il ragionamento diviene qui ancora più complesso, poiché occorre tenere conto che nel caso dei servizi di trasporto offerti da *Uber*, la *app* consente la creazione di una *community*, all’interno della quale si determina l’incontro tra la domanda degli utenti e l’offerta degli autisti, così che essi possono accordarsi sul percorso e sulla tempistica della prestazione. Resta però fuori dalla trattativa la tariffa: l’ammontare del *quantum* dovuto è infatti determinato dalla piattaforma, che trattiene una parte della cifra (circa il 20%)³³. Tale modello organizzativo non si ripete in modo identico anche sulle piattaforme della *gig economy* operanti nel mercato della consegna del cibo a domicilio, le

²⁸ In tal senso, v. V. CAGNIN, *GIG-Economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltreconfine*, in AA.Vv., *Lavoro autonomo*, cit., 34.

²⁹ Per questa suggestiva immagine, v. N. IRTI, *Norma e luoghi*, Laterza, Roma-Bari 2006, 61.

³⁰ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Uber*, cit., 142.

³¹ In tal senso, v. C. CARTA, *Regole della concorrenza e tutela della forza lavoro: il (fragile?) schermo della community*, in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>), 2/2018, 23.

³² La Corte, tra l’altro, rileva come la società svolga anche un’attività di controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di questi ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione: cfr. A. PREVIATO, *La sentenza della Cgue sul “caso Uber”: uno spartiacque per la corretta determinazione dei modelli della sharing economy*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2017 (v. anche ID., *Il caso Uber*, cit); E. MARASÀ, O. POLLICINO, *EU Court of Justice rules that Uber provides a transport service and is not a mere electronic intermediary: regulatory implications and “digital” judicial insulation*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018, 189 ss.; D. TEGA, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 3/2018.

³³ Per più ampi dettagli, v. L. BELVISO, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2108, 144 ss. Come è stato osservato, «sebbene il campione del *digital labour* intermediato dalle *app* si presti ad esser colto, senza banalizzazioni, solo in tutta la sua complessità ed articolazione, in *Uber* si riscontrano peculiarità tali da permettere l’emersione del prototipo cui si attribuisce sovente la funzione di declino dell’organizzazione fordista del lavoro e l’obsolescenza della relazione di lavoro classico»: A. CONSIGLIO, *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 1/2018, 82.

quali, peraltro, presentano un panorama alquanto articolato³⁴. Limitando l’attenzione alle modalità previste dal contratto contestato in giudizio dai fattorini torinesi di *Foodora*, per come ricavabili dalla sentenza del Tribunale di Torino, si vede come la *app* permettesse ai *rider* di accedere alla piattaforma per candidarsi, di volta in volta, a uno o più turni del calendario predisposto unilateralmente dalla società, senza tuttavia che essi fossero obbligati farlo. Una volta effettuata la scelta, ed ottenuta la conferma del turno, il fattorino doveva recarsi in bicicletta in una delle zone di partenza predefinite ed attendere di ricevere sullo *smartphone* l’indicazione del ristorante da cui ritirare il cibo e l’indirizzo del cliente cui recapitarlo.

Il quadro ora rapidamente tratteggiato evidenzia la natura variegata dell’universo del lavoro attraverso le piattaforme digitali, in cui si riflette tanto la molteplicità delle problematiche giuridiche ad esso collegabili, quanto l’eterogeneità delle risposte elaborate nei diversi ordinamenti³⁵: tuttavia, un elemento ricorrente nei vari ambiti della *gig economy* si ritrova nelle vicende giudiziarie, paragonabili a quella torinese, relative alle contestazioni avanzate dinanzi ai giudici in diverse parti del mondo in ordine alla riqualificazione del rapporto di lavoro, in particolare nei riguardi di *Uber* e di società operanti nel *food delivery*.

In forza del principio della prevalenza della realtà sulla volontà cartolare delle parti, sia gli autisti che i *rider* hanno infatti chiesto ai giudici nazionali il riconoscimento della qualifica di lavoratori dipendenti, e non di semplici “collaboratori” come invece erano stati qualificati – con varia terminologia a seconda dell’ordinamento – al momento dell’assunzione³⁶. Benché l’accattivante slogan di *Uber* sia “*Be your own boss!*”, sulla trasformazione degli autisti (e dei ciclo-fattorini) in “imprenditori di se stessi” – liberi di lavorare solo quando lo vogliono e con modalità tali da incrementare sensibilmente e senza eccessivo impegno le proprie entrate – si può fondatamente dubitare, considerando che se «da un lato, la tecnologia offre impensabili opportunità di elasticità, dall’altro, aumenta a dismisura la latitudine e l’intensità delle tradizionali prerogative di comando, elevandole alla potenza digitale»³⁷. Al di là di ogni apparenza, la smaterializzazione del luogo di lavoro e la digitalizzazione del rapporto non implicano necessariamente una minore pervasività del controllo sul prestatore, consentendo peraltro un appannamento della separazione tra tempo del lavoro e tempo libero a scapito di quest’ultimo, in contrasto con la suggestione – indotta dalla pubblicità con cui le società della *gig economy* promuovono se stesse sui rispettivi siti *web*³⁸ – dell’alleggerimento della vincolatività insita in ogni attività lavorativa, se non addirittura della “ludicizzazione” della stessa³⁹. Non si tratta solo del monitoraggio durante la prestazione,

³⁴ Cfr. M. BIASI, *L’inquadramento giuridico*, cit., 5 ss. Per un parallelo tra le diverse tipologie di contratto utilizzate in Italia da *Foodora* e dalla società concorrente *Deliveroo*, v. INPS, *XVII Rapporto*, cit., 94. Pertanto, nonostante possa dirsi che in ogni caso il lavoro reso tramite piattaforme digitali contribuisca al processo di destrutturazione degli elementi fondamentali del lavoro subordinato (cfr. P. TULLINI, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Lab. law iss.*, 2/2016), lo sguardo sulla realtà mostra che esso configura «un arcipelago molto complesso ed eterogeneo»: così, C. LAZZARI, *Gig Economy, tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3/2018, 456.

³⁵ Per un’ampia panoramica sulle diverse soluzioni, giurisprudenziali e normative, elaborate Oltreoceano e in Europa con riguardo alle problematiche sollevate da *Uber*, v. per tutti P. L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà*, cit.; L. BELVISO, *Il caso Uber*, cit., 145 ss.

³⁶ Cfr. G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell’utenza?*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 1/2017.

³⁷ Così, A. ALOISI, V. DE STEFANO, *La gig economy tra nuove forme di potere e libertà virtuali*, in *Il Mulino*, 4/2018, 591.

³⁸ «Tali attività lavorative vengono infatti presentate nella veste suadente di un’opportunità di una prestazione saltuaria, come cioè se si trattasse di una scelta del lavoratore e non di una condizione di precarietà – e di subalternità – entro cui questi rimane “invischiato”»: così, F. PIZZOLATO, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 3/2017, 15.

³⁹ Sul punto, v. le interessanti considerazioni di B. C. HAN, *Psicopolitica* (2104), tr. it., Nottetempo, Milano 2016, secondo cui «il neoliberalismo, come mutazione del capitalismo, fa del lavoratore un *imprenditore*. Non la rivoluzione

esercitabile in forme inedite grazie alle possibilità offerte dalla geolocalizzazione ed, in genere, dal controllo in tempo reale via *smartphone*, ma anche dell'uso delle recensioni rilasciate *on line* dai clienti quale forma di controllo e di esercizio di un potere molto vicino a quello disciplinare⁴⁰: la piattaforma, per conto dell'impresa che la gestisce, «impartisce ordini, impone una divisa, monitora la prestazione, valuta la performance, premia i migliori, rimprovera gli inefficienti, chiude gli *account*»⁴¹. Da qui, la natura *ibrida* delle prestazioni dei lavoratori *app-driven*, titolari di un certo margine di autodeterminazione, ma al tempo stesso esposti al controllo e al condizionamento derivante dalla fissazione del prezzo del servizio, dal monitoraggio sull'esecuzione, dalle clausole di gradimento dell'attività, dalla possibilità di disattivazione delle utenze⁴².

Ora, le decisioni giudiziarie pronunciate nelle varie parti del globo offrono, inevitabilmente, risposte diverse alle richieste dei *giggers*⁴³. In linea di principio, l'esito può essere ad essi favorevole laddove le norme applicabili alla controversia disegnino già in astratto la fattispecie della subordinazione in modo tale da consentire – a fronte della dimostrazione della sussistenza di un'autonomia del lavoratore più apparente che reale – di includervi anche la prestazione svolta dai ricorrenti⁴⁴; ovvero laddove, come in Gran Bretagna, esista una figura intermedia tra l'*employee* (paragonabile al nostro lavoratore subordinato) e l'*independent contractor* (simile al nostro lavoratore autonomo), quella del *worker*: qualifica che, per l'appunto, è stata attribuita dai giudici londinesi agli autisti di *Uber* che chiedevano la riqualificazione del rapporto⁴⁵. Più tortuoso appare il cammino percorso dalla magistratura torinese sul “caso *Foodora*”, anche perché il nostro diritto del lavoro resta imperniato sul tradizionale binomio “subordinazione-autonomia”, che vede la prima, intesa come soggezione ai poteri datoriali, quale «porta d'ingresso alla cittadella fortificata delle piene tutele garantite dalla legge»⁴⁶.

comunista, bensì il neoliberalismo elimina la classe operaia che è sfruttata da altri. Oggi, ciascuno è un *lavoratore che sfrutta se stesso per la propria impresa*» (ivi, 14. C.vi dell'A.).

⁴⁰ Cfr. G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy*, cit., 3 ss.

⁴¹ In tal senso, v. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Testa bassa e pedalare? No, i lavoratori di Foodora meritano rispetto*, in *Linkiesta* (<https://www.linkiesta.it/>), 11 ottobre 2016.

⁴² Le citazioni sono tratte da A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in AA.VV., *Lavoro autonomo*, cit., 130.

⁴³ Ciò accade anche nell'ambito dell'Unione europea, né sembra che la sentenza della Corte di giustizia sul “caso *Uber*” possa influire su una maggiore uniformità nell'approccio degli Stati membri alle problematiche del lavoro nella *gig economy*, non incidendo essa direttamente sulla definizione dello *status* dei *gig-worker*.

⁴⁴ Il quadro giurisprudenziale è molto variegato: negli USA, in alcuni casi i giudici (ad esempio, nello Stato di New York) hanno accolto le domande degli autisti di *Uber*, in altri (ad esempio, in Florida) si sono orientati in senso opposto, ed in altri ancora (ad esempio, in California ed in Massachusetts) l'impresa e i ricorrenti hanno raggiunto un accordo extragiudiziario in base al quale questi ultimi hanno mantenuto lo *status* di *Independent contractor*, in cambio di un miglioramento nelle condizioni di lavoro (cfr. per tutti M. A. MAGGIONI, *La sharing*, cit., 89). In senso favorevole agli autisti, cfr. anche la decisione della 33ª *Vara do Trabalho de Belo Horizonte* del 14 febbraio 2017, in www.vconjur.com.br; con riguardo a *Deliveroo*, in analogia prospettiva si esprime la sent. n. 244/2108 del *Juzgado de lo Social* n. 6 di Valencia (ma, in senso opposto, v. la sent. n. 284/2018 del *Juzgado de lo social* n. 39 di Madrid, 3 settembre 2018, in www.bollettinoadapt.it, 2018). In argomento, si rinvia a G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica come subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2017, 570 ss.; ID., *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *Lab. law issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 4/2018, 59 ss.; M. LOPEZ BALAGUER, *Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias*, ivi, 2/2018, 53 ss.

⁴⁵ Cfr. la sent. dell'*Employment Tribunal Central London* del 26 ottobre 2016 *Aslam, Farrar et al. vs. Uber et al.*, in *Dir. rel. ind.*, 2/2017, 575 ss., e la sentenza dell'*Employment Appeal Tribunal, England and Wales*, 10 novembre 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2018, 46 ss.: in proposito, v. E. DAGNINO, *Note a margine della sentenza Uber UK*, in www.bolettinoadapt.it, 2016; G. PACELLA, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, in *Lab. law issues* (<https://labourlaw.unibo.it/>), 2/2017, 50 ss.

⁴⁶ In tal senso, v. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *La gig economy*, cit., 591.

A questo punto del discorso, appare necessaria una breve digressione, per ricordare che la Costituzione «non conosce la dicotomia contratto di lavoro subordinato-contratto di lavoro autonomo. Piuttosto, si preoccupa di rimuovere situazioni soggettive di debolezza e disuguaglianza sostanziale comunque e dovunque si manifestino»⁴⁷.

Come è noto, il “principio lavorista” – un *unicum* nel panorama delle Carte europee, che attesta l’originalità dell’apporto elargito dalla Costituzione italiana alle “tradizioni costituzionali comuni” dei popoli dell’Unione⁴⁸ – impone all’ordinamento di prestare una speciale attenzione al «forte coinvolgimento della persona umana» che, «a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata», connota le relazioni lavorative⁴⁹: *tutte*, non soltanto quelle riconducibili al rapporto di lavoro subordinato, come conferma la prescrizione alla Repubblica della tutela del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35, c. 1, Cost.). Il “lavoro” che la Repubblica deve (*dovrebbe...*) tutelare appare in tale norma come “categoria” dotata della massima estensione, così da poter abbracciare non solo i lavoratori subordinati, ma anche gli autonomi – compresi quelli di ultima, ipertecnologica generazione – e persino «i sottocupati, gli inoccupati e coloro che perdono o rischiano di perdere il loro posto»⁵⁰: *tutti i lavoratori*, secondo la formula con cui l’art. 3, c. 2, Cost. si riferisce tanto a coloro che contribuiscono al progresso materiale o a quello spirituale della collettività attraverso lo svolgimento di un’attività o di una funzione liberamente scelta (art. 4, c. 2, Cost.), quanto a coloro che vorrebbero contribuirvi nel medesimo modo, ma non ci riescono per la presenza di ostacoli «di ordine economico e sociale»⁵¹. Come è stato ancora di recente evidenziato,

⁴⁷ Così, U. ROMAGNOLI, *Le due cittadinanze del lavoro*, in *Insight*, all’indirizzo www.insightweb.it, 2018.

⁴⁸ In tal senso, v. C. PINELLI, “Lavoro” e “progresso” nella Costituzione, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 401.

⁴⁹ Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 194/2018, che ha dichiarato l’incostituzionalità parziale dell’art. 3, c. 1, d. lgs. n. 23/2015 sul “contratto a tutele crescenti”: su di essa, v. per tutti E. BALBONI, *La forza dei principi, ovvero ultimi (?) bagliori costituzionalmente orientati. Commento alla sentenza n. 194 del 2018 intorno al “diritto al lavoro”*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2018; C. PANZERA, *Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore*, in *Diritticomparati.it*, 2018; R. SANLORENZO, A. TERZI, *Al centro, il giudice. La Corte costituzionale e il Jobs Act*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2018 nonché, volendo, C. SALAZAR, *Lavorare stanca... ma licenziare costa. La sentenza n. 194 del 2018 della Consulta sul contratto a tutele crescenti*, in corso di pubblicazione in *Quad. cost.*, 1/2019, 181 ss.

⁵⁰ Così, G. SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Ediesse, Roma 1997, 84. Lo stesso A. rileva come il silenzio della Carta repubblicana sui disoccupati, nonostante questi certo non mancassero al momento in cui i Costituenti ne licenziarono il testo, si deve probabilmente al fatto che essi vollero «evitare la beffa di togliere tutele ai deboli, senza toccare i forti, con la scusa di voler aiutare i debolissimi»: così, G. SILVESTRI, *L’interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 1/2018, 29.

⁵¹ Poiché è lavoratore, per la nostra Carta, anche il missionario, come sostenne U. Tupini in Assemblea costituente, il contributo al benessere generale può derivare da una *qualunque* attività che, consentendo alla persona la coltivazione del proprio pieno sviluppo, le permetta al tempo stesso «la partecipazione all’organizzazione economica, politica e sociale del Paese». Sul tema la letteratura, come si sa, è amplissima: di recente, v. almeno M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 628 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell’art. 1*, Einaudi, Torino 2013; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enc. giur., Agg.*, XVIII, Roma, 2009; ID., *Costituzione e potere economico*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018, 3 ss. La *collettività* cui si riferisce l’art. 4, c. 2, così come il *Paese* nell’art. 3, c. 2, rinviano così ad una comunità massimamente inclusiva, richiedendo essi come “titolo” di appartenenza alla stessa la semplice corresponsione di un apporto derivante dal *lavoro*, dall’*opera* o dall’*azione* (per riprendere la nota tripartizione elaborata da H. ARENDT, *Vita attiva. La condizione umana* (1958), tr. it., Bompiani, Milano 2011): in sostanza, da ogni *facere* che non sia rivolto alla soddisfazione di un interesse meramente egoistico (si pensi, esempio, al volontariato: cfr. Corte cost., sent. n. 75/1992). *Per incidens*, in questa stessa linea si muove anche la giurisprudenza costituzionale (sentt. n. 309/2013 e 119/2015) che ha esteso agli stranieri l’accesso al servizio civile, pur risultando quest’ultimo connesso al dovere di difesa della Patria (art. 52, c. 1, Cost.), tradizionalmente riservato ai soli cittadini. Si rinvia, per tutti, a A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. n. 119/2015*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2015; G. MONACO, *L’istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2016.

«impegnando la Repubblica a tutelare anche il lavoro prestato in forme e in condizioni diverse da quelle del lavoro dipendente [...] nello stesso momento in cui ne riaffermano la centralità, i costituenti raccomandano un diverso angolo visuale, dimostrando così che l'amore per la specie può non far perdere di vista il genere»⁵².

Come si sa, l'evoluzione legislativa non si è mossa nella direzione tracciata dall'art. 35, c. 1, Cost., verso il superamento della tutela *categoriale* a favore della costruzione di una tutela *sistemica* dei lavoratori, considerati, nei limiti della ragionevolezza, come «un tutto unico»⁵³. Anzi, dall'ultimo ventennio del Novecento in poi, allineandosi al *mainstream* neoliberista, il legislatore ha proceduto lungo un percorso ben diverso, da un canto mantenendo ferma la dicotomia lavoro subordinato-lavoro autonomo (ma in un quadro attraversato dalle tendenze parallele all'impoverimento delle garanzie del primo e alla metamorfosi del secondo, in particolare con riferimento alla sua tradizionale riferibilità agli appartenenti ad un'élite professionale, «come tale caratterizzata da una posizione di privilegio già sul piano dell'apprezzamento sociale»⁵⁴); dall'altro, avviando quello che U. Romagnoli ha definito come un «processo di de-costituzionalizzazione che ha fatto defluire ed allontanato il lavoro, le sue regole e la sua rappresentanza sociale dalla sfera di un superiore interesse presidiato dallo Stato»⁵⁵. Il risultato, come si sa, è che sebbene il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato venga definito come la «forma comune» del rapporto di lavoro (art. 1, d. lgs. n. 81/2015)⁵⁶, le statistiche mostrano l'ampio ricorso al ventaglio dei contratti «flessibili» introdotti a partire dall'ultimo scorcio del secolo scorso. Deve poi aggiungersi che negli anni più recenti il diritto del lavoro si è con sempre maggior evidenza orientato verso la prospettiva della *flexicurity*, ossimoro che – specie dopo la sua apparizione nel *Libro verde* della Commissione europea del 2006 – individua la «parola chiave (peraltro molto controversa) per “modernizzare” il diritto del lavoro nei paesi dell'Unione»⁵⁷.

In questa sede, tuttavia, non interessa soffermarsi su questo travagliato percorso, quanto piuttosto mettere in luce la circostanza che l'art. 35, c. 1, Cost., tratteggiando un'opera di costante adeguamento dell'ordinamento alle varie esigenze di quanti, in occasione della ricerca, della costituzione, dello svolgimento o della cessazione di un rapporto di lavoro – *di qualunque natura* – vedano minacciati i loro diritti fondamentali, delinea un'impresa *corale*, risultando in essa coinvolte *tutte* le componenti della Repubblica, e non solo gli organi di indirizzo politico. Anche la magistratura, pertanto, è tenuta ad assumere il “principio lavorista” tra i parametri del proprio operato, nell'esercizio del potere-dovere di interpretazione conforme alla Costituzione, oltre che in occasione della proposizione delle questioni di costituzionalità: ribadirlo può forse sembrare

⁵² Così, U. ROMAGNOLI, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in *Il Mulino*, 4/2018, 694.

⁵³ Per questa impostazione, v. G. SILVESTRI, *Il lavoro*, cit., 84. In tal senso si orientava la proposta di legge di iniziativa popolare elaborata durante la scorsa legislatura dalla CGIL, intitolata “Nuovo statuto delle lavoratrici e dei lavoratori”, il cui snodo saliente si ritrovava nell'individuazione di un insieme di diritti valevoli per tutti i lavoratori, indipendentemente dallo *status* e dal “tipo” di prestazione, cui si aggiungevano le tutele calibrate per il lavoro autonomo e per quello subordinato. Il testo si legge in www.cgil.it.

⁵⁴ Così, C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora*, cit., 1034.

⁵⁵ U. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in *Lav. dir.*, 1/2013, 6. Per L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2018, 115, «il riformismo liberista è sempre di segno antistatalista e all'insegna della deregolazione: tramite decostituzionalizzazione, delegificazione, destatalizzazione e perciò smantellamento dello Stato sociale e della sfera pubblica, riduzione dei diritti sociali e privatizzazioni delle prestazioni ad essi corrispondenti». Si spezza, così, la linearità della logica sottesa all'imponente numero di disposizioni costituzionali ove appare il lemma “lavoro” (in proposito, v. spec. M. LUCIANI, *Radici*, cit., 646 ss.), logica che vorrebbe far discendere «dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia» (così, G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, cit., 4).

⁵⁶ In tal senso si esprime l'art. 1 del d. lgs. n. 81/2015.

⁵⁷ Così, L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 141/2012*, 1 (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>).

superfluo, ma non dinanzi al “caso Foodora”, poiché né il Tribunale né la Corte di appello di Torino hanno ritenuto di dover individuare nella Carta repubblicana le coordinate di fondo entro le quali costruire le rispettive decisioni, dinanzi alle richieste avanzate dai *rider*.

Per la verità, le sentenze non contengono riferimenti nemmeno agli obblighi internazionali (in particolare, quelli scaturenti dalla CEDU e dalla Carta sociale europea) o ai vincoli derivanti dal diritto eurounitario, riferimenti che – ex art. 117, c. 1, Cost. – ordinariamente costellano le decisioni dei giudici nazionali, quale che sia l’ambito di volta in volta toccato. Ma il silenzio sulle fonti – e sulla giurisprudenza delle Corti – operanti sui due “livelli” ora evocati può spiegarsi facilmente: da un canto, è noto che la CEDU non tutela espressamente i diritti sociali e tanto meno quelli dei lavoratori, mentre la Carta sociale – destinata a “completare” la Convenzione proprio sotto questo profilo – ha da pochissimo debuttato come “fonte interposta” nella giurisprudenza costituzionale (sentt. n. 120 e 194/2018). Dall’altro, nonostante il processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali avviatosi nell’ordinamento eurounitario abbia condotto alla loro inclusione nella Carta di Nizza-Strasburgo, sembra che neppure il “dialogo” tra le Corti sia servito, sin qui, a trasporre nello “spazio giuridico europeo” l’idea della loro *fondamentalità* e del loro porsi quali *diritti abilitanti* all’esercizio degli “altri” diritti⁵⁸: ne offre conferma la «deludente *performance*» da essi offerta nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare durante la fase “acuta” della crisi economico-finanziaria⁵⁹. Per contro, non può che destare vivo stupore – o «triste meraviglia», per citare Eugenio Montale – la circostanza che, come si diceva, ad onta del consolidato successo riscosso dalla “tecnica” dell’interpretazione conforme alla Costituzione, entrambi i giudici torinesi abbiano *del tutto* estromesso la Carta della Repubblica fondata sul lavoro dal percorso logico-giuridico seguito per assumere le loro decisioni, senza nemmeno avvertire la necessità di giustificare le ragioni di tale espunzione.

3. Il “caso Foodora” dinanzi ai giudici torinesi (ovvero: della Costituzione “dimenticata”).

Come si è accennato, il Tribunale di Torino ha respinto tutte le domande formulate dai ciclofattorini. Uno snodo essenziale nella motivazione si coglie nell’assunzione da parte del giudice, quale punto di riferimento ineludibile, dell’orientamento espresso dalla Corte di cassazione – ben trent’anni prima – sull’inquadramento come lavoratori autonomi dei c. d. *pony express*⁶⁰. La sentenza, infatti, ritiene che il controllo ipertecnologico esercitato dalla piattaforma sin dal

⁵⁸ Per questa felice espressione, v. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014, 84. Una riprova di quanto affermato nel testo è data, paradossalmente, dalla proclamazione inter-istituzionale del Pilastro europeo dei diritti sociali da parte di Commissione, Consiglio e Parlamento dell’Unione riuniti al vertice di Göteborg del novembre 2017: al di là della solennità della forma, quasi in un percorso *à rebours* il Pilastro «riconsegna infatti questi diritti ad un (peraltro assai debole) programma di misure specifiche o di atti legislativi affidati alla iniziativa della Commissione e alla capacità – e volontà – di compromesso politico di Consiglio e Parlamento, oltre che alla disponibilità degli Stati membri per quanto di loro competenza anche alla luce del principio di sussidiarietà»: S. GIUBBONI, *Un nuovo pilastro europeo dei diritti sociali? Due critiche – di metodo e di merito – al social pillar di Göteborg*, in *Menabò di Etica ed Economia*, in *eticaeconomia* (<https://www.eticaeconomia.it/>) 4/2017, 953 ss.

⁵⁹ La citazione è tratta da S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in AA.VV., *Giuristi e Stato sociale*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, I, 46/2017, 576. Cfr. anche ID., *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss., cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento.

⁶⁰ Cfr. Corte cass., sent. n. 7608/1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 370 ss.; Corte cass., sent. n. 811/1992, *ivi*, 1993, II, 425 ss. Sulla vicenda dei *pony express*, v. per tutti P. ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 70 ss. In argomento, v. M. BIASI, *Dai pony express ai rider di Foodora. L’attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all’affannosa ricerca di inedite categorie*, in *www.bolettinoadapt.it*, 11/2017.

momento dell'attivazione del profilo da parte del lavoratore (comprensivo della possibilità di verificare la posizione del *rider* mediante geolocalizzazione e della previsione di un tempo massimo entro cui effettuare la consegna), sia riconducibile al concetto di "coordinamento" che caratterizza i rapporti di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., e non già all'esercizio di quella «assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative», richiesta ai fini della sussistenza della subordinazione. Tale inquadramento è per il giudice confermato dalla circostanza che «i ricorrenti non avevano l'obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e il datore di lavoro non aveva l'obbligo di riceverla».

Questa ricostruzione, unitamente all'esclusione della Carta repubblicana dall'orizzonte delle premesse su cui si basa la decisione, fa sì che il Tribunale nemmeno si ponga il problema della interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, invocato in via subordinata dai ricorrenti: si tratta della norma che estende l'applicazione della «disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Tale previsione si volge evidentemente a contrastare il ricorso al "falso" lavoro autonomo da parte dei datori come strategia di fuga dalle regole del lavoro subordinato, in funzione di "contrappeso" alla contestuale abrogazione della disciplina del lavoro a progetto operata dallo stesso decreto legislativo⁶¹.

La formulazione della disposizione, per la verità, non è delle più felici⁶², ma non dovrebbe esservi dubbio che un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa, in coerenza con il "principio lavorista", ne suggerisca una lettura *magis ut valeat*, che asseconi nel modo più ampio possibile la finalità antiabusiva che la connota, anche – se non soprattutto – dinanzi a rapporti di lavoro caratterizzati da una fisionomia inedita come quelli in questione, ai quali, in sostanza, la norma ora vista può offrire una (forse, la *sola*) regolamentazione legislativa idonea a imporsi su quella sostanzialmente determinata in modo unilaterale dalle società che gestiscono le piattaforme. Il Tribunale, restringendo il proprio orizzonte al piano della legislazione ordinaria, ha invece offerto della disposizione una lettura... *minus ut valeat*: nella sentenza, essa viene presentata come una previsione che per un verso, è considerata inadatta ad esprimere «un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro»⁶³; per l'altro, essa viene riferita – in una sorta di eterogenesi dei fini⁶⁴ – a un ambito di applicazione *più ristretto* di quello previsto dall'art. 2094 c.c., che definisce la subordinazione. Il giudice enfatizza il dato letterale della disposizione, laddove esso richiede che il potere del datore si estrinsechi «anche» in riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro, come se questa precisazione esiga che, per l'estensione della disciplina del lavoro subordinato, «il prestatore sia pur sempre sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore», non essendo sufficiente che tale potere «si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi ai luoghi», dovendo al contrario riguardare *anche* questi. In tal modo, la disposizione, oltre che *apparente*, in quanto – a detta del giudice – sprovvista di contenuti innovativi, diventa *inutile*, poiché essa finisce per estendere la disciplina del lavoro subordinato a rapporti che, all'evidenza, sono già *de plano* qualificabili come tali.

⁶¹ G. CAVALLINI, *Torino vs. Londra. Il lavoro nella gig economy tra autonomia e subordinazione*, in *Sintesi*, 2018, 9.

⁶² Nell'ampio dibattito, v. G. SANTORO PASSERELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 2)*, in AA.VV., *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, Adapt University press, e-book, 2015 (consultabile in www.moodle.adaptland.it); L. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 296/2016, spec. 6 ss (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>).

⁶³ In dottrina, in tal senso v. P. TOSI, *L'art. 2, co.1, D.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 6/2015, I, 1117 ss.

⁶⁴ In tal senso, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora: dilatazione della nozione di lavoro subordinato o costruzione di uno statuto normativo del lavoratore autonomo debole?*, in *Corr. giur.*, 8-9/2018, 1033.

Questa impostazione è stata parzialmente abbandonata dalla Corte di appello, che, pur concordando con il giudice di prime cure sulla insussistenza della subordinazione per mancanza del requisito della obbligatorietà della prestazione, ritiene – forse, sulla scia delle suggestioni d’Oltremarica – che l’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 non solo non sia una norma “apparente”, ma addirittura individui «un terzo genere» tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c. c. e la collaborazione prevista dall’art. 409 n. 3 c.p.c. Secondo la sentenza, «pur senza sconfinare nell’esercizio del potere gerarchico, disciplinare (che è alla base della eterodirezione), la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando sia ravvisabile un’effettiva integrazione funzionale del lavoratore nell’organizzazione produttiva del committente» e quando la prestazione sia caratterizzata da continuità, da intendersi «in senso ampio», come «non occasionalità»: connotati questi, che la Corte ha rinvenuto nel caso dei *rider* appellanti, poiché «erano determinate dalla committente le zone di partenza, venivano comunicati loro tramite *app* gli indirizzi cui di volta in volta effettuare la consegna (con relativa conferma), i tempi di consegna erano predeterminati (30 minuti dall’orario indicato per il ritiro del cibo)», così che «indubbiamente le modalità di esecuzione erano organizzate dalla committente quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro». La conclusione è che resta salvo l’assetto negoziale stabilito dalle parti in sede di stipulazione del contratto, ma con l’estensione, ex art. 2, d. lgs. n. 81/2015, delle tutele previste per i rapporti di lavoro subordinato: la sentenza riconosce infatti ai *rider* il diritto «a vedersi corrispondere quanto maturato in relazione all’attività lavorativa da loro effettivamente prestata in favore di *Foodora* sulla base della retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del quinto livello del contratto collettivo logistica-trasporto merci, dedotto quanto percepito»⁶⁵.

Si noti che il *reasoning* della Corte d’appello si incardina sul rilievo per cui ritenere che una norma non abbia un contenuto precettivo «è una valutazione che si comprende in ambito scientifico», la quale resta però «preclusa ad un organo giudicante, il quale è tenuto ad applicare le leggi dello Stato in vigore, anche se si tratta di una norma di non facile interpretazione stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell’articolo 2094 cc.». Si tratta di una considerazione condivisibile, ma qui si vuole evidenziare che, per quanto apprezzabile, la risposta offerta dal giudice di secondo grado alle istanze dei *rider* resta fragile, perché sguarnita della copertura che avrebbe potuto essere elargita dal riferimento al “principio lavorista” nella individuazione del fondamento della interpretazione estensiva offerta all’art. 2, d. lgs. n. 81/2015. Con un pizzico di pessimismo, si può cogliere nella mancanza di richiami alla Carta repubblicana in entrambe le sentenze un’ennesima riprova del costante indebolimento della *vis* prescrittiva di tale principio, di cui – come si accennava – si hanno ampie dimostrazioni nell’evoluzione legislativa (almeno) degli ultimi vent’anni, sia sul versante delle scelte compiute nel perseguimento del pieno impiego, che su quelle relative alla protezione della stabilità dell’occupazione⁶⁶. In ogni caso, resta il fatto che il rinforzo argomentativo derivante dal richiamo alla Costituzione, oltre a irrobustire la motivazione in vista dell’eventuale prosecuzione del giudizio in Corte di cassazione, avrebbe candidato la sentenza di appello a porsi quale precedente autorevole per altri magistrati, in occasione di future, analoghe controversie. Con un pizzico di ottimismo, si può però auspicare che, laddove il processo approdi dinanzi al Giudice di legittimità, ed anche qualora altri giudizi vedano coinvolti i lavoratori della *gig economy*, l’interpretazione *magis ut valeat* dell’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 proposta dalla Corte di appello venga recepita ma al tempo stesso venga rinsaldata dall’esplicito richiamo al “principio lavorista” e, in particolare, al compito della Repubblica, nella sua interezza, di proteggere il lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni», ex art. 35, c. 1, Cost.

⁶⁵La società non risultava iscritta ad alcuna associazione imprenditoriale sottoscrittrice di contratti collettivi: ex art 36 Cost., la Corte ha ritenuto perciò che spettasse ai *rider* la retribuzione stabilita dal Contratto collettivo in cui sono inquadrati i fattorini addetti alla presa e alla consegna delle merci.

⁶⁶Si rinvia, per tutti, a M. BENVENUTI, *Lavoro*, cit., 6 ss. (e all’ampia bibliografia *ivi* citata).

4. Conclusioni (in attesa di un intervento legislativo “annunciato”)

Tirando le fila del discorso, si può notare come nel “nuovo” si annidi il “vecchio”: nel ragionare sul ruolo della “governamentalità algoritmica”⁶⁷ nel futuristico “caso *Foodora*”, si finisce infatti per imbattersi nell’ennesima conferma di una dinamica vetusta, che vede il legislatore «arrancare affannato rincorrendo il ritmo vorticoso dell’evoluzione tecnologica»⁶⁸, lasciando ai giudici il compito di offrire per primi risposte alle inedite modalità di aggressione ai diritti fondamentali rese possibili da tale evoluzione.

È vero che il compito dei legislatori nazionali è reso particolarmente difficile dalla natura *cross-border* del *web*, oltre che dalle tante peculiarità di *Internet*, prima fra tutte quella per cui la Rete è «mondo virtuale, costruito attraverso *processi metaforici e figurativi* peculiari», ma è anche, al tempo stesso, «segmento del mondo fisico»⁶⁹. Tuttavia, questo dato non sembra di per sé sufficiente per rassegnarsi all’inevitabilità della «preminenza del potere giurisdizionale rispetto a quello politico/rappresentativo [...] quando il campo di gioco è quello dei *bit*»⁷⁰. Si può, a tal proposito, rievocare il “monito” espresso dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 265/2016 sulla legge regionale piemontese relativa al “caso *Uber*”, secondo cui «l’evoluzione tecnologica, e i cambiamenti economici e sociali conseguenti, suscitano questioni variamente discusse non solo nelle sedi giudiziarie, ma anche presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche, per la pluralità degli interessi coinvolti e i profili di novità dei loro intrecci [...]. Nel contesto di un dibattito così animato, relativo a fenomeni la cui diffusione è grandemente agevolata dalle nuove tecnologie, è comprensibile che [...] si levi la domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato.

È dunque auspicabile che il legislatore competente si faccia carico tempestivamente di queste nuove esigenze di regolamentazione». In effetti, a ridosso della diffusione sui *media* della notizia relativa all’esito del giudizio d’appello, sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali è stato pubblicato un comunicato stampa sulla messa a punto di una normativa che dovrebbe assicurare «ai lavoratori che effettuano consegne per conto delle *app* di *food delivery*, tutele su malattie, infortuni e paga minima»⁷¹. Il comunicato è alquanto stringato, ma si tratta di un intervento che era stato annunciato dal Ministro già in seguito all’apertura del giudizio di primo grado – sembrava, infatti, che tale normativa dovesse confluire nel c. d. “Decreto dignità”⁷² – la cui adozione è stata però rinviata, in parallelo all’apertura di un “tavolo” di concertazione, presso il Ministero, tra le organizzazioni sindacali e le rappresentanze delle principali compagnie di *food delivery* che operano nel nostro Paese⁷³.

Al momento in cui si scrive, la stampa riferisce dell’intenzione della maggioranza di proporre l’inserimento, nella legge di conversione del decreto-legge n. 4/2019 (*Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni*), di un emendamento diretto a prevedere livelli minimi di tutela per i lavoratori impiegati attraverso piattaforme digitali, attualmente non inquadrati in una peculiare tipologia contrattuale⁷⁴.

⁶⁷ Per questa efficace locuzione (in cui non appare casuale il richiamo a M. Foucault), v. G. BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in AA.VV., *Lavoro autonomo*, cit., 29.

⁶⁸ Cfr. O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito*, cit., 2.

⁶⁹ Così, A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2018, 4.

⁷⁰ A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore*, cit., 23.

⁷¹ Il comunicato, del 14 gennaio 2019, intitolato *Ministero del Lavoro: pronta la norma per i rider*, si legge in www.lavoro.gov.it.

⁷² D. l. n. 78/2018, conv. con mod. dalla l. n. 96/2018.

⁷³ Cfr. il comunicato, del 18 giugno 2018, intitolato *Gig economy: al via un tavolo tra rider e piattaforme* e quello, del 3 luglio 2018, intitolato *Rider, concertazione ad oltranza per un contratto innovativo*, entrambi in www.lavoro.gov.it.

⁷⁴ Cfr. E. MARRO, *Più tutele per rider e collaboratori*, in *Corriere della sera*, 3 marzo 2019, 31.

In proposito, pur in presenza dei pochi dati desumibili dai *media* – ed in mancanza, salvo errori di chi scrive, di ulteriori e più precise indicazioni ricavabili dal sito istituzionale del Governo e da quello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – si può azzardare un parallelo con la recente legge francese che riconosce tutele, ordinariamente non spettanti ai lavoratori autonomi, ai *gig-worker* di cui si avvalgono le società che gestiscono le piattaforme, qualora esse determinino le caratteristiche della prestazione dei servizi o del bene oggetto della prestazione e ne fissino il prezzo⁷⁵.

Il legislatore d’Oltralpe, senza modellare nuove categorie, ed anzi ricomprendendo *i travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique* nell’ambito del lavoro autonomo, ha fondato il riconoscimento di alcuni diritti sulla “responsabilità sociale” delle piattaforme: si tratta del diritto all’assicurazione infortunistica, di quello alla formazione continua, del diritto alla certificazione delle competenze, dei diritti collettivi di associarsi in sindacati, di contrattare collettivamente e di ricorrere allo sciopero.

Viene qui in luce come proprio con riguardo a tali “nuove” modalità di svolgimento delle attività lavorative, per via della loro natura “ibrida” insofferenti all’incasellamento nelle qualificazioni giuridiche tradizionali, sia ormai divenuta stringente l’esigenza di individuare un nucleo di diritti “trasversali”, riferibili ad ogni rapporto di lavoro, quale che sia la qualificazione giuridica ad esso riferibile.

Pertanto, anche alla luce di quanto autorevolmente suggerito nel dibattito scientifico⁷⁶, è auspicabile che l’intervento annunciato si diriga *ex art.* 35 Cost. alla tutela del lavoro nella peculiare “forma” della prestazione *app-driven* – non soltanto con specifico riguardo ai *rider* – attingendo alla costellazione dei principi sanciti dalla Carta repubblicana: in particolare, all’art. 36, per garantire a questi lavoratori un compenso salariale minimo⁷⁷; agli artt. 32 e 41, per sancire gli *standard* fondamentali di sicurezza sul lavoro; all’art. 3, per proteggere i lavoratori da pratiche discriminatorie e lesive della dignità; infine, all’art. 39, per assicurare l’esercizio dei diritti sindacali.

Come rileva Pasquale Costanzo – ragionando di una ridefinizione della sovranità, dinanzi alla tecnologia globale della Rete, che veda pur sempre lo Stato come il soggetto chiamato alla tutela dei diritti fondamentali – la costruzione di un costituzionalismo *tecnologico* (e non *tecnocratico*) necessita di un legislatore che decida sull’impiego e sullo sviluppo delle tecnologie, in continuo dialogo con il ceto degli scienziati, al fine di individuare i necessari contrappesi tra i valori democratici e le spinte tecnocratiche «e di dar vita ad una nuova “cittadinanza tecnologica”, accrescendo le probabilità di sopravvivenza individuale e collettiva»⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. la *loi* n. 1088/2016, ora l. 6342-I del *Code du Travail*, su cui v. V. CAGNIN, *GIG-Economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltre confine*, in AA.Vv., *Lavoro autonomo*, cit., 41.

⁷⁶ Cfr. T. TREU, *Rimedi*, cit., 398. L’A. rileva come la via percorsa dalla disciplina francese sia apprezzabile, in quanto abbandona «la logica del tutto o niente, propria delle categorie tradizionali per se stesse rigide», mentre la strada della creazione legislativa di nuove categorie di lavoratori sia meno conducente, non avendo essa, laddove è stata imboccata (ad esempio, oltre che in Gran Bretagna, in Germania e in Spagna), reso più certi i confini tra i diversi regimi, contribuendo anzi, in taluni casi, a renderne più difficile la individuazione: *Id.*, *Trasformazioni*, cit., 9.

⁷⁷ Secondo INPS, *XVII Rapporto*, cit., 94, nel 2018 *Foodora* remunerava i *rider* a consegna, mentre quelli di *Deliveroo* venivano pagati secondo un criterio misto, in parte orario e in parte a consegna. Non a caso il divieto di cottimo è previsto nella legge della Regione Lazio attualmente *in itinere*, cui si è già accennato (cfr. art. 5, u. c.).

⁷⁸Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.Vv., *Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, a cura dell’AIC, Napoli, 2014, 81.

CARMELA SALAZAR

Diritti e algoritmi: la *gig economy* e il “caso Foodora”, tra giudici e legislatore

La seconda rivoluzione industriale non si presenta come la prima con immagini schiaccianti quali presse di laminatoi o colate d'acciaio, ma come i bits d'un flusso d'informazione che corre sui circuiti sotto forma d'impulsi elettronici.

Le macchine di ferro ci sono sempre, ma obbediscono ai bits senza peso.

I. Calvino, *Lezioni americane*, Mondadori, Milano 2016, 12

SOMMARIO: 1. – Notazioni introduttive. – 2. Considerazioni sulla *gig economy*, alla luce del “principio lavorista”. – 3. Il “caso Foodora” dinanzi ai giudici torinesi (ovvero: della Costituzione “dimenticata”). – 4. Conclusioni (in attesa di un intervento legislativo “annunciato”).

1. Notazioni introduttive

La locuzione *gig economy*, o “economia dei lavoretti”, secondo la traduzione adottata dall'INPS nel 2018¹, è ormai entrata nel linguaggio comune, ma di essa – almeno, al momento – non si dà un significato univoco². La formula, a quanto pare, attinge allo *slang* dei jazzisti statunitensi nei primi decenni del secolo scorso, in cui *gig* – contrazione di *engagement* – indicava la prestazione occasionale per la quale i musicisti venivano scritturati senza molte formalità e con compensi esigui: si trattava di esibizioni ben lontane dal rigore accademico, per le quali non erano richieste particolari competenze, risultando necessaria piuttosto l'abilità nell'esecuzione di brani costruiti sull'improvvisazione³. Si comprende, allora, come mai questa espressione – dopo essere stata utilizzata da Hillary Clinton durante la propria campagna elettorale⁴ – si sia diffusa per indicare l'emersione del lavoro *on-demand* svolto sulle – o attraverso le – piattaforme digitali operanti in *Internet* e facenti capo a società multinazionali, quale epifenomeno della crisi economico-finanziaria avviatasi tra il 2007 e il 2008⁵. Come è noto, anche in questo caso le prestazioni sono connotate da occasionalità, frammentarietà e precarietà, consistendo, in genere, in attività materiali di facile esecuzione, quali la guida di un veicolo – si pensi agli autisti di *Uber*⁶ – o la consegna a domicilio di

¹ Cfr. INPS, *XVII Rapporto annuale*, 9, consultabile in www.inps.it.

² Le incertezze sulla escursione semantica della formula spiegano come mai, nel dibattito pubblico, essa venga talvolta accostata ad altre, come *on-demand economy*, *web economy* o *online platform economy* (cfr. F. DIANA, F. GREIG, A. HAMOUDI, *The Online Platform Economy in 2018: Drivers, Workers, Sellers and Lessors*, in www.jpmorganchase.com), mentre talaltra venga ricondotta alla c. d. *sharing economy* (economia della collaborazione o della condivisione), che secondo l'*Oxford Dictionary* (consultabile in www.oxforddictionaries.com), può definirsi come «An economic system in which assets or services are shared between private individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet». Su quest'ultima, v. anche *infra*.

³ P. MIGLIOCCO, *Che cos'è la gig economy?*, in www.lastampa.it, 28. 2. 2018.

⁴ In tal senso, v. INPS, *XVII Rapporto*, cit., 90.

⁵ Cfr. V. Di STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, *International Labour Office*, Geneva, 2016, consultabile in www.ilo.org; ID., *Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 3/2016, consultabile in www.ssrn.com.

⁶ La società *Uber*, multinazionale con sede a San Francisco, offre molteplici servizi, tra cui la condivisione delle auto (*UberPool*) e il trasporto non di linea: quest'ultimo viene effettuato sia da autisti professionali di auto di lusso (*UberBlack*), sia da non professionisti (*UberPop*). *Uber X* è invece una piattaforma che permette a coloro i quali svolgono il servizio di noleggio con conducente di mettersi in diretto contatto con gli utenti, mentre *Uber Taxi* permette di prenotare un taxi di zona, sostituendosi all'intermediazione via radio-taxi. Nel settore del *food delivery* è attivo anche *Uber-eat*.

cibo da parte di fattorini in bicicletta (*rider*), come accade nel mercato del *food delivery*, in cui operano società multinazionali quali *Foodora*, *Deliveroo* o *Glovo*⁷.

Ora, sempre più spesso e per i più vari motivi, soprattutto con riguardo alla mobilità, al tempo libero e alle relazioni sociali, l'uso delle piattaforme digitali è diventato quotidiano per milioni di persone e, proprio per questo, su di esse si concentra un ampio dibattito interdisciplinare⁸, che – incrociando quello a più ampio raggio sui diritti fondamentali «disvelati», «presi sul serio», «realizzati» ovvero «minacciati» dall'avvento della Rete⁹ – mette in luce perplessità e dubbi di vario genere, specie in ordine alla circostanza che «le decisioni dei singoli vengono da un lato influenzate (attraverso la profilazione delle preferenze), dall'altro coordinate» dai soggetti privati che gestiscono tali strutture “virtuali”¹⁰.

La tematica non è affrontabile a tutto tondo in questa sede: ma si può rilevare come, tra le preoccupazioni suscitate dalla diffusione delle piattaforme, spicchino anche quelle nascenti dalla constatazione che, quando esse favoriscono l'incontro tra la domanda e l'offerta di prestazioni lavorative, *creano* un mercato del lavoro funzionante nel mondo dei *bit*, ma *parallelo e concorrente* a quello esistente nel mondo degli atomi¹¹. Da qui il timore che per i *gig-worker*, pur se svolgenti prestazioni analoghe a quelle richieste sul mercato “ufficiale” regolato dalle norme previste negli ordinamenti nazionali di cui essi sono cittadini, «la rete di garanzie costruita attorno al “lavoro” tradizionale venga meno all'improvviso»¹², con violazione del principio di uguaglianza, e – per quanto riguarda l'Italia – con il rischio di incisione sui diritti che la Carta repubblicana intesta ai lavoratori. Rischio che non riguarda soltanto le condizioni di lavoro – eloquenti i casi di incidenti stradali, talvolta mortali, in cui sono stati coinvolti i *rider*¹³ – ma si manifesta anche con riferimento all'accesso e alle tutele previdenziali e ai diritti collettivi¹⁴. Peraltro, a differenza di altre discussioni

⁷ Per notazioni di carattere generale, nella letteratura ormai imponente, v. R. ALOISI, *Il lavoro “a chiamata” e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 2/2016, 18 ss.; AA.VV., *Il servizio di trasporto dei passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software. Materiali per una ricerca*, a cura di P. Passaglia, in www.cortecostituzionale.it, 2016; AA.VV., *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori Adapt*, a cura di E. Dagnino, F. Nespola, F. Seghezzi, e-book, Adapt University Press, 2017, spec. 159 ss.; AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, *Quad. Riv. giur. lav.*, 2/2017; A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *Riv. giur. lav.*, 1/2017, 195 ss.; O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. cost.* 1/2017, 443 ss.; T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavoratori della Gig economy*, in *Lav. dir.*, 3-4/2017, 367 ss.; L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà alla prova dell'economia della condivisione. Prime note di confronto tra Europa e America Latina*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13/2018; S. VALERIO, P. BECCHIS, *Il servizio di Uber tra asset dormienti e valore digitale. Quale regolazione?*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018, 195 ss.

⁸ Le tante questioni sollevate dalle piattaforme, infatti, «lie at the interface of different branches of the legal system, like consumer law, competition law, administrative law, labor law, data protection, etc.»: G. RESTA, *Digital platforms and the law: contested issues*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2018, 231.

⁹ Le citazioni sono tratte da P. COSTANZO, *I diritti nelle “maglie” della rete*, in AA.VV., *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, a cura di T. Checcoli, C. Murgo, N. Pignatelli, Giappichelli, Torino 2010, 5 ss. Più di recente, v. ID., *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in AA.VV., *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Mondadori, Milano 2017, 3 ss. spec. 11 ss.

¹⁰ Così, V. ZENO ZENCOVICH, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018, 140.

¹¹ In tal senso si esprime T. TREU, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>) – 371/2018, 35.

¹² La citazione è tratta da G. BRONZINI, *Reddito di base, lavoro, automazione: appunti per un nuovo garantismo sociale*, in www.bin-italia.org, 3.

¹³ Cfr. M. DI FAZIO, *Uccisi mentre consegnano il nostro cibo: i rider e quelle vite spezzate senza tutele*, in www.espresso.repubblica.it, 7. 12. 2018.

¹⁴ Cfr. M. FAIOLI, *Jobs “app”, gig economy e sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2/2017, 291 ss., nonché i contributi di AA.VV., in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 4/2018.

nate intorno alla diffusione dell'automazione nell'universo del lavoro – fenomeno al quale comunemente ci si riferisce quando si discorre di “quarta rivoluzione industriale” o “di Industria 4.0”¹⁵ – il dibattito ora richiamato non rimanda ad una visione pessimistica del *futuro*, ma denuncia un rischio *presente*: come è stato notato, «siamo di fronte a un fenomeno mondiale non transeunte»¹⁶, anche se con molte varianti nelle modalità strutturali e nella diffusione¹⁷. Per quanto riguarda l'Italia, secondo l'ultimo *Rapporto annuale* dell'INPS già citato, nel 2018 in Italia la *gig economy* coinvolgeva più di mezzo milione di persone, delle quali circa il 12% erano *riders*¹⁸.

Se si parte dal presupposto che l'attenzione dei giuristi – e, in particolare, dei costituzionalisti – debba restare desta dinanzi alle minacce ai diritti fondamentali derivanti dalle nuove tecnologie, allora ci sono ottimi motivi per cui essi si interessino alla diffusione della *gig economy* nella «Repubblica democratica, fondata sul lavoro». Ad esempio, per chiedersi quale possa (o debba) essere la reazione, dinanzi a tale fenomeno, del legislatore, dei giudici e della Corte costituzionale¹⁹.

¹⁵ Ci si riferisce alle riflessioni che riconducono alla incalzante evoluzione della robotica e dell'intelligenza artificiale il pericolo di una progressiva sostituzione dei lavoratori umani con le macchine – anche in settori peculiari, come quello giudiziario – in misura ben maggiore di quanto non avvenga già oggi: sul tema, in questa sede non affrontabile, si rinvia a R. STAGLIANÒ, *Al posto tuo*, Einaudi, Torino 2016; N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie* (2014), tr. it., Einaudi, Torino 2018; M. DOGLIANI, *Il ruolo dello Stato al tempo dell'economia digitale*, in *Sbilanciamoci.info*, 2018; D. GOTTARDI, *Da Frankenstein ad Asimov: letteratura 'predittiva', robotica e lavoro*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 4/2018; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018; sullo stesso tema, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 4/2018, v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, 153 ss.; C. COSTANZI, *La matematica del processo; oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, 166 ss.; C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, 189 ss.; E. FRONZA, C. CARUSO, *Ti faresti giudicare da un algoritmo? Intervista ad Antoine Garapon*, 196 ss.; S. BAORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, 200 ss.

¹⁶ La constatazione è di T. TREU, *Rimedi*, cit., 372.

¹⁷ Cfr. EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Impact of digitalization and on demand economy on labour market and the consequences for employment and industrial relations* (2017).

¹⁸ Cfr. INPS, *XVII Rapporto*, cit., 92 ss., che – sulla base di un'indagine svolta dalla Fondazione De Benedetti – individua nel 2,03% della popolazione lavorativa la quota di persone coinvolte nella *gig economy* come unico lavoro, secondo lavoro e come disoccupati o inattivi. Da notare che, secondo il *Rapporto*, guardando al profilo dell'età, si rileva un picco non già delle fasce giovanili, come potrebbe pensarsi, bensì delle fasce centrali, dovuto principalmente ai secondi lavori (con valori intorno al 37% nella classe 30-39 anni e 32% nella classe 40-49 anni): si tratta di lavoratori dipendenti e autonomi, che evidentemente avvertono la necessità di arrotondare il loro reddito attraverso la *gig economy*. Le persone appartenenti alle medesime fasce d'età sfiorano il 30% anche tra quelle che svolgono come *unico* lavoro l'attività di *gigger*.

¹⁹ In questa luce, la *gig economy* offre ai giuristi spunti di riflessione che non si ritrovano nel più generale fenomeno della già menzionata *sharing economy*, anch'essa basata sull'uso delle piattaforme digitali. Nemmeno di quest'ultima, per la verità, esiste una definizione univoca (v. AA.VV., Dossier: *sharing economy*, in *Equilibri*, 1/2015, 11 ss.; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2017, 119 ss.; M. A. MAGGIONI, *La sharing economy. Chi guadagna e chi perde*, Il Mulino, Bologna 2018; V. VALENTINI, C. SCHEPISI, *Sharing economy e trasporti nell'era di Internet*, in AA.VV., *Diritti e libertà*, cit., 211 ss.). Tuttavia, secondo la Comunicazione della Commissione Ue *Un'agenda europea per l'economia collaborativa* [SWD (2016) 184 final], tale locuzione «si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati». In questa luce, benché nel dibattito pubblico *gig economy* e *sharing economy* appaiano talvolta, come già accennato, quali formule sinonime, risultano convincenti le riflessioni di chi distingue tra le problematiche relative alle piattaforme digitali che, similmente a quanto illustrato da J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero, L'internet delle cose, l'ascesa del «commons» collaborativo e l'eclissi del capitalismo* (2014), tr. it., Mondadori, Milano 2014, consentono lo “scambio” di un bene o di un servizio su *Internet* in forme diverse dal consumo basato sulla proprietà, ma «senza che assuma alcun rilievo l'attività lavorativa presupposta (come nel caso di *BlaBlaCar*, per il *car pooling*, oppure di *Airbnb*, per la locazione di alloggi a breve termine)»; e quelle relative alle piattaforme che divengono «lo strumento, anzi il luogo nel quale si affida l'esecuzione di prestazioni che possono considerarsi, a tutti gli effetti, lavorative»: per le citazioni, v. R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT* – 336/2017, 3 (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>). Analogamente, v. J.

Quest'ultima, peraltro, ha già avuto modo di esprimersi sulla *gig economy*, nonostante l'assenza di interventi legislativi volti a dettare regole ad ampio raggio su di essa, ed anzi – in un certo senso – proprio per questo. L'irruzione di *Uber* nel campo del trasporto urbano non di linea avrebbe dovuto indurre il Parlamento ad aggiornare la disciplina vigente in tale settore (l. n. 21/1992), anche in seguito alle aspre reazioni dei tassisti e degli autisti dei veicoli a nolo con conducente, sfociate in manifestazioni di piazza e in controversie giudiziarie impiegate sulla denuncia della violazione delle norme sulla concorrenza sleale²⁰. Così non è stato, e dinanzi all'immobilismo parlamentare, il Consiglio regionale piemontese si è assunto il compito di introdurre una prima disciplina sul "fenomeno *Uber*", adottando la l. r. n. 14/2015, che riservava ai soli taxi e ai veicoli a nolo il trasporto a chiamata di persone, anche tramite le nuove modalità consentite dai supporti informatici. Come era prevedibile, la Corte, adita in via principale dal Governo, ha dichiarato l'incostituzionalità di tale normativa, ritenendo che essa imponesse un limite alla libertà di iniziativa economica nella competizione tra operatori e che, per tale ragione, violasse la competenza esclusiva statale in materia di concorrenza fissata dall'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.²¹. La sentenza presenta diversi profili degni di attenzione: tuttavia, poiché l'orizzonte della questione di costituzionalità prospettata dalla difesa erariale era circoscritto al rispetto del riparto costituzionale della potestà legislativa tra Stato e Regioni, la Consulta non si è addentrata nelle problematiche connesse alla peculiarità dei rapporti di lavoro nella *gig economy*, profilo che particolarmente interessa in questa sede.

Incuriosisce maggiormente, ai fini delle presenti note, la vicenda giudiziaria – la prima in Italia avente ad oggetto il lavoro *app-driven*, molto nota perché circondata da un ampio clamore mediatico – che ha visto protagonisti alcuni fattorini in bicicletta torinesi, assunti dalla società multinazionale *Foodora* con contratti di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409, n. 3, c.p.c., la cui attività di consegna di cibo a domicilio in bicicletta era "organizzata" dagli algoritmi elaborati da una piattaforma digitale. I *rider* si sono rivolti alla magistratura chiedendo l'accertamento della *effettiva* natura subordinata delle prestazioni svolte e la conseguente illegittimità, nullità o inefficacia della loro estromissione dal servizio, lamentando anche la violazione delle norme sulla *privacy*, sul controllo a distanza e sulla tutela antinfortunistica. Mentre in primo grado tutte le domande sono state respinte²², in secondo esse sono state parzialmente accolte,

BERG, V. DE STEFANO, *La gig-economy e il "nuovo" lavoro occasionale*, in *eticaeconomia* (<https://www.eticaeconomia.it/>), 2017; A. PREVIATO, *Il caso Uber al vaglio della Corte di Giustizia europea: una sentenza che ridefinisce i termini della sharing economy*, in *DPERonline* (<http://www.politics.unina.it/index.php/dperonline/>), 1/2108.

²⁰ Per una ricostruzione delle decisioni giudiziarie su *Uber* nel nostro Paese, in cui manca tuttora una compiuta regolazione del fenomeno, v. per tutti L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà*, cit., 19 ss.

²¹ Cfr. sent. n. 265/2016, su cui v. D. TEGA, «Pronto *Uber*? Un'auto a Piazza del Quirinale n. 41»: la *gig economy* arriva alla Corte costituzionale, in *Le Regioni*, 3/2017, 580 ss.; O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2/2017. Per *incidens*, una sorte analoga potrebbe abbattersi sulla legge proposta dalla Giunta regionale del Lazio ed attualmente *in itinere* (intitolata *Norme per la tutela e la sicurezza dei lavoratori digitali*), laddove essa veda la luce e venga impugnata dal Governo ex art. 127 Cost.: in tal caso, l'ambito di intervento appare infatti riconducibile alla macro-materia «ordinamento civile», ex art. 117, c. 2, lett. e), Cost., come può ricavarsi dalla giurisprudenza costituzionale pregressa: v. spec. Corte cost., sent. n. 259/2003, in tema di *mobbing*. In proposito, v. L. TORSELLO, *Il lavoro dei rider. L'iniziativa di legge nella Regione Lazio*, in *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), n. 3/2018.

²² Cfr. Trib. Torino, sent. n. 778/2018, consultabile in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>) 1/2018, con nota di P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora (i c. d. rider)*; *ivi*, 2/2018, v. anche di F. LATTANZIO, *Spunti di riflessione sui ciclofattorini e la "sentenza Foodora"*. Sulla decisione, v. anche U. ROMAGNOLI, *Foodora, in mezzo al guado del diritto del lavoro*, in *Eguaglianza & Libertà* (<http://www.eguaglianzaeliberta.it/web/>), 2018 e, in prospettiva costituzionalistica, I. MASSA PINTO, *La libertà dei fattorini di non lavorare e il silenzio sulla Costituzione: note in margine alla sentenza Foodora (Tribunale di Torino, sent. n. 778 del 2018)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2/2018. Per una impostazione analoga a quella del giudice torinese, in una controversia relativa a un fattorino dalla società *Foodinho*, v. Trib. Milano, sent. n. 1853/2018, pubblicata in www.bollettinoadapt.it.

avendo la Corte d'appello ritenuto che ai *rider* debbano essere riconosciute, ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015, le tutele previste per i dipendenti del V livello del Contratto collettivo nazionale della logistica e del trasporto merci²³.

Prima di soffermarsi su tali decisioni, sono necessarie alcune ulteriori precisazioni.

2. Considerazioni sulla gig economy, alla luce del “principio lavorista”

Considerando i più recenti approdi del dibattito scientifico, appare opportuno distinguere tra il lavoro *sulle* piattaforme ed il lavoro *attraverso* le piattaforme²⁴. Al primo ci si riferisce quando si discorre del c. d. *crowdworking* (il “lavoro della folla”) forse il lato più opaco della *gig economy*, in ragione della scarsità di dati esistenti su tale fenomeno²⁵. In sintesi, la “folla” che accede alle piattaforme digitali ove è offerto questo particolare servizio, su di esse trova le richieste, formulate mediante *open call* provenienti da committenti operanti in qualsiasi parte del mondo, relative a prestazioni quali la catalogazione di fotografie, la moderazione di *forum on line*, la sottotitolazione di video, etc. La più nota di tali piattaforme è *Amazon Mechanical Turk*, intitolazione che omaggia il “turco meccanico”, un automa giocatore di scacchi costruito nel 1706 per Maria Teresa D'Austria, che in realtà nascondeva al suo interno un uomo: sulla piattaforma, infatti, vengono offerte mansioni (dette *HIT: Human Intelligent Task*) che, per quanto semplici, non possono essere affidate all'intelligenza artificiale dei *computer*, richiedendo per il loro svolgimento abilità proprie degli esseri umani²⁶.

Il risultato è la creazione di un mercato del lavoro globale – popolato da un invisibile “esercito digitale di riserva” – funzionante ventiquattr'ore su ventiquattro e sostanzialmente deregolato, che mentre assicura alla società che gestisce la piattaforma una percentuale su ogni “contratto” concluso *online*, rimette alla determinazione delle parti ogni aspetto della relazione tra loro intercorrente²⁷. Per quanto, come si diceva, le informazioni su questo versante della *gig economy* siano esigue, è facile immaginare che nella grande maggioranza dei casi si assista ad un sorta di gara al ribasso tra quanti sono disposti ad accogliere per intero le condizioni imposte dal *requester* ed a rendersi disponibili per la retribuzione più esigua, senza peraltro avere nemmeno la garanzia di

2018. Su entrambe le pronunce, v. ancora M. BIASI, *L'inquadramento giuridico dei rider alla prova della giurisprudenza*, in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>), 2/2018.

²³ Corte app. Torino, sent. n. 26/2019, consultabile in www.agilazio.com.

²⁴ Cfr. spec. V. Di STEFANO, *The rise*, cit., 6 ss.

²⁵ Secondo l'INPS (*XVII Rapporto*, cit., 118), «dalle scarse indicazioni contenute nei siti internet dei principali operatori del settore (*UpWork, Freelancer, Amazon Mechanical Turk, Twago, Crowdflower, Vicker*), i vantaggi, per i committenti che si rivolgono alla piattaforma, risiedono fondamentalmente nella estrema flessibilità del modello: ogniqualvolta il committente ha esigenze di prestazioni lavorative legate a picchi produttivi ovvero vincolate a scadenze stringenti di ultimazione o, ancora, ad attività che si ripetono nel tempo con forte variabilità dei volumi, può rivolgersi alle piattaforme di *crowdworking* che ne organizzano la lavorazione facendo riferimento ad un numero variabile di lavoratori residenti in qualsiasi Paese (la “folla”) e pagando solo a fronte della prestazione effettivamente svolta. In taluni casi, il committente può addirittura scegliere fra più lavori portati a termine, per cui il compenso spetta solo a quello che risulta maggiormente adeguato».

²⁶ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2107, 168 ss.

²⁷ Cfr. R. KRAUSE, “*Always-on*” - *The collapse of the work-life-separation*, disponibile in www.fmb.unimore.it, 2017; A. CONSIGLIO, *L'assorbimento dei rapporti di lavoro della gig economy nel diritto privato*, in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>), 2/2018.

ottenerla: ad esempio, nel caso in cui il committente “recluti” più di un lavoratore e accetti soltanto il risultato della prestazione condotta a termine per prima²⁸.

La combinazione tra la sconfinatezza della Rete e la sua capacità di riprodurre le dinamiche dell’universo degli atomi nel cyberspazio – «lo spazio telematico che si distende intorno alla Terra come un sopra-mondo»²⁹ – trovano qui un’ennesima conferma: in assenza di una specifica regolamentazione, alle piattaforme resta possibile tenersi del tutto esenti da qualsiasi responsabilità per quanto avviene nei rapporti tra chi richiede e chi esegue le prestazioni, ed auto-qualificarsi quali meri “intermediari digitali”. In effetti, eliminando le “vecchie” forme di intermediazione per soppiantarle, esse divengono il “nuovo” – e tentacolare – tramite «fra chi cerca e chi offre, fra chi sa e ci vorrebbe sapere; e tutte le svariate combinazioni per le quali persone o enti vogliono entrare in contatto con altri»³⁰.

Ciò, tuttavia, non significa che il loro ruolo si esaurisca sempre e soltanto in quello di uno spazio digitale “neutro”, destinato soltanto a favorire l’incontro (c. d. *matching*) tra la domanda e l’offerta di utenti che si muovono in una logica *peer-to peer*³¹. Una conferma della capacità delle piattaforme di cumulare (o dissimulare?) un servizio ulteriore rispetto all’intermediazione si ritrova, ad esempio, nella nota sentenza della Corte di Giustizia (*Causa C-434 Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*), che recependo le argomentazioni dall’Avvocato generale, ha affermato che l’attività di *Uber* offerta tramite la sua *app UberPop* si configura, sebbene con modalità innovative, quale servizio nel «settore dei trasporti» e non come «servizio di intermediazione elettronica» o della «società dell’informazione»: da qui, l’esclusione dell’applicabilità della direttiva n. 2006/123, relativa ai servizi nel mercato interno, e la rimessione alla competenza regolativa degli Stati membri³².

L’accento a *Uber* premette di spostare il discorso sull’altro versante della *gig economy*, in questa sede particolarmente interessante, quello del lavoro reso *attraverso* le piattaforme, grazie ad una *app* “scaricabile” su *smartphone*.

Il ragionamento diviene qui ancora più complesso, poiché occorre tenere conto che nel caso dei servizi di trasporto offerti da *Uber*, la *app* consente la creazione di una *community*, all’interno della quale si determina l’incontro tra la domanda degli utenti e l’offerta degli autisti, così che essi possono accordarsi sul percorso e sulla tempistica della prestazione. Resta però fuori dalla trattativa la tariffa: l’ammontare del *quantum* dovuto è infatti determinato dalla piattaforma, che trattiene una parte della cifra (circa il 20%)³³. Tale modello organizzativo non si ripete in modo identico anche sulle piattaforme della *gig economy* operanti nel mercato della consegna del cibo a domicilio, le

²⁸ In tal senso, v. V. CAGNIN, *GIG-Economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltreconfine*, in AA.Vv., *Lavoro autonomo*, cit., 34.

²⁹ Per questa suggestiva immagine, v. N. IRTI, *Norma e luoghi*, Laterza, Roma-Bari 2006, 61.

³⁰ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Uber*, cit., 142.

³¹ In tal senso, v. C. CARTA, *Regole della concorrenza e tutela della forza lavoro: il (fragile?) schermo della community*, in *Lav. dir. Eur.* (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>), 2/2018, 23.

³² La Corte, tra l’altro, rileva come la società svolga anche un’attività di controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di questi ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione: cfr. A. PREVIATO, *La sentenza della Cgue sul “caso Uber”: uno spartiacque per la corretta determinazione dei modelli della sharing economy*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2017 (v. anche ID., *Il caso Uber*, cit); E. MARASÀ, O. POLLICINO, *EU Court of Justice rules that Uber provides a transport service and is not a mere electronic intermediary: regulatory implications and “digital” judicial insulation*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018, 189 ss.; D. TEGA, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 3/2018.

³³ Per più ampi dettagli, v. L. BELVISO, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2108, 144 ss. Come è stato osservato, «sebbene il campione del *digital labour* intermediato dalle *app* si presti ad esser colto, senza banalizzazioni, solo in tutta la sua complessità ed articolazione, in *Uber* si riscontrano peculiarità tali da permettere l’emersione del prototipo cui si attribuisce sovente la funzione di declino dell’organizzazione fordista del lavoro e l’obsolescenza della relazione di lavoro classico»: A. CONSIGLIO, *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 1/2018, 82.

quali, peraltro, presentano un panorama alquanto articolato³⁴. Limitando l’attenzione alle modalità previste dal contratto contestato in giudizio dai fattorini torinesi di *Foodora*, per come ricavabili dalla sentenza del Tribunale di Torino, si vede come la *app* permettesse ai *rider* di accedere alla piattaforma per candidarsi, di volta in volta, a uno o più turni del calendario predisposto unilateralmente dalla società, senza tuttavia che essi fossero obbligati farlo. Una volta effettuata la scelta, ed ottenuta la conferma del turno, il fattorino doveva recarsi in bicicletta in una delle zone di partenza predefinite ed attendere di ricevere sullo *smartphone* l’indicazione del ristorante da cui ritirare il cibo e l’indirizzo del cliente cui recapitarlo.

Il quadro ora rapidamente tratteggiato evidenzia la natura variegata dell’universo del lavoro attraverso le piattaforme digitali, in cui si riflette tanto la molteplicità delle problematiche giuridiche ad esso collegabili, quanto l’eterogeneità delle risposte elaborate nei diversi ordinamenti³⁵: tuttavia, un elemento ricorrente nei varî ambiti della *gig economy* si ritrova nelle vicende giudiziarie, paragonabili a quella torinese, relative alle contestazioni avanzate dinanzi ai giudici in diverse parti del mondo in ordine alla riqualificazione del rapporto di lavoro, in particolare nei riguardi di *Uber* e di società operanti nel *food delivery*.

In forza del principio della prevalenza della realtà sulla volontà cartolare delle parti, sia gli autisti che i *rider* hanno infatti chiesto ai giudici nazionali il riconoscimento della qualifica di lavoratori dipendenti, e non di semplici “collaboratori” come invece erano stati qualificati – con varia terminologia a seconda dell’ordinamento – al momento dell’assunzione³⁶. Benché l’accattivante slogan di *Uber* sia “*Be your own boss!*”, sulla trasformazione degli autisti (e dei ciclo-fattorini) in “imprenditori di se stessi” – liberi di lavorare solo quando lo vogliono e con modalità tali da incrementare sensibilmente e senza eccessivo impegno le proprie entrate – si può fondatamente dubitare, considerando che se «da un lato, la tecnologia offre impensabili opportunità di elasticità, dall’altro, aumenta a dismisura la latitudine e l’intensità delle tradizionali prerogative di comando, elevandole alla potenza digitale»³⁷. Al di là di ogni apparenza, la smaterializzazione del luogo di lavoro e la digitalizzazione del rapporto non implicano necessariamente una minore pervasività del controllo sul prestatore, consentendo peraltro un appannamento della separazione tra tempo del lavoro e tempo libero a scapito di quest’ultimo, in contrasto con la suggestione – indotta dalla pubblicità con cui le società della *gig economy* promuovono se stesse sui rispettivi siti *web*³⁸ – dell’alleggerimento della vincolatività insita in ogni attività lavorativa, se non addirittura della “ludicizzazione” della stessa³⁹. Non si tratta solo del monitoraggio durante la prestazione,

³⁴ Cfr. M. BIASI, *L’inquadramento giuridico*, cit., 5 ss. Per un parallelo tra le diverse tipologie di contratto utilizzate in Italia da *Foodora* e dalla società concorrente *Deliveroo*, v. INPS, *XVII Rapporto*, cit., 94. Pertanto, nonostante possa dirsi che in ogni caso il lavoro reso tramite piattaforme digitali contribuisca al processo di destrutturazione degli elementi fondamentali del lavoro subordinato (cfr. P. TULLINI, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Lab. law iss.*, 2/2016), lo sguardo sulla realtà mostra che esso configura «un arcipelago molto complesso ed eterogeneo»: così, C. LAZZARI, *Gig Economy, tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3/2018, 456.

³⁵ Per un’ampia panoramica sulle diverse soluzioni, giurisprudenziali e normative, elaborate Oltreoceano e in Europa con riguardo alle problematiche sollevate da *Uber*, v. per tutti P. L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà*, cit.; L. BELVISO, *Il caso Uber*, cit., 145 ss.

³⁶ Cfr. G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell’utenza?*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 1/2017.

³⁷ Così, A. ALOISI, V. DE STEFANO, *La gig economy tra nuove forme di potere e libertà virtuali*, in *Il Mulino*, 4/2018, 591.

³⁸ «Tali attività lavorative vengono infatti presentate nella veste suadente di un’opportunità di una prestazione saltuaria, come cioè se si trattasse di una scelta del lavoratore e non di una condizione di precarietà – e di subalternità – entro cui questi rimane “invischiato”»: così, F. PIZZOLATO, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 3/2017, 15.

³⁹ Sul punto, v. le interessanti considerazioni di B. C. HAN, *Psicopolitica* (2104), tr. it., Nottetempo, Milano 2016, secondo cui «il neoliberalismo, come mutazione del capitalismo, fa del lavoratore un imprenditore. Non la rivoluzione

esercitabile in forme inedite grazie alle possibilità offerte dalla geolocalizzazione ed, in genere, dal controllo in tempo reale via *smartphone*, ma anche dell'uso delle recensioni rilasciate *on line* dai clienti quale forma di controllo e di esercizio di un potere molto vicino a quello disciplinare⁴⁰: la piattaforma, per conto dell'impresa che la gestisce, «impartisce ordini, impone una divisa, monitora la prestazione, valuta la performance, premia i migliori, rimprovera gli inefficienti, chiude gli *account*»⁴¹. Da qui, la natura *ibrida* delle prestazioni dei lavoratori *app-driven*, titolari di un certo margine di autodeterminazione, ma al tempo stesso esposti al controllo e al condizionamento derivante dalla fissazione del prezzo del servizio, dal monitoraggio sull'esecuzione, dalle clausole di gradimento dell'attività, dalla possibilità di disattivazione delle utenze⁴².

Ora, le decisioni giudiziarie pronunciate nelle varie parti del globo offrono, inevitabilmente, risposte diverse alle richieste dei *giggers*⁴³. In linea di principio, l'esito può essere ad essi favorevole laddove le norme applicabili alla controversia disegnino già in astratto la fattispecie della subordinazione in modo tale da consentire – a fronte della dimostrazione della sussistenza di un'autonomia del lavoratore più apparente che reale – di includervi anche la prestazione svolta dai ricorrenti⁴⁴; ovvero laddove, come in Gran Bretagna, esista una figura intermedia tra l'*employee* (paragonabile al nostro lavoratore subordinato) e l'*independent contractor* (simile al nostro lavoratore autonomo), quella del *worker*: qualifica che, per l'appunto, è stata attribuita dai giudici londinesi agli autisti di *Uber* che chiedevano la riqualificazione del rapporto⁴⁵. Più tortuoso appare il cammino percorso dalla magistratura torinese sul “caso *Foodora*”, anche perché il nostro diritto del lavoro resta imperniato sul tradizionale binomio “subordinazione-autonomia”, che vede la prima, intesa come soggezione ai poteri datoriali, quale «porta d'ingresso alla cittadella fortificata delle piene tutele garantite dalla legge»⁴⁶.

comunista, bensì il neoliberalismo elimina la classe operaia che è sfruttata da altri. Oggi, ciascuno è un *lavoratore che sfrutta se stesso per la propria impresa*» (ivi, 14. C.vi dell'A.).

⁴⁰ Cfr. G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy*, cit., 3 ss.

⁴¹ In tal senso, v. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Testa bassa e pedalare? No, i lavoratori di Foodora meritano rispetto*, in *Linkiesta* (<https://www.linkiesta.it/>), 11 ottobre 2016.

⁴² Le citazioni sono tratte da A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in AA.VV., *Lavoro autonomo*, cit., 130.

⁴³ Ciò accade anche nell'ambito dell'Unione europea, né sembra che la sentenza della Corte di giustizia sul “caso *Uber*” possa influire su una maggiore uniformità nell'approccio degli Stati membri alle problematiche del lavoro nella *gig economy*, non incidendo essa direttamente sulla definizione dello *status* dei *gig-worker*.

⁴⁴ Il quadro giurisprudenziale è molto variegato: negli USA, in alcuni casi i giudici (ad esempio, nello Stato di New York) hanno accolto le domande degli autisti di *Uber*, in altri (ad esempio, in Florida) si sono orientati in senso opposto, ed in altri ancora (ad esempio, in California ed in Massachusetts) l'impresa e i ricorrenti hanno raggiunto un accordo extragiudiziario in base al quale questi ultimi hanno mantenuto lo *status* di *Independent contractor*, in cambio di un miglioramento nelle condizioni di lavoro (cfr. per tutti M. A. MAGGIONI, *La sharing*, cit., 89). In senso favorevole agli autisti, cfr. anche la decisione della 33ª *Vara do Trabalho de Belo Horizonte* del 14 febbraio 2017, in www.vconjur.com.br; con riguardo a *Deliveroo*, in analogia prospettiva si esprime la sent. n. 244/2108 del *Juzgado de lo Social* n. 6 di Valencia (ma, in senso opposto, v. la sent. n. 284/2018 del *Juzgado de lo social* n. 39 di Madrid, 3 settembre 2018, in www.bollettinoadapt.it, 2018). In argomento, si rinvia a G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica come subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2017, 570 ss.; ID., *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *Lab. law issues* (<https://labourlaw.unibo.it/index>), 4/2018, 59 ss.; M. LOPEZ BALAGUER, *Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias*, ivi, 2/2018, 53 ss.

⁴⁵ Cfr. la sent. dell'*Employment Tribunal Central London* del 26 ottobre 2016 *Aslam, Farrar et al. vs. Uber et al.*, in *Dir. rel. ind.*, 2/2017, 575 ss., e la sentenza dell'*Employment Appeal Tribunal, England and Wales*, 10 novembre 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2018, 46 ss.: in proposito, v. E. DAGNINO, *Note a margine della sentenza Uber UK*, in www.bolettinoadapt.it, 2016; G. PACELLA, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, in *Lab. law issues* (<https://labourlaw.unibo.it/>), 2/2017, 50 ss.

⁴⁶ In tal senso, v. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *La gig economy*, cit., 591.

A questo punto del discorso, appare necessaria una breve digressione, per ricordare che la Costituzione «non conosce la dicotomia contratto di lavoro subordinato-contratto di lavoro autonomo. Piuttosto, si preoccupa di rimuovere situazioni soggettive di debolezza e disuguaglianza sostanziale comunque e dovunque si manifestino»⁴⁷.

Come è noto, il “principio lavorista” – un *unicum* nel panorama delle Carte europee, che attesta l’originalità dell’apporto elargito dalla Costituzione italiana alle “tradizioni costituzionali comuni” dei popoli dell’Unione⁴⁸ – impone all’ordinamento di prestare una speciale attenzione al «forte coinvolgimento della persona umana» che, «a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata», connota le relazioni lavorative⁴⁹: *tutte*, non soltanto quelle riconducibili al rapporto di lavoro subordinato, come conferma la prescrizione alla Repubblica della tutela del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35, c. 1, Cost.). Il “lavoro” che la Repubblica deve (*dovrebbe...*) tutelare appare in tale norma come “categoria” dotata della massima estensione, così da poter abbracciare non solo i lavoratori subordinati, ma anche gli autonomi – compresi quelli di ultima, ipertecnologica generazione – e persino «i sottocupati, gli inoccupati e coloro che perdono o rischiano di perdere il loro posto»⁵⁰: *tutti i lavoratori*, secondo la formula con cui l’art. 3, c. 2, Cost. si riferisce tanto a coloro che contribuiscono al progresso materiale o a quello spirituale della collettività attraverso lo svolgimento di un’attività o di una funzione liberamente scelta (art. 4, c. 2, Cost.), quanto a coloro che vorrebbero contribuirvi nel medesimo modo, ma non ci riescono per la presenza di ostacoli «di ordine economico e sociale»⁵¹. Come è stato ancora di recente evidenziato,

⁴⁷ Così, U. ROMAGNOLI, *Le due cittadinanze del lavoro*, in *Insight*, all’indirizzo www.insightweb.it, 2018.

⁴⁸ In tal senso, v. C. PINELLI, “Lavoro” e “progresso” nella Costituzione, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 401.

⁴⁹ Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 194/2018, che ha dichiarato l’incostituzionalità parziale dell’art. 3, c. 1, d. lgs. n. 23/2015 sul “contratto a tutele crescenti”: su di essa, v. per tutti E. BALBONI, *La forza dei principi, ovvero ultimi (?) bagliori costituzionalmente orientati. Commento alla sentenza n. 194 del 2018 intorno al “diritto al lavoro”*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2018; C. PANZERA, *Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore*, in *Diritticomparati.it*, 2018; R. SANLORENZO, A. TERZI, *Al centro, il giudice. La Corte costituzionale e il Jobs Act*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2018 nonché, volendo, C. SALAZAR, *Lavorare stanca... ma licenziare costa. La sentenza n. 194 del 2018 della Consulta sul contratto a tutele crescenti*, in corso di pubblicazione in *Quad. cost.*, 1/2019, 181 ss.

⁵⁰ Così, G. SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Ediesse, Roma 1997, 84. Lo stesso A. rileva come il silenzio della Carta repubblicana sui disoccupati, nonostante questi certo non mancassero al momento in cui i Costituenti ne licenziarono il testo, si deve probabilmente al fatto che essi vollero «evitare la beffa di togliere tutele ai deboli, senza toccare i forti, con la scusa di voler aiutare i debolissimi»: così, G. SILVESTRI, *L’interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 1/2018, 29.

⁵¹ Poiché è lavoratore, per la nostra Carta, anche il missionario, come sostenne U. Tupini in Assemblea costituente, il contributo al benessere generale può derivare da una *qualunque* attività che, consentendo alla persona la coltivazione del proprio pieno sviluppo, le permetta al tempo stesso «la partecipazione all’organizzazione economica, politica e sociale del Paese». Sul tema la letteratura, come si sa, è amplissima: di recente, v. almeno M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 628 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell’art. 1*, Einaudi, Torino 2013; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enc. giur., Agg.*, XVIII, Roma, 2009; ID., *Costituzione e potere economico*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018, 3 ss. La *collettività* cui si riferisce l’art. 4, c. 2, così come il *Paese* nell’art. 3, c. 2, rinviano così ad una comunità massimamente inclusiva, richiedendo essi come “titolo” di appartenenza alla stessa la semplice corresponsione di un apporto derivante dal *lavoro*, dall’*opera* o dall’*azione* (per riprendere la nota tripartizione elaborata da H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana* (1958), tr. it., Bompiani, Milano 2011): in sostanza, da ogni *facere* che non sia rivolto alla soddisfazione di un interesse meramente egoistico (si pensi, esempio, al volontariato: cfr. Corte cost., sent. n. 75/1992). *Per incidens*, in questa stessa linea si muove anche la giurisprudenza costituzionale (sentt. n. 309/2013 e 119/2015) che ha esteso agli stranieri l’accesso al servizio civile, pur risultando quest’ultimo connesso al dovere di difesa della Patria (art. 52, c. 1, Cost.), tradizionalmente riservato ai soli cittadini. Si rinvia, per tutti, a A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. n. 119/2015*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2015; G. MONACO, *L’istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2016.

«impegnando la Repubblica a tutelare anche il lavoro prestato in forme e in condizioni diverse da quelle del lavoro dipendente [...] nello stesso momento in cui ne riaffermano la centralità, i costituenti raccomandano un diverso angolo visuale, dimostrando così che l'amore per la specie può non far perdere di vista il genere»⁵².

Come si sa, l'evoluzione legislativa non si è mossa nella direzione tracciata dall'art. 35, c. 1, Cost., verso il superamento della tutela *categoriale* a favore della costruzione di una tutela *sistemica* dei lavoratori, considerati, nei limiti della ragionevolezza, come «un tutto unico»⁵³. Anzi, dall'ultimo ventennio del Novecento in poi, allineandosi al *mainstream* neoliberista, il legislatore ha proceduto lungo un percorso ben diverso, da un canto mantenendo ferma la dicotomia lavoro subordinato-lavoro autonomo (ma in un quadro attraversato dalle tendenze parallele all'impoverimento delle garanzie del primo e alla metamorfosi del secondo, in particolare con riferimento alla sua tradizionale riferibilità agli appartenenti ad un'élite professionale, «come tale caratterizzata da una posizione di privilegio già sul piano dell'apprezzamento sociale»⁵⁴); dall'altro, avviando quello che U. Romagnoli ha definito come un «processo di de-costituzionalizzazione che ha fatto defluire ed allontanato il lavoro, le sue regole e la sua rappresentanza sociale dalla sfera di un superiore interesse presidiato dallo Stato»⁵⁵. Il risultato, come si sa, è che sebbene il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato venga definito come la «forma comune» del rapporto di lavoro (art. 1, d. lgs. n. 81/2015)⁵⁶, le statistiche mostrano l'ampio ricorso al ventaglio dei contratti «flessibili» introdotti a partire dall'ultimo scorcio del secolo scorso. Deve poi aggiungersi che negli anni più recenti il diritto del lavoro si è con sempre maggior evidenza orientato verso la prospettiva della *flexicurity*, ossimoro che – specie dopo la sua apparizione nel *Libro verde* della Commissione europea del 2006 – individua la «parola chiave (peraltro molto controversa) per “modernizzare” il diritto del lavoro nei paesi dell'Unione»⁵⁷.

In questa sede, tuttavia, non interessa soffermarsi su questo travagliato percorso, quanto piuttosto mettere in luce la circostanza che l'art. 35, c. 1, Cost., tratteggiando un'opera di costante adeguamento dell'ordinamento alle varie esigenze di quanti, in occasione della ricerca, della costituzione, dello svolgimento o della cessazione di un rapporto di lavoro – *di qualunque natura* – vedano minacciati i loro diritti fondamentali, delinea un'impresa *corale*, risultando in essa coinvolte *tutte* le componenti della Repubblica, e non solo gli organi di indirizzo politico. Anche la magistratura, pertanto, è tenuta ad assumere il “principio lavorista” tra i parametri del proprio operato, nell'esercizio del potere-dovere di interpretazione conforme alla Costituzione, oltre che in occasione della proposizione delle questioni di costituzionalità: ribadirlo può forse sembrare

⁵² Così, U. ROMAGNOLI, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in *Il Mulino*, 4/2018, 694.

⁵³ Per questa impostazione, v. G. SILVESTRI, *Il lavoro*, cit., 84. In tal senso si orientava la proposta di legge di iniziativa popolare elaborata durante la scorsa legislatura dalla CGIL, intitolata “Nuovo statuto delle lavoratrici e dei lavoratori”, il cui snodo saliente si ritrovava nell'individuazione di un insieme di diritti valevoli per tutti i lavoratori, indipendentemente dallo *status* e dal “tipo” di prestazione, cui si aggiungevano le tutele calibrate per il lavoro autonomo e per quello subordinato. Il testo si legge in www.cgil.it.

⁵⁴ Così, C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora*, cit., 1034.

⁵⁵ U. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in *Lav. dir.*, 1/2013, 6. Per L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2018, 115, «il riformismo liberista è sempre di segno antistatalista e all'insegna della deregolazione: tramite decostituzionalizzazione, delegificazione, destatalizzazione e perciò smantellamento dello Stato sociale e della sfera pubblica, riduzione dei diritti sociali e privatizzazioni delle prestazioni ad essi corrispondenti». Si spezza, così, la linearità della logica sottesa all'imponente numero di disposizioni costituzionali ove appare il lemma “lavoro” (in proposito, v. spec. M. LUCIANI, *Radici*, cit., 646 ss.), logica che vorrebbe far discendere «dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia» (così, G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, cit., 4).

⁵⁶ In tal senso si esprime l'art. 1 del d. lgs. n. 81/2015.

⁵⁷ Così, L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 141/2012*, 1 (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>).

superfluo, ma non dinanzi al “caso Foodora”, poiché né il Tribunale né la Corte di appello di Torino hanno ritenuto di dover individuare nella Carta repubblicana le coordinate di fondo entro le quali costruire le rispettive decisioni, dinanzi alle richieste avanzate dai *rider*.

Per la verità, le sentenze non contengono riferimenti nemmeno agli obblighi internazionali (in particolare, quelli scaturenti dalla CEDU e dalla Carta sociale europea) o ai vincoli derivanti dal diritto eurounitario, riferimenti che – ex art. 117, c. 1, Cost. – ordinariamente costellano le decisioni dei giudici nazionali, quale che sia l’ambito di volta in volta toccato. Ma il silenzio sulle fonti – e sulla giurisprudenza delle Corti – operanti sui due “livelli” ora evocati può spiegarsi facilmente: da un canto, è noto che la CEDU non tutela espressamente i diritti sociali e tanto meno quelli dei lavoratori, mentre la Carta sociale – destinata a “completare” la Convenzione proprio sotto questo profilo – ha da pochissimo debuttato come “fonte interposta” nella giurisprudenza costituzionale (sentt. n. 120 e 194/2018). Dall’altro, nonostante il processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali avviatosi nell’ordinamento eurounitario abbia condotto alla loro inclusione nella Carta di Nizza-Strasburgo, sembra che neppure il “dialogo” tra le Corti sia servito, sin qui, a trasporre nello “spazio giuridico europeo” l’idea della loro *fondamentalità* e del loro porsi quali *diritti abilitanti* all’esercizio degli “altri” diritti⁵⁸: ne offre conferma la «deludente *performance*» da essi offerta nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare durante la fase “acuta” della crisi economico-finanziaria⁵⁹. Per contro, non può che destare vivo stupore – o «triste meraviglia», per citare Eugenio Montale – la circostanza che, come si diceva, ad onta del consolidato successo riscosso dalla “tecnica” dell’interpretazione conforme alla Costituzione, entrambi i giudici torinesi abbiano *del tutto* estromesso la Carta della Repubblica fondata sul lavoro dal percorso logico-giuridico seguito per assumere le loro decisioni, senza nemmeno avvertire la necessità di giustificare le ragioni di tale espunzione.

3. Il “caso Foodora” dinanzi ai giudici torinesi (ovvero: della Costituzione “dimenticata”).

Come si è accennato, il Tribunale di Torino ha respinto tutte le domande formulate dai ciclofattorini. Uno snodo essenziale nella motivazione si coglie nell’assunzione da parte del giudice, quale punto di riferimento ineludibile, dell’orientamento espresso dalla Corte di cassazione – ben trent’anni prima – sull’inquadramento come lavoratori autonomi dei c. d. *pony express*⁶⁰. La sentenza, infatti, ritiene che il controllo ipertecnologico esercitato dalla piattaforma sin dal

⁵⁸ Per questa felice espressione, v. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014, 84. Una riprova di quanto affermato nel testo è data, paradossalmente, dalla proclamazione inter-istituzionale del Pilastro europeo dei diritti sociali da parte di Commissione, Consiglio e Parlamento dell’Unione riuniti al vertice di Göteborg del novembre 2017: al di là della solennità della forma, quasi in un percorso *à rebours* il Pilastro «riconsegna infatti questi diritti ad un (peraltro assai debole) programma di misure specifiche o di atti legislativi affidati alla iniziativa della Commissione e alla capacità – e volontà – di compromesso politico di Consiglio e Parlamento, oltre che alla disponibilità degli Stati membri per quanto di loro competenza anche alla luce del principio di sussidiarietà»: S. GIUBBONI, *Un nuovo pilastro europeo dei diritti sociali? Due critiche – di metodo e di merito – al social pillar di Göteborg*, in *Menabò di Etica ed Economia*, in *eticaeconomia* (<https://www.eticaeconomia.it/>) 4/2017, 953 ss.

⁵⁹ La citazione è tratta da S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in AA.VV., *Giuristi e Stato sociale*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, I, 46/2017, 576. Cfr. anche ID., *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss., cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento.

⁶⁰ Cfr. Corte cass., sent. n. 7608/1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 370 ss.; Corte cass., sent. n. 811/1992, *ivi*, 1993, II, 425 ss. Sulla vicenda dei *pony express*, v. per tutti P. ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 70 ss. In argomento, v. M. BIASI, *Dai pony express ai rider di Foodora. L’attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all’affannosa ricerca di inedite categorie*, in *www.bolettinoadapt.it*, 11/2017.

momento dell'attivazione del profilo da parte del lavoratore (comprensivo della possibilità di verificare la posizione del *rider* mediante geolocalizzazione e della previsione di un tempo massimo entro cui effettuare la consegna), sia riconducibile al concetto di "coordinamento" che caratterizza i rapporti di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., e non già all'esercizio di quella «assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative», richiesta ai fini della sussistenza della subordinazione. Tale inquadramento è per il giudice confermato dalla circostanza che «i ricorrenti non avevano l'obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e il datore di lavoro non aveva l'obbligo di riceverla».

Questa ricostruzione, unitamente all'esclusione della Carta repubblicana dall'orizzonte delle premesse su cui si basa la decisione, fa sì che il Tribunale nemmeno si ponga il problema della interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, invocato in via subordinata dai ricorrenti: si tratta della norma che estende l'applicazione della «disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Tale previsione si volge evidentemente a contrastare il ricorso al "falso" lavoro autonomo da parte dei datori come strategia di fuga dalle regole del lavoro subordinato, in funzione di "contrappeso" alla contestuale abrogazione della disciplina del lavoro a progetto operata dallo stesso decreto legislativo⁶¹.

La formulazione della disposizione, per la verità, non è delle più felici⁶², ma non dovrebbe esservi dubbio che un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa, in coerenza con il "principio lavorista", ne suggerisca una lettura *magis ut valeat*, che asseconi nel modo più ampio possibile la finalità antiabusiva che la connota, anche – se non soprattutto – dinanzi a rapporti di lavoro caratterizzati da una fisionomia inedita come quelli in questione, ai quali, in sostanza, la norma ora vista può offrire una (forse, la *sola*) regolamentazione legislativa idonea a imporsi su quella sostanzialmente determinata in modo unilaterale dalle società che gestiscono le piattaforme. Il Tribunale, restringendo il proprio orizzonte al piano della legislazione ordinaria, ha invece offerto della disposizione una lettura... *minus ut valeat*: nella sentenza, essa viene presentata come una previsione che per un verso, è considerata inadatta ad esprimere «un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro»⁶³; per l'altro, essa viene riferita – in una sorta di eterogenesi dei fini⁶⁴ – a un ambito di applicazione *più ristretto* di quello previsto dall'art. 2094 c.c., che definisce la subordinazione. Il giudice enfatizza il dato letterale della disposizione, laddove esso richiede che il potere del datore si estrinsechi «anche» in riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro, come se questa precisazione esiga che, per l'estensione della disciplina del lavoro subordinato, «il prestatore sia pur sempre sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore», non essendo sufficiente che tale potere «si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi ai luoghi», dovendo al contrario riguardare *anche* questi. In tal modo, la disposizione, oltre che *apparente*, in quanto – a detta del giudice – sprovvista di contenuti innovativi, diventa *inutile*, poiché essa finisce per estendere la disciplina del lavoro subordinato a rapporti che, all'evidenza, sono già *de plano* qualificabili come tali.

⁶¹ G. CAVALLINI, *Torino vs. Londra. Il lavoro nella gig economy tra autonomia e subordinazione*, in *Sintesi*, 2018, 9.

⁶² Nell'ampio dibattito, v. G. SANTORO PASSERELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 2)*, in AA.VV., *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, Adapt University press, e-book, 2015 (consultabile in www.moodle.adaptland.it); L. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 296/2016*, spec. 6 ss (<http://csdle.lex.unict.it/index.aspx>).

⁶³ In dottrina, in tal senso v. P. TOSI, *L'art. 2, co.1, D.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 6/2015, I, 1117 ss.

⁶⁴ In tal senso, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora: dilatazione della nozione di lavoro subordinato o costruzione di uno statuto normativo del lavoratore autonomo debole?*, in *Corr. giur.*, 8-9/2018, 1033.

Questa impostazione è stata parzialmente abbandonata dalla Corte di appello, che, pur concordando con il giudice di prime cure sulla insussistenza della subordinazione per mancanza del requisito della obbligatorietà della prestazione, ritiene – forse, sulla scia delle suggestioni d’Oltremania – che l’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 non solo non sia una norma “apparente”, ma addirittura individui «un terzo genere» tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c. c. e la collaborazione prevista dall’art. 409 n. 3 c.p.c. Secondo la sentenza, «pur senza sconfinare nell’esercizio del potere gerarchico, disciplinare (che è alla base della eterodirezione), la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando sia ravvisabile un’effettiva integrazione funzionale del lavoratore nell’organizzazione produttiva del committente» e quando la prestazione sia caratterizzata da continuità, da intendersi «in senso ampio», come «non occasionalità»: connotati questi, che la Corte ha rinvenuto nel caso dei *rider* appellanti, poiché «erano determinate dalla committente le zone di partenza, venivano comunicati loro tramite *app* gli indirizzi cui di volta in volta effettuare la consegna (con relativa conferma), i tempi di consegna erano predeterminati (30 minuti dall’orario indicato per il ritiro del cibo)», così che «indubbiamente le modalità di esecuzione erano organizzate dalla committente quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro». La conclusione è che resta salvo l’assetto negoziale stabilito dalle parti in sede di stipulazione del contratto, ma con l’estensione, ex art. 2, d. lgs. n. 81/2015, delle tutele previste per i rapporti di lavoro subordinato: la sentenza riconosce infatti ai *rider* il diritto «a vedersi corrispondere quanto maturato in relazione all’attività lavorativa da loro effettivamente prestata in favore di *Foodora* sulla base della retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del quinto livello del contratto collettivo logistica-trasporto merci, dedotto quanto percepito»⁶⁵.

Si noti che il *reasoning* della Corte d’appello si incardina sul rilievo per cui ritenere che una norma non abbia un contenuto precettivo «è una valutazione che si comprende in ambito scientifico», la quale resta però «preclusa ad un organo giudicante, il quale è tenuto ad applicare le leggi dello Stato in vigore, anche se si tratta di una norma di non facile interpretazione stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell’articolo 2094 cc.». Si tratta di una considerazione condivisibile, ma qui si vuole evidenziare che, per quanto apprezzabile, la risposta offerta dal giudice di secondo grado alle istanze dei *rider* resta fragile, perché sguarnita della copertura che avrebbe potuto essere elargita dal riferimento al “principio lavorista” nella individuazione del fondamento della interpretazione estensiva offerta all’art. 2, d. lgs. n. 81/2015. Con un pizzico di pessimismo, si può cogliere nella mancanza di richiami alla Carta repubblicana in entrambe le sentenze un’ennesima riprova del costante indebolimento della *vis* prescrittiva di tale principio, di cui – come si accennava – si hanno ampie dimostrazioni nell’evoluzione legislativa (almeno) degli ultimi vent’anni, sia sul versante delle scelte compiute nel perseguimento del pieno impiego, che su quelle relative alla protezione della stabilità dell’occupazione⁶⁶. In ogni caso, resta il fatto che il rinforzo argomentativo derivante dal richiamo alla Costituzione, oltre a irrobustire la motivazione in vista dell’eventuale prosecuzione del giudizio in Corte di cassazione, avrebbe candidato la sentenza di appello a porsi quale precedente autorevole per altri magistrati, in occasione di future, analoghe controversie. Con un pizzico di ottimismo, si può però auspicare che, laddove il processo approdi dinanzi al Giudice di legittimità, ed anche qualora altri giudizi vedano coinvolti i lavoratori della *gig economy*, l’interpretazione *magis ut valeat* dell’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 proposta dalla Corte di appello venga recepita ma al tempo stesso venga rinsaldata dall’espresso richiamo al “principio lavorista” e, in particolare, al compito della Repubblica, nella sua interezza, di proteggere il lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni», ex art. 35, c. 1, Cost.

⁶⁵La società non risultava iscritta ad alcuna associazione imprenditoriale sottoscrittrice di contratti collettivi: ex art 36 Cost., la Corte ha ritenuto perciò che spettasse ai *rider* la retribuzione stabilita dal Contratto collettivo in cui sono inquadrati i fattorini addetti alla presa e alla consegna delle merci.

⁶⁶Si rinvia, per tutti, a M. BENVENUTI, *Lavoro*, cit., 6 ss. (e all’ampia bibliografia *ivi* citata).

4. Conclusioni (in attesa di un intervento legislativo “annunciato”)

Tirando le fila del discorso, si può notare come nel “nuovo” si annidi il “vecchio”: nel ragionare sul ruolo della “governamentalità algoritmica”⁶⁷ nel futuristico “caso *Foodora*”, si finisce infatti per imbattersi nell’ennesima conferma di una dinamica vetusta, che vede il legislatore «arrancare affannato rincorrendo il ritmo vorticoso dell’evoluzione tecnologica»⁶⁸, lasciando ai giudici il compito di offrire per primi risposte alle inedite modalità di aggressione ai diritti fondamentali rese possibili da tale evoluzione.

È vero che il compito dei legislatori nazionali è reso particolarmente difficile dalla natura *cross-border* del *web*, oltre che dalle tante peculiarità di *Internet*, prima fra tutte quella per cui la Rete è «mondo virtuale, costruito attraverso *processi metaforici e figurativi* peculiari», ma è anche, al tempo stesso, «segmento del mondo fisico»⁶⁹. Tuttavia, questo dato non sembra di per sé sufficiente per rassegnarsi all’inevitabilità della «preminenza del potere giurisdizionale rispetto a quello politico/rappresentativo [...] quando il campo di gioco è quello dei *bit*»⁷⁰. Si può, a tal proposito, rievocare il “monito” espresso dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 265/2016 sulla legge regionale piemontese relativa al “caso *Uber*”, secondo cui «l’evoluzione tecnologica, e i cambiamenti economici e sociali conseguenti, suscitano questioni variamente discusse non solo nelle sedi giudiziarie, ma anche presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche, per la pluralità degli interessi coinvolti e i profili di novità dei loro intrecci [...]. Nel contesto di un dibattito così animato, relativo a fenomeni la cui diffusione è grandemente agevolata dalle nuove tecnologie, è comprensibile che [...] si levi la domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato.

È dunque auspicabile che il legislatore competente si faccia carico tempestivamente di queste nuove esigenze di regolamentazione». In effetti, a ridosso della diffusione sui *media* della notizia relativa all’esito del giudizio d’appello, sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali è stato pubblicato un comunicato stampa sulla messa a punto di una normativa che dovrebbe assicurare «ai lavoratori che effettuano consegne per conto delle *app* di *food delivery*, tutele su malattie, infortuni e paga minima»⁷¹. Il comunicato è alquanto stringato, ma si tratta di un intervento che era stato annunciato dal Ministro già in seguito all’apertura del giudizio di primo grado – sembrava, infatti, che tale normativa dovesse confluire nel c. d. “Decreto dignità”⁷² – la cui adozione è stata però rinviata, in parallelo all’apertura di un “tavolo” di concertazione, presso il Ministero, tra le organizzazioni sindacali e le rappresentanze delle principali compagnie di *food delivery* che operano nel nostro Paese⁷³.

Al momento in cui si scrive, la stampa riferisce dell’intenzione della maggioranza di proporre l’inserimento, nella legge di conversione del decreto-legge n. 4/2019 (*Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni*), di un emendamento diretto a prevedere livelli minimi di

⁶⁷ Per questa efficace locuzione (in cui non appare casuale il richiamo a M. Foucault), v. G. BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in AA.VV., *Lavoro autonomo*, cit., 29.

⁶⁸ Cfr. O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito*, cit., 2.

⁶⁹ Così, A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2018, 4.

⁷⁰ A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore*, cit., 23.

⁷¹ Il comunicato, del 14 gennaio 2019, intitolato *Ministero del Lavoro: pronta la norma per i rider*, si legge in www.lavoro.gov.it.

⁷² D. l. n. 78/2018, conv. con mod. dalla l. n. 96/2018.

⁷³ Cfr. il comunicato, del 18 giugno 2018, intitolato *Gig economy: al via un tavolo tra rider e piattaforme* e quello, del 3 luglio 2018, intitolato *Rider, concertazione ad oltranza per un contratto innovativo*, entrambi in www.lavoro.gov.it.

tutela per i lavoratori impiegati attraverso piattaforme digitali, attualmente non inquadrati in una peculiare tipologia contrattuale⁷⁴.

In proposito, pur in presenza dei pochi dati desumibili dai *media* – ed in mancanza, salvo errori di chi scrive, di ulteriori e più precise indicazioni ricavabili dal sito istituzionale del Governo e da quello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – si può azzardare un parallelo con la recente legge francese che riconosce tutele, ordinariamente non spettanti ai lavoratori autonomi, ai *gig-worker* di cui si avvalgono le società che gestiscono le piattaforme, qualora esse determinino le caratteristiche della prestazione dei servizi o del bene oggetto della prestazione e ne fissino il prezzo⁷⁵.

Il legislatore d’Oltralpe, senza modellare nuove categorie, ed anzi ricomprendendo *i travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique* nell’ambito del lavoro autonomo, ha fondato il riconoscimento di alcuni diritti sulla “responsabilità sociale” delle piattaforme: si tratta del diritto all’assicurazione infortunistica, di quello alla formazione continua, del diritto alla certificazione delle competenze, dei diritti collettivi di associarsi in sindacati, di contrattare collettivamente e di ricorrere allo sciopero.

Viene qui in luce come proprio con riguardo a tali “nuove” modalità di svolgimento delle attività lavorative, per via della loro natura “ibrida” insofferenti all’incasellamento nelle qualificazioni giuridiche tradizionali, sia ormai divenuta stringente l’esigenza di individuare un nucleo di diritti “trasversali”, riferibili ad ogni rapporto di lavoro, quale che sia la qualificazione giuridica ad esso riferibile.

Pertanto, anche alla luce di quanto autorevolmente suggerito nel dibattito scientifico⁷⁶, è auspicabile che l’intervento annunciato si diriga *ex art. 35 Cost.* alla tutela del lavoro nella peculiare “forma” della prestazione *app-driven* – non soltanto con specifico riguardo ai *riders* – attingendo alla costellazione dei principi sanciti dalla Carta repubblicana: in particolare, all’art. 36, per garantire a questi lavoratori un compenso salariale minimo⁷⁷; agli artt. 32 e 41, per sancire gli *standard* fondamentali di sicurezza sul lavoro; all’art. 3, per proteggere i lavoratori da pratiche discriminatorie e lesive della dignità; infine, all’art. 39, per assicurare l’esercizio dei diritti sindacali.

Come rileva Pasquale Costanzo – ragionando di una ridefinizione della sovranità, dinanzi alla tecnologia globale della Rete, che veda pur sempre lo Stato come il soggetto chiamato alla tutela dei diritti fondamentali – la costruzione di un costituzionalismo *tecnologico* (e non *tecnocratico*) necessita di un legislatore che decida sull’impiego e sullo sviluppo delle tecnologie, in continuo dialogo con il ceto degli scienziati, al fine di individuare i necessari contrappesi tra i valori democratici e le spinte tecnocratiche «e di dar vita ad una nuova “cittadinanza tecnologica”, accrescendo le probabilità di sopravvivenza individuale e collettiva»⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. E. MARRO, *Più tutele per rider e collaboratori*, in *Corriere della sera*, 3 marzo 2019, 31.

⁷⁵ Cfr. la *loi* n. 1088/2016, ora l. 6342-I del *Code du Travail*, su cui v. V. CAGNIN, *GIG-Economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltre confine*, in AA.Vv., *Lavoro autonomo*, cit., 41.

⁷⁶ Cfr. T. TREU, *Rimedi*, cit., 398. L’A. rileva come la via percorsa dalla disciplina francese sia apprezzabile, in quanto abbandona «la logica del tutto o niente, propria delle categorie tradizionali per se stesse rigide», mentre la strada della creazione legislativa di nuove categorie di lavoratori sia meno conducente, non avendo essa, laddove è stata imboccata (ad esempio, oltre che in Gran Bretagna, in Germania e in Spagna), reso più certi i confini tra i diversi regimi, contribuendo anzi, in taluni casi, a renderne più difficile la individuazione: *Id.*, *Trasformazioni*, cit., 9.

⁷⁷ Secondo INPS, *XVII Rapporto*, cit., 94, nel 2018 *Foodora* remunerava i *rider* a consegna, mentre quelli di *Deliveroo* venivano pagati secondo un criterio misto, in parte orario e in parte a consegna. Non a caso il divieto di cottimo è previsto nella legge della Regione Lazio attualmente *in itinere*, cui si è già accennato (cfr. art. 5, u. c.).

⁷⁸ Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.Vv., *Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, a cura dell’AIC, Napoli, 2014, 81.

PETER LEYLAND*

Online Dispute Resolution in the UK: Not Just a Justice Substitute?*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Popular Justice from the 'Bottom Up'. – 3. Justice System in Crisis?. – 4. Streamlining procedural rules and Video Links. – 5. What's Coming Online. – 6. Online Tribunals and Administrative Justice. – 7. Will these reforms deliver enhanced justice? – 8. Conclusion.

1. Introduction.

This article provides a contextual discussion of current online justice developments in the United Kingdom¹. In the opening section the provision of mass justice is related to the origins of the conception of the modern welfare state. Although far from being comprehensive the system of law and administration which emerged piecemeal during the course of twentieth century encouraged wide participation and provided remedies available to all citizens. It is apparent that in the current age of financial austerity the context has changed. While bottom up initiatives to expedite cases and minimise cost have featured for more than twenty-five years, the recent changes have largely removed the universal cushion of state assisted justice. In consequence, the adoption of the current online justice initiative is being promoted as an alternative way forward. Before turning to consider the features of online courts and tribunals as conceived by Briggs and Susskind, the essential characteristics of the process of digitisation are identified from the standpoint of technical innovation and as a form of knowledge engineering. In the concluding section there is a brief critical evaluation of the challenges presented by the technological revolution ahead.

2. Popular Justice from the 'Bottom Up'

In the United Kingdom the concern to establish a system of accessible justice falls within a functionalist or 'Green Light' tradition of law which can be traced back to the social democratic political movements committed to achieving social justice originating in the nineteenth century². Although the major steps toward the introduction of a welfare state were realized more fully later, particularly under the post-war Labour Government 1945-51³, there was an acknowledgement here that it is very much more difficult to deliver a universal and sustainable provision of services without

* Professor of Public Law, SOAS, University of London.

** *This article originates from the paper delivered at the conference at the University of Genoa 'Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell'informazione' celebrating the 70th birthday of my esteemed colleague Prof Pasquale Costanzo.*

¹ The UK initiative is part of a wider trend for adopting online justice. For example, the Canadian Civil Resolution tribunal regulated under the Civil Resolution Tribunal Act 2012 which deals with claims up to 25000 Canadian Dollars is referred to by the architects of the UK scheme. See R Susskind 'Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims', Online Dispute Resolution Advisory Group, *Civil Justice Council*, February 2015, 12.

² See C Harlow and R Rawlings *Law and Administration*, (London, Weidenfeld & Nicolson), 1984, particularly at 39ff. The functionalist or 'green light' approach is associated with many historical social movements including: the utilitarian tradition of Bentham and Mill, the foundation of the Fabian Society, the formation of the Labour Party and statist ideas of Sidney and Beatrice Webb.

³ C. GLASSER, C. HARLOW, 'Legal Services and the Alternatives: The LSE Tradition' in R. Rawlings (ed) *Law, Society and Economy: Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science* (Oxford, Oxford University Press, 1997), 325ff.

having the law on your side⁴. In the fields of education, health, social security, housing etc the statute containing the legal detail, not only provides the vehicle for policy delivery, but it also comes to embody the political legitimacy and the moral persuasiveness behind the policy⁵. A legal framework is established by Parliament which both sets out the extent of the organisation, powers and duties of administrative authorities, and of particular relevance to this article, it also provides relatively informal often *intra vires* remedies. Under many statutes tribunals were the grievance handling mechanism, customised to deliver expeditious justice at an appropriate level, often free of any charge⁶. Viewed from a bottom up perspective, the core objective was to deliver social reforms, and, at the same time, to provide social justice for the entire community⁷.

The contemporary move towards the introduction of online justice reminds us that procedures for remedying grievances still need to be accessible, open, well publicised and with remedies provided to the citizen, either without charge or at minimal cost⁸. The trend however has been in the opposite direction. In administrative law the response to the procedural shortcomings exposed by the Human Rights Act 1998, combined with the Leggatt reforms to administrative tribunals, has placed tribunals clearly within the judicial branch, functioning as adjudicative court like bodies, often with an adversarial procedure⁹. Most obviously this increased formality conflicts with those other important objectives, particularly that of providing accessible and participatory justice open to all comers¹⁰.

In order to minimise the cost implications of formal justice resort to Proportionate Dispute Resolution (PDR) has been a significant influence, especially in the field of public law. The proportional element here refers to the requirement that a dispute should be resolved at the lowest possible level, with a court or tribunal regarded as the method of last resort¹¹. In respect to civil justice Lord Woolf favoured a case management approach with pro-active judges¹² and recognised that judges should, where possible, divert cases away from the traditional adversarial hearing. In a much-quoted judgment when Lord Chief Justice he stated that ADR should also be an option in the public sphere:

‘... even in disputes between public authorities and the members of the public for whom they are responsible, insufficient attention is paid to the paramount importance of avoiding litigation whenever this is possible. Particularly in the case of these disputes both sides must by now be acutely conscious of the contribution alternative dispute resolution can make to resolving disputes in a manner which both meets the needs of the parties and the public and saves time, expense and stress.’¹³.

As we will observe below when considering Online Dispute Resolution such an approach needs to provide potential claimants with access to early and appropriate advice and assistance when it is

⁴ M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory* (Oxford, Oxford University Press), 169.

⁵ See e.g. H. LASKI, *A Grammar of Politics* (Allen and Unwin, 1925).

⁶ H. LASKI (1923), ‘*The Growth of Administrative Discretion*’, 1 *Public Administration* 92.

⁷ The basic system of legal aid was introduced in the UK under the Legal Aid and Advice Act 1949.

⁸ P. BIRKINSHAW, *Grievances Remedies and the State* (2nd edn, London, Sweet & Maxwell 1994), 285.

⁹ M. ELLIOTT, ‘*Ombudsmen, Tribunals, Inquiries: Re-fashioning Accountability Beyond the Courts*’ in N. Bamforth and P. Leyland (eds), *Accountability in the Contemporary Constitution* (Oxford, Oxford University Press, 2013), 241.

¹⁰ P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), 165ff.

¹¹ P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication* (Oxford, Oxford University Press 2009), 272ff.

¹² LORD WOOLF, ‘*Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System of England and Wales*’ (1995), HMSO, London.

¹³ See *Cowl v Plymouth City Council* [2001] EWCA 1935.

needed. This element is essential in order that problems can be solved and potential disputes dealt with long before they escalate into formal legal proceedings. Of course, PDR depends on the availability of an appropriate range of tailored dispute resolution services, so that different types of dispute can be resolved fairly, quickly, efficiently and effectively, without recourse to the expense and formality of courts and tribunals where this is not necessary¹⁴. In a similar vein, Alternative Dispute Resolution (ADR) techniques involve a number of different remedies and processes, some of which may be available under a statutory framework. Wider recourse to ADR and PDR also improves the performance of a cost-effective court and tribunal service which can become increasingly targeted on those cases where a hearing is the best option for resolving a dispute or for enforcing the outcome. In sum, for ADR and PDR settlement is reached between the parties where possible without recourse to formal justice, diverting cases away from the courts while, at the same time, minimising expense and delay.

3. Justice System in Crisis?

The reforms involving the introduction of Online Dispute Resolution are being adopted as an integral part of the Civil Courts Structural Review conducted by HMCTS¹⁵. In a recent report the Public Accounts Committee of the House of Commons stated: 'Collectively, the planned changes to the courts and tribunal system are on a scale never before attempted anywhere in the world'¹⁶.

The Chair of the Justice Committee of the House of Commons stated on the launch of an inquiry by the Justice Committee into the access to justice implications of the reforms that: 'There is no doubt that the HMCTS reforms represent a significant change in the delivery of justice across all areas of the system. ... We are worried about the access to justice implications and will take this opportunity to put those at the heart of the inquiry'¹⁷. The cuts in legal aid in the UK have drawn attention to manifest gaps in the legal system. Individuals with savings of more than £8000 no longer qualify for legal aid¹⁸. This means that many types of justice are simply not accessible to most of the population. The fact that the majority of citizens cannot bring a judicial review claim has been regarded as the gravest and most urgent issue facing public law¹⁹. The criticism is not confined to the ranks of academic commentators and practitioners, the UK Supreme Court found that the fees imposed by the Lord Chancellor/Secretary of State for Justice on employment tribunals were unlawful because they impacted on access to justice²⁰. The problem has been amplified in recent years because of a rise in court costs and the introduction of court fees, taken together with far reaching cuts in the availability of legal aid.

¹⁴ A. LE SUEUR, 'Courts, Tribunals, Ombudsman, ADR: Administrative Justice, Constitutionalism and Informality', in J. Jowell, D Oliver (eds) *The Changing Constitution* (6th edn, Oxford University Press, 2007).

¹⁵ HM Courts and Tribunal Service (HMCTS) is the executive agency under the Ministry of Justice responsible for running the courts and tribunal service.

¹⁶ 'Transforming courts and tribunals' Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, *Public Accounts Committee*, 20 July 2018, HC 976.

¹⁷ <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/justice-committee/news-parliament-2017/court-and-tribunals-reform-launch-17-19/>.

¹⁸ Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 impacted heavily on legal aid provision. See Sir Stanley Burnton 'Delivering Justice in an Age of Austerity', *Justice*, April 2015.

¹⁹ T. HICKMAN, 'Public Law's Disgrace' *UK Const L Blog* (9 Feb 2017).

²⁰ See *R. (On the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51. The UK Supreme Court stated: 'A fees order will be ultra vires if there is a real risk that persons will effectively be prevented from having access to justice' (para 87); '... even where primary legislation authorises the imposition of an intrusion on the right of access to justice, it is presumed to be subject to an implied limitation' (para 88); 'In order for fees to be lawful, they have to be set at a level that everyone can afford, taking account of the availability of full or partial remission' (para 91).

4. Streamlining procedural rules and Video Links

In considering the spread of online justice there is also a recognition that in the future IT technology will have an integral part to play in the justice process, with the elimination of paper forms and of the physical court room combined with the elimination of complex procedural rules. Setting up an effective IT system costing £1.2 billion which works at all levels is a formidable technical challenge. At the time of writing, it is proving difficult to deliver and the government has fallen behind the timetable for the introduction of a universal case management system. The start date is currently predicted for July 2020²¹. Nevertheless, the Ministry of Justice (MoJ) is fully committed to digitisation and the use of state-of-the-art IT for all procedures and hearings, whether or not the case in question is conducted online. The objective is to achieve a simplification of processes and procedures, so that there is a uniform common IT platform for civil, criminal and family law and for the tribunal service. The simplification is achieved by incorporating and standardising procedural rules within all forms and processes by adopting a common database which conforms with the case management systems already used by nearly all law firms. It is envisaged that processes will be accelerated by the combination of online procedures and the e-filing of data. Once achieved this innovation opens the way for the instantaneous paperless circulation of complex information between the parties²².

It is interesting that Lord Justice Briggs does not regard the development of Online Justice as simply an IT challenge concerned with the supply of appropriate hardware and software, but rather, he regards this as primarily an exercise in 'knowledge engineering' meaning that: 'It depends first upon a detailed and accurate understanding of the underlying law relating to each case type Secondly it requires the construction of a series of questions for litigants (in the form of a decision tree for each case type) which will extract from them the alleged facts and evidence Thirdly it will require the questions to be framed in non-legal language. Fourthly the whole edifice will then need to be coded into interactive digital form, before rigorous testing'²³.

The facilitators available for users to consult at the various stages of the new process have a crucial part to play in assisting them as they grapple with the software, and also in informing potential claimants of the consequences of making formal declarations as part of the procedure. The initial data supplied as answers to the phased questions is intended to assist in reaching a suitable resolution of a case. This might include filtering out cases with little or no prospect of success, or redirecting claimants where alternative avenues/remedies may be available²⁴.

The traditional courtroom venue will increasingly become a thing of the past. For certain types of proceedings the use of video links eliminates the need for parties and witnesses to be physically present at a hearing, thereby opening up the possibility of online resolution. The trend towards online resolution is controversial and it raises many difficult questions. As discussed more fully later,

²¹ 'Transforming courts and tribunals' Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, *Public Accounts Committee*, HC 976, 20 July 2018, 9 para 7.

²² 'Transforming Our Justice System', statement by the Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals, *Ministry of Justice*, September 2016.

²³ *Civil Courts Structure Review: Final Report* by Lord Justice Briggs, Judiciary of England and Wales, July 2016, 6.62.

²⁴ 'Transforming Our Justice System', statement by the Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals, *Ministry of Justice*, September 2016.

these include the extent to which it is possible to reconcile any new initiative with the availability of open justice and a popular expectation by the general public of a full oral hearings as part of a system of open justice. Up until these reforms adversarial justice has been regarded as the norm, not only by claimants but also by lawyers. By way of contrast, in continental style legal systems where the procedure is generally inquisitorial, an oral hearing is less common and cases are more likely to be decided on the papers.

5. What's Coming Online

It has already been stressed that the initiative to introduce online dispute resolution (ODR) is a direct response to increased cost and formality, coupled with the removal of civil legal aid for most litigants. After the introduction of the Human Rights Act 1998 and the implementation of the Leggatt reforms²⁵ tribunals incorporated procedures to ensure the formal protection of rights at hearings, but they also tended to become more rule bound and complex and were now regarded by many commentators as a species of courts²⁶. At the same time, general access to justice was affected by a deliberate government policy to cut back on the availability of civil legal aid (and also some types of criminal legal aid). In consequence, potential claimants are faced with the prospect of high legal costs and increased court fees. Such a financial burden and general formalisation has created a serious problem, and in reviewing the current position as part of a review of civil justice, Lord Justice Briggs stated that: 'the current system is one which altogether excludes a silent but growing class of ordinary people ... from any real access to civil justice. The true comparison lies between their continuing exclusion and the creation of an affordable civil justice system, using every aspect of modern technology which may be brought to bear for that purpose'²⁷. From this standpoint it is important to recognise that quite apart from the cost considerations, a combination of complex law, intricate procedures and the adversarial approach typical of courts and many tribunals has resulted in many citizens and small businesses finding themselves unable to use the ordinary courts. Indeed, according to its advocates the online initiative could become a form of empowerment, allowing resolution of cases without the physical need for courts or tribunals in the majority of cases.

The reports by Briggs and Susskind into online justice recommended that HM Courts and Tribunals Service establish an internet-based Court Service, with the initial scheme confined to small claims and debt recovery up to a figure of £25,000²⁸. The system is based upon digitisation and utilisation of state-of-the-art IT for all procedures and hearings. In essence, the online court operates at three distinct levels. Tier one is specially designed to provide online evaluation of the case. The online evaluation stage depends on the development of specialist software as part of a common platform for initiating claims. In particular, it gives litigants an indication of the options before them. The three staged system is intended to provide the integration of online advice and dispute resolution strategies, such as mediation, with formal judicial determination available as a last resort.

Tier Two provides online facilitation to be achieved by a process of conciliation/mediation by phone or face to face online. The facilitator (sometimes referred to as case officers or registrars) will

²⁵ See *Tribunals for Users: One System, One Service: Report of the Review of Tribunals*, (HMSO, 2001).

²⁶ P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication* (Hart Publishing, 2009), 72.

²⁷ L.J. BRIGGS, *The Online Solutions Court Affordable Dispute Resolution for All: A Reform Case Study*, Justice Lecture, October 2016.

²⁸ It is sometimes referred to as 'The Online Solutions Court'.

assist litigants in articulating their claim. This online facilitation is provided by independent case officers employed by the court and trained in conciliation and/or mediation techniques. A facilitator might be a legally qualified registrar with the expertise and authority to deal with disputes by mediation/conciliation. The idea is to achieve resolution and that cases are only referred to a judge in those cases where no other form of settlement is possible²⁹. It is as yet unclear whether all case officers employed by the court will be fully legally qualified, and whether they may also have an investigative role. Tier Three allows for the binding determination of cases. If the case is contested there is an online hearing. Judges equivalent in rank to County Court circuit judges are able to decide suitable cases online. The new process eliminates the need for the physical presence of the parties. The online court makes binding decisions equivalent to other courts of the same level. While there is a strong financial incentive to opt for online resolution it is also important to emphasize that litigants retain the right to use the courts and a right of appeal to formal courts³⁰.

6. Online Tribunals and Administrative Justice

It has been observed that the objective of the modernisation programme is to streamline the system by having a common online platform for initiating claims, with a single process and a common set of new rules operating across civil, family and tribunal cases. In the field of administrative law although postal appeals remain available as an alternative online justice has been available since the Spring of 2018³¹. Tax tribunal appeals can be made over secure camera and audio connections. These tribunals rule on claims about disputed assessments by HM Revenue and Customs³². The hearings involve a judge in court taking evidence from a claimant over the internet using a digital end to end service where parties and judge view evidence online line through a continuous oral hearing³³. The procedure is based on software which allows the parties to communicate and this is free to install. If claimants wish to be represented their lawyers can sit beside them or participate by video link. In addition, certain decisions of the Department of Works and Pensions relating to Social Security and Child Support can be appealed using the online Tribunal and there are plans to extend online resolution to more tribunals. The online system has obvious advantages of accessibility. In the first place, it enables appeals to be filed online; and secondly, it sends the appellant automatic notification of the progress of the appeal by SMS and/or email and it allows the appeal to be tracked online. On the one hand, the new procedure is not a substitute for a full oral hearing with expert legal representation for the claimant. Moreover, 'Under the new system ... all participants in cases, including the appellant, respondent and Government department, and the tribunal judge will be able to iterate and comment online on the case papers so that issues can be clarified and explored.'³⁴. The upshot is that a determination is reached over a number of linked stages rather than as part of single formal hearing. Some have claimed that this new approach is part of a trend towards differential standards of justice³⁵. On the other hand, advocates of these

²⁹ *Civil Courts Structure Review: Final Report* by Lord Justice Briggs, Judiciary of England and Wales, July 2016, 13.

³⁰ For more detailed evaluation of the procedural rules see: Sir Terence Etherton, MR 'The Civil Courts of the Future' *The Lord Slynn Memorial Lecture*, 14 June 2017, paras 47ff. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/06/slynn-lecture-mr-civil-court-of-the-future-20170615.pdf>.

³¹ R. THOMAS, J TOMLINSON, 'The Digitalisation of Tribunals: What we know and what we need to know', *Public Law Project*, 5 April 2018.

³² <https://www.gov.uk/tax-tribunal/appeal-to-tribunal>.

³³ <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/09/lcj-report-2017-final.pdf>, 7ff.

³⁴ H. GENN, 'Online Courts and the Future of Justice' *Birkenhead Lecture*, Greys Inn, 2017, 9.

³⁵ R. THOMAS, J TOMLINSON, *The Digitalisation of Tribunals: What we know and what we need to know*, *Public Law Project*, 5 April 2018, 20ff.

reforms see this as part of an inevitable response to financial constraint and technical innovation which has the potential to deliver the simplification and demystification of justice and that the trend will be extended to much of the legal system. However, as we note below the online procedures call into question the traditional role of lawyers in giving advice and representing clients as it does the approach of judges in resolving routine cases.

7. Will these reforms deliver enhanced justice?

The introduction of this radical system of online justice faces obvious challenges as there are many obstacles to overcome³⁶. In the first place the implications of sacrificing the right to a hearing should not be underestimated. An online remedy must be perceived as fit for purpose, even if it obviously falls short of previous expectations allowing for a full oral hearing, available as part of an established tradition of open justice. In a well known judgment Lord Justice Megarry explained:

‘As everybody who has anything to do with the law well knows, the path of the law is strewn with examples of open and shut cases which, somehow, were not; of unanswerable charges which, in the event, were completely answered; of inexplicable conduct which was fully explained; of fixed and unalterable determinations that, by discussion suffered a change.’³⁷.

The practical difficulties in the absence of oral advocacy concern the presentation of evidence and the weighting of evidence during the course of a partly automated process that dispenses with routine cross examination. There needs to be a clear indication of how any new process (iterative or otherwise) is designed to evaluate the evidence coming before it, but perhaps more to the point, the process needs to flag up cases where legal representation and advocacy are regarded as crucial. Moreover, to date there has been no dedicated research to measure on a comparative basis the impact the new system will have on case outcomes³⁸.

In addition, there has been particular resistance to the use of technology for sensitive hearings since some classes of potential litigants are challenged by having to use computers³⁹. This concern particularly applies to unrepresented litigants and vulnerable groups including the elderly, those with disabilities, mental health problems, learning difficulties and having a limited command of English⁴⁰. Furthermore, not everyone is online and a percentage of users have a preference for telephone or paper based procedures. Safety net provisions need to be available to deal with such claimants. The Public Account Committee of the House of Commons is: ‘... concerned that the reforms are being pursued at the possible expense of people’s access to fair justice. HMCTS has already closed 258 courts between 2010–11 and December 2017. These courts have been closed before moving services online. This meaning that many people are having to travel further to access justice’⁴¹.

³⁶ H. GENN, ‘*Online Courts and the Future of Justice*’ Birkenhead Lecture, Greys Inn, 2017.

³⁷ *John v Rees* [1970] Ch 345 at 402. See P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, (8th edn, Oxford, Oxford University Press, 2016), 401.

³⁸ R. THOMAS, J. TOMLINSON, *The Digitalisation of Tribunals: What we know and what we need to know*, *Public Law Project*, 5 April 2018.

³⁹ Civil Court Structure Review by Lord Justice Briggs, July 2016 para 6.11.

⁴⁰ *Ibid*.

⁴¹ ‘Transforming courts and tribunals’ Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, *Public Accounts Committee*, HC 976, 20 July 2018, 12 para 16.

For the type of hearing envisaged under Tier 3 of the new online scheme there is an absence of open justice⁴². The procedure is the equivalent to cases being heard in camera, with no scope for media reporting and attendance by the general public. Although cases will be recorded on a routine basis, an online procedure by video link lacks routine public scrutiny. The cut off level for claims is set at a relatively low maximum of £25,000 but nevertheless important issues might be at stake which deserve to be brought to the attention of the media and the wider public. Uncertainty remains concerning the approach to awarding costs as part of the online system.

This reform presents us with a revised model of justice which is likely to spread. Rather than the 'adversarial dispute model' now there is a 'problem that needs to be solved model'. The transition involves changing the legal culture and it calls into question the role of judges and lawyers, and perhaps even the need for lawyers⁴³. The intervention of a facilitator or judge as part of an inquisitorial process fundamentally changes the way cases are conducted. Now judges must be good managers and tend to ask more questions than previously. They are essentially performing an enabling function in order to ensure they have sufficient information to decide the case⁴⁴. Parties can exchange information and seek clarification as the case proceeds. Although legal representation for those that can afford it remains an option, the participation of lawyers is no longer routine and this is reflected in the inquisitorial style adopted. However, in some situations the absence of professional legal advice might prove to be a major disadvantage in the way the case is pursued.

A further critically important point, the new system has to be reliable and it has to be secure. At one level the online court and tribunals requires the development of specialist secure software suitable for home users. At another level, the entire system for the courts service as whole needs to be dependable. In advance of the full incorporation of these changes severe problems have arisen with the MoJ IT platform. There have been a number of much publicised IT breakdowns that have drawn attention to the lack of reliability of the IT element and the absence of any back-up or fall back position⁴⁵. On these occasions, widely reported in the press, the secure system crashed nationwide leading to the disruptions of thousands of cases, with lawyers and judges prevented from working and the system was not fully restored for several days⁴⁶. This increased reliance on a universal online system also opens up the possibility of deliberate cyber attacks. In his report Lord Justice Briggs had emphasized the importance of the rigorous testing of the IT element before it is activated to avoid such problems from arising.

8. Conclusion

In principle, the aim of accepting technological change and providing state of the art IT should be welcomed. In modern society citizens have become accustomed to dealing with everyday issues

⁴² See e.g. SIR ERNEST RYDER, 'The Duty of Leadership in Judicial Office' *Centre for Contemporary Coronial Law*, 22 October 2018, para 22, 23.

⁴³ S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

⁴⁴ H. GENN, 'Online Courts and the Future of Justice' *Birkenhead Lecture*, Greys Inn, 2017, 9.

⁴⁵ 'Law courts in chaos as IT meltdown disrupts thousands of cases' *The Guardian*, 23 January 2019.

⁴⁶ 'The entire digital infrastructure of the courts has been broken for days. Phones are not working, court computers are offline, email is down. Imagine the headlines if it were the NHS. But it's only justice, so no one cares. No accountability, no lessons learned.' *the secretbarrister.com*.

online in many areas of life. Digitisation has enormous potential to improve the delivery of justice at a time when the existing system is obviously failing to serve the interests of a substantial portion of the population. This article has reported on a fundamental change which will undoubtedly transform the way the entire legal system operates, impacting on the experience of the public as users, the role of lawyers as legal representatives and the approach of judges when presiding over cases. The universal IT element will be up and running within the next two years and the new models of online courts and tribunals promise to at least partially address the vexed question of access by overcoming many of the current perceived barriers in terms of cost, speed and procedural complexity. Defenders of the reform argue that even if the online option is an inferior form of justice it is better than having no recourse to justice at all and that '[w]e have an opportunity to modernise and reshape our public dispute resolution process to provide greater access for those who feel excluded...'⁴⁷. On the other hand, the Public Accounts Committee in their report suggest that the reforms are being badly managed and 'could reduce access to justice and fairness of outcomes'⁴⁸, for instance, as existing courts close before their replacement is set in place and tested. Clearly, the new system will need to be integrated with the courts, tribunals and the existing system of ADR⁴⁹. At the same time as integrating the IT benefits (assuming that concerns over reliability and security are addressed) and allowing virtual hearings in an increasing number of instances, many legal professionals continue to believe that it is essential to retain a physical court based adversarial system alongside any replacement. Finally, there is one further obstacle to overcome. Full implementation of these reforms requires primary legislation at a time when the attention of Parliament has been taken up with its preoccupation over Brexit. The Prisons and Courts Bill introduced in February 2017 which supported these changes failed to complete its parliamentary stages before the June 2017 election. The replacement bill or bills had not been published at the time of writing.

⁴⁷ H. GENN, '*Online Courts and the Future of Justice*' Birkenhead Lecture, Greys Inn, 2017.

⁴⁸ 'Transforming courts and tribunals' Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, House of Commons, Public Accounts Committee, HC 976, 20 July 2018, See 5 para 1; 12 para 15.

⁴⁹ SIR STANLEY BURNTON, '*Delivering Justice in an Age of Austerity*' Justice, April 2015, 16 para 2.21.

PETER LEYLAND*

Online Dispute Resolution in the UK: Not Just a Justice Substitute?*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Popular Justice from the 'Bottom Up'. – 3. Justice System in Crisis?. – 4. Streamlining procedural rules and Video Links. – 5. What's Coming Online. – 6. Online Tribunals and Administrative Justice. – 7. Will these reforms deliver enhanced justice? – 8. Conclusion.

1. Introduction.

This article provides a contextual discussion of current online justice developments in the United Kingdom¹. In the opening section the provision of mass justice is related to the origins of the conception of the modern welfare state. Although far from being comprehensive the system of law and administration which emerged piecemeal during the course of twentieth century encouraged wide participation and provided remedies available to all citizens. It is apparent that in the current age of financial austerity the context has changed. While bottom up initiatives to expedite cases and minimise cost have featured for more than twenty-five years, the recent changes have largely removed the universal cushion of state assisted justice. In consequence, the adoption of the current online justice initiative is being promoted as an alternative way forward. Before turning to consider the features of online courts and tribunals as conceived by Briggs and Susskind, the essential characteristics of the process of digitisation are identified from the standpoint of technical innovation and as a form of knowledge engineering. In the concluding section there is a brief critical evaluation of the challenges presented by the technological revolution ahead.

2. Popular Justice from the 'Bottom Up'

In the United Kingdom the concern to establish a system of accessible justice falls within a functionalist or 'Green Light' tradition of law which can be traced back to the social democratic political movements committed to achieving social justice originating in the nineteenth century². Although the major steps toward the introduction of a welfare state were realized more fully later, particularly under the post-war Labour Government 1945-51³, there was an acknowledgement here that it is very much more difficult to deliver a universal and sustainable provision of services without

* Professor of Public Law, SOAS, University of London.

** *This article originates from the paper delivered at the conference at the University of Genoa 'Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell'informazione' celebrating the 70th birthday of my esteemed colleague Prof Pasquale Costanzo.*

¹ The UK initiative is part of a wider trend for adopting online justice. For example, the Canadian Civil Resolution tribunal regulated under the Civil Resolution Tribunal Act 2012 which deals with claims up to 25000 Canadian Dollars is referred to by the architects of the UK scheme. See R Susskind 'Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims', Online Dispute Resolution Advisory Group, *Civil Justice Council*, February 2015, 12.

² See C Harlow and R Rawlings *Law and Administration*, (London, Weidenfeld & Nicolson), 1984, particularly at 39ff. The functionalist or 'green light' approach is associated with many historical social movements including: the utilitarian tradition of Bentham and Mill, the foundation of the Fabian Society, the formation of the Labour Party and statist ideas of Sidney and Beatrice Webb.

³ C. GLASSER, C. HARLOW, 'Legal Services and the Alternatives: The LSE Tradition' in R. Rawlings (ed) *Law, Society and Economy: Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science* (Oxford, Oxford University Press, 1997), 325ff.

having the law on your side⁴. In the fields of education, health, social security, housing etc the statute containing the legal detail, not only provides the vehicle for policy delivery, but it also comes to embody the political legitimacy and the moral persuasiveness behind the policy⁵. A legal framework is established by Parliament which both sets out the extent of the organisation, powers and duties of administrative authorities, and of particular relevance to this article, it also provides relatively informal often *intra vires* remedies. Under many statutes tribunals were the grievance handling mechanism, customised to deliver expeditious justice at an appropriate level, often free of any charge⁶. Viewed from a bottom up perspective, the core objective was to deliver social reforms, and, at the same time, to provide social justice for the entire community⁷.

The contemporary move towards the introduction of online justice reminds us that procedures for remedying grievances still need to be accessible, open, well publicised and with remedies provided to the citizen, either without charge or at minimal cost⁸. The trend however has been in the opposite direction. In administrative law the response to the procedural shortcomings exposed by the Human Rights Act 1998, combined with the Leggatt reforms to administrative tribunals, has placed tribunals clearly within the judicial branch, functioning as adjudicative court like bodies, often with an adversarial procedure⁹. Most obviously this increased formality conflicts with those other important objectives, particularly that of providing accessible and participatory justice open to all comers¹⁰.

In order to minimise the cost implications of formal justice resort to Proportionate Dispute Resolution (PDR) has been a significant influence, especially in the field of public law. The proportional element here refers to the requirement that a dispute should be resolved at the lowest possible level, with a court or tribunal regarded as the method of last resort¹¹. In respect to civil justice Lord Woolf favoured a case management approach with pro-active judges¹² and recognised that judges should, where possible, divert cases away from the traditional adversarial hearing. In a much-quoted judgment when Lord Chief Justice he stated that ADR should also be an option in the public sphere:

‘... even in disputes between public authorities and the members of the public for whom they are responsible, insufficient attention is paid to the paramount importance of avoiding litigation whenever this is possible. Particularly in the case of these disputes both sides must by now be acutely conscious of the contribution alternative dispute resolution can make to resolving disputes in a manner which both meets the needs of the parties and the public and saves time, expense and stress.’¹³.

As we will observe below when considering Online Dispute Resolution such an approach needs to provide potential claimants with access to early and appropriate advice and assistance when it is

⁴ M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory* (Oxford, Oxford University Press), 169.

⁵ See e.g. H. LASKI, *A Grammar of Politics* (Allen and Unwin, 1925).

⁶ H. LASKI (1923), ‘*The Growth of Administrative Discretion*’, 1 *Public Administration* 92.

⁷ The basic system of legal aid was introduced in the UK under the Legal Aid and Advice Act 1949.

⁸ P. BIRKINSHAW, *Grievances Remedies and the State* (2nd edn, London, Sweet & Maxwell 1994), 285.

⁹ M. ELLIOTT, ‘*Ombudsmen, Tribunals, Inquiries: Re-fashioning Accountability Beyond the Courts*’ in N. Bamforth and P. Leyland (eds), *Accountability in the Contemporary Constitution* (Oxford, Oxford University Press, 2013), 241.

¹⁰ P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), 165ff.

¹¹ P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication* (Oxford, Oxford University Press 2009), 272ff.

¹² LORD WOOLF, ‘*Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System of England and Wales*’ (1995), HMSO, London.

¹³ See *Cowl v Plymouth City Council* [2001] EWCA 1935.

needed. This element is essential in order that problems can be solved and potential disputes dealt with long before they escalate into formal legal proceedings. Of course, PDR depends on the availability of an appropriate range of tailored dispute resolution services, so that different types of dispute can be resolved fairly, quickly, efficiently and effectively, without recourse to the expense and formality of courts and tribunals where this is not necessary¹⁴. In a similar vein, Alternative Dispute Resolution (ADR) techniques involve a number of different remedies and processes, some of which may be available under a statutory framework. Wider recourse to ADR and PDR also improves the performance of a cost-effective court and tribunal service which can become increasingly targeted on those cases where a hearing is the best option for resolving a dispute or for enforcing the outcome. In sum, for ADR and PDR settlement is reached between the parties where possible without recourse to formal justice, diverting cases away from the courts while, at the same time, minimising expense and delay.

3. Justice System in Crisis?

The reforms involving the introduction of Online Dispute Resolution are being adopted as an integral part of the Civil Courts Structural Review conducted by HMCTS¹⁵. In a recent report the Public Accounts Committee of the House of Commons stated: 'Collectively, the planned changes to the courts and tribunal system are on a scale never before attempted anywhere in the world'¹⁶.

The Chair of the Justice Committee of the House of Commons stated on the launch of an inquiry by the Justice Committee into the access to justice implications of the reforms that: 'There is no doubt that the HMCTS reforms represent a significant change in the delivery of justice across all areas of the system. ... We are worried about the access to justice implications and will take this opportunity to put those at the heart of the inquiry'¹⁷. The cuts in legal aid in the UK have drawn attention to manifest gaps in the legal system. Individuals with savings of more than £8000 no longer qualify for legal aid¹⁸. This means that many types of justice are simply not accessible to most of the population. The fact that the majority of citizens cannot bring a judicial review claim has been regarded as the gravest and most urgent issue facing public law¹⁹. The criticism is not confined to the ranks of academic commentators and practitioners, the UK Supreme Court found that the fees imposed by the Lord Chancellor/Secretary of State for Justice on employment tribunals were unlawful because they impacted on access to justice²⁰. The problem has been amplified in recent years because of a rise in court costs and the introduction of court fees, taken together with far reaching cuts in the availability of legal aid.

¹⁴ A. LE SUEUR, 'Courts, Tribunals, Ombudsman, ADR: Administrative Justice, Constitutionalism and Informality', in J. Jowell, D Oliver (eds) *The Changing Constitution* (6th edn, Oxford University Press, 2007).

¹⁵ HM Courts and Tribunal Service (HMCTS) is the executive agency under the Ministry of Justice responsible for running the courts and tribunal service.

¹⁶ 'Transforming courts and tribunals' Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, *Public Accounts Committee*, 20 July 2018, HC 976.

¹⁷ <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/justice-committee/news-parliament-2017/court-and-tribunals-reform-launch-17-19/>.

¹⁸ Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 impacted heavily on legal aid provision. See Sir Stanley Burnton 'Delivering Justice in an Age of Austerity', *Justice*, April 2015.

¹⁹ T. HICKMAN, 'Public Law's Disgrace' *UK Const L Blog* (9 Feb 2017).

²⁰ See *R. (On the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51. The UK Supreme Court stated: 'A fees order will be ultra vires if there is a real risk that persons will effectively be prevented from having access to justice' (para 87); '... even where primary legislation authorises the imposition of an intrusion on the right of access to justice, it is presumed to be subject to an implied limitation' (para 88); 'In order for fees to be lawful, they have to be set at a level that everyone can afford, taking account of the availability of full or partial remission' (para 91).

4. Streamlining procedural rules and Video Links

In considering the spread of online justice there is also a recognition that in the future IT technology will have an integral part to play in the justice process, with the elimination of paper forms and of the physical court room combined with the elimination of complex procedural rules. Setting up an effective IT system costing £1.2 billion which works at all levels is a formidable technical challenge. At the time of writing, it is proving difficult to deliver and the government has fallen behind the timetable for the introduction of a universal case management system. The start date is currently predicted for July 2020²¹. Nevertheless, the Ministry of Justice (MoJ) is fully committed to digitisation and the use of state-of-the-art IT for all procedures and hearings, whether or not the case in question is conducted online. The objective is to achieve a simplification of processes and procedures, so that there is a uniform common IT platform for civil, criminal and family law and for the tribunal service. The simplification is achieved by incorporating and standardising procedural rules within all forms and processes by adopting a common database which conforms with the case management systems already used by nearly all law firms. It is envisaged that processes will be accelerated by the combination of online procedures and the e-filing of data. Once achieved this innovation opens the way for the instantaneous paperless circulation of complex information between the parties²².

It is interesting that Lord Justice Briggs does not regard the development of Online Justice as simply an IT challenge concerned with the supply of appropriate hardware and software, but rather, he regards this as primarily an exercise in 'knowledge engineering' meaning that: 'It depends first upon a detailed and accurate understanding of the underlying law relating to each case type Secondly it requires the construction of a series of questions for litigants (in the form of a decision tree for each case type) which will extract from them the alleged facts and evidence Thirdly it will require the questions to be framed in non-legal language. Fourthly the whole edifice will then need to be coded into interactive digital form, before rigorous testing'²³.

The facilitators available for users to consult at the various stages of the new process have a crucial part to play in assisting them as they grapple with the software, and also in informing potential claimants of the consequences of making formal declarations as part of the procedure. The initial data supplied as answers to the phased questions is intended to assist in reaching a suitable resolution of a case. This might include filtering out cases with little or no prospect of success, or redirecting claimants where alternative avenues/remedies may be available²⁴.

The traditional courtroom venue will increasingly become a thing of the past. For certain types of proceedings the use of video links eliminates the need for parties and witnesses to be physically present at a hearing, thereby opening up the possibility of online resolution. The trend towards online resolution is controversial and it raises many difficult questions. As discussed more fully later,

²¹ 'Transforming courts and tribunals' Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, *Public Accounts Committee*, HC 976, 20 July 2018, 9 para 7.

²² 'Transforming Our Justice System', statement by the Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals, *Ministry of Justice*, September 2016.

²³ *Civil Courts Structure Review: Final Report* by Lord Justice Briggs, Judiciary of England and Wales, July 2016, 6.62.

²⁴ 'Transforming Our Justice System', statement by the Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals, *Ministry of Justice*, September 2016.

these include the extent to which it is possible to reconcile any new initiative with the availability of open justice and a popular expectation by the general public of a full oral hearings as part of a system of open justice. Up until these reforms adversarial justice has been regarded as the norm, not only by claimants but also by lawyers. By way of contrast, in continental style legal systems where the procedure is generally inquisitorial, an oral hearing is less common and cases are more likely to be decided on the papers.

5. What's Coming Online

It has already been stressed that the initiative to introduce online dispute resolution (ODR) is a direct response to increased cost and formality, coupled with the removal of civil legal aid for most litigants. After the introduction of the Human Rights Act 1998 and the implementation of the Leggatt reforms²⁵ tribunals incorporated procedures to ensure the formal protection of rights at hearings, but they also tended to become more rule bound and complex and were now regarded by many commentators as a species of courts²⁶. At the same time, general access to justice was affected by a deliberate government policy to cut back on the availability of civil legal aid (and also some types of criminal legal aid). In consequence, potential claimants are faced with the prospect of high legal costs and increased court fees. Such a financial burden and general formalisation has created a serious problem, and in reviewing the current position as part of a review of civil justice, Lord Justice Briggs stated that: 'the current system is one which altogether excludes a silent but growing class of ordinary people ... from any real access to civil justice. The true comparison lies between their continuing exclusion and the creation of an affordable civil justice system, using every aspect of modern technology which may be brought to bear for that purpose'²⁷. From this standpoint it is important to recognise that quite apart from the cost considerations, a combination of complex law, intricate procedures and the adversarial approach typical of courts and many tribunals has resulted in many citizens and small businesses finding themselves unable to use the ordinary courts. Indeed, according to its advocates the online initiative could become a form of empowerment, allowing resolution of cases without the physical need for courts or tribunals in the majority of cases.

The reports by Briggs and Susskind into online justice recommended that HM Courts and Tribunals Service establish an internet-based Court Service, with the initial scheme confined to small claims and debt recovery up to a figure of £25,000²⁸. The system is based upon digitisation and utilisation of state-of-the-art IT for all procedures and hearings. In essence, the online court operates at three distinct levels. Tier one is specially designed to provide online evaluation of the case. The online evaluation stage depends on the development of specialist software as part of a common platform for initiating claims. In particular, it gives litigants an indication of the options before them. The three staged system is intended to provide the integration of online advice and dispute resolution strategies, such as mediation, with formal judicial determination available as a last resort.

Tier Two provides online facilitation to be achieved by a process of conciliation/mediation by phone or face to face online. The facilitator (sometimes referred to as case officers or registrars) will

²⁵ See *Tribunals for Users: One System, One Service: Report of the Review of Tribunals*, (HMSO, 2001).

²⁶ P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication* (Hart Publishing, 2009), 72.

²⁷ L.J. BRIGGS, *The Online Solutions Court Affordable Dispute Resolution for All: A Reform Case Study*, Justice Lecture, October 2016.

²⁸ It is sometimes referred to as 'The Online Solutions Court'.

assist litigants in articulating their claim. This online facilitation is provided by independent case officers employed by the court and trained in conciliation and/or mediation techniques. A facilitator might be a legally qualified registrar with the expertise and authority to deal with disputes by mediation/conciliation. The idea is to achieve resolution and that cases are only referred to a judge in those cases where no other form of settlement is possible²⁹. It is as yet unclear whether all case officers employed by the court will be fully legally qualified, and whether they may also have an investigative role. Tier Three allows for the binding determination of cases. If the case is contested there is an online hearing. Judges equivalent in rank to County Court circuit judges are able to decide suitable cases online. The new process eliminates the need for the physical presence of the parties. The online court makes binding decisions equivalent to other courts of the same level. While there is a strong financial incentive to opt for online resolution it is also important to emphasize that litigants retain the right to use the courts and a right of appeal to formal courts³⁰.

6. Online Tribunals and Administrative Justice

It has been observed that the objective of the modernisation programme is to streamline the system by having a common online platform for initiating claims, with a single process and a common set of new rules operating across civil, family and tribunal cases. In the field of administrative law although postal appeals remain available as an alternative online justice has been available since the Spring of 2018³¹. Tax tribunal appeals can be made over secure camera and audio connections. These tribunals rule on claims about disputed assessments by HM Revenue and Customs³². The hearings involve a judge in court taking evidence from a claimant over the internet using a digital end to end service where parties and judge view evidence online line through a continuous oral hearing³³. The procedure is based on software which allows the parties to communicate and this is free to install. If claimants wish to be represented their lawyers can sit beside them or participate by video link. In addition, certain decisions of the Department of Works and Pensions relating to Social Security and Child Support can be appealed using the online Tribunal and there are plans to extend online resolution to more tribunals. The online system has obvious advantages of accessibility. In the first place, it enables appeals to be filed online; and secondly, it sends the appellant automatic notification of the progress of the appeal by SMS and/or email and it allows the appeal to be tracked online. On the one hand, the new procedure is not a substitute for a full oral hearing with expert legal representation for the claimant. Moreover, 'Under the new system ... all participants in cases, including the appellant, respondent and Government department, and the tribunal judge will be able to iterate and comment online on the case papers so that issues can be clarified and explored.'³⁴. The upshot is that a determination is reached over a number of linked stages rather than as part of single formal hearing. Some have claimed that this new approach is part of a trend towards differential standards of justice³⁵. On the other hand, advocates of these

²⁹ *Civil Courts Structure Review: Final Report* by Lord Justice Briggs, Judiciary of England and Wales, July 2016, 13.

³⁰ For more detailed evaluation of the procedural rules see: Sir Terence Etherton, MR 'The Civil Courts of the Future' *The Lord Slynn Memorial Lecture*, 14 June 2017, paras 47ff. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/06/slynn-lecture-mr-civil-court-of-the-future-20170615.pdf>.

³¹ R. THOMAS, J TOMLINSON, 'The Digitalisation of Tribunals: What we know and what we need to know', *Public Law Project*, 5 April 2018.

³² <https://www.gov.uk/tax-tribunal/appeal-to-tribunal>.

³³ <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/09/lcj-report-2017-final.pdf>, 7ff.

³⁴ H. GENN, 'Online Courts and the Future of Justice' *Birkenhead Lecture*, Greys Inn, 2017, 9.

³⁵ R. THOMAS, J TOMLINSON, *The Digitalisation of Tribunals: What we know and what we need to know*, *Public Law Project*, 5 April 2018, 20ff.

reforms see this as part of an inevitable response to financial constraint and technical innovation which has the potential to deliver the simplification and demystification of justice and that the trend will be extended to much of the legal system. However, as we note below the online procedures call into question the traditional role of lawyers in giving advice and representing clients as it does the approach of judges in resolving routine cases.

7. Will these reforms deliver enhanced justice?

The introduction of this radical system of online justice faces obvious challenges as there are many obstacles to overcome³⁶. In the first place the implications of sacrificing the right to a hearing should not be underestimated. An online remedy must be perceived as fit for purpose, even if it obviously falls short of previous expectations allowing for a full oral hearing, available as part of an established tradition of open justice. In a well known judgment Lord Justice Megarry explained:

‘As everybody who has anything to do with the law well knows, the path of the law is strewn with examples of open and shut cases which, somehow, were not; of unanswerable charges which, in the event, were completely answered; of inexplicable conduct which was fully explained; of fixed and unalterable determinations that, by discussion suffered a change.’³⁷.

The practical difficulties in the absence of oral advocacy concern the presentation of evidence and the weighting of evidence during the course of a partly automated process that dispenses with routine cross examination. There needs to be a clear indication of how any new process (iterative or otherwise) is designed to evaluate the evidence coming before it, but perhaps more to the point, the process needs to flag up cases where legal representation and advocacy are regarded as crucial. Moreover, to date there has been no dedicated research to measure on a comparative basis the impact the new system will have on case outcomes³⁸.

In addition, there has been particular resistance to the use of technology for sensitive hearings since some classes of potential litigants are challenged by having to use computers³⁹. This concern particularly applies to unrepresented litigants and vulnerable groups including the elderly, those with disabilities, mental health problems, learning difficulties and having a limited command of English⁴⁰. Furthermore, not everyone is online and a percentage of users have a preference for telephone or paper based procedures. Safety net provisions need to be available to deal with such claimants. The Public Account Committee of the House of Commons is: ‘... concerned that the reforms are being pursued at the possible expense of people’s access to fair justice. HMCTS has already closed 258 courts between 2010–11 and December 2017. These courts have been closed before moving services online. This meaning that many people are having to travel further to access justice’⁴¹.

³⁶ H. GENN, ‘*Online Courts and the Future of Justice*’ Birkenhead Lecture, Greys Inn, 2017.

³⁷ *John v Rees* [1970] Ch 345 at 402. See P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, (8th edn, Oxford, Oxford University Press, 2016), 401.

³⁸ R. THOMAS, J. TOMLINSON, *The Digitalisation of Tribunals: What we know and what we need to know*, *Public Law Project*, 5 April 2018.

³⁹ Civil Court Structure Review by Lord Justice Briggs, July 2016 para 6.11.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ ‘Transforming courts and tribunals’ Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, *Public Accounts Committee*, HC 976, 20 July 2018, 12 para 16.

For the type of hearing envisaged under Tier 3 of the new online scheme there is an absence of open justice⁴². The procedure is the equivalent to cases being heard in camera, with no scope for media reporting and attendance by the general public. Although cases will be recorded on a routine basis, an online procedure by video link lacks routine public scrutiny. The cut off level for claims is set at a relatively low maximum of £25,000 but nevertheless important issues might be at stake which deserve to be brought to the attention of the media and the wider public. Uncertainty remains concerning the approach to awarding costs as part of the online system.

This reform presents us with a revised model of justice which is likely to spread. Rather than the 'adversarial dispute model' now there is a 'problem that needs to be solved model'. The transition involves changing the legal culture and it calls into question the role of judges and lawyers, and perhaps even the need for lawyers⁴³. The intervention of a facilitator or judge as part of an inquisitorial process fundamentally changes the way cases are conducted. Now judges must be good managers and tend to ask more questions than previously. They are essentially performing an enabling function in order to ensure they have sufficient information to decide the case⁴⁴. Parties can exchange information and seek clarification as the case proceeds. Although legal representation for those that can afford it remains an option, the participation of lawyers is no longer routine and this is reflected in the inquisitorial style adopted. However, in some situations the absence of professional legal advice might prove to be a major disadvantage in the way the case is pursued.

A further critically important point, the new system has to be reliable and it has to be secure. At one level the online court and tribunals requires the development of specialist secure software suitable for home users. At another level, the entire system for the courts service as whole needs to be dependable. In advance of the full incorporation of these changes severe problems have arisen with the MoJ IT platform. There have been a number of much publicised IT breakdowns that have drawn attention to the lack of reliability of the IT element and the absence of any back-up or fall back position⁴⁵. On these occasions, widely reported in the press, the secure system crashed nationwide leading to the disruptions of thousands of cases, with lawyers and judges prevented from working and the system was not fully restored for several days⁴⁶. This increased reliance on a universal online system also opens up the possibility of deliberate cyber attacks. In his report Lord Justice Briggs had emphasized the importance of the rigorous testing of the IT element before it is activated to avoid such problems from arising.

8. Conclusion

In principle, the aim of accepting technological change and providing state of the art IT should be welcomed. In modern society citizens have become accustomed to dealing with everyday issues

⁴² See e.g. SIR ERNEST RYDER, 'The Duty of Leadership in Judicial Office' *Centre for Contemporary Coronial Law*, 22 October 2018, para 22, 23.

⁴³ S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

⁴⁴ H. GENN, 'Online Courts and the Future of Justice' *Birkenhead Lecture*, Greys Inn, 2017, 9.

⁴⁵ 'Law courts in chaos as IT meltdown disrupts thousands of cases' *The Guardian*, 23 January 2019.

⁴⁶ 'The entire digital infrastructure of the courts has been broken for days. Phones are not working, court computers are offline, email is down. Imagine the headlines if it were the NHS. But it's only justice, so no one cares. No accountability, no lessons learned.' the secretbarrister.com.

online in many areas of life. Digitisation has enormous potential to improve the delivery of justice at a time when the existing system is obviously failing to serve the interests of a substantial portion of the population. This article has reported on a fundamental change which will undoubtedly transform the way the entire legal system operates, impacting on the experience of the public as users, the role of lawyers as legal representatives and the approach of judges when presiding over cases. The universal IT element will be up and running within the next two years and the new models of online courts and tribunals promise to at least partially address the vexed question of access by overcoming many of the current perceived barriers in terms of cost, speed and procedural complexity. Defenders of the reform argue that even if the online option is an inferior form of justice it is better than having no recourse to justice at all and that '[w]e have an opportunity to modernise and reshape our public dispute resolution process to provide greater access for those who feel excluded...'⁴⁷. On the other hand, the Public Accounts Committee in their report suggest that the reforms are being badly managed and 'could reduce access to justice and fairness of outcomes'⁴⁸, for instance, as existing courts close before their replacement is set in place and tested. Clearly, the new system will need to be integrated with the courts, tribunals and the existing system of ADR⁴⁹. At the same time as integrating the IT benefits (assuming that concerns over reliability and security are addressed) and allowing virtual hearings in an increasing number of instances, many legal professionals continue to believe that it is essential to retain a physical court based adversarial system alongside any replacement. Finally, there is one further obstacle to overcome. Full implementation of these reforms requires primary legislation at a time when the attention of Parliament has been taken up with its preoccupation over Brexit. The Prisons and Courts Bill introduced in February 2017 which supported these changes failed to complete its parliamentary stages before the June 2017 election. The replacement bill or bills had not been published at the time of writing.

⁴⁷ H. GENN, '*Online Courts and the Future of Justice*' Birkenhead Lecture, Greys Inn, 2017.

⁴⁸ 'Transforming courts and tribunals' Fifty-Sixth Report of Session 2017-19, House of Commons, Public Accounts Committee, HC 976, 20 July 2018, See 5 para 1; 12 para 15.

⁴⁹ SIR STANLEY BURNTON, '*Delivering Justice in an Age of Austerity*' Justice, April 2015, 16 para 2.21.

ALFONSO CELOTTO
Algoritmi e algoretica:
quali regole per l'intelligenza artificiale?

SOMMARIO: 1. Fantascienza o diritto? – 2. Perché serve una algoretica? – 3. Come si possono normare gli algoritmi? – 4. Chi e come pone le algo-regole? – 5. Verso un diritto algoritmico.

1. Fantascienza o diritto?

Fino a pochi anni fa, l'idea di porre regole per la robotica era relegata alla fantascienza. Oggi, le leggi della robotica di Asimov del 1942 (regole di non malvagità; controllo umano; giustizia) stanno diventando di stretta attualità, in ragione dei rapidi sviluppi delle tecnologie supportate da forme di intelligenza artificiale.

Si tratta di fenomeni del tutto nuovi, in rapida evoluzione e a forte connotato tecnico che il diritto stenta ad affrontare. Come di fronte a ogni rivoluzione epocale.

Volendo parafrasare Schmitt è un po' come quando emerse l'esigenza di regolare il diritto del mare e ci si rese conto che era impossibile farlo con il semplice *nomos* della terra¹. Oggi non è certo pensabile di poter regolare la rete con i tradizionali strumenti legislativi dei singoli Stati².

In fondo stiamo per affrontare una vera "nuova" generazione dei diritti. Come intuito da Bobbio ormai trent'anni fa "già si affacciano nuove richieste che non saprei chiamare se non diritti della quarta generazione"³. La classificazione dogmatica ovviamente è solo l'inizio della analisi scientifica. I profili da affrontare per un giurista sono molteplici e affascinanti. La regolamentazione, peraltro, non solo deve rispondere «ad ambizioni di modernizzazione», ma deve garantire anche un «avanzamento nella fruizione dei diritti fondamentali»⁴.

Prendiamo il caso degli algoritmi, cioè di come il diritto prova a regolare le sequenze di operazioni con cui le macchine prendono le loro decisioni.

Partendo da due casi recenti. Innanzitutto, il caso Loomis. In Wisconsin, un imputato di nome Eric Loomis, afroamericano, è stato condannato a sei anni di reclusione sulla base di un algoritmo Compas che lo classificava come imputato ad alto rischio di recidiva sulla base di una serie di dati forniti al sistema. Nel 2016 la Corte Suprema dello Stato ha affermato la legittimità della procedura, rigettando il ricorso di Loomis sulla base dell'assunto che la non conoscenza del funzionamento dell'algoritmo non violasse il suo diritto a un processo equo, accogliendo invece la tesi delle società fornitrici dei software, secondo cui gli algoritmi sono segreti industriali che non possono essere divulgati, nemmeno agli imputati a cui si applicano. Tale decisione è stata confermata nel 2017 dalla Corte Suprema USA, che ha declinato la propria competenza.

Eppure, Compas è stato al centro di molte polemiche, in quanto in alcune inchieste giornalistiche, analizzando una serie di condanne, hanno fatto emergere il dubbio che Compas avesse dei "pregiudizi" nei confronti degli afroamericani, anche per la semplice ragione che l'algoritmo era stato caricato con tutti i precedenti giudiziari, tradizionalmente sfavorevoli alle categorie più deboli.

Passando all'Italia, molte polemiche hanno accompagnato il trasferimento di docenti della scuola

¹ C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"* 1950; ed. it., Milano, 1991.

² P. COSTANZO, *Il blog tra vocazione libertaria della rete e limiti costituzionali della manifestazione del pensiero*, in *Informatica e diritto*, 2008, 63; D. MARONGIU, *Organizzazione e diritto di internet*, Milano, 2013; B. CAROTTI, *Il sistema di governo di internet*, Milano, 2016.

³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Roma-Bari, 1990, XIV.

⁴ P. COSTANZO, *Avete detto diritti "digitali"?*, in *Tecniche normative* (www.tecnichenormative.it), Studi e contributi, 13.VII.2016, 4.

per l'anno scolastico 2016/2017 (cd. buona scuola), anche perché la procedura ministeriale è stata interamente gestita da un algoritmo. Molti docenti hanno fatto ricorso per conoscere i criteri decisionali dell'algoritmo. Sia il TAR Lazio, sia il Consiglio di Stato hanno riconosciuto il pieno diritto alla conoscenza delle sequenze sistematiche di calcolo, in quanto anche la decisione robotizzata, quale atto amministrativo informatico, "deve essere 'conoscibile', secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico"⁵.

La circostanza che due percorsi giudiziari relativi al diritto di conoscere l'algoritmo abbiano portato a soluzioni opposte ci fa capire quanto sia necessario trovare una regolazione uniforme del diritto degli algoritmi.

2. Perché serve una algoretica?

Gli algoritmi stanno affiancando e sostituendo le decisioni umane. In generale ciò comporta un problema sul piano etico, prima ancora che giuridico, laddove la posizione giuridica di un soggetto, dunque libertà personale, *privacy*, diritto all'informazione, trasparenza e tutta una serie di diritti fondamentali entrano in contatto con un sistema decisionale non umano, ma di cui un umano deve ritenersi padre.

Chi scrive le regole degli algoritmi? Come le scrive? Come? È solo una questione tecnica di immagazzinamento di dati e di statistiche?

Mai come nel corso della nostra epoca emerge la rilevanza dei dati, soprattutto dal punto di vista economico. Si rende allora necessario fare un uso corretto di questi mezzi, tenere insomma sempre bene a mente che le correlazioni statistiche in nessun caso sono forme di causazione.

Assistiamo ad un progressivo incremento dell'utilizzo di sistemi robotizzati anche in campi settori come la giustizia e l'amministrazione. La preoccupazione tuttavia non deve essere rivolta all'utilizzo in sé per sé di strumenti che effettivamente migliorano il benessere degli umani, bensì alla puntuale sostituzione della macchina all'interno di un processo decisionale.

Il rischio cioè è che il mondo diventi una "algocrazia". In cui tutto è dominato e controllato da algoritmi. Non sono la circolazione delle auto o la distribuzione dei pacchi del commercio elettronico. Ma anche la pronuncia di sentenze, la adozione di provvedimenti amministrativi e di polizia, la scrittura delle leggi. Non è escluso, poi, che ben presto saranno i robot a consigliare le scelte di vita di ciascuno di noi: nel giro di poco gli assistenti automatici dei cellulari saranno i nostri consiglieri di vita: diventerà molto comodo chiedere al "Siri" di turno se andare in palestra o a cena fuori. Con chi uscire. Addirittura, per chi votare. Il nostro io digitale influenzerà sempre di più l'io reale.

Il problema di fondo diventa allora quello di chi e come scrive questi algoritmi.

Basta solo un consenso informato dell'utente per risolvere tutti i problemi? Certo che no. E non basta nemmeno la possibilità di accedere all'algoritmo, perché comunque gli algoritmi sono scritti in linguaggi "da iniziati" che non possono essere certo i cittadini comuni a leggere e capire.

E se l'algoritmo che programma l'assistente personale è scritto da qualcuno che lo programmi per far crescere la prepensione a spendere o peggio quella a maltrattare gli animali, gli anziani, i bambini o le categorie deboli?

⁵ Così Cons. di Stato n. 9224/2018, n. 9225/2018, n. 9226/2018, n. 9227/2018, n. 9228/2018, n. 9229/2018, tutte dello stesso giorno, il 10 settembre 2018. Ma prima, già TAR Lazio, Roma, n. 3769/2017. Successivamente TAR Lazio n. 9224/2018, n. 6606/2019, e da ultimo Cons. Stato, sent. n. 2270/2019 e, soprattutto, Cons. Stato n. 8472/2019, la quale oltre a chiudere la lunghissima sequenza rappresenta anche a tutti gli effetti una linea guida per un utilizzo algoritmico consapevole e rispondente ai principi garantistici del procedimento amministrativo.

Alle spalle della algocrazia si pone un problema di algoretica. Cioè di etica degli algoritmi⁶.

Il fine ultimo è quello di fare sì che la macchina, priva di coscienza, sia sempre al servizio dell'uomo che invece di coscienza è dotato.

Riempire un significato l'etica dell'algoritmo significa da un lato servirsi di principi già esistenti nel pensiero filosofico, dall'altro doverne creare di completamente nuovi.

Non è solo un problema di carenza di qualsiasi coinvolgimento emozionale all'interno del processo decisionale. Spesso abbiamo paura che l'empatia umana rischi di compromettere le attuali decisioni, influenzate da dettagli del nostro arbitrio. Si pensi a un professore universitario che si lascia influenzare dalla fisiognomica degli studenti. E tenda a bocciare tutti gli studenti con la fronte stretta o il naso grosso, ritenendo che siano solo per questo poco intelligenti.

Ma allora è meglio che un professore così sia sostituito da una macchina governata da un algoritmo?

Il processo decisionale di un algoritmo è squisitamente statistico: la macchina è capace di selezionare una scelta solo in base ai dati che l'essere umano le ha fornito.

Il problema si sposta allora a fissare le regole con cui programmare gli algoritmi, con cui orientare le forme di Intelligenza artificiale, con cui guidare i sillogismi.

Altrimenti ci resta sempre il dubbio che accompagna le decisioni giudiziarie prese dal sistema Compas negli USA: che decida in base a un algoritmo discriminatorio e ingiusto.

È con evidenza un problema etico, sociologico, filosofico, prima ancora che un problema tecnico della informatica, dell'elettronica e della fisica.

Ma non può che scendere in campo anche il giurista. Perché il giurista è chiamato a scrivere le regole con cui disciplinare la vita sociale. Anche il come si scrivono gli algoritmi. *Ubi societas ibi ius*.

3. Come si possono normare gli algoritmi?

Tutti vorremmo algoritmi giusti. Cioè algoritmi che decidano in maniera oggettiva, trasparente, conoscibile, non discriminatoria.

Dal punto di vista giuridico emerge quindi l'esigenza di normare gli algoritmi cioè di porre regole possibilmente vincolanti per indirizzare come si scrivono gli algoritmi e come possano e debbano operare.

Ad oggi non abbiamo regole puntuali, leggi, direttive. Abbiamo solo progetti, in genere di livello sovranazionale.

Prendiamo alcuni tentativi di regolazione, a livello europeo e italiano.

Il tentativo più avanzato di disciplinare in maniera organica il fenomeno della robotica è rappresentato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, la quale reca "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica" (2015/2103(INL)), auspicando di disciplinare in maniera omogenea per gli Stati europei gli aspetti civilistici della robotica, a partire dai profili di responsabilità.

Si tratta di una risoluzione che mira a impostare i problemi civilistici che scaturiscono dallo sviluppo dei robot. Ma con aperture interessanti.

A livello di disciplina la Risoluzione indica una serie di cautele etiche, per assicurare che lo sviluppo e l'utilizzo dei robot avvenga in condizioni tali da preservare la dignità, l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui e di garantire la tutela della *privacy* e che si presti attenzione "alla possibilità che nasca un attaccamento emotivo tra gli uomini e i robot, in particolare per i gruppi vulnerabili (bambini, anziani, disabili), per attenuare gli impatti emotivi e fisici" (punto 3).

⁶ P. BENANTI, *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Roma, 2018.

Così, invita a affrontare la questione dei robot innanzitutto dal punto di vista della responsabilità, creando un sistema di registrazione dei robot, una assicurazione obbligatoria e un fondo di garanzia per i danni causato da robot non assicurati (punto 59), nonché forme di responsabilità oggettiva (punto 53 e 54).

Fin qui siamo ancora nell'applicazione delle categorie tradizionali⁷.

Ma, in fine, auspica anche "l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi" (punto 59, lett. h).

Allora siamo pronti a creare una soggettività elettronica?

Molto più cauto al riguardo è il Parere del Comitato Economico e Sociale dell'Unione europea (CESE, INT/086 del 31 maggio 2017) che è contrario alla assunzione di forme di personalità giuridica per i robot, in quanto "*comporterebbe un rischio inaccettabile di azzardo morale*"⁸.

Per ciò che concerne l'esigenza di inquadrare sotto i dettami di uno sviluppo sostenibile il mercato dell'intelligenza artificiale, la Commissione Europea a Dicembre 2018, ha annunciato l'avvio del "Progetto di orientamenti etici per un'IA affidabile", percorso teso all'adozione di una Carta UE in tema di intelligenza artificiale, stabilendo alcune linee guida etiche e pratiche. In questo contesto risale all'8 aprile il comunicato della Commissione che individua i "Sette elementi fondamentali per un'IA affidabile".

Vista la novità della fattispecie, la Commissione si è rivolta all'industria, agli istituti di ricerca e alle autorità pubbliche invitando a testare la lista di controllo dettagliata, prevedendo una rivalutazione nel 2020.

Malgrado la non vincolatività delle disposizioni, la Commissione manifesta una seria intenzione normativa, prevedendo una serie di principi il cui vaglio di fattibilità viene affidato ad una sorta di "rodaggio". Viene così adottato uno stile normativo dinamico, essendo al momento ancora impossibile misurare la funzionalità pratica delle linee guida adottate.

Il motto adottato dalla Commissione è la prescrizione di un utilizzo antropocentrico dell'intelligenza artificiale, la quale si sostanzia nel mantenimento di azione e sorveglianza umane (l'elemento). Viene ribadita la natura dell'IA indissolubilmente tesa alla sola promozione dello sviluppo di società eque, aberrando qualsiasi condotta diretta a ridurre, limitare o sviare l'autonomia dell'uomo.

Fissato il principio cardine, la Carta ne individua i corollari. Anzitutto si riconosce il fatto che un'AI affidabile non può prescindere la robustezza e sicurezza degli algoritmi (II elemento), prevedendo inoltre la necessità di prevedere meccanismi di individuazione della responsabilità (VII elemento). Inoltre, lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale spesso corrisponde alla raccolta di un grosso quantitativo di dati relativi alle abitudini, ai gusti del pubblico, i cittadini dunque dovrebbero avere il pieno controllo del materiale che li riguarda, e dallo stesso tempo questi ultimi non possono essere utilizzati a fini discriminatori o arrecatori di qualsiasi danno (III e V elemento).

Un ruolo centrale all'interno tra i principi fondamentali è inoltre assunto dalla Trasparenza (IV elemento); alla luce della vitale importanza dei campi che potrebbero essere oggetto di semplificazione algoritmica, è di chiara importanza la conoscibilità e la tracciabilità di tutte le fasi processuali che portano il sistema ad individuare una scelta. Non potendo peraltro avere una certezza matematica sulla validità delle scelte robotiche, "vedere attraverso" rappresenta il modo

⁷ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 345 ss.

⁸ M. PALMERINI, voce *Robotica* (parte giuridica), in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, X, Napoli, 2016, 1106.

più efficace di correggere gli errori.

Di difficile applicazione invece sembrano essere i principi di diversità, non discriminazione ed equità (V elemento): i sistemi di IA dovrebbero tenere in considerazione l'intera gamma delle capacità, delle competenze e dei bisogni umani. Questa sembra essere una chiave di volta della tematica della robotica. Non essendo ancora pensabile la capacità di discernimento sillogistico da parte delle macchine il principio effettivamente si dovrebbe tradurre in negativo, nel senso della prescrizione dell'obbligo di non affidarsi ai sistemi di intelligenza artificiale ove possano essere lese i suesposti principi.

In fondo è la stessa carta a positivizzare il fine ultimo dell'utilizzo delle tecnologie algoritmiche: il benessere sociale e ambientale (VI punto). L'utilizzo dei sistemi IA infatti dovrebbe essere teso solo ed unicamente alla semplificazione e alla propulsione dello sviluppo.

Su altro versante, la Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa ha adottato il primo testo europeo che fissa i principi etici relativi all'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari (dicembre 2018)

La Carta fornisce un quadro di principi che fungono da guida per i decisori politici, i giuristi e i professionisti della giustizia nella gestione del rapido sviluppo dell'IA nei processi giudiziari nazionali.

Il punto di vista della CEPEJ, come enunciato nella Carta, è che l'utilizzo dell'IA nell'ambito della giustizia può contribuire a migliorare l'efficacia e la qualità del lavoro dei tribunali. La sua applicazione deve avvenire in maniera responsabile e in conformità con i diritti fondamentali garantiti in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei dati a carattere personale. Per la CEPEJ, è fondamentale garantire che l'IA resti uno strumento a servizio dell'interesse generale e che il suo uso avvenga nel rispetto dei diritti individuali.

I principi richiamati dalla Carta somigliano molto a quelli espressi dalla Commissione nel più ampio contesto del generico utilizzo dell'intelligenza artificiale.

Diversa rilevanza però deve essere data al rispetto dei diritti fondamentali (I principio) intesi come non discriminazione (II principio); principio di qualità e sicurezza (III principio); principio di trasparenza imparzialità ed equità (IV principio); principio del necessario controllo dell'utente (V principio).

L'oggetto della normativa nel caso specifico è infatti rappresentato dall'utilizzo di sistemi algoritmici, dunque inevitabilmente statistici, nel contesto dell'applicazione di un potere autoritativo.

In questo caso infatti il bilanciamento degli interessi in gioco è indubbiamente più delicato, entrando l'intelligenza artificiale in contatto con principi fondamentali universalmente riconosciuti (I principio).

Il rispetto di questi principi deve essere garantito nell'elaborazione delle decisioni giudiziarie e dei dati mediante algoritmi e nell'uso fatto di essi.

Dunque, la stessa Carta riconosce la funzionalità in termini di efficienza e risparmio delle risorse pubbliche, ribadisce però tra i vari principi etici la necessità preponderante di ricercare di un equilibrio tra la tutela del fiorente mercato dell'algoritmo rappresentato dalla tutela della proprietà intellettuale; e le esigenze di trasparenza

La garanzia della trasparenza infatti è essenziale da un lato in funzione del rispetto del contraddittorio, dall'altro per l'imprescindibile necessità di conoscere il processo decisionale utilizzato per decidere della sfera giuridica di un essere umano.

A tutela dell'effettività della trasparenza e vista la tecnicità dei sistemi oggetto di indagine, la carta assicura che l'accessibilità dei sistemi algoritmici, proprietà intellettuale permettendo, debba essere totale, si specifica inoltre il principio di comprensibilità relativo ai sistemi di descrizione su processo decisionale, sulla natura dei servizi offerti, ma soprattutto sulla percentuale di rischio di

errore degli stessi (IV principio).

Quest'ultimo punto diviene peraltro cruciale ai giorni nostri, un periodo storico che potrebbe essere definito primordiale nello sviluppo dell'efficienza dell'IA, emblematico il caso in cui un sistema algoritmico di riconoscimento facciale ha scambiato alcuni membri del Congresso degli Stati Uniti per criminali condannati.

Da altro punto di vista, il problema diventa anche quello della tutela della riservatezza. Il nostro io-digitale è molto più facilmente schedabile di quello fisico. Anzi, a ben pensarci la schedatura delle nostre abitudini digitali avviene in tempo reale, secondo per secondo. Attraverso l'uso continuo che facciamo della rete mediante computer e telefoni cellulari "smart".

Il rischio è molto grande anche perché tutte le caratteristiche di ciascuna persona umana saranno concentrate in una serie di dati, spesso anche molto sensibili e dettagliati (abitudini, spostamenti, tipologia delle persone contattate, dati medici e biometrici, etc.), in possesso di banche dati, siti, provider: in pratica, tutto di ciascuno di noi sarà nei propri dati. Dati in possesso di società private a fini commerciali. Il rischio non si protegge solo con una tutela sempre più rigorosa della *privacy*, come anche tenta di fare il nuovo regolamento UE sulla *privacy* (n. 679/2016 GDPR), ponendo regole per il diritto di rettifica, il diritto di oblio e il principio di conoscibilità e comprensibilità del trattamento automatizzato (cfr. artt. 16, 17 e 22).

Ed è proprio il rischio e la annessa prevenzione a informare la *ratio* fondante della recentissima comunicazione della Commissione Europea COM(2020) 67 *final*, la quale è tripartita, consistendo in un *white paper* sull'intelligenza artificiale, di un *report* sulle implicazioni di sicurezza e responsabilità sull'intelligenza artificiale, IoT e robotica, e una strategia legata all'utilizzo dei dati.

Al fine di presentare un approccio giuridico unitario in tutto lo spazio dell'UE, il *white paper* finisce per focalizzare la propria attenzione proprio sul rischio, onde evitare che la ossificazione della architettura normativa possa irrigidire e cristallizzare l'innovazione tecnologica e al tempo stesso bilanciare innovazione e utilizzo responsabile delle intelligenze artificiali.

Di particolare interesse, appare il *Digital Education Plan*, a mezzo del quale si tenterà di sviluppare un approccio proattivo e pienamente consapevole all'utilizzo di una intelligenza artificiale, mediante la implementazione di politiche di istruzione, di vario livello, con la integrazione delle linee guida etiche nei piani di istruzione, funzionali ad una educazione etica di chi si troverà ad operare, progettare o lavorare con intelligenze artificiali.

A livello italiano, dobbiamo ricordare Libro Bianco sulle Intelligenze Artificiali (marzo 2018) della AGID (Agenzia Per l'Italia Digitale) che si propone di dettare i canoni etici e pratici per un utilizzo degli algoritmi compatibile con i principi già esistenti nel nostro ordinamento. Non potendo più trascurare il vantaggio in termini socioeconomici per i sistemi sanitari, educativi e giudiziari; per il pubblico impiego e per la sicurezza, l'Agenzia riconosce l'impossibilità di servirsi dei sistemi algoritmi al livello amministrativo, sollevando alcuni problemi nell'ambito dell'etica vale a dire quelli "della qualità e della neutralità dei dati, della responsabilità di chi utilizza gli algoritmi, della trasparenza e dell'apertura di questi ultimi, nonché della tutela della *privacy*".

Il libro bianco rappresenta un passaggio importante nell'integrazione algoritmica nella pubblica amministrazione.

Al di là dell'enunciazione formale del documento, può ritenersi la prima seria manifestazione delle intenzioni di istituire una disciplina sistematica in tutti quei campi in cui l'intelligenza artificiale può essere un valido strumento di semplificazione dell'attività amministrativa. L'enunciazione quelli che contestualmente sono strumenti ed obiettivi è corroborata dallo stanziamento di un fondo per lo sviluppo sostenibile dell'intelligenza artificiale in campo amministrativo.

La Carta appare dunque essere un significativo punto di inizio per il percorso teso all'integrazione della valutazione statistica all'interno dell'organizzazione amministrativa; l'Agenzia difatti lancia una serie di sfide alle diverse amministrazioni, una sorta di manuale all'utilizzo responsabile dei sistemi

di intelligenza artificiale.

In tal senso è emblematico il riferimento al principio dei criteri di trasparenza e apertura in campo amministrativa (definita "sfida etica").

La sfida proposta dall'Agenda dunque si sostanzia nella garanzia al cittadino del diritto alla comprensione del sistema algoritmico. La "necessità di vedere attraverso" peraltro, a prescindere dal libro bianco, si rivela preponderante in funzione dell'organicità normativa in tal senso. La certa, in quella che viene definita "sfida legale", evidenzia la necessità di "contemperare il principio di trasparenza degli atti amministrativi o la protezione dei dati personali con il diritto alla *privacy*".

A tal proposito, in vista di un'inevitabile diffusione dei sistemi algoritmici nei sistemi giurisdizionali europei, è auspicabile un'istituzionalizzazione degli stessi. Si richiederebbe dunque un investimento da parte dei governi teso all'acquisto della proprietà intellettuale od allo sviluppo ab origine dei suddetti sistemi.

Un sistema istituzionale svincolato da ogni necessità di tutela della proprietà intellettuale potrebbe infatti garantire un'effettiva trasparenza nell'adozione delle decisioni relative alla giustizia.

Tentativo ulteriore è quello del Comitato Nazionale per la bioetica e del Comitato Nazionale per la Biosicurezza. Risale a luglio 2017 la stipula del documento congiunto per gli sviluppi della Robotica e della Roboetica.

Al Comitato per la Bioetica si deve lo sforzo dell'identificazione e lo studio delle tematiche più rilevanti che potrebbero nascere da un significativo sviluppo della robotica. Essendo evidente infatti l'impossibilità per il solo giurista di districarsi tra tecnicismi richiesti dalla materia, il progetto vede la collaborazione di accademici dei più disparati campi, riuniti nella ricerca di elaborazione sistematica della fattispecie.

L'analisi sistematica ripercorre dunque i diversi campi che potrebbero essere significativamente modificati dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale, tra i tanti aspetti emergono in particolare le applicazioni nell'ambito della medicina, lavoro, sorveglianza, e alle nuove possibili configurazioni della responsabilità giuridica.

Dal punto di vista normativo, la collaborazione tra i comitati è tra le prime ad evidenziare la necessità individuare un regime di responsabilità in capo ai produttori di Intelligenze artificiali.

La Carta infatti sottolinea l'importanza di un "Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici di carattere volontario e ispirato a una serie di principi generali e di orientamento per le azioni che intraprendono tutte le parti interessate" al fine di garantire una ricerca sulla robotica che sia sicura, etica ed efficace.

Ne consegue l'essenzialità di un equo bilanciamento da un lato, dell'interesse alla dignità, *privacy* e sicurezza delle persone, dall'altro del così detto "principi di precauzione e di inclusione" al fine di garantire la trasparenza e il rispetto del "legittimo diritto di accesso all'informazione di tutti i soggetti interessati".

La proposta più innovativa però deve essere considerata l'invito ad estendere anche nel campo della robotica la costituzione di un Comitato Etico di Ricerca (CER) multidisciplinare, "che presenti un adeguato equilibrio tra competenze scientifiche, filosofiche, giuridiche ed etiche, e che includa anche rappresentanti di diversi settori (sanitario, istruzione, servizi sociali)".

Da ultimo, si segnalano i lavori condotti presso il Ministero dello Sviluppo Economico finalizzati alla adozione di una "Strategia nazionale per l'Intelligenza Artificiale".

4. Chi e come pone le algo-regole?

Potremmo continuare con ulteriori esempi di Carte, Raccomandazioni, Risoluzioni.

Ma il punto centrale è già emerso, sia dal punto di vista del “chi”, sia da quello del “come” si regolano gli algoritmi (o algo-regole, volendo).

Per il giurista la difficoltà diviene anche quella di individuare la fonte adeguata alla regolazione. Possiamo pensare che sia la legge di un Parlamento nazionale a regolare la “produzione” di algoritmi?

Il mito secondo il quale la *la loi, expression de la volonté générale* (art. 6 dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789) sia la fonte idonea a regolare qualsiasi aspetto della vita umana è ampiamente superato.

E fenomeni globali come internet, la rete e le forme d’intelligenza artificiale sono sicuramente impossibili da ingabbiare in una legge nazionale⁹.

Possiamo avere forme di autoregolazione in via autonoma, cioè regole poste dagli stessi operatori della rete. Ma non possiamo pensare che le regole poste da Google o da IBM siano, nella loro non eteronomia, regole sufficienti a regolare il fenomeno. E tanto meno le regole tecniche poste dai tecnici di settore (informatici, fisici e così via).

Per un fenomeno nuovo e globale non possono servire che regole più globali possibili. E infatti per ora a cercare di regolare i fenomeni dell’intelligenza artificiale e degli algoritmi sono soprattutto carte sovranazionali o documenti di organismi etici e tecnici.

I tentativi di regolazione non provengono dai circuiti tradizionali della regolazione giuridica. Non sono i Parlamenti o i Governi a cercare di scrivere le norme di internet e degli algoritmi, ma sono organismi internazionali e organismi tecnici. Gli stati rischiano di essere relegati in posizione marginale, come se fossimo tornati in una sorta di medioevo giuridico.

Ciò accade per due ordini di ragioni. Innanzitutto, si tratta di fenomeni globali, che come tali non possono essere regolati a livello delle singole nazioni. In secondo luogo, si tratta di fenomeni a squisito contenuto tecnico, che come tali vanno regolati non a livello generale, ma a livello specifico. Intendo mettere in luce che la regolazione giuridica degli algoritmi va fatta necessariamente in chiave interdisciplinare cioè con la necessaria collaborazione tecnica di coloro che scrivono e progettano le macchine e il loro software. Altrimenti il regolatore solo giuridico rischia di porre norme del tutto avulse dal contesto operativo e come tali inutili o quanto meno poco performative.

Dal punto di vista contenutistico non abbiamo norme puntuali e precettive. Abbiamo piuttosto principi che si richiamo ai valori di fondo.

Sono formulati principi generali di equità, dignità, giustizia, al fine di tutelare anche rispetto alle nuove tecnologie il rispetto delle libertà e dei principali diritti individuali e collettivi. Più nello specifico, tali principi tendono a indirizzare anche in chiave etica alcuni problemi sono sollevati dal funzionamento dell’Intelligenza Artificiale, vale a dire quelli della qualità e della neutralità dei dati, della responsabilità di chi utilizza gli algoritmi, della trasparenza e dell’apertura di questi ultimi, nonché della tutela della *privacy*. L’obiettivo è mostrare come un uso scorretto delle tecnologie a nostra disposizione possa contribuire allo sviluppo di una società più ingiusta che alimenta le disuguaglianze, mentre la consapevolezza dei rischi che si corrono, nell’affidarsi alle macchine “intelligenti”, può aiutarci a minimizzare questi ultimi e a progettare un mondo migliore.

In buona sostanza, queste Carte sui fenomeni degli algoritmi non pongono vere e proprie norme, ma piuttosto principi, anche con un buon grado di vaghezza, cioè di elasticità che sta a mostrare non tanto l’esigenza di porre regole aperte, quanto piuttosto il grado ancora acerbo di regolazione giuridica di questi fenomeni, anche perché sono fenomeni del tutto nuovi per il giurista e per gran

⁹ D’altra parte, come rammentato da P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, 2012, 8, è proprio *la Rete ad essere «“costituzionalmente” refrattaria a logiche regolative* che non siano quelle, appunto, del massimo pluralismo sul piano politico e sociale e della più vasta concorrenza su quello economico» (corsivo aggiunto).

parte ancora sconosciuti¹⁰. *Hic sunt leones*.

5. Verso un diritto algoritmico

Come insegnava Hans Jonas¹¹, nella sua fondazione ontologica dei caratteri dell'etica, ogni approccio etico deve considerare il mantenimento di un orizzonte a misura d'uomo. Del resto, l'integrazione regolatoria di principi etici nella nuova complessità sociotecnica è un tema sottolineato con energia già da Giovanni Sartor¹².

Sia la Carta sulla AI sia la Risoluzione del Parlamento europeo sulla robotica enunciano una serie di principi etici e deontologici, rivolti innanzitutto ai ricercatori, in maniera da garantire una serie di principi fondamentali, che ricordano molto le "leggi" di Asimov: beneficenza, non-malvagità, autonomia, giustizia.

A tal proposito il significato di beneficenza e non malvagità viene indissolubilmente legato ai principi fondamentali già esistenti nell'ordinamento comunitario, in particolare, è in forza dell'art. 2 della carta di Nizza che vengono individuata l'indispensabile primarietà della dignità umana, dell'eguaglianza, equità, non discriminazione, rispetto della vita privata.

Ma sono davvero regole o petizioni di principio? Del resto, la difficoltà di normare gli algoritmi viene compensata con il tentativo di porre principi prima ancora che regole.

Si tratta di capire non solo *quanto* diritto sia necessario, ma anche *quale* diritto. La tecnologia, nel suo insieme complesso di logica e schemi e codici, in alcuni casi sembra refrattaria alla giuridificazione, potrebbe atteggiarsi quasi a ordine spontaneo¹³ e finire per porre in luce una sorta di natura digitale delle cose, proponendo un giusnaturalismo algoritmico che però rischierebbe di rendere egemone solo l'etica della macchina o quella delle grandi società private di produzione avvinte dalle logiche del mercato. È in fondo la grande questione del nichilismo giuridico evocato da Irti e Severino e che non a caso vede come proprio fulcro proprio la tecnica, quella di un dominio impersonale governato da una logica e da una etica a-umane¹⁴.

Andiamo verso una tecnocrazia? Dove i diritti saranno disciplinati in maniera tecnica se non addirittura da macchine?

Il problema del futuro dei diritti nell'intreccio con l'intelligenza artificiale e lo sviluppo dei robot era già stato intuito da Bobbio, auspicando "che la storia conduca al Regno dei diritti dell'uomo anziché al Regno del Grande Fratello"¹⁵. I diritti umani devono cioè restare garanzia della persona umana contro ogni forma di potere e non certo diventare essi stessi strumento di esercizio di potere, per mezzo dello strumento informatico¹⁶.

Ad oggi, le grandi questioni socio-giuridiche involgenti algoritmi e robotica sono state svolte in prevalenza dal diritto civile, affrontando aspetti come la responsabilità, i risarcimenti, i contratti stipulati da agenti software autonomi. Ma non è solo un problema di responsabilità, che si può ridurre in termini di assicurazione obbligatoria o responsabilità per cose in custodia.

La tendenziale indistinzione tra pubblico e privato tipica della nuova globalizzazione e della società digitale sembrerebbe rendere recessiva la posizione del diritto pubblico.

In realtà, non è così; le grandi questioni poste dal diritto civile sollevano problemi tipicamente

¹⁰ C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

¹¹ H. JONAS, *Il principio responsabilità*, 1979.

¹² G. SARTOR, *Il diritto della rete globale*, Milano, 2003.

¹³ F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, 1973, ed. it. Milano, 2000.

¹⁴ N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.

¹⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 249 e, volendo, A. CELOTTO, *L'età dei "non" diritti*, Roma, 2018.

¹⁶ M. CARTABIA, *In tema di "nuovi" diritti*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, I, 643.

gius-pubblicistici.

Nel momento in cui si postula una tendenziale semi-soggettività dell'algoritmo, di una sua integrazione nell'ambiente sociale complesso, dovranno essere stabiliti nuovi diritti garantiti, nuove libertà, Queste macchine intelligenti dovranno avere una loro rappresentanza *lato sensu* politica, sindacale, potranno/dovranno votare?

È evidente come l'etica debba farsi, anche, norma. Una norma di diritto pubblico.

Il linguaggio algoritmico e l'immissione di "valori" in forma matematica nel corpo digitale di un algoritmo in fondo rispondono più alla struttura semio-narrativa della norma che non a quella della etica; anche in questo senso dovrà darsi una integrazione tra portato etico di responsabilizzazione e normativa in tema di responsabilità. È questa una necessità segnalata con forza da Harari, per rispondere a chi segnala che un algoritmo non potrà mai davvero comprendere l'etica¹⁷.

Ogni sistema tecnico ha una propria intrinseca razionalità che sostituisce l'etica umana; in questo senso la regolazione giuridica serve per integrare etica algoritmica tipica della razionalità tecnica e etica tipicamente umana.

È evidente che il *quantum* del diritto dovrebbe essere limitato, ma effettivo. Una raccolta precisa e puntuale che estragga da Carte, Convenzioni, Dichiarazioni, protocolli, risoluzioni il *proprium* di una normazione responsabilizzante, una autentica Costituzione algoritmica.

In questo senso, la responsabilizzazione etica della società digitale oltre a un momento "costituente" (anche la società digitale dovrà darsi una Costituzione, che origina sì dal moto spontaneo delle logiche tecniche ma anche dalla regolazione gius-pubblicistica che si faccia forza frenante per non disperdere i diritti fondamentali) deve darsi un suo Custode, che potrebbe essere una Autorità originante dalla fusione della Autorità per le telecomunicazioni e quella di protezione dei dati, una autentica Autorità della Società Digitale, comunque nazionale e in rete con omologhe Agenzie internazionali, che vigili e regoli progetti come quello citato, incoraggi la trasparenza e la piena tutela dei dati (una autentica etica del loro utilizzo, sottesa ad esempio al GDPR), l'emersione delle tecniche di progettazione, stabilisca anche mediante forme di *soft law* i punti fissi della nuova società popolata da macchine algoritmi. Una Autorità fatta da uomini, trasparente, democratica, accessibile. Per regolare gli algoritmi con la democrazia. E non viceversa.

¹⁷Y.N. ARARI, *21 Lezioni per il XXI Secolo*, ed italiana, Milano, 2018.

ALFONSO CELOTTO
Algoritmi e algoretica:
quali regole per l'intelligenza artificiale?

SOMMARIO: 1. Fantascienza o diritto? – 2. Perché serve una algoretica? – 3. Come si possono normare gli algoritmi? – 4. Chi e come pone le algo-regole? – 5. Verso un diritto algoritmico.

1. Fantascienza o diritto?

Fino a pochi anni fa, l'idea di porre regole per la robotica era relegata alla fantascienza. Oggi, le leggi della robotica di Asimov del 1942 (regole di non malvagità; controllo umano; giustizia) stanno diventando di stretta attualità, in ragione dei rapidi sviluppi delle tecnologie supportate da forme di intelligenza artificiale.

Si tratta di fenomeni del tutto nuovi, in rapida evoluzione e a forte connotato tecnico che il diritto stenta ad affrontare. Come di fronte a ogni rivoluzione epocale.

Volendo parafrasare Schmitt è un po' come quando emerge l'esigenza di regolare il diritto del mare e ci si rese conto che era impossibile farlo con il semplice *nomos* della terra¹. Oggi non è certo pensabile di poter regolare la rete con i tradizionali strumenti legislativi dei singoli Stati².

In fondo stiamo per affrontare una vera "nuova" generazione dei diritti. Come intuito da Bobbio ormai trent'anni fa "già si affacciano nuove richieste che non saprei chiamare se non diritti della quarta generazione"³. La classificazione dogmatica ovviamente è solo l'inizio della analisi scientifica. I profili da affrontare per un giurista sono molteplici e affascinanti. La regolamentazione, peraltro, non solo deve rispondere «ad ambizioni di modernizzazione», ma deve garantire anche un «avanzamento nella fruizione dei diritti fondamentali»⁴.

Prendiamo il caso degli algoritmi, cioè di come il diritto prova a regolare le sequenze di operazioni con cui le macchine prendono le loro decisioni.

Partendo da due casi recenti. Innanzitutto, il caso Loomis. In Wisconsin, un imputato di nome Eric Loomis, afroamericano, è stato condannato a sei anni di reclusione sulla base di un algoritmo Compas che lo classificava come imputato ad alto rischio di recidiva sulla base di una serie di dati forniti al sistema. Nel 2016 la Corte Suprema dello Stato ha affermato la legittimità della procedura, rigettando il ricorso di Loomis sulla base dell'assunto che la non conoscenza del funzionamento dell'algoritmo non violasse il suo diritto a un processo equo, accogliendo invece la tesi delle società fornitrici dei software, secondo cui gli algoritmi sono segreti industriali che non possono essere divulgati, nemmeno agli imputati a cui si applicano. Tale decisione è stata confermata nel 2017 dalla Corte Suprema USA, che ha declinato la propria competenza.

Eppure, Compas è stato al centro di molte polemiche, in quanto in alcune inchieste giornalistiche, analizzando una serie di condanne, hanno fatto emergere il dubbio che Compas avesse dei "pregiudizi" nei confronti degli afroamericani, anche per la semplice ragione che l'algoritmo era stato caricato con tutti i precedenti giudiziari, tradizionalmente sfavorevoli alle categorie più deboli.

Passando all'Italia, molte polemiche hanno accompagnato il trasferimento di docenti della scuola

¹ C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"* 1950; ed. it., Milano, 1991.

² P. COSTANZO, *Il blog tra vocazione libertaria della rete e limiti costituzionali della manifestazione del pensiero*, in *Informatica e diritto*, 2008, 63; D. MARONGIU, *Organizzazione e diritto di internet*, Milano, 2013; B. CAROTTI, *Il sistema di governo di internet*, Milano, 2016.

³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Roma-Bari, 1990, XIV.

⁴ P. COSTANZO, *Avete detto diritti "digitali"?*, in *Tecniche normative* (www.tecnichenormative.it), Studi e contributi, 13.VII.2016, 4.

per l'anno scolastico 2016/2017 (cd. buona scuola), anche perché la procedura ministeriale è stata interamente gestita da un algoritmo. Molti docenti hanno fatto ricorso per conoscere i criteri decisionali dell'algoritmo. Sia il TAR Lazio, sia il Consiglio di Stato hanno riconosciuto il pieno diritto alla conoscenza delle sequenze sistematiche di calcolo, in quanto anche la decisione robotizzata, quale atto amministrativo informatico, "deve essere 'conoscibile', secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico"⁵.

La circostanza che due percorsi giudiziari relativi al diritto di conoscere l'algoritmo abbiano portato a soluzioni opposte ci fa capire quanto sia necessario trovare una regolazione uniforme del diritto degli algoritmi.

2. Perché serve una algoretica?

Gli algoritmi stanno affiancando e sostituendo le decisioni umane. In generale ciò comporta un problema sul piano etico, prima ancora che giuridico, laddove la posizione giuridica di un soggetto, dunque libertà personale, *privacy*, diritto all'informazione, trasparenza e tutta una serie di diritti fondamentali entrano in contatto con un sistema decisionale non umano, ma di cui un umano deve ritenersi padre.

Chi scrive le regole degli algoritmi? Come le scrive? Come? È solo una questione tecnica di immagazzinamento di dati e di statistiche?

Mai come nel corso della nostra epoca emerge la rilevanza dei dati, soprattutto dal punto di vista economico. Si rende allora necessario fare un uso corretto di questi mezzi, tenere insomma sempre bene a mente che le correlazioni statistiche in nessun caso sono forme di causazione.

Assistiamo ad un progressivo incremento dell'utilizzo di sistemi robotizzati anche in campi settori come la giustizia e l'amministrazione. La preoccupazione tuttavia non deve essere rivolta all'utilizzo in sé per sé di strumenti che effettivamente migliorano il benessere degli umani, bensì alla puntuale sostituzione della macchina all'interno di un processo decisionale.

Il rischio cioè è che il mondo diventi una "algocrazia". In cui tutto è dominato e controllato da algoritmi. Non sono la circolazione delle auto o la distribuzione dei pacchi del commercio elettronico. Ma anche la pronuncia di sentenze, la adozione di provvedimenti amministrativi e di polizia, la scrittura delle leggi. Non è escluso, poi, che ben presto saranno i robot a consigliare le scelte di vita di ciascuno di noi: nel giro di poco gli assistenti automatici dei cellulari saranno i nostri consiglieri di vita: diventerà molto comodo chiedere al "Siri" di turno se andare in palestra o a cena fuori. Con chi uscire. Addirittura, per chi votare. Il nostro io digitale influenzerà sempre di più l'io reale.

Il problema di fondo diventa allora quello di chi e come scrive questi algoritmi.

Basta solo un consenso informato dell'utente per risolvere tutti i problemi? Certo che no. E non basta nemmeno la possibilità di accedere all'algoritmo, perché comunque gli algoritmi sono scritti in linguaggi "da iniziati" che non possono essere certo i cittadini comuni a leggere e capire.

E se l'algoritmo che programma l'assistente personale è scritto da qualcuno che lo programmi per far crescere la prepensione a spendere o peggio quella a maltrattare gli animali, gli anziani, i bambini o le categorie deboli?

⁵ Così Cons. di Stato n. 9224/2018, n. 9225/2018, n. 9226/2018, n. 9227/2018, n. 9228/2018, n. 9229/2018, tutte dello stesso giorno, il 10 settembre 2018. Ma prima, già TAR Lazio, Roma, n. 3769/2017. Successivamente TAR Lazio n. 9224/2018, n. 6606/2019, e da ultimo Cons. Stato, sent. n. 2270/2019 e, soprattutto, Cons. Stato n. 8472/2019, la quale oltre a chiudere la lunghissima sequenza rappresenta anche a tutti gli effetti una linea guida per un utilizzo algoritmico consapevole e rispondente ai principi garantistici del procedimento amministrativo.

Alle spalle della algocrazia si pone un problema di algoretica. Cioè di etica degli algoritmi⁶.

Il fine ultimo è quello di fare sì che la macchina, priva di coscienza, sia sempre al servizio dell'uomo che invece di coscienza è dotato.

Riempire un significato l'etica dell'algoritmo significa da un lato servirsi di principi già esistenti nel pensiero filosofico, dall'altro doverne creare di completamente nuovi.

Non è solo un problema di carenza di qualsiasi coinvolgimento emozionale all'interno del processo decisionale. Spesso abbiamo paura che l'empatia umana rischi di compromettere le attuali decisioni, influenzate da dettagli del nostro arbitrio. Si pensi a un professore universitario che si lascia influenzare dalla fisiognomica degli studenti. E tenda a bocciare tutti gli studenti con la fronte stretta o il naso grosso, ritenendo che siano solo per questo poco intelligenti.

Ma allora è meglio che un professore così sia sostituito da una macchina governata da un algoritmo?

Il processo decisionale di un algoritmo è squisitamente statistico: la macchina è capace di selezionare una scelta solo in base ai dati che l'essere umano le ha fornito.

Il problema si sposta allora a fissare le regole con cui programmare gli algoritmi, con cui orientare le forme di Intelligenza artificiale, con cui guidare i sillogismi.

Altrimenti ci resta sempre il dubbio che accompagna le decisioni giudiziarie prese dal sistema Compas negli USA: che decida in base a un algoritmo discriminatorio e ingiusto.

È con evidenza un problema etico, sociologico, filosofico, prima ancora che un problema tecnico della informatica, dell'elettronica e della fisica.

Ma non può che scendere in campo anche il giurista. Perché il giurista è chiamato a scrivere le regole con cui disciplinare la vita sociale. Anche il come si scrivono gli algoritmi. *Ubi societas ibi ius*.

3. Come si possono normare gli algoritmi?

Tutti vorremmo algoritmi giusti. Cioè algoritmi che decidano in maniera oggettiva, trasparente, conoscibile, non discriminatoria.

Dal punto di vista giuridico emerge quindi l'esigenza di normare gli algoritmi cioè di porre regole possibilmente vincolanti per indirizzare come si scrivono gli algoritmi e come possano e debbano operare.

Ad oggi non abbiamo regole puntuali, leggi, direttive. Abbiamo solo progetti, in genere di livello sovranazionale.

Prendiamo alcuni tentativi di regolazione, a livello europeo e italiano.

Il tentativo più avanzato di disciplinare in maniera organica il fenomeno della robotica è rappresentato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, la quale reca "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica" (2015/2103(INL)), auspicando di disciplinare in maniera omogenea per gli Stati europei gli aspetti civilistici della robotica, a partire dai profili di responsabilità.

Si tratta di una risoluzione che mira a impostare i problemi civilistici che scaturiscono dallo sviluppo dei robot. Ma con aperture interessanti.

A livello di disciplina la Risoluzione indica una serie di cautele etiche, per assicurare che lo sviluppo e l'utilizzo dei robot avvenga in condizioni tali da preservare la dignità, l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui e di garantire la tutela della *privacy* e che si presti attenzione "alla possibilità che nasca un attaccamento emotivo tra gli uomini e i robot, in particolare per i gruppi vulnerabili (bambini, anziani, disabili), per attenuare gli impatti emotivi e fisici" (punto 3).

⁶ P. BENANTI, *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Roma, 2018.

Così, invita a affrontare la questione dei robot innanzitutto dal punto di vista della responsabilità, creando un sistema di registrazione dei robot, una assicurazione obbligatoria e un fondo di garanzia per i danni causato da robot non assicurati (punto 59), nonché forme di responsabilità oggettiva (punto 53 e 54).

Fin qui siamo ancora nell'applicazione delle categorie tradizionali⁷.

Ma, in fine, auspica anche "l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi" (punto 59, lett. h).

Allora siamo pronti a creare una soggettività elettronica?

Molto più cauto al riguardo è il Parere del Comitato Economico e Sociale dell'Unione europea (CESE, INT/086 del 31 maggio 2017) che è contrario alla assunzione di forme di personalità giuridica per i robot, in quanto "*comporterebbe un rischio inaccettabile di azzardo morale*"⁸.

Per ciò che concerne l'esigenza di inquadrare sotto i dettami di uno sviluppo sostenibile il mercato dell'intelligenza artificiale, la Commissione Europea a Dicembre 2018, ha annunciato l'avvio del "Progetto di orientamenti etici per un'IA affidabile", percorso teso all'adozione di una Carta UE in tema di intelligenza artificiale, stabilendo alcune linee guida etiche e pratiche. In questo contesto risale all'8 aprile il comunicato della Commissione che individua i "Sette elementi fondamentali per un'IA affidabile".

Vista la novità della fattispecie, la Commissione si è rivolta all'industria, agli istituti di ricerca e alle autorità pubbliche invitando a testare la lista di controllo dettagliata, prevedendo una rivalutazione nel 2020.

Malgrado la non vincolatività delle disposizioni, la Commissione manifesta una seria intenzione normativa, prevedendo una serie di principi il cui vaglio di fattibilità viene affidato ad una sorta di "rodaggio". Viene così adottato uno stile normativo dinamico, essendo al momento ancora impossibile misurare la funzionalità pratica delle linee guida adottate.

Il motto adottato dalla Commissione è la prescrizione di un utilizzo antropocentrico dell'intelligenza artificiale, la quale si sostanzia nel mantenimento di azione e sorveglianza umane (l'elemento). Viene ribadita la natura dell'IA indissolubilmente tesa alla sola promozione dello sviluppo di società eque, aberrando qualsiasi condotta diretta a ridurre, limitare o sviare l'autonomia dell'uomo.

Fissato il principio cardine, la Carta ne individua i corollari. Anzitutto si riconosce il fatto che un'AI affidabile non può prescindere la robustezza e sicurezza degli algoritmi (II elemento), prevedendo inoltre la necessità di prevedere meccanismi di individuazione della responsabilità (VII elemento). Inoltre, lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale spesso corrisponde alla raccolta di un grosso quantitativo di dati relativi alle abitudini, ai gusti del pubblico, i cittadini dunque dovrebbero avere il pieno controllo del materiale che li riguarda, e dallo stesso tempo questi ultimi non possono essere utilizzati a fini discriminatori o arrecatori di qualsiasi danno (III e V elemento).

Un ruolo centrale all'interno tra i principi fondamentali è inoltre assunto dalla Trasparenza (IV elemento); alla luce della vitale importanza dei campi che potrebbero essere oggetto di semplificazione algoritmica, è di chiara importanza la conoscibilità e la tracciabilità di tutte le fasi processuali che portano il sistema ad individuare una scelta. Non potendo peraltro avere una certezza matematica sulla validità delle scelte robotiche, "vedere attraverso" rappresenta il modo

⁷ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 345 ss.

⁸ M. PALMERINI, voce *Robotica* (parte giuridica), in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, X, Napoli, 2016, 1106.

più efficace di correggere gli errori.

Di difficile applicazione invece sembrano essere i principi di diversità, non discriminazione ed equità (V elemento): i sistemi di IA dovrebbero tenere in considerazione l'intera gamma delle capacità, delle competenze e dei bisogni umani. Questa sembra essere una chiave di volta della tematica della robotica. Non essendo ancora pensabile la capacità di discernimento sillogistico da parte delle macchine il principio effettivamente si dovrebbe tradurre in negativo, nel senso della prescrizione dell'obbligo di non affidarsi ai sistemi di intelligenza artificiale ove possano essere lese i suesposti principi.

In fondo è la stessa carta a positivizzare il fine ultimo dell'utilizzo delle tecnologie algoritmiche: il benessere sociale e ambientale (VI punto). L'utilizzo dei sistemi IA infatti dovrebbe essere teso solo ed unicamente alla semplificazione e alla propulsione dello sviluppo.

Su altro versante, la Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa ha adottato il primo testo europeo che fissa i principi etici relativi all'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari (dicembre 2018)

La Carta fornisce un quadro di principi che fungono da guida per i decisori politici, i giuristi e i professionisti della giustizia nella gestione del rapido sviluppo dell'IA nei processi giudiziari nazionali.

Il punto di vista della CEPEJ, come enunciato nella Carta, è che l'utilizzo dell'IA nell'ambito della giustizia può contribuire a migliorare l'efficacia e la qualità del lavoro dei tribunali. La sua applicazione deve avvenire in maniera responsabile e in conformità con i diritti fondamentali garantiti in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei dati a carattere personale. Per la CEPEJ, è fondamentale garantire che l'IA resti uno strumento a servizio dell'interesse generale e che il suo uso avvenga nel rispetto dei diritti individuali.

I principi richiamati dalla Carta somigliano molto a quelli espressi dalla Commissione nel più ampio contesto del generico utilizzo dell'intelligenza artificiale.

Diversa rilevanza però deve essere data al rispetto dei diritti fondamentali (I principio) intesi come non discriminazione (II principio); principio di qualità e sicurezza (III principio); principio di trasparenza imparzialità ed equità (IV principio); principio del necessario controllo dell'utente (V principio).

L'oggetto della normativa nel caso specifico è infatti rappresentato dall'utilizzo di sistemi algoritmici, dunque inevitabilmente statistici, nel contesto dell'applicazione di un potere autoritativo.

In questo caso infatti il bilanciamento degli interessi in gioco è indubbiamente più delicato, entrando l'intelligenza artificiale in contatto con principi fondamentali universalmente riconosciuti (I principio).

Il rispetto di questi principi deve essere garantito nell'elaborazione delle decisioni giudiziarie e dei dati mediante algoritmi e nell'uso fatto di essi.

Dunque, la stessa Carta riconosce la funzionalità in termini di efficienza e risparmio delle risorse pubbliche, ribadisce però tra i vari principi etici la necessità preponderante di ricercare di un equilibrio tra la tutela del fiorente mercato dell'algoritmo rappresentato dalla tutela della proprietà intellettuale; e le esigenze di trasparenza

La garanzia della trasparenza infatti è essenziale da un lato in funzione del rispetto del contraddittorio, dall'altro per l'imprescindibile necessità di conoscere il processo decisionale utilizzato per decidere della sfera giuridica di un essere umano.

A tutela dell'effettività della trasparenza e vista la tecnicità dei sistemi oggetto di indagine, la carta assicura che l'accessibilità dei sistemi algoritmici, proprietà intellettuale permettendo, debba essere totale, si specifica inoltre il principio di comprensibilità relativo ai sistemi di descrizione su processo decisionale, sulla natura dei servizi offerti, ma soprattutto sulla percentuale di rischio di

errore degli stessi (IV principio).

Quest'ultimo punto diviene peraltro cruciale ai giorni nostri, un periodo storico che potrebbe essere definito primordiale nello sviluppo dell'efficienza dell'IA, emblematico il caso in cui un sistema algoritmico di riconoscimento facciale ha scambiato alcuni membri del Congresso degli Stati Uniti per criminali condannati.

Da altro punto di vista, il problema diventa anche quello della tutela della riservatezza. Il nostro io-digitale è molto più facilmente schedabile di quello fisico. Anzi, a ben pensarci la schedatura delle nostre abitudini digitali avviene in tempo reale, secondo per secondo. Attraverso l'uso continuo che facciamo della rete mediante computer e telefoni cellulari "smart".

Il rischio è molto grande anche perché tutte le caratteristiche di ciascuna persona umana saranno concentrate in una serie di dati, spesso anche molto sensibili e dettagliati (abitudini, spostamenti, tipologia delle persone contattate, dati medici e biometrici, etc.), in possesso di banche dati, siti, provider: in pratica, tutto di ciascuno di noi sarà nei propri dati. Dati in possesso di società private a fini commerciali. Il rischio non si protegge solo con una tutela sempre più rigorosa della *privacy*, come anche tenta di fare il nuovo regolamento UE sulla *privacy* (n. 679/2016 GDPR), ponendo regole per il diritto di rettifica, il diritto di oblio e il principio di conoscibilità e comprensibilità del trattamento automatizzato (cfr. artt. 16, 17 e 22).

Ed è proprio il rischio e la annessa prevenzione a informare la *ratio* fondante della recentissima comunicazione della Commissione Europea COM(2020) 67 *final*, la quale è tripartita, consistendo in un *white paper* sull'intelligenza artificiale, di un *report* sulle implicazioni di sicurezza e responsabilità sull'intelligenza artificiale, IoT e robotica, e una strategia legata all'utilizzo dei dati.

Al fine di presentare un approccio giuridico unitario in tutto lo spazio dell'UE, il *white paper* finisce per focalizzare la propria attenzione proprio sul rischio, onde evitare che la ossificazione della architettura normativa possa irrigidire e cristallizzare l'innovazione tecnologica e al tempo stesso bilanciare innovazione e utilizzo responsabile delle intelligenze artificiali.

Di particolare interesse, appare il *Digital Education Plan*, a mezzo del quale si tenterà di sviluppare un approccio proattivo e pienamente consapevole all'utilizzo di una intelligenza artificiale, mediante la implementazione di politiche di istruzione, di vario livello, con la integrazione delle linee guida etiche nei piani di istruzione, funzionali ad una educazione etica di chi si troverà ad operare, progettare o lavorare con intelligenze artificiali.

A livello italiano, dobbiamo ricordare Libro Bianco sulle Intelligenze Artificiali (marzo 2018) della AGID (Agenzia Per l'Italia Digitale) che si propone di dettare i canoni etici e pratici per un utilizzo degli algoritmi compatibile con i principi già esistenti nel nostro ordinamento. Non potendo più trascurare il vantaggio in termini socioeconomici per i sistemi sanitari, educativi e giudiziari; per il pubblico impiego e per la sicurezza, l'Agenzia riconosce l'impossibilità di servirsi dei sistemi algoritmi al livello amministrativo, sollevando alcuni problemi nell'ambito dell'etica vale a dire quelli "della qualità e della neutralità dei dati, della responsabilità di chi utilizza gli algoritmi, della trasparenza e dell'apertura di questi ultimi, nonché della tutela della *privacy*".

Il libro bianco rappresenta un passaggio importante nell'integrazione algoritmica nella pubblica amministrazione.

Al di là dell'enunciazione formale del documento, può ritenersi la prima seria manifestazione delle intenzioni di istituire una disciplina sistematica in tutti quei campi in cui l'intelligenza artificiale può essere un valido strumento di semplificazione dell'attività amministrativa. L'enunciazione quelli che contestualmente sono strumenti ed obiettivi è corroborata dallo stanziamento di un fondo per lo sviluppo sostenibile dell'intelligenza artificiale in campo amministrativo.

La Carta appare dunque essere un significativo punto di inizio per il percorso teso all'integrazione della valutazione statistica all'interno dell'organizzazione amministrativa; l'Agenzia difatti lancia una serie di sfide alle diverse amministrazioni, una sorta di manuale all'utilizzo responsabile dei sistemi

di intelligenza artificiale.

In tal senso è emblematico il riferimento al principio dei criteri di trasparenza e apertura in campo amministrativa (definita "sfida etica").

La sfida proposta dall'Agenda dunque si sostanzia nella garanzia al cittadino del diritto alla comprensione del sistema algoritmico. La "necessità di vedere attraverso" peraltro, a prescindere dal libro bianco, si rivela preponderante in funzione dell'organicità normativa in tal senso. La certa, in quella che viene definita "sfida legale", evidenzia la necessità di "contemperare il principio di trasparenza degli atti amministrativi o la protezione dei dati personali con il diritto alla *privacy*".

A tal proposito, in vista di un'inevitabile diffusione dei sistemi algoritmici nei sistemi giurisdizionali europei, è auspicabile un'istituzionalizzazione degli stessi. Si richiederebbe dunque un investimento da parte dei governi teso all'acquisto della proprietà intellettuale od allo sviluppo ab origine dei suddetti sistemi.

Un sistema istituzionale svincolato da ogni necessità di tutela della proprietà intellettuale potrebbe infatti garantire un'effettiva trasparenza nell'adozione delle decisioni relative alla giustizia.

Tentativo ulteriore è quello del Comitato Nazionale per la bioetica e del Comitato Nazionale per la Biosicurezza. Risale a luglio 2017 la stipula del documento congiunto per gli sviluppi della Robotica e della Roboetica.

Al Comitato per la Bioetica si deve lo sforzo dell'identificazione e lo studio delle tematiche più rilevanti che potrebbero nascere da un significativo sviluppo della robotica. Essendo evidente infatti l'impossibilità per il solo giurista di districarsi tra tecnicismi richiesti dalla materia, il progetto vede la collaborazione di accademici dei più disparati campi, riuniti nella ricerca di elaborazione sistematica della fattispecie.

L'analisi sistematica ripercorre dunque i diversi campi che potrebbero essere significativamente modificati dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale, tra i tanti aspetti emergono in particolare le applicazioni nell'ambito della medicina, lavoro, sorveglianza, e alle nuove possibili configurazioni della responsabilità giuridica.

Dal punto di vista normativo, la collaborazione tra i comitati è tra le prime ad evidenziare la necessità individuare un regime di responsabilità in capo ai produttori di Intelligenze artificiali.

La Carta infatti sottolinea l'importanza di un "Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici di carattere volontario e ispirato a una serie di principi generali e di orientamento per le azioni che intraprendono tutte le parti interessate" al fine di garantire una ricerca sulla robotica che sia sicura, etica ed efficace.

Ne consegue l'essenzialità di un equo bilanciamento da un lato, dell'interesse alla dignità, *privacy* e sicurezza delle persone, dall'altro del così detto "principi di precauzione e di inclusione" al fine di garantire la trasparenza e il rispetto del "legittimo diritto di accesso all'informazione di tutti i soggetti interessati".

La proposta più innovativa però deve essere considerata l'invito ad estendere anche nel campo della robotica la costituzione di un Comitato Etico di Ricerca (CER) multidisciplinare, "che presenti un adeguato equilibrio tra competenze scientifiche, filosofiche, giuridiche ed etiche, e che includa anche rappresentanti di diversi settori (sanitario, istruzione, servizi sociali)".

Da ultimo, si segnalano i lavori condotti presso il Ministero dello Sviluppo Economico finalizzati alla adozione di una "Strategia nazionale per l'Intelligenza Artificiale".

4. Chi e come pone le algo-regole?

Potremmo continuare con ulteriori esempi di Carte, Raccomandazioni, Risoluzioni.

Ma il punto centrale è già emerso, sia dal punto di vista del “chi”, sia da quello del “come” si regolano gli algoritmi (o algo-regole, volendo).

Per il giurista la difficoltà diviene anche quella di individuare la fonte adeguata alla regolazione. Possiamo pensare che sia la legge di un Parlamento nazionale a regolare la “produzione” di algoritmi?

Il mito secondo il quale la *la loi, expression de la volonté générale* (art. 6 dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789) sia la fonte idonea a regolare qualsiasi aspetto della vita umana è ampiamente superato.

E fenomeni globali come internet, la rete e le forme d’intelligenza artificiale sono sicuramente impossibili da ingabbiare in una legge nazionale⁹.

Possiamo avere forme di autoregolazione in via autonoma, cioè regole poste dagli stessi operatori della rete. Ma non possiamo pensare che le regole poste da Google o da IBM siano, nella loro non eteronomia, regole sufficienti a regolare il fenomeno. E tanto meno le regole tecniche poste dai tecnici di settore (informatici, fisici e così via).

Per un fenomeno nuovo e globale non possono servire che regole più globali possibili. E infatti per ora a cercare di regolare i fenomeni dell’intelligenza artificiale e degli algoritmi sono soprattutto carte sovranazionali o documenti di organismi etici e tecnici.

I tentativi di regolazione non provengono dai circuiti tradizionali della regolazione giuridica. Non sono i Parlamenti o i Governi a cercare di scrivere le norme di internet e degli algoritmi, ma sono organismi internazionali e organismi tecnici. Gli stati rischiano di essere relegati in posizione marginale, come se fossimo tornati in una sorta di medioevo giuridico.

Ciò accade per due ordini di ragioni. Innanzitutto, si tratta di fenomeni globali, che come tali non possono essere regolati a livello delle singole nazioni. In secondo luogo, si tratta di fenomeni a squisito contenuto tecnico, che come tali vanno regolati non a livello generale, ma a livello specifico. Intendo mettere in luce che la regolazione giuridica degli algoritmi va fatta necessariamente in chiave interdisciplinare cioè con la necessaria collaborazione tecnica di coloro che scrivono e progettano le macchine e il loro software. Altrimenti il regolatore solo giuridico rischia di porre norme del tutto avulse dal contesto operativo e come tali inutili o quanto meno poco performative.

Dal punto di vista contenutistico non abbiamo norme puntuali e precettive. Abbiamo piuttosto principi che si richiamo ai valori di fondo.

Sono formulati principi generali di equità, dignità, giustizia, al fine di tutelare anche rispetto alle nuove tecnologie il rispetto delle libertà e dei principali diritti individuali e collettivi. Più nello specifico, tali principi tendono a indirizzare anche in chiave etica alcuni problemi sono sollevati dal funzionamento dell’Intelligenza Artificiale, vale a dire quelli della qualità e della neutralità dei dati, della responsabilità di chi utilizza gli algoritmi, della trasparenza e dell’apertura di questi ultimi, nonché della tutela della *privacy*. L’obiettivo è mostrare come un uso scorretto delle tecnologie a nostra disposizione possa contribuire allo sviluppo di una società più ingiusta che alimenta le disuguaglianze, mentre la consapevolezza dei rischi che si corrono, nell’affidarsi alle macchine “intelligenti”, può aiutarci a minimizzare questi ultimi e a progettare un mondo migliore.

In buona sostanza, queste Carte sui fenomeni degli algoritmi non pongono vere e proprie norme, ma piuttosto principi, anche con un buon grado di vaghezza, cioè di elasticità che sta a mostrare non tanto l’esigenza di porre regole aperte, quanto piuttosto il grado ancora acerbo di regolazione giuridica di questi fenomeni, anche perché sono fenomeni del tutto nuovi per il giurista e per gran

⁹ D’altra parte, come rammentato da P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, 2012, 8, è proprio *la Rete ad essere «costituzionalmente» refrattaria a logiche regolative* che non siano quelle, appunto, del massimo pluralismo sul piano politico e sociale e della più vasta concorrenza su quello economico» (corsivo aggiunto).

parte ancora sconosciuti¹⁰. *Hic sunt leones*.

5. Verso un diritto algoritmico

Come insegnava Hans Jonas¹¹, nella sua fondazione ontologica dei caratteri dell'etica, ogni approccio etico deve considerare il mantenimento di un orizzonte a misura d'uomo. Del resto, l'integrazione regolatoria di principi etici nella nuova complessità sociotecnica è un tema sottolineato con energia già da Giovanni Sartor¹².

Sia la Carta sulla AI sia la Risoluzione del Parlamento europeo sulla robotica enunciano una serie di principi etici e deontologici, rivolti innanzitutto ai ricercatori, in maniera da garantire una serie di principi fondamentali, che ricordano molto le "leggi" di Asimov: beneficenza, non-malvagità, autonomia, giustizia.

A tal proposito il significato di beneficenza e non malvagità viene indissolubilmente legato ai principi fondamentali già esistenti nell'ordinamento comunitario, in particolare, è in forza dell'art. 2 della carta di Nizza che vengono individuata l'indispensabile primarietà della dignità umana, dell'eguaglianza, equità, non discriminazione, rispetto della vita privata.

Ma sono davvero regole o petizioni di principio? Del resto, la difficoltà di normare gli algoritmi viene compensata con il tentativo di porre principi prima ancora che regole.

Si tratta di capire non solo *quanto* diritto sia necessario, ma anche *quale* diritto. La tecnologia, nel suo insieme complesso di logica e schemi e codici, in alcuni casi sembra refrattaria alla giuridificazione, potrebbe atteggiarsi quasi a ordine spontaneo¹³ e finire per porre in luce una sorta di natura digitale delle cose, proponendo un giusnaturalismo algoritmico che però rischierebbe di rendere egemone solo l'etica della macchina o quella delle grandi società private di produzione avvinte dalle logiche del mercato. È in fondo la grande questione del nichilismo giuridico evocato da Irti e Severino e che non a caso vede come proprio fulcro proprio la tecnica, quella di un dominio impersonale governato da una logica e da una etica a-umane¹⁴.

Andiamo verso una tecnocrazia? Dove i diritti saranno disciplinati in maniera tecnica se non addirittura da macchine?

Il problema del futuro dei diritti nell'intreccio con l'intelligenza artificiale e lo sviluppo dei robot era già stato intuito da Bobbio, auspicando "che la storia conduca al Regno dei diritti dell'uomo anziché al Regno del Grande Fratello"¹⁵. I diritti umani devono cioè restare garanzia della persona umana contro ogni forma di potere e non certo diventare essi stessi strumento di esercizio di potere, per mezzo dello strumento informatico¹⁶.

Ad oggi, le grandi questioni socio-giuridiche involgenti algoritmi e robotica sono state svolte in prevalenza dal diritto civile, affrontando aspetti come la responsabilità, i risarcimenti, i contratti stipulati da agenti software autonomi. Ma non è solo un problema di responsabilità, che si può ridurre in termini di assicurazione obbligatoria o responsabilità per cose in custodia.

La tendenziale indistinzione tra pubblico e privato tipica della nuova globalizzazione e della società digitale sembrerebbe rendere recessiva la posizione del diritto pubblico.

In realtà, non è così; le grandi questioni poste dal diritto civile sollevano problemi tipicamente

¹⁰ C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

¹¹ H. JONAS, *Il principio responsabilità*, 1979.

¹² G. SARTOR, *Il diritto della rete globale*, Milano, 2003.

¹³ F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, 1973, ed. it. Milano, 2000.

¹⁴ N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.

¹⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 249 e, volendo, A. CELOTTO, *L'età dei "non" diritti*, Roma, 2018.

¹⁶ M. CARTABIA, *In tema di "nuovi" diritti*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, I, 643.

gius-pubblicistici.

Nel momento in cui si postula una tendenziale semi-soggettività dell'algoritmo, di una sua integrazione nell'ambiente sociale complesso, dovranno essere stabiliti nuovi diritti garantiti, nuove libertà, Queste macchine intelligenti dovranno avere una loro rappresentanza *lato sensu* politica, sindacale, potranno/dovranno votare?

È evidente come l'etica debba farsi, anche, norma. Una norma di diritto pubblico.

Il linguaggio algoritmico e l'immissione di "valori" in forma matematica nel corpo digitale di un algoritmo in fondo rispondono più alla struttura semio-narrativa della norma che non a quella della etica; anche in questo senso dovrà darsi una integrazione tra portato etico di responsabilizzazione e normativa in tema di responsabilità. È questa una necessità segnalata con forza da Harari, per rispondere a chi segnala che un algoritmo non potrà mai davvero comprendere l'etica¹⁷.

Ogni sistema tecnico ha una propria intrinseca razionalità che sostituisce l'etica umana; in questo senso la regolazione giuridica serve per integrare etica algoritmica tipica della razionalità tecnica e etica tipicamente umana.

È evidente che il *quantum* del diritto dovrebbe essere limitato, ma effettivo. Una raccolta precisa e puntuale che estragga da Carte, Convenzioni, Dichiarazioni, protocolli, risoluzioni il *proprium* di una normazione responsabilizzante, una autentica Costituzione algoritmica.

In questo senso, la responsabilizzazione etica della società digitale oltre a un momento "costituente" (anche la società digitale dovrà darsi una Costituzione, che origina sì dal moto spontaneo delle logiche tecniche ma anche dalla regolazione gius-pubblicistica che si faccia forza frenante per non disperdere i diritti fondamentali) deve darsi un suo Custode, che potrebbe essere una Autorità originante dalla fusione della Autorità per le telecomunicazioni e quella di protezione dei dati, una autentica Autorità della Società Digitale, comunque nazionale e in rete con omologhe Agenzie internazionali, che vigili e regoli progetti come quello citato, incoraggi la trasparenza e la piena tutela dei dati (una autentica etica del loro utilizzo, sottesa ad esempio al GDPR), l'emersione delle tecniche di progettazione, stabilisca anche mediante forme di *soft law* i punti fissi della nuova società popolata da macchine algoritmi. Una Autorità fatta da uomini, trasparente, democratica, accessibile. Per regolare gli algoritmi con la democrazia. E non viceversa.

¹⁷Y.N. ARARI, *21 Lezioni per il XXI Secolo*, ed italiana, Milano, 2018.

CARLO CASONATO

Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*

SOMMARIO: 1. Oggetto del lavoro: una AI costituzionalmente orientata? – 2. AI: chiarimenti e ambiti di applicazione – 3. AI, democrazia e sovranità popolare (art. 1) – 4. Il lavoro: potenzialità e rischi (artt. 1 e 4) – 5. AI e eguaglianza (art. 3): salute (art. 32) e giustizia (art. 111) – 6. AI e *privacy*: il rischio per antonomasia – 7. La decisione automatizzata – 7.1 Sostituzione v. assistenza 8. I diritti per una AI costituzionalmente orientata – 9. Conclusioni: le potenzialità della Costituzione italiana nell'orientare una disciplina della AI.

1. Oggetto del lavoro: una AI costituzionalmente orientata?

Nulla, al momento della scrittura della Costituzione repubblicana, poteva far intuire gli sviluppi scientifici e tecnologici che hanno portato all'intelligenza artificiale (d'ora in poi AI). Tuttavia, come peraltro già accaduto in tanti altri ambiti, la capacità adattiva dei principi contenuti nella Carta ne permette una efficace applicazione anche nei confronti di tale innovativo settore.

In questo contributo, dopo aver definito – per quanto possibile – cosa possa intendersi per AI, passerò in breve rassegna una molteplicità di disposizioni costituzionali per scoprirne le potenzialità tanto in termini di promozione della tecnologia (*ex art. 9 Cost.*), quanto in termini di protezione da un suo utilizzo sconsiderato. Fra le posizioni catastrofiste e quelle entusiaste, la linea di questo breve scritto privilegerà una via intermedia, tesa a all'individuazione dei principi, delle categorie e degli istituti in grado di dare un orientamento costituzionale alla AI.

2. AI: chiarimenti e ambiti di applicazione

L'esistenza di intelligenze non naturali, in senso lato definibili artificiali, è un dato che si ritrova in credenze e riflessioni sparse all'interno di una molteplicità di varianti spazio-temporali, in diversi miti, confessioni religiose, manifestazioni artistiche e speculazioni filosofiche¹. Il termine AI, tuttavia, è divenuto oggi frequente in riferimento alle capacità di apprendimento, ragionamento e autocorrezione da parte di sistemi informatici in grado di simulare specifiche funzioni dell'intelligenza umana.

La metà degli anni '50 del secolo scorso segna convenzionalmente la nascita della moderna idea di AI². Con il passare del tempo, e dopo il cosiddetto inverno della AI, tale tecnologia ha avuto uno sviluppo imponente e diffuso in una molteplicità di ambiti di applicazione. Dalla comunicazione alla difesa, dai trasporti alla giustizia, dalla medicina alla finanza, dall'insegnamento allo svago non

*Pubblicato anche in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), No 25 (2019), Special Issue 2/2019

¹ Nell'Iliade, ad esempio, si narra che Efesto, dio del fuoco, avesse costruito robot che lo potessero assistere negli spostamenti e nelle faccende domestiche. Lo stesso Efesto, avrebbe inoltre forgiato *Telos*, un gigante di rame che Zeus avrebbe regalato a Minosse per difendere Creta dai nemici. Una leggenda cinese narra di Huang Ti, il figlio del cielo, che sarebbe giunto sulla terra attorno al 2500 a.C. con servitori robot. Fra gli altri, M. NEGROTTI, *Towards a general theory of the artificial*, in *AI & Society*, 14, 2000, 268. In generale, S. FRANKLIN, *Artificial Intelligence, General*, in A.L.C. Runehov, L. Oviedo (eds), *Encyclopedia of Sciences and Religions*, 2013, Dordrecht.

² Nel 1955, si tenne una *Session on Learning Machines* in collegamento con una *Western Joint Computer Conference* a Los Angeles; nel 1956, i ricercatori di un *Summer Research Project on Artificial Intelligence* si riunirono presso il Dartmouth College; nel 1958, un simposio sulla *Mechanization of Thought Processes* fu convocato dal *National Physical Laboratory* britannico: N.J. NILSSON, *The quest for Artificial Intelligence*, Cambridge, 2009, 73.

paiono esserci ambiti dell'attività umana svolta con l'assistenza della tecnologia che non siano già stati (e ancor più saranno) pesantemente influenzati dall'utilizzo della AI.

Tale multiforme utilizzo ha condotto all'individuazione di definizioni assai diversificate, tanto che alcuni autori hanno calcolato non meno di un centinaio di definizioni non coincidenti di AI³. Così, si è parlato di sistemi informatici puramente *software-based*, come i meccanismi di assistenza vocale, riconoscimento facciale, analisi d'immagine e motori di ricerca che agiscono esclusivamente in una dimensione virtuale, contrapposti a quelli incorporati in dispositivi *hardware*, agenti concretamente nel mondo reale nelle vesti di robot avanzati, autoveicoli autonomi, droni o internet delle cose (*Internet of things: IoT*)⁴. Ancora, solo per fare un secondo esempio, si parla di *weak AI*, con riferimento agli algoritmi in grado di svolgere in maniera molto accurata uno specifico compito, e di *strong AI*, in relazione ai sistemi che, secondo alcuni, saranno in grado, in futuro, di compiere qualunque attività umana come e meglio degli umani. D'altro canto, si è proposto di sostituire il riferimento all'intelligenza con quello alla razionalità, intesa come la capacità di scegliere l'azione migliore da intraprendere per raggiungere un determinato obiettivo, dati determinati criteri da ottimizzare e una certa quantità di risorse disponibili⁵.

Nonostante questa varietà, e con un certo grado di approssimazione, una definizione di AI è stata data, a livello europeo, in riferimento ai sistemi che mostrano un comportamento intelligente attraverso l'analisi dell'ambiente in cui sono inseriti e l'adozione di azioni rivolte al raggiungimento di specifici obiettivi e connotate da un certo grado di autonomia⁶. Nonostante la sua genericità, questa definizione è sufficientemente esplicitiva allo scopo di individuare i profili giuridici idonei a orientare un utilizzo costituzionalmente orientato della AI.

3. AI, democrazia e sovranità popolare (art. 1)

La qualità democratica della Repubblica e la appartenenza al popolo della sovranità (ai sensi dell'art. 1 Cost.) sono prime caratteristiche che possono dare indicazioni utili per un impiego della AI che sia centrato sui valori costituzionali⁷.

Il discorso può farsi partire dagli studi secondo cui, già nel 2020, il volume dei dati trattati a livello planetario sarà di 44 zettabyte (unità di misura corrispondente a 10²¹ byte) equivalente, in termini

³ In generale, J. TURNER, *Robot Rules*, Cham, 2019.

⁴ Come per le precisazioni seguenti, cfr. il lavoro dell'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence nominato dalla Commissione europea su *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, Brussels, aprile 2019.

⁵ Il profilo definitorio è indagato da M.C. CARROZZA ET AL., *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 3, 2019, 243 ss.

⁶ Sono questi i termini della definizione di partenza dell'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, cit., che, a pag. 6, propone una definizione più articolata: «Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)».

⁷ Come in altre parti dello scritto, riprenderò in forma sintetica alcune considerazioni che ho più diffusamente argomentato in *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, numero speciale, 2019, 101-130.

minimamente più comprensibili, a un multiplo di quasi 8 miliardi di volte tutte le informazioni conservate nella biblioteca del Congresso di Washington⁸. Tale impressionante quantità di dati, riferibili alle attività più disparate quotidianamente svolte da ognuno di noi, costituisce una fonte di materia prima preziosissima (l'equivalente del petrolio del futuro, si è detto), la cui gestione però sfugge, per complessità, a qualunque mente umana. Al fine di stratificare i dati e di estrarne, quindi, un qualche significato compiuto (operazione di *data mining*), è necessario l'impiego di sofisticati sistemi di *AI*, gli unici in grado di compiere il passaggio dai dati all'informazione. Grazie a tali sistemi, alcune (poche) potentissime società sono in grado di svolgere un'operazione di profilazione (*profiling*) che permette di penetrare ad estrema profondità, anche se non sempre con equivalente accuratezza, l'identità personale, individuando i gusti e gli orientamenti complessivi di ognuno di noi⁹. E come accade per la pubblicità commerciale via internet, in cui vengono segnalate offerte sempre più corrispondenti al gradimento individuale al fine di far aumentare i consumi, i sistemi più avanzati di *AI* sono addestrati a dirigere, soprattutto attraverso i *social*, un flusso di informazioni di natura politica del tutto omogeneo e corrispondente alle preferenze manifestate dalla singola persona. I potenziali futuri elettori sono così esposti a notizie e segnalazioni, talvolta vere ma sempre più spesso false e costruite ad arte dagli stessi sistemi (dis)informatici, molto limitate, del tutto parziali e ritagliate su misura sulla base delle rispettive presunte preferenze. Si vengono così a produrre perlomeno quattro problemi di non poco conto in riferimento al carattere democratico dell'ordinamento¹⁰.

È del tutto verosimile, in primo luogo, che i destinatari delle informazioni non abbiano consapevolezza del carattere circoscritto e parziale di quanto viene loro inviato, confidando, anzi, in una presunta oggettività, completezza e neutralità della rete e dei *social*¹¹. Anche a motivo della difficoltà di comprendere i complicatissimi passaggi che portano la *AI* (attraverso le reti neurali artificiali) a elaborare un output sulla base di milioni di input, in secondo luogo, si rende estremamente complicato qualsiasi controllo sulla concreta veridicità e attendibilità delle informazioni fornite. Il fenomeno delle *fake news* pare, in questo senso, difficilmente affrontabile¹². In termini più ampi, in terzo luogo, lo stesso assetto plurale delle fonti di informazione è sottoposto ad una forte tensione; tensione che porta a indebolire quel *marketplace of ideas* su cui si basa una libera competizione pubblica, il circuito della responsabilità politica e, in ultima analisi, il cuore della logica democratica¹³. Pur evitando catastrofismi, si può segnalare, in quarto luogo, il rischio che un controllo così pervasivo, mirato e individualizzato da parte dei sistemi di *AI* arrivi a produrre effetti

⁸ Si veda, l'executive summary *Data Growth, Business Opportunities, and the IT Imperatives*, de *The Digital Universe of Opportunities: Rich Data and the Increasing Value of the IoT* (<https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/executive-summary.htm>), aprile 2014.

⁹ Si vedano, ad esempio, le interviste a diversi ricercatori pubblicate periodicamente su *AI Matters, AI profiles: an interview with*. In generale, L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2019, 319 ss.; P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 71 ss.

¹⁰ Per i primi tre, cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 1, 2019, 107.

¹¹ M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, 11, sottolinea il pericolo costituito dal fatto che, in realtà, «non siamo più liberi di pensare i nostri stessi pensieri [...]. È l'universo autistico in cui siamo rinchiusi anche se per lo più non ci facciamo caso».

¹² In generale, G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2018, 30 ss. Il fenomeno cd. della *black box*, su cui F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015, sarà trattato *infra*.

¹³ Y. BENCLER ET AL., *Understanding Media and Information Quality in an Age of Artificial Intelligence, Automation, Algorithms and Machine Learning*, in *Berkman Klein Center for Internet and Society, Harvard University* (<https://cyber.harvard.edu/>); D. SHULTZ, *Could Google influence the presidential election?*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), Oct. 25, 2016, Più in generale, Y. BENCLER, R. FARIS, H. ROBERTS, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, New York, 2018.

tali da offuscare lo stesso principio di sovranità popolare. Pur continuando ad appartenere formalmente al popolo, la sovranità sarebbe così sostanzialmente esercitata da quanti, per motivi di calcolo politico ed economico, sono in grado di influenzare una quantità di votanti tale da spostare l'esito complessivo della competizione elettorale¹⁴. Casi come la probabile influenza prodotta da Cambridge Analytica sulle più recenti elezioni presidenziali statunitensi o sulla Brexit (ma la stessa società ha ammesso di aver lavorato in occasione di oltre 200 votazioni sull'intero pianeta) possono ascrivere a tale segnalato rischio¹⁵; rischio che è in grado, fra l'altro, di produrre effetti che (ai sensi dell'art. 48 Cost.) tendono a negare non solo il carattere segreto del voto, ma anche la sua stessa libertà.

Il primo articolo della Costituzione italiana, allora, può costituire la base per tentare di impedire un impiego incontrollato della AI in termini di disinformazione e propaganda politica; un impiego che rischia di generare un modello diffuso di *bubble democracy*¹⁶, in cui i cittadini, anche in quanto elettori, sono confinati all'interno di sistemi di *social* sempre più chiusi e autoreferenziali, che li portano a ritenere le proprie idee le uniche plausibili, che impediscono un confronto reale e pluralista fra posizioni diverse e che, in ultima analisi, favoriscono una involuzione sociale e politica nel segno della frammentazione, della polarizzazione e della radicalizzazione, con un sostanziale svuotamento dall'interno della sovranità popolare¹⁷.

4. Il lavoro: potenzialità e rischi (artt. 1 e 4)

L'impatto del sempre più diffuso impiego della AI sul mercato del lavoro costituisce uno degli ambiti di studio più coltivati in questo settore¹⁸. Pur nella diversità dei campi analizzati e a fronte di cifre e previsioni non coincidenti, la maggior parte delle ricerche indica un iniziale saldo negativo rispetto al numero complessivo di posti di lavoro; saldo che si concentrerà, secondo molti, sulle mansioni più ripetitive, noiose, rischiose o pericolose. Allo stesso modo, in un lasso di tempo che però non sarà breve, si creeranno nuove professionalità legate, ad esempio, al *data mining*, alla programmazione ed al controllo delle modalità di autoapprendimento ed al funzionamento complessivo dell'AI. Molte altre mansioni, da quelle nel mondo medico all'ingegneria, dalla finanza ai trasporti, dalla telecomunicazione all'agricoltura, fino a quelle creative e artistiche subiranno un profondo mutamento e potranno migliorare in termini di rapidità, precisione ed efficienza complessiva¹⁹.

Un aspetto rilevante, in ogni caso, riguarda la diversa capacità che gli Stati potranno esprimere al fine di approfittare o meno delle opportunità della AI. Anche in questo ambito, infatti, diversi

¹⁴ S. ARAL, D. ECKLES, *Protecting elections from social media manipulation*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), 365 (6456), 2019, 858.

¹⁵ È del 28 giugno 2019 la notizia della multa di un milione di euro comminata dal Garante per la protezione dei dati personali italiano a Facebook per gli illeciti compiuti nell'ambito del caso Cambridge Analytica. In particolare, si è accertato che «57 italiani avevano scaricato l'app *Thisisyourdigitalife* attraverso la funzione Facebook login e che, in base alla possibilità consentita da questa funzione di condividere i dati degli "amici", l'applicazione aveva poi acquisito i dati di ulteriori 214.077 utenti italiani, senza che questi l'avessero scaricata, fossero stati informati della cessione dei loro dati e avessero espresso il proprio consenso a questa cessione» (*Cambridge Analytica: il Garante privacy multa Facebook per 1 milione di euro*, al sito telematico del Garante: <https://www.garanteprivacy.it>).

¹⁶ D. PALANO, *Verso una bubble-democracy*, in *Formiche* (<https://formiche.net/>), 2, 2017, 16.

¹⁷ Una discussione tecnica in M. BARHAMGI ET AL., *Social networks data analysis with semantics: application to the radicalization problem*, in *Journal of Ambient Intelligence and Humanized Computing*, 1, 2018.

¹⁸ Fra i più recenti, cfr. *Notes from the frontier: Modeling the impact of AI on the world economy* pubblicato nel settembre 2018 dal McKinsey Global Institute, da cui molti degli spunti di seguito riportati.

¹⁹ In generale, già M. FORD, *Rise of the Robots: Technology and the Threat of Jobless Future*, New York, 2015.

studi hanno dimostrato come la ricchezza e i benefici prodotti dall'innovazione in tale campo non si distribuiranno omogeneamente sul pianeta, ma si concentreranno in quelle economie che avranno adottato strategie di investimento mirate ed efficienti²⁰. Per quanto riguarda i lavoratori, così, è prevista, nell'arco dei prossimi dieci anni, una diminuzione di almeno il 10% (dal 40 al 30%) della richiesta di mansioni ripetitive e a basso tasso di abilità digitali; 10% che verrà acquisito dai lavori altamente tecnologizzati (che dovrebbero crescere dal 40 al 50%). In termini di reddito, la prima categoria di lavoratori potrà affrontare una stagnazione o una diminuzione complessiva, a vantaggio di un incremento della seconda. Se tali mutamenti non sono certo nuovi nel mondo del lavoro, avendo contraddistinto ogni precedente ondata di forte innovazione, la *AI* si caratterizza per la velocità con cui tali mutamenti avverranno; velocità che renderà molto complessa e praticamente impossibile, ad esempio, la conversione degli stessi lavoratori da una mansione non specializzata ad una fortemente specializzata. Su queste basi, si è calcolato che i Paesi che avranno la volontà politica e le capacità tecniche di investire in termini strutturali nella *AI* potranno vedere una crescita economica aggiuntiva stimata fra il 20 e il 25%; cifra che sarà irrecuperabilmente persa, forse in termini ancora più incisivi, dagli Stati che non avranno adottato simili strategie.

Quanto pare prospettarsi, insomma, è l'emersione di un forte rischio di *AI divide*, in termini di aumento della (già ampia) distanza fra Paesi, società e categorie di lavoratori – per così dire – *AI friendly* e non²¹.

Anche in questa prospettiva, la Costituzione italiana contiene indicazioni che dovrebbero orientare la politica a tenere conto della *AI* in termini globali, al fine, ad esempio, di arricchire i percorsi scolastici e universitari e di adeguare la formazione professionale (art. 35), di rendere il mercato del lavoro più equilibrato e pronto per le sfide tecnologiche, di preparare la società nel suo complesso a gestire consapevolmente un settore carico di potenzialità ma anche di rischi. Parafrasando l'art. 4 Cost., insomma, pare importante rivolgere un appello forte a che si promuovano, con strumenti aggiornati ed efficaci, le condizioni che potranno rendere effettivo il diritto al lavoro in una società satura di *AI*. Solo con questo impegno, da avviare in tempi rapidissimi, la Repubblica potrà, secondo l'imperativo dell'art. 1 e nel solco del principio lavorista, ritrovarsi fondata su un lavoro che non crei nuove e più profonde discriminazioni, ma si riveli vero motore di mobilità e arricchimento sociale e di realizzazione personale²².

5. AI e eguaglianza (art. 3): salute (art. 32) e giustizia (art. 111)

Le tecniche di *AI* possono essere utilmente impiegate per superare diseguaglianze di fatto e di diritto, ma possono anche nascondere gravi forme di discriminazione. Vista l'ampiezza del tema, ne tratterò, in questa sede, intrecciando due soli ambiti in qualche modo paradigmatici dei vantaggi e dei possibili rischi: quello riferito al diritto alla salute e quello relativo all'amministrazione della giustizia.

Nell'ambito della salute, la *AI* può essere efficacemente impiegata allo scopo di migliorare le tecniche di intervento piuttosto che a quello di permettere ad ognuno di sviluppare le proprie capacità, superando disabilità e svantaggi di diverso genere. Su questa linea, così, sono moltissimi gli ambiti che possono guadagnare in termini di maggior efficacia, velocità e accuratezza nel curare la salute delle persone: dall'assistenza agli anziani o ai bambini autistici alla diagnostica basata su

²⁰ Cfr., fra gli altri, *The Toronto Declaration: Protecting the rights to equality and non-discrimination in machine learning systems* in AccessNow (<https://www.accessnow.org/>) del 16 maggio 2018.

²¹ Fra gli altri, A. LÓPEZ PELÁEZ (ed.), *The Robotics Divide. A New Frontier in the 21st Century?*, London, 2014.

²² Su cui già C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, II, *La costituzione italiana*, in *Enciclopedia di diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 14.

brain imaging, dalla chirurgia robotica alla sperimentazione, dalla medicina di precisione alle protesi²³. In urgenza, per fare un esempio su cui vi è ormai molta letteratura, l'impiego di algoritmi permette di giungere ad ipotesi di diagnosi in tempi molto rapidi, confrontando simultaneamente migliaia di casi; in questo modo, la *AI* permette interventi rapidi e più efficaci sul malato, rendendo anche più celeri i flussi di pazienti in pronto soccorso²⁴. E nel settore chirurgico, l'impiego di macchinari robotizzati guidati anche dalla *AI* permette interventi complicatissimi, assicurando minore invasività, maggior precisione e accuratezza²⁵.

Nell'ambito della giustizia, in prospettiva equivalente, si sono proposte e talvolta impiegate tecniche di decisione assistite o addirittura affidate alla *AI*²⁶. A titolo di esempio, uno studio statunitense retrospettivo ha permesso di dimostrare come, con l'impiego della *AI*, si sarebbero potute adottare decisioni di rilascio su cauzione più mirate. In particolare, si sarebbero potuti scarcerare molti più indagati (il 25%), senza per questo far crescere i tassi di criminalità, oppure, a parità di numero di rilasci, si sarebbe potuto fra diminuire di oltre il 40% l'indice di criminalità²⁷. E l'algoritmo avrebbe anche ridotto le disparità di trattamento legate all'origine razziale delle persone coinvolte.

I dati complessivi al riguardo, tuttavia, sono discordanti e alcune ricerche hanno dimostrato come la *AI* possa funzionare sulla base degli stessi pregiudizi umani. Così, per motivi che vanno dall'incidenza statistica di alcuni fattori oggettivi fino ai criteri soggettivi individuati dai programmatori, si è rilevato come il colore della pelle abbia giocato in alcuni casi di applicazione algoritmica un ruolo rilevante nel valutare il rischio di pericolosità sociale degli imputati²⁸.

Nell'elaborare le proprie decisioni, inoltre, i sistemi informatici di *AI*, applicati alla giustizia come alla medicina, soffrono di un difetto di trasparenza che rischia di pregiudicarne all'origine l'utilizzo. Si tratta del cd. fenomeno della *black box*, secondo cui, con l'impiego soprattutto del *machine* e *deep learning*, non è dato comprendere, nemmeno ai programmatori, il percorso attraverso cui la macchina produce il risultato della propria attività²⁹. Tale profilo è particolarmente grave in quanto non permette di cogliere, né quindi di controllare, i passaggi alla base dell'esito raggiunto dal sistema. In quest'ottica, qualsiasi decisione giudiziaria affidata alla *AI* sarebbe attaccabile in quanto non provvista della necessaria motivazione (art. 111 Cost.), rendendo sostanzialmente incostituzionale ogni sistema di giustizia automatizzata. E se l'atto medico non gode della stessa

²³ UNESCO, *World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), Report on Robotics Ethics*, Paris, 14 September 2017, 30. In generale, si vedano gli articoli pubblicati nella rivista specializzata *Artificial Intelligence in Medicine* (<https://www.sciencedirect.com/journal/artificial-intelligence-in-medicine>).

²⁴ N. LIU ET AL., *Artificial intelligence in emergency medicine*, in *JECCM - Journal of Emergency and Critical Care Medicine* (<http://jeccm.amegroups.com/>), 2, 2018, 82, individuano i tre settori di principale utilizzo dell'*AI* nella medicina d'emergenza: «AI in predictive modeling, AI in patient monitoring, and AI in emergency department operations».

²⁵ D. HASHIMOTO ET AL., *Artificial Intelligence in Surgery: Promises and Perils*, in *Annals of Surgery*, 268(1), 2018, 70.

²⁶ In generale, cfr. A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, 2018.

²⁷ Si tratta di uno studio condotto sull'analisi retrospettiva di oltre 758.000 casi di decisioni relative al rilascio su cauzione adottate fra il 2008 e i 2013 nel distretto di New York. L'utilizzo di algoritmi di *AI* avrebbe potuto permettere la riduzione dell'indice di criminalità di quasi il 25% mantenendo inalterato il tasso di detenzione. Altrimenti, avrebbe potuto condurre ad una riduzione di oltre il 40% del tasso di carcerazione senza per questo aumentare i livelli di criminalità. J. KLEINBERG ET AL., *Human Decisions and Machine Predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 133(1), 1 February 2018, 241.

²⁸ Si veda il caso *Compas* ed altri riportati da A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 1, 2019; J. ZOU, L. SCHIEBINGER, *AI can be sexist and racist — it's time to make it fair*, in *Nature*, 559, 12 July 2018, 324; M. SUN, M. GERCHICK, *The Scales of (Algorithmic) Justice: Tradeoffs and Remedies*, in *AI Matters* (<https://www.aimatters.com/>), 2, 2019, 30; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>) 2, 2019, 284.

²⁹ Si veda il capitolo dedicato a *Inside the Black Box: Understanding AI Decision Making*, in S. MOHANTY, S. VYAS, *How to Compete in the Age of Artificial Intelligence*, Berkeley, 2018, 91.

garanzia costituzionale, è possibile dubitare della legittimazione complessiva di una medicina che basi le proprie decisioni su operazioni di carattere informatico di cui nessuno può garantire comprensione e controllo.

Altri profili possono condurre ad un accostamento fra medicina e giustizia teso a far emergere vantaggi e rischi dell'impiego dell'AI. Una sentenza frutto di un algoritmo programmato ed applicato in maniera corretta, ad esempio, potrebbe incarnare i requisiti di terzietà, imparzialità e predeterminazione, facendo paradossalmente assumere al giudice artificiale le vesti del perfetto giudice naturale (art. 25). E la ragionevole durata del processo sarebbe garantita fin da principio. Allo stesso tempo, però, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di ricondurre alla funzione giurisdizionale un'attività che funzionerebbe in termini prevalentemente probabilistici. La *Predictive Justice*, in questo senso, sarebbe in quanto tale *Justice*? In prospettiva più puntuale, la giustizia algoritmica potrebbe revocare in dubbio l'utilità dell'appello o del ricorso in Cassazione (verso un computer più potente? Verso una sezione composta, questa volta, da soli umani?) come del rivendicato (già nella *Magna Carta*) diritto ad un giudizio da parte dei propri pari; pari cui, in quanto tale, non potrebbe condursi nemmeno la più umanizzata delle macchine dotate di AI³⁰. Alla luce di rischi di questo genere, può indicarsi la legge di revisione della giustizia francese del marzo 2019 il cui art. 33 vieta l'utilizzo di strumenti destinati alla giustizia predittiva: «L'identità dei magistrati e dei funzionari del registro non possono essere utilizzati allo scopo di valutare, analizzare, confrontare o prevedere le loro pratiche professionali effettive o presunte»³¹.

In medicina, in termini simili, un dottore-robot potrebbe analizzare in tempo reale milioni di dati e informazioni cliniche, prospettando diagnosi e terapie basate sul confronto con moltissimi casi affini. Potrebbe trattare tutti i pazienti allo stesso modo senza sentire stanchezza o avere stringenti limiti di tempo. Un eguale distacco verso i malati, tuttavia, sarebbe difficilmente compatibile con le più recenti acquisizioni, anche legislative, in tema di umanizzazione della medicina, che hanno portato a qualificare la relazione medico-paziente in termini di cura e di fiducia³².

A fronte di tale quantità di possibili vantaggi e rischi, si conferma, anche in questi settori, l'esigenza che siano i principi costituzionali ricordati ad orientare la disciplina della AI e del suo utilizzo.

6. AI e privacy: il rischio per antonomasia

Proseguendo nell'analisi dei principi costituzionali che possono fungere da utile orientamento per la AI, un passaggio d'obbligo è costituito dalla cd. *privacy*. Riprendendo quanto detto in apertura in riferimento alla mole di dati in circolazione (44 zettabyte), può richiamarsi come le nostre attività quotidiane e l'ambiente che ci circonda presentino una infinità di occasioni per carpire e diffondere dati personali. L'azione combinata di ogni nostra ricerca sul computer o click sul telefonino con i pagamenti con carte di credito o debito, con i rapporti con la pubblica amministrazione, ma anche con ogni accensione della televisione e dei diversi dispositivi riconducibili alla IoT o con la circolazione nelle cd. *smart cities* crea una quantità ed una qualità di informazioni riconducibili ad

³⁰ Se ogni riferimento alla *reflective judiciary* (S. TURENNE (ed.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Cham, 2015) sarebbe improponibile, può ricordarsi come alcuni progetti, come AI4ALL (<http://ai-4-all.org/>), abbiano richiamato l'attenzione sulla necessità di ampliare la platea dei programmatori a donne, persone di colore e, in generale, alle categorie sociali meno rappresentate, come strumento per evitare che il funzionamento dei sistemi informatici sia viziato dai vari pregiudizi di cui soffrono tipicamente i maschi *Wasp*.

³¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Il divieto è assistito da una pesante sanzione penale.

³² Il riferimento va al primo articolo della legge n. 219 del 2017.

ogni singola persona tali da poterne tracciare un profilo dettagliato, comprensivo, ad esempio, dello stato di salute, del livello culturale ed economico, dei gusti alimentari, dell'orientamento sessuale e delle varie preferenze, fino all'affidabilità finanziaria o alla propensione a delinquere³³. Grazie all'utilizzo dell'AI, infatti, un volume di dati altrimenti ingestibile, può essere trattato con rapidità e precisione al fine di effettuare una profilazione individuale molto accurata³⁴. Si rende così evidente il rischio generalizzato di una diffusa e capillare intrusione nella sfera più intima di ognuno, con il rischio di una palese violazione del diritto alla riservatezza e di una esposizione di dati anche personali che potranno essere in futuro utilizzati in qualsiasi occasione, dalla richiesta di un mutuo ad un colloquio di lavoro fino alla determinazione del rischio di pericolosità sociale³⁵. E di fronte a tali rischi, può segnalarsi la decisione del *Board of Supervisors* della città di San Francisco del maggio 2019 che ha deciso di vietare l'utilizzo di software di riconoscimento facciale anche da parte della polizia³⁶.

In quanto dato costituzionale, il diritto alla riservatezza ha visto in origine una tutela ottenuta attraverso lo strumento del consenso informato. Nel corso del tempo, tuttavia, tale categoria si è dimostrata inefficace nel proteggere la persona nei confronti delle applicazioni delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), convertendosi da strumento a tutela della riservatezza della persona a mezzo attraverso il quale quotidianamente esponiamo i nostri dati a chiunque ci fornisca un servizio attraverso internet³⁷. È dato evidente, ad esempio, come ognuno di noi accetti le condizioni contrattuali legate alle varie applicazioni per i cellulari o per i computer senza nemmeno considerare la lettura delle stesse. In questi termini, il collegamento fra la necessaria informazione e la scelta da attuare viene solitamente reciso, portando alla diffusione di una forma di consenso consapevolmente disinformato. Si tratta – se vogliamo – di una peculiare forma di eterogenesi dei fini, in cui un istituto nato per tutelare la dimensione personale è divenuto una finzione e, anzi, si è trasformato nel mezzo più efficace per penetrarla e per esporci quotidianamente alla profilazione di ogni nostra dimensione e attività.

A fronte di questa situazione, si potrebbe, senza qualche difficoltà, abbandonare l'impostazione individualista del consenso e rinforzarlo attraverso una garanzia posta (anche) a livello statale. Senza arrivare a posizioni apertamente paternaliste, si potrebbe fare riferimento al secondo comma dell'art. 41 Cost., imponendo alle imprese che gestiscono i dati limiti corrispondenti all'utilità sociale e al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

7. La decisione automatizzata

Questa breve rassegna di principi costituzionali in grado di orientare la AI ed il suo utilizzo potrebbe proseguire. Si pensi, ad esempio, alla cd. agricoltura di precisione, in cui, attraverso l'analisi dei dati e l'impiego di droni si potrebbe passare da un impiego generalizzato e preventivo

³³ In generale, F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

³⁴ In generale, B.C. Newell, T. Timan, B.J. Koops (eds.), *Surveillance, Privacy, and Public Space*, London, 2017.

³⁵ La letteratura è sul punto sterminata. In termini generali, S. GUTWIRTH, P. DE HERT, R. LEENES, *Data protection on the Move*, Dordrecht, 2016. Su un utilizzo particolarmente inquietante dei dati da parte del governo cinese, K. ROTH, M. WANG, *Data Leviathan: China's Burgeoning Surveillance State*, in *The New York Review of Books*, August 16, 2019.

³⁶ Ne ha dato notizia il *New York Times* (<https://www.nytimes.com/>) del 14 maggio 2019. Cfr. anche *San Francisco residents question city's facial recognition ban*, in *Biometric Technology Today* (<https://www.sciencedirect.com/journal/biometric-technology-today>), 6, 2019, 1.

³⁷ Cfr. in generale, J.E. COHEN, *What privacy is for*, in *Harvard Law Review*, 126, 2012, 1904. Il regolamento (UE) 2016/679 (il cd. GDPR: *General Data Protection Regulation*) considera ancora il consenso informato quale pietra angolare della tutela dei dati personali, dimostrandosi così un'arma del tutto spuntata rispetto alle innovazioni nel campo dell'ICT ottenute attraverso l'AI.

di pesticidi all'individuazione delle singole piante da trattare e ad interventi specifici e mirati. Tale strategia permetterebbe di ridurre in termini considerevoli l'utilizzo di sostanze chimiche a beneficio della tutela ambientale (art. 9, secondo comma, Cost.) e della salute collettiva (art. 32). Un altro esempio può riferirsi all'impiego dei droni in scenari bellici che, attraverso tecniche di riconoscimento facciale e di bombardamento mirato, sono utilizzati per eliminare terroristi o presunti tali. Al di là delle possibili imprecisioni nelle tecniche utilizzate, tale strategia potrebbe trovare, in Italia, un ostacolo generalizzato nel proclamato ripudio della guerra come «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali» (art. 11 Cost.).

A fronte della molteplicità dei possibili rilievi costituzionali in tema di *AI*, quanto qui interessa porre in evidenza è una ultima questione, a mio avviso centrale: quella riferibile alla possibilità di assumere decisioni che incidono significativamente su una persona e sui suoi diritti grazie all'assistenza di sistemi di *AI* o addirittura attraverso la sostituzione della componente umana con quella tecnologica³⁸.

7.1. Sostituzione v. assistenza

Un giudizio d'insieme e generalizzato sull'opportunità di una sostituzione della decisione umana con quella automatizzata non è agevole. Come visto, ci sono ambiti in cui paiono prevalere i vantaggi ed altri in cui sono i rischi ad imporsi. Alcuni autori, tuttavia, sostengono una superiorità complessiva dell'*AI* rispetto all'intelletto umano. A causa del rumore di fondo che caratterizzerebbe quest'ultimo, dovuto a componenti riconducibili alla nostra storia personale, agli affetti o alle persone di cui ci fidiamo, sarebbe così consigliabile, in un futuro prossimo in cui la *AI* potrà gestire una sufficiente mole di dati, far prendere le decisioni più rilevanti ad essa. Lo psicologo Daniel Kahneman, considerato uno dei padri della economia comportamentale e premio Nobel nel 2002, sostiene l'impossibilità di esprimere scelte umane realmente razionali³⁹. In una sorta di precomprensione totale, gli uomini assumerebbero decisioni del tutto illogiche e insensate, e solo in un secondo tempo creerebbero argomenti falsamente ragionevoli per supportarle. Su questa linea, Kahneman ha sostenuto che la *AI* «will make better choices for the individual because it will be noise free»⁴⁰.

A fronte di questa impostazione, ritengo che l'intelligenza umana possa essere utilmente supportata, ma non debba essere sostituita integralmente da quella artificiale. I motivi alla base di questa opinione sono di natura sia tecnica, sia filosofico-antropologica più ampia.

a) Da un punto di vista tecnico, in primo luogo, si registra come le macchine dotate di *AI* siano insuperabili nello svolgere alcune funzioni (*weak AI*), ma siano ben lontane dal replicare l'insieme complessivo delle abilità e dei comportamenti umani (*strong AI*). Inoltre, anche nello svolgere specifici compiti come il riconoscimento di visi o di immagini i sistemi di *AI* hanno dimostrato di incorrere in errori che sarebbero evidenti ad ogni persona⁴¹.

³⁸ In questa parte del lavoro, riprendo, sintetizzandole ed aggiornandole, considerazioni già svolte in *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit.

³⁹ Si vedano le posizioni dell'autore espresse al *World Business Forum* di New York nel novembre 2018. In Italia, sono state riprese da *La Stampa* del 16 novembre.

⁴⁰ Cfr. la conferenza *The Economics of AI* (13-14 settembre 2017, Toronto). La dichiarazione è attribuita a Kahneman da J. ΠΕΤΗΟΚΟΥΚΙΣ, *Nobel laureate Daniel Kahneman on AI: 'It's very difficult to imagine that with sufficient data there will remain things that only humans can do'*. Cfr. Anche J.N. ΜΑΘΙΑΣ, *Bias and Noise: Daniel Kahneman on Errors in Decision-Making*, in *Medium* (<https://medium.com/>), 17 ottobre 2017:

⁴¹ Si è dimostrato, ad esempio, come l'accuratezza del riconoscimento facciale dipenda da variabili strettamente legate alle caratteristiche etnico-razziali e sessuali: I. RAJ, J. BUOLAMWINI, *Actionable Auditing: Investigating the Impact*

b) In secondo luogo, sempre da un punto di vista tecnico, non pare potersi sostenere che le logiche algoritmiche siano di per sé più neutrali ed oggettive dei ragionamenti umani che pure stanno alla base della loro costruzione, programmazione e funzionamento. Tanto la scelta degli algoritmi con cui equipaggiare la macchina, quanto la selezione degli scenari e degli esempi con cui “nutrirla”, ad esempio, sono operazioni affidate all’operatore umano⁴². In questa logica, si può affermare che il pensiero artificiale è comunque, perlomeno nelle sue condizioni iniziali di base, influenzato a monte dal pensiero umano e dalla sua variabilità, incostanza e discrezionalità.

c) In terzo luogo, il segnalato fenomeno della *black box* si pone come ostacolo forte, di natura tecnica, alla possibilità di tracciare i passaggi logico-argomentativi che permettono alla macchina di decidere in autonomia: se l’output finale del procedimento è noto, non lo è l’iter che lo ha generato. Stando così le cose, non pare possibile verificare, anche da un punto di vista sperimentale, la congruità dei passaggi svolti e quindi la correttezza dell’attività interna alla base della decisione.

A fronte di tali tre obiezioni tecniche all’ipotesi della sostituzione, si potrebbe dare una risposta basata sul fatto che nel tempo si troveranno gli strumenti per (a) superare la limitazione nelle capacità dell’AI, (b) la sua non neutralità e (c) opacità. Non può infatti escludersi che, in futuro, la *strong AI* diventi realtà (a); che la AI diventi responsabile della propria stessa programmazione (b); che i progressi tecnologici possano rendere comprensibili le operazioni interne al *machine learning* (c).

In ogni caso, tuttavia, mi pare rimangano alcune questioni non superabili di natura filosofico-antropologica. Da più parti ad esempio, si sostiene che alcune qualità umane non potranno mai essere sostituite da componenti artificiali: si tratta, a seconda delle impostazioni, dell’immaginazione; della capacità di dare vita a processi creativi; della coscienza, intesa secondo la teoria dell’informazione integrata; di creatività e ispirazione, empatia ed emozioni⁴³. E anche il beneficio del dubbio, con il correlato senso di curiosità, e il “sapere di non sapere” sono caratteristiche che contraddistinguono l’umano e la sua ricerca di senso.

L’ipotesi più convincente, quindi, riguarda non la completa sostituzione dell’umano con la AI, ma un’attività di assistenza: una collaborazione in termini di sussidiarietà, in cui ogni parte svolge i compiti che maggiormente le si addicono. Per quanto riguarda l’amministrazione della Giustizia, così, si sono sottolineati i possibili vantaggi del supporto algoritmico in termini, ad esempio, di rapidità e ampiezza dell’istruttoria; di completezza degli elementi su cui costruire la decisione; di certezza (o esattezza) del diritto⁴⁴. E nell’ambito medico – per mantenere la simmetria utilizzata in precedenza – l’esame umano di traccati e risonanze potrebbe certamente avvalersi di elaborazioni *statistiche* che solo la AI può fare sulla base di quantità di dati e di raffronti altrimenti ingestibili, come il ricercatore che lavora sulla medicina di precisione non potrebbe concretamente svolgere i propri studi senza l’ausilio della AI.

of Publicly Naming Biased Performance Results of Commercial AI Products. Conference on Artificial Intelligence, Ethics, and Society, pubblicato nel sito del MIT Media Lab (<https://www.media.mit.edu/>) il 24 gennaio 2019: In generale, A. ROSENFELD, R. ZEMEL, J.K. TSOTSOS, *The Elephant in the Room*, 9 agosto 2018, reperibile al sito della Cornell University (<https://www.cornell.edu/>).

⁴² In generale, G-Z. YANG, P. DARIO, D. KRAGIC, *Social robotics—Trust, learning, and social interaction*, in *Science Robotics* (<https://robotics.sciencemag.org/>), 3(21), 2018.

⁴³ Si tratta, rispettivamente, di: Peter Ware Higgs, premio Nobel per la Fisica nel 2013; Marc Mézard, fisico, direttore della *École Normale Supérieure* di Parigi; Giulio Tononi, psichiatra e neuroscienziato italiano, direttore del Center for Sleep and Consciousness dell’Università del Wisconsin; Roberto Cingolani, fisico, direttore scientifico dell’Istituto Italiano di Tecnologia (IIT) di Genova.

⁴⁴ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3, 2018, 878 e C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019, 556; C. BARBARO, Y. MENECEUR, *Issues in the use of artificial intelligence (AI) algorithms in judicial systems*, in European Commission for the Efficiency of Justice Newsletter (<https://www.coe.int/en/web/cepej>), Council of Europe, n. 16, August 2018, 3.

Su queste basi, si possono fissare almeno tre profili all'interno dei quali proporre nuove (o rinnovate) posizioni giuridiche che permettano di favorire una relazione uomo-AI equilibrata e costituzionalmente orientata.

8. I diritti per una AI costituzionalmente orientata

a) Un primo diritto che si dovrebbe poter invocare di fronte all'utilizzo della AI è quello di ottenere una spiegazione dei passaggi attraverso i quali la macchina ha generato il proprio risultato. Non si tratterebbe di una illustrazione tecnico-informatica, inaccessibile ai più, ma di un chiarimento dato in termini comprensibili delle logiche che hanno permesso alla macchina di esercitare l'autonomia alla base della propria decisione. In questo modo, si estenderebbe il diritto alla motivazione, espressamente previsto in Costituzione (111, sesto comma) per i provvedimenti giurisdizionali e dalla legge 241 del 1990 (art. 3) per quelli amministrativi, ad ogni decisione, pubblica o privata, che possa incidere sulla posizione giuridica dell'interessato⁴⁵.

Tale diritto, ad oggi, imporrebbe alla tecnologia informatica un onere che alcuni considerano tecnicamente insostenibile o impossibile da reggere. A fronte della sostanziale mancanza di legittimazione di ogni decisione di cui non si possano comprendere le motivazioni, pure, si sono avviati numerosi studi orientati, da un lato, a rendere trasparenti le logiche del *machine learning* e, dall'altro, a superare tali tecniche e ad adottare sistemi differenti che possano garantire una maggiore trasparenza⁴⁶. In ogni caso, la proposta di un diritto così significativo e pregnante come quello alla motivazione non pare poter essere ostacolato a motivo delle difficoltà tecniche legate al suo rispetto.

b) Una seconda posizione giuridica soggettiva cui si potrebbe attribuire rilievo sostanzialmente costituzionale consiste nel diritto ad essere resi consapevoli della natura, umana o artificiale, del proprio interlocutore⁴⁷. A fronte della possibilità tecnica di creare sistemi artificiali che possano essere confusi con persone umane (su questo si basava già il test di Turing)⁴⁸, pare essenziale confermare tale diritto per una serie di motivi. Fra questi, si può richiamare il diritto ad essere correttamente informati riguardo alle possibili conseguenze delle attività che conduciamo nella nostra vita quotidiana. Una macchina potrebbe immettere all'istante in un circuito potenzialmente globale e incontrollato (il *cloud*) tutti i dati che ad essa trasmettiamo; non sapendo se stiamo colloquiando con un nostro simile o con una macchina, rischieremo di perdere definitivamente il controllo su di essi. L'impiego di robot antropomorfi in taluni settori, inoltre, solleva questioni di particolare rilievo. Potremmo sentirci raggirati o traditi, ad esempio, nel momento in cui consegniamo la nostra salute, le nostre confidenze o i nostri affetti a robot antropomorfi che riteniamo essere umani. E l'ignoranza sulla natura del nostro interlocutore potrebbe generare fraintendimenti, falsi affidamenti o tradire eventuali aspettative di comprensione empatica.

⁴⁵ Sull'utilizzo della AI da parte della pubblica amministrazione, fra gli altri, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*. *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, entrambi in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 5 e 43; I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 4, 2019, 86.

⁴⁶ C. RUDIN, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, in *Nature Machine Intelligence (https://www.nature.com/natmachintell/)*, 1, 2019, 206.

⁴⁷ Sull'opportunità che «people have a right to know whether they are dealing with a human being or with an AI artefact» si interroga lo *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous Systems"*, dello *European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE)*, Brussels, 9 March 2018, 11.

⁴⁸ Si tratta del famoso test in grado di rilevare, negli intendimenti dell'autore, se una macchina è in grado di pensare, di farlo autonomamente e di farlo come un essere umano: A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 59, 1950, 433 ss.

In ultima analisi, la non conoscenza del carattere umano o artificiale della nostra controparte, perlomeno nello svolgimento di alcune attività, potrebbe avere ripercussioni sulla nostra dignità. Come affermato in un rapporto dell'Unesco, «Dignity is inherent to human beings, not to machines or robots. Therefore, robots and humans are not to be confused even if an android robot has the seductive appearance of a human, or if a powerful cognitive robot has learning capacity that exceeds individual human cognition»⁴⁹.

c) La terza posizione da proporre nella relazione uomo-AI consiste nel diritto ad essere destinatari di decisioni che siano il risultato di un processo in cui sia presente una significativa componente umana⁵⁰. Tale posizione si collega, in primo luogo, alla opportunità di ricevere provvedimenti che in qualche modo siano espressione di nostri pari; opportunità che per alcune decisioni non trascurabili, come per quelle giurisdizionali, è già riconosciuta attraverso una interpretazione dei dati giuridici esistenti (il tradizionale diritto ad una *jury of peers*). Il diritto ad una decisione almeno in parte umana può collegarsi, in secondo luogo, alle segnalate possibilità di errore e pregiudizio che, almeno per ora, contraddistinguono le operazioni algoritmiche alla base della AI. Nella stessa ottica, in terzo luogo, il fenomeno della *black box* e la mancanza di trasparenza ad esso collegata milita a favore di una supervisione umana del procedimento⁵¹. E questo, non solo per i provvedimenti di carattere giuridico (amministrativi o giurisdizionali) ma per ogni decisione pubblica o privata la cui rilevanza e le cui ricadute concrete sulle persone impongano l'opportunità di un vaglio dell'apparato motivazionale. In questi termini, da ultimo, il diritto ad una decisione non interamente automatizzata si basa anche sulla necessità di individuare la titolarità della funzione esercitata e la rispettiva responsabilità complessiva⁵².

Alcuni segnali nella direzione di un riconoscimento della posizione in parola vengono dal diritto dell'UE e, in particolare dal citato GDPR (regolamento 2016/679 *General Data Protection Regulation*). Al considerando 71, tale atto indica che l'interessato «dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani».⁵³ E l'art. 22 dello stesso regolamento (Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche) inizia con «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»⁵⁴. La bontà di

⁴⁹ Report of COMEST on Robotics Ethics, cit., 50.

⁵⁰ Cfr. A. PAJNO ET AL., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 3, 2019, 205 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 56, ne parla in termini di principio di non esclusività.

⁵¹ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., ne parla in termini di principi di conoscibilità e di comprensibilità.

⁵² Nell'ambito del pubblico, perlomeno, i funzionari e i dipendenti dello Stato sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti (art. 28 Cost.).

⁵³ Il considerando prosegue indicando che tale trattamento «comprende la 'profilazione', che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

⁵⁴ Un commento in L.A. BYGRAVE, *EU data protection law falls short as desirable model for algorithmic regulation*, in L. ANDREWS ET AL., *Algorithmic Regulation*, cit., 31. Tale disposizione trova un diretto precedente nell'art. 15 della (ora abrogata) direttiva europea n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

tali disposizioni rischia peraltro di essere pregiudicata a motivo delle eccezioni che lo stesso regolamento prevede nei casi in cui la decisione «a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; [...] c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato». Tale ultima clausola, in particolare, permette di svuotare di tutela sostanziale gran parte del diritto a una decisione non completamente automatizzata, visto la logica “disinformata” con cui – come accennato – gestiamo regolarmente i nostri consensi.

9. Conclusioni: le potenzialità della Costituzione italiana nell'orientare una disciplina della AI

La Costituzione italiana affida alla Repubblica il compito di promuovere la ricerca scientifica e tecnica (art. 9), ricordando come la scienza debba procedere in un regime di libertà (art. 33). Le sue applicazioni, quando siano fatte proprie dall'iniziativa economica privata, non possono tuttavia contrastare l'utilità sociale né recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Che sia in mano privata o pubblica, inoltre, l'attività economica può essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41).

Tali principi possono costituire un efficace cornice entro cui inserire una regolamentazione della AI costituzionalmente orientata, che la indirizzi verso scopi di progresso scientifico, economico e sociale, oltre che di generale benessere.

Per raggiungere tale risultato, tuttavia, è necessario che la riflessione etica e giuridica e che la costruzione di una disciplina adeguata procedano in tempi rapidi, di pari passo con la velocità dei progressi scientifici. È essenziale, infatti, che il diritto non inseguia le applicazioni della AI, ma che intervenga a monte, ponendo principi e regole *by design* – per così dire.

Tale esigenza è presente a molti ricercatori che hanno indicato come la AI possa trovare una legittimazione complessiva solo a condizione di un suo utilizzo adeguatamente disciplinato; e sulla stessa linea, si sono mosse alcune delle società che maggiormente fanno ricerca e impiegano tale tecnologia⁵⁵.

Le sfide da affrontare, però, sono molte e particolarmente impegnative. Esse riguardano, per fare qualche esempio, la capacità da parte statale di regolare settori economici in cui le parti private svolgono un ruolo dominante; la possibilità di agire a livello non solo nazionale o internazionale, ma globale, vista la mobilità del *cloud*; l'abilità nel catalizzare una condivisione d'insieme su principi, diritti e doveri di nuova generazione; l'attitudine a rendere consapevole e avvertita la popolazione, a partire dalle generazioni più giovani, delle potenzialità e dei rischi della AI⁵⁶.

Si delinea, insomma, una nuova fase di riflessione sui poteri pubblici e privati e sul ruolo del diritto e dei diritti. Si tratta di una fase che, nel guardare alla disciplina dell'artificiale, dovrà anzitutto guardare al ruolo e alle prerogative che vorremo riservare all'umano; una fase in cui – come illustrato – la Costituzione italiana può dare una molteplicità di spunti di forte interesse.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, J. HEMPEL, *Fei-Fei Li's Quest to Make AI Better for Humanity*, in *Wired* (<https://www.wired.com>), 13 novembre 2018.

⁵⁶ Spunti in prospettiva bioetica IN S. QUINTARELLI ET AL., *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull'Intelligenza Artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 3, 2019, 183 ss. Fra i molti altri, cfr. L. FLORIDI ET AL., *14People—An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Mind and Machine*, (28)4, 2018, 689 ss., in L. FLORIDI, J. COWLS, *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, in *Harvard Data Science Review* (<https://hdsr.mitpress.mit.edu/>) (1) 1, 2019, si aggiunge ai quattro tradizionali principi della bioetica princialista (*beneficence, non-maleficence, autonomy, and justice*) il concetto di *explicability*.

CARLO CASONATO

Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*

SOMMARIO: 1. Oggetto del lavoro: una AI costituzionalmente orientata? – 2. AI: chiarimenti e ambiti di applicazione – 3. AI, democrazia e sovranità popolare (art. 1) – 4. Il lavoro: potenzialità e rischi (artt. 1 e 4) – 5. AI e eguaglianza (art. 3): salute (art. 32) e giustizia (art. 111) – 6. AI e *privacy*: il rischio per antonomasia – 7. La decisione automatizzata – 7.1 Sostituzione v. assistenza 8. I diritti per una AI costituzionalmente orientata – 9. Conclusioni: le potenzialità della Costituzione italiana nell'orientare una disciplina della AI.

1. Oggetto del lavoro: una AI costituzionalmente orientata?

Nulla, al momento della scrittura della Costituzione repubblicana, poteva far intuire gli sviluppi scientifici e tecnologici che hanno portato all'intelligenza artificiale (d'ora in poi AI). Tuttavia, come peraltro già accaduto in tanti altri ambiti, la capacità adattiva dei principi contenuti nella Carta ne permette una efficace applicazione anche nei confronti di tale innovativo settore.

In questo contributo, dopo aver definito – per quanto possibile – cosa possa intendersi per AI, passerò in breve rassegna una molteplicità di disposizioni costituzionali per scoprirne le potenzialità tanto in termini di promozione della tecnologia (ex art. 9 Cost.), quanto in termini di protezione da un suo utilizzo sconsiderato. Fra le posizioni catastrofiste e quelle entusiaste, la linea di questo breve scritto privilegerà una via intermedia, tesa a all'individuazione dei principi, delle categorie e degli istituti in grado di dare un orientamento costituzionale alla AI.

2. AI: chiarimenti e ambiti di applicazione

L'esistenza di intelligenze non naturali, in senso lato definibili artificiali, è un dato che si ritrova in credenze e riflessioni sparse all'interno di una molteplicità di varianti spazio-temporali, in diversi miti, confessioni religiose, manifestazioni artistiche e speculazioni filosofiche¹. Il termine AI, tuttavia, è divenuto oggi frequente in riferimento alle capacità di apprendimento, ragionamento e autocorrezione da parte di sistemi informatici in grado di simulare specifiche funzioni dell'intelligenza umana.

La metà degli anni '50 del secolo scorso segna convenzionalmente la nascita della moderna idea di AI². Con il passare del tempo, e dopo il cosiddetto inverno della AI, tale tecnologia ha avuto uno sviluppo imponente e diffuso in una molteplicità di ambiti di applicazione. Dalla comunicazione alla difesa, dai trasporti alla giustizia, dalla medicina alla finanza, dall'insegnamento allo svago non

*Pubblicato anche in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), No 25 (2019), Special Issue 2/2019

¹ Nell'Iliade, ad esempio, si narra che Efesto, dio del fuoco, avesse costruito robot che lo potessero assistere negli spostamenti e nelle faccende domestiche. Lo stesso Efesto, avrebbe inoltre forgiato *Telos*, un gigante di rame che Zeus avrebbe regalato a Minosse per difendere Creta dai nemici. Una leggenda cinese narra di Huang Ti, il figlio del cielo, che sarebbe giunto sulla terra attorno al 2500 a.C. con servitori robot. Fra gli altri, M. NEGROTTI, *Towards a general theory of the artificial*, in *AI & Society*, 14, 2000, 268. In generale, S. FRANKLIN, *Artificial Intelligence, General*, in A.L.C. Runehov, L. Oviedo (eds), *Encyclopedia of Sciences and Religions*, 2013, Dordrecht.

² Nel 1955, si tenne una *Session on Learning Machines* in collegamento con una *Western Joint Computer Conference* a Los Angeles; nel 1956, i ricercatori di un *Summer Research Project on Artificial Intelligence* si riunirono presso il Dartmouth College; nel 1958, un simposio sulla *Mechanization of Thought Processes* fu convocato dal *National Physical Laboratory* britannico: N.J. NILSSON, *The quest for Artificial Intelligence*, Cambridge, 2009, 73.

paiono esserci ambiti dell'attività umana svolta con l'assistenza della tecnologia che non siano già stati (e ancor più saranno) pesantemente influenzati dall'utilizzo della AI.

Tale multiforme utilizzo ha condotto all'individuazione di definizioni assai diversificate, tanto che alcuni autori hanno calcolato non meno di un centinaio di definizioni non coincidenti di AI³. Così, si è parlato di sistemi informatici puramente *software-based*, come i meccanismi di assistenza vocale, riconoscimento facciale, analisi d'immagine e motori di ricerca che agiscono esclusivamente in una dimensione virtuale, contrapposti a quelli incorporati in dispositivi *hardware*, agenti concretamente nel mondo reale nelle vesti di robot avanzati, autoveicoli autonomi, droni o internet delle cose (*Internet of things: IoT*)⁴. Ancora, solo per fare un secondo esempio, si parla di *weak AI*, con riferimento agli algoritmi in grado di svolgere in maniera molto accurata uno specifico compito, e di *strong AI*, in relazione ai sistemi che, secondo alcuni, saranno in grado, in futuro, di compiere qualunque attività umana come e meglio degli umani. D'altro canto, si è proposto di sostituire il riferimento all'intelligenza con quello alla razionalità, intesa come la capacità di scegliere l'azione migliore da intraprendere per raggiungere un determinato obiettivo, dati determinati criteri da ottimizzare e una certa quantità di risorse disponibili⁵.

Nonostante questa varietà, e con un certo grado di approssimazione, una definizione di AI è stata data, a livello europeo, in riferimento ai sistemi che mostrano un comportamento intelligente attraverso l'analisi dell'ambiente in cui sono inseriti e l'adozione di azioni rivolte al raggiungimento di specifici obiettivi e connotate da un certo grado di autonomia⁶. Nonostante la sua genericità, questa definizione è sufficientemente esplicitiva allo scopo di individuare i profili giuridici idonei a orientare un utilizzo costituzionalmente orientato della AI.

3. AI, democrazia e sovranità popolare (art. 1)

La qualità democratica della Repubblica e la appartenenza al popolo della sovranità (ai sensi dell'art. 1 Cost.) sono prime caratteristiche che possono dare indicazioni utili per un impiego della AI che sia centrato sui valori costituzionali⁷.

Il discorso può farsi partire dagli studi secondo cui, già nel 2020, il volume dei dati trattati a livello planetario sarà di 44 zettabyte (unità di misura corrispondente a 10²¹ byte) equivalente, in termini

³ In generale, J. TURNER, *Robot Rules*, Cham, 2019.

⁴ Come per le precisazioni seguenti, cfr. il lavoro dell'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence nominato dalla Commissione europea su *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, Brussels, aprile 2019.

⁵ Il profilo definitorio è indagato da M.C. CARROZZA ET AL., *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 3, 2019, 243 ss.

⁶ Sono questi i termini della definizione di partenza dell'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, cit., che, a pag. 6, propone una definizione più articolata: «Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)».

⁷ Come in altre parti dello scritto, riprenderò in forma sintetica alcune considerazioni che ho più diffusamente argomentato in *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, numero speciale, 2019, 101-130.

minimamente più comprensibili, a un multiplo di quasi 8 miliardi di volte tutte le informazioni conservate nella biblioteca del Congresso di Washington⁸. Tale impressionante quantità di dati, riferibili alle attività più disparate quotidianamente svolte da ognuno di noi, costituisce una fonte di materia prima preziosissima (l'equivalente del petrolio del futuro, si è detto), la cui gestione però sfugge, per complessità, a qualunque mente umana. Al fine di stratificare i dati e di estrarne, quindi, un qualche significato compiuto (operazione di *data mining*), è necessario l'impiego di sofisticati sistemi di *AI*, gli unici in grado di compiere il passaggio dai dati all'informazione. Grazie a tali sistemi, alcune (poche) potentissime società sono in grado di svolgere un'operazione di profilazione (*profiling*) che permette di penetrare ad estrema profondità, anche se non sempre con equivalente accuratezza, l'identità personale, individuando i gusti e gli orientamenti complessivi di ognuno di noi⁹. E come accade per la pubblicità commerciale via internet, in cui vengono segnalate offerte sempre più corrispondenti al gradimento individuale al fine di far aumentare i consumi, i sistemi più avanzati di *AI* sono addestrati a dirigere, soprattutto attraverso i *social*, un flusso di informazioni di natura politica del tutto omogeneo e corrispondente alle preferenze manifestate dalla singola persona. I potenziali futuri elettori sono così esposti a notizie e segnalazioni, talvolta vere ma sempre più spesso false e costruite ad arte dagli stessi sistemi (dis)informatici, molto limitate, del tutto parziali e ritagliate su misura sulla base delle rispettive presunte preferenze. Si vengono così a produrre perlomeno quattro problemi di non poco conto in riferimento al carattere democratico dell'ordinamento¹⁰.

È del tutto verosimile, in primo luogo, che i destinatari delle informazioni non abbiano consapevolezza del carattere circoscritto e parziale di quanto viene loro inviato, confidando, anzi, in una presunta oggettività, completezza e neutralità della rete e dei *social*¹¹. Anche a motivo della difficoltà di comprendere i complicatissimi passaggi che portano la *AI* (attraverso le reti neurali artificiali) a elaborare un output sulla base di milioni di input, in secondo luogo, si rende estremamente complicato qualsiasi controllo sulla concreta veridicità e attendibilità delle informazioni fornite. Il fenomeno delle *fake news* pare, in questo senso, difficilmente affrontabile¹². In termini più ampi, in terzo luogo, lo stesso assetto plurale delle fonti di informazione è sottoposto ad una forte tensione; tensione che porta a indebolire quel *marketplace of ideas* su cui si basa una libera competizione pubblica, il circuito della responsabilità politica e, in ultima analisi, il cuore della logica democratica¹³. Pur evitando catastrofismi, si può segnalare, in quarto luogo, il rischio che un controllo così pervasivo, mirato e individualizzato da parte dei sistemi di *AI* arrivi a produrre effetti

⁸ Si veda, l'executive summary *Data Growth, Business Opportunities, and the IT Imperatives*, de *The Digital Universe of Opportunities: Rich Data and the Increasing Value of the IoT* (<https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/executive-summary.htm>), aprile 2014.

⁹ Si vedano, ad esempio, le interviste a diversi ricercatori pubblicate periodicamente su *AI Matters, AI profiles: an interview with*. In generale, L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2019, 319 ss.; P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 71 ss.

¹⁰ Per i primi tre, cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 1, 2019, 107.

¹¹ M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, 11, sottolinea il pericolo costituito dal fatto che, in realtà, «non siamo più liberi di pensare i nostri stessi pensieri [...]. È l'universo autistico in cui siamo rinchiusi anche se per lo più non ci facciamo caso».

¹² In generale, G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1, 2018, 30 ss. Il fenomeno cd. della *black box*, su cui F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015, sarà trattato *infra*.

¹³ Y. BENCLER ET AL., *Understanding Media and Information Quality in an Age of Artificial Intelligence, Automation, Algorithms and Machine Learning*, in *Berkman Klein Center for Internet and Society, Harvard University* (<https://cyber.harvard.edu/>); D. SHULTZ, *Could Google influence the presidential election?*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), Oct. 25, 2016, Più in generale, Y. BENCLER, R. FARIS, H. ROBERTS, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, New York, 2018.

tali da offuscare lo stesso principio di sovranità popolare. Pur continuando ad appartenere formalmente al popolo, la sovranità sarebbe così sostanzialmente esercitata da quanti, per motivi di calcolo politico ed economico, sono in grado di influenzare una quantità di votanti tale da spostare l'esito complessivo della competizione elettorale¹⁴. Casi come la probabile influenza prodotta da Cambridge Analytica sulle più recenti elezioni presidenziali statunitensi o sulla Brexit (ma la stessa società ha ammesso di aver lavorato in occasione di oltre 200 votazioni sull'intero pianeta) possono ascrivere a tale segnalato rischio¹⁵; rischio che è in grado, fra l'altro, di produrre effetti che (ai sensi dell'art. 48 Cost.) tendono a negare non solo il carattere segreto del voto, ma anche la sua stessa libertà.

Il primo articolo della Costituzione italiana, allora, può costituire la base per tentare di impedire un impiego incontrollato della AI in termini di disinformazione e propaganda politica; un impiego che rischia di generare un modello diffuso di *bubble democracy*¹⁶, in cui i cittadini, anche in quanto elettori, sono confinati all'interno di sistemi di *social* sempre più chiusi e autoreferenziali, che li portano a ritenere le proprie idee le uniche plausibili, che impediscono un confronto reale e pluralista fra posizioni diverse e che, in ultima analisi, favoriscono una involuzione sociale e politica nel segno della frammentazione, della polarizzazione e della radicalizzazione, con un sostanziale svuotamento dall'interno della sovranità popolare¹⁷.

4. Il lavoro: potenzialità e rischi (artt. 1 e 4)

L'impatto del sempre più diffuso impiego della AI sul mercato del lavoro costituisce uno degli ambiti di studio più coltivati in questo settore¹⁸. Pur nella diversità dei campi analizzati e a fronte di cifre e previsioni non coincidenti, la maggior parte delle ricerche indica un iniziale saldo negativo rispetto al numero complessivo di posti di lavoro; saldo che si concentrerà, secondo molti, sulle mansioni più ripetitive, noiose, rischiose o pericolose. Allo stesso modo, in un lasso di tempo che però non sarà breve, si creeranno nuove professionalità legate, ad esempio, al *data mining*, alla programmazione ed al controllo delle modalità di autoapprendimento ed al funzionamento complessivo dell'AI. Molte altre mansioni, da quelle nel mondo medico all'ingegneria, dalla finanza ai trasporti, dalla telecomunicazione all'agricoltura, fino a quelle creative e artistiche subiranno un profondo mutamento e potranno migliorare in termini di rapidità, precisione ed efficienza complessiva¹⁹.

Un aspetto rilevante, in ogni caso, riguarda la diversa capacità che gli Stati potranno esprimere al fine di approfittare o meno delle opportunità della AI. Anche in questo ambito, infatti, diversi

¹⁴ S. ARAL, D. ECKLES, *Protecting elections from social media manipulation*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), 365 (6456), 2019, 858.

¹⁵ È del 28 giugno 2019 la notizia della multa di un milione di euro comminata dal Garante per la protezione dei dati personali italiano a Facebook per gli illeciti compiuti nell'ambito del caso Cambridge Analytica. In particolare, si è accertato che «57 italiani avevano scaricato l'app *Thisisyourdigitallife* attraverso la funzione Facebook login e che, in base alla possibilità consentita da questa funzione di condividere i dati degli "amici", l'applicazione aveva poi acquisito i dati di ulteriori 214.077 utenti italiani, senza che questi l'avessero scaricata, fossero stati informati della cessione dei loro dati e avessero espresso il proprio consenso a questa cessione» (*Cambridge Analytica: il Garante privacy multa Facebook per 1 milione di euro*, al sito telematico del Garante: <https://www.garanteprivacy.it>).

¹⁶ D. PALANO, *Verso una bubble-democracy*, in *Formiche* (<https://formiche.net/>), 2, 2017, 16.

¹⁷ Una discussione tecnica in M. BARHAMGI ET AL., *Social networks data analysis with semantics: application to the radicalization problem*, in *Journal of Ambient Intelligence and Humanized Computing*, 1, 2018.

¹⁸ Fra i più recenti, cfr. *Notes from the frontier: Modeling the impact of AI on the world economy* pubblicato nel settembre 2018 dal McKinsey Global Institute, da cui molti degli spunti di seguito riportati.

¹⁹ In generale, già M. FORD, *Rise of the Robots: Technology and the Threat of Jobless Future*, New York, 2015.

studi hanno dimostrato come la ricchezza e i benefici prodotti dall'innovazione in tale campo non si distribuiranno omogeneamente sul pianeta, ma si concentreranno in quelle economie che avranno adottato strategie di investimento mirate ed efficienti²⁰. Per quanto riguarda i lavoratori, così, è prevista, nell'arco dei prossimi dieci anni, una diminuzione di almeno il 10% (dal 40 al 30%) della richiesta di mansioni ripetitive e a basso tasso di abilità digitali; 10% che verrà acquisito dai lavori altamente tecnologizzati (che dovrebbero crescere dal 40 al 50%). In termini di reddito, la prima categoria di lavoratori potrà affrontare una stagnazione o una diminuzione complessiva, a vantaggio di un incremento della seconda. Se tali mutamenti non sono certo nuovi nel mondo del lavoro, avendo contraddistinto ogni precedente ondata di forte innovazione, la *AI* si caratterizza per la velocità con cui tali mutamenti avverranno; velocità che renderà molto complessa e praticamente impossibile, ad esempio, la conversione degli stessi lavoratori da una mansione non specializzata ad una fortemente specializzata. Su queste basi, si è calcolato che i Paesi che avranno la volontà politica e le capacità tecniche di investire in termini strutturali nella *AI* potranno vedere una crescita economica aggiuntiva stimata fra il 20 e il 25%; cifra che sarà irrecuperabilmente persa, forse in termini ancora più incisivi, dagli Stati che non avranno adottato simili strategie.

Quanto pare prospettarsi, insomma, è l'emersione di un forte rischio di *AI divide*, in termini di aumento della (già ampia) distanza fra Paesi, società e categorie di lavoratori – per così dire – *AI friendly* e non²¹.

Anche in questa prospettiva, la Costituzione italiana contiene indicazioni che dovrebbero orientare la politica a tenere conto della *AI* in termini globali, al fine, ad esempio, di arricchire i percorsi scolastici e universitari e di adeguare la formazione professionale (art. 35), di rendere il mercato del lavoro più equilibrato e pronto per le sfide tecnologiche, di preparare la società nel suo complesso a gestire consapevolmente un settore carico di potenzialità ma anche di rischi. Parafrasando l'art. 4 Cost., insomma, pare importante rivolgere un appello forte a che si promuovano, con strumenti aggiornati ed efficaci, le condizioni che potranno rendere effettivo il diritto al lavoro in una società satura di *AI*. Solo con questo impegno, da avviare in tempi rapidissimi, la Repubblica potrà, secondo l'imperativo dell'art. 1 e nel solco del principio lavorista, ritrovarsi fondata su un lavoro che non crei nuove e più profonde discriminazioni, ma si riveli vero motore di mobilità e arricchimento sociale e di realizzazione personale²².

5. AI e eguaglianza (art. 3): salute (art. 32) e giustizia (art. 111)

Le tecniche di *AI* possono essere utilmente impiegate per superare diseguaglianze di fatto e di diritto, ma possono anche nascondere gravi forme di discriminazione. Vista l'ampiezza del tema, ne tratterò, in questa sede, intrecciando due soli ambiti in qualche modo paradigmatici dei vantaggi e dei possibili rischi: quello riferito al diritto alla salute e quello relativo all'amministrazione della giustizia.

Nell'ambito della salute, la *AI* può essere efficacemente impiegata allo scopo di migliorare le tecniche di intervento piuttosto che a quello di permettere ad ognuno di sviluppare le proprie capacità, superando disabilità e svantaggi di diverso genere. Su questa linea, così, sono moltissimi gli ambiti che possono guadagnare in termini di maggior efficacia, velocità e accuratezza nel curare la salute delle persone: dall'assistenza agli anziani o ai bambini autistici alla diagnostica basata su

²⁰ Cfr., fra gli altri, *The Toronto Declaration: Protecting the rights to equality and non-discrimination in machine learning systems* in AccessNow (<https://www.accessnow.org/>) del 16 maggio 2018.

²¹ Fra gli altri, A. LÓPEZ PELÁEZ (ed.), *The Robotics Divide. A New Frontier in the 21st Century?*, London, 2014.

²² Su cui già C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, II, *La costituzione italiana*, in *Enciclopedia di diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 14.

brain imaging, dalla chirurgia robotica alla sperimentazione, dalla medicina di precisione alle protesi²³. In urgenza, per fare un esempio su cui vi è ormai molta letteratura, l'impiego di algoritmi permette di giungere ad ipotesi di diagnosi in tempi molto rapidi, confrontando simultaneamente migliaia di casi; in questo modo, la *AI* permette interventi rapidi e più efficaci sul malato, rendendo anche più celeri i flussi di pazienti in pronto soccorso²⁴. E nel settore chirurgico, l'impiego di macchinari robotizzati guidati anche dalla *AI* permette interventi complicatissimi, assicurando minore invasività, maggior precisione e accuratezza²⁵.

Nell'ambito della giustizia, in prospettiva equivalente, si sono proposte e talvolta impiegate tecniche di decisione assistite o addirittura affidate alla *AI*²⁶. A titolo di esempio, uno studio statunitense retrospettivo ha permesso di dimostrare come, con l'impiego della *AI*, si sarebbero potute adottare decisioni di rilascio su cauzione più mirate. In particolare, si sarebbero potuti scarcerare molti più indagati (il 25%), senza per questo far crescere i tassi di criminalità, oppure, a parità di numero di rilasci, si sarebbe potuto fra diminuire di oltre il 40% l'indice di criminalità²⁷. E l'algoritmo avrebbe anche ridotto le disparità di trattamento legate all'origine razziale delle persone coinvolte.

I dati complessivi al riguardo, tuttavia, sono discordanti e alcune ricerche hanno dimostrato come la *AI* possa funzionare sulla base degli stessi pregiudizi umani. Così, per motivi che vanno dall'incidenza statistica di alcuni fattori oggettivi fino ai criteri soggettivi individuati dai programmatori, si è rilevato come il colore della pelle abbia giocato in alcuni casi di applicazione algoritmica un ruolo rilevante nel valutare il rischio di pericolosità sociale degli imputati²⁸.

Nell'elaborare le proprie decisioni, inoltre, i sistemi informatici di *AI*, applicati alla giustizia come alla medicina, soffrono di un difetto di trasparenza che rischia di pregiudicarne all'origine l'utilizzo. Si tratta del cd. fenomeno della *black box*, secondo cui, con l'impiego soprattutto del *machine* e *deep learning*, non è dato comprendere, nemmeno ai programmatori, il percorso attraverso cui la macchina produce il risultato della propria attività²⁹. Tale profilo è particolarmente grave in quanto non permette di cogliere, né quindi di controllare, i passaggi alla base dell'esito raggiunto dal sistema. In quest'ottica, qualsiasi decisione giudiziaria affidata alla *AI* sarebbe attaccabile in quanto non provvista della necessaria motivazione (art. 111 Cost.), rendendo sostanzialmente incostituzionale ogni sistema di giustizia automatizzata. E se l'atto medico non gode della stessa

²³ UNESCO, *World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), Report on Robotics Ethics*, Paris, 14 September 2017, 30. In generale, si vedano gli articoli pubblicati nella rivista specializzata *Artificial Intelligence in Medicine* (<https://www.sciencedirect.com/journal/artificial-intelligence-in-medicine>).

²⁴ N. LIU ET AL., *Artificial intelligence in emergency medicine*, in *JECCM - Journal of Emergency and Critical Care Medicine* (<http://jeccm.amegroups.com/>), 2, 2018, 82, individuano i tre settori di principale utilizzo dell'*AI* nella medicina d'emergenza: «AI in predictive modeling, AI in patient monitoring, and AI in emergency department operations».

²⁵ D. HASHIMOTO ET AL., *Artificial Intelligence in Surgery: Promises and Perils*, in *Annals of Surgery*, 268(1), 2018, 70.

²⁶ In generale, cfr. A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, 2018.

²⁷ Si tratta di uno studio condotto sull'analisi retrospettiva di oltre 758.000 casi di decisioni relative al rilascio su cauzione adottate fra il 2008 e i 2013 nel distretto di New York. L'utilizzo di algoritmi di *AI* avrebbe potuto permettere la riduzione dell'indice di criminalità di quasi il 25% mantenendo inalterato il tasso di detenzione. Altrimenti, avrebbe potuto condurre ad una riduzione di oltre il 40% del tasso di carcerazione senza per questo aumentare i livelli di criminalità. J. KLEINBERG ET AL., *Human Decisions and Machine Predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 133(1), 1 February 2018, 241.

²⁸ Si veda il caso *Compas* ed altri riportati da A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 1, 2019; J. ZOU, L. SCHIEBINGER, *AI can be sexist and racist — it's time to make it fair*, in *Nature*, 559, 12 July 2018, 324; M. SUN, M. GERCHICK, *The Scales of (Algorithmic) Justice: Tradeoffs and Remedies*, in *AI Matters* (<https://www.aimatters.com/>), 2, 2019, 30; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>) 2, 2019, 284.

²⁹ Si veda il capitolo dedicato a *Inside the Black Box: Understanding AI Decision Making*, in S. MOHANTY, S. VYAS, *How to Compete in the Age of Artificial Intelligence*, Berkeley, 2018, 91.

garanzia costituzionale, è possibile dubitare della legittimazione complessiva di una medicina che basi le proprie decisioni su operazioni di carattere informatico di cui nessuno può garantire comprensione e controllo.

Altri profili possono condurre ad un accostamento fra medicina e giustizia teso a far emergere vantaggi e rischi dell'impiego dell'AI. Una sentenza frutto di un algoritmo programmato ed applicato in maniera corretta, ad esempio, potrebbe incarnare i requisiti di terzietà, imparzialità e predeterminazione, facendo paradossalmente assumere al giudice artificiale le vesti del perfetto giudice naturale (art. 25). E la ragionevole durata del processo sarebbe garantita fin da principio. Allo stesso tempo, però, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di ricondurre alla funzione giurisdizionale un'attività che funzionerebbe in termini prevalentemente probabilistici. La *Predictive Justice*, in questo senso, sarebbe in quanto tale *Justice*? In prospettiva più puntuale, la giustizia algoritmica potrebbe revocare in dubbio l'utilità dell'appello o del ricorso in Cassazione (verso un computer più potente? Verso una sezione composta, questa volta, da soli umani?) come del rivendicato (già nella *Magna Carta*) diritto ad un giudizio da parte dei propri pari; pari cui, in quanto tale, non potrebbe condursi nemmeno la più umanizzata delle macchine dotate di AI³⁰. Alla luce di rischi di questo genere, può indicarsi la legge di revisione della giustizia francese del marzo 2019 il cui art. 33 vieta l'utilizzo di strumenti destinati alla giustizia predittiva: «L'identità dei magistrati e dei funzionari del registro non possono essere utilizzati allo scopo di valutare, analizzare, confrontare o prevedere le loro pratiche professionali effettive o presunte»³¹.

In medicina, in termini simili, un dottore-robot potrebbe analizzare in tempo reale milioni di dati e informazioni cliniche, prospettando diagnosi e terapie basate sul confronto con moltissimi casi affini. Potrebbe trattare tutti i pazienti allo stesso modo senza sentire stanchezza o avere stringenti limiti di tempo. Un eguale distacco verso i malati, tuttavia, sarebbe difficilmente compatibile con le più recenti acquisizioni, anche legislative, in tema di umanizzazione della medicina, che hanno portato a qualificare la relazione medico-paziente in termini di cura e di fiducia³².

A fronte di tale quantità di possibili vantaggi e rischi, si conferma, anche in questi settori, l'esigenza che siano i principi costituzionali ricordati ad orientare la disciplina della AI e del suo utilizzo.

6. AI e privacy: il rischio per antonomasia

Proseguendo nell'analisi dei principi costituzionali che possono fungere da utile orientamento per la AI, un passaggio d'obbligo è costituito dalla cd. *privacy*. Riprendendo quanto detto in apertura in riferimento alla mole di dati in circolazione (44 zettabyte), può richiamarsi come le nostre attività quotidiane e l'ambiente che ci circonda presentino una infinità di occasioni per carpire e diffondere dati personali. L'azione combinata di ogni nostra ricerca sul computer o click sul telefonino con i pagamenti con carte di credito o debito, con i rapporti con la pubblica amministrazione, ma anche con ogni accensione della televisione e dei diversi dispositivi riconducibili alla IoT o con la circolazione nelle cd. *smart cities* crea una quantità ed una qualità di informazioni riconducibili ad

³⁰ Se ogni riferimento alla *reflective judiciary* (S. TURENNE (ed.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Cham, 2015) sarebbe improponibile, può ricordarsi come alcuni progetti, come AI4ALL (<http://ai-4-all.org/>), abbiano richiamato l'attenzione sulla necessità di ampliare la platea dei programmatori a donne, persone di colore e, in generale, alle categorie sociali meno rappresentate, come strumento per evitare che il funzionamento dei sistemi informatici sia viziato dai vari pregiudizi di cui soffrono tipicamente i maschi *Wasp*.

³¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Il divieto è assistito da una pesante sanzione penale.

³² Il riferimento va al primo articolo della legge n. 219 del 2017.

ogni singola persona tali da poterne tracciare un profilo dettagliato, comprensivo, ad esempio, dello stato di salute, del livello culturale ed economico, dei gusti alimentari, dell'orientamento sessuale e delle varie preferenze, fino all'affidabilità finanziaria o alla propensione a delinquere³³. Grazie all'utilizzo dell'AI, infatti, un volume di dati altrimenti ingestibile, può essere trattato con rapidità e precisione al fine di effettuare una profilazione individuale molto accurata³⁴. Si rende così evidente il rischio generalizzato di una diffusa e capillare intrusione nella sfera più intima di ognuno, con il rischio di una palese violazione del diritto alla riservatezza e di una esposizione di dati anche personali che potranno essere in futuro utilizzati in qualsiasi occasione, dalla richiesta di un mutuo ad un colloquio di lavoro fino alla determinazione del rischio di pericolosità sociale³⁵. E di fronte a tali rischi, può segnalarsi la decisione del *Board of Supervisors* della città di San Francisco del maggio 2019 che ha deciso di vietare l'utilizzo di software di riconoscimento facciale anche da parte della polizia³⁶.

In quanto dato costituzionale, il diritto alla riservatezza ha visto in origine una tutela ottenuta attraverso lo strumento del consenso informato. Nel corso del tempo, tuttavia, tale categoria si è dimostrata inefficace nel proteggere la persona nei confronti delle applicazioni delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), convertendosi da strumento a tutela della riservatezza della persona a mezzo attraverso il quale quotidianamente esponiamo i nostri dati a chiunque ci fornisca un servizio attraverso internet³⁷. È dato evidente, ad esempio, come ognuno di noi accetti le condizioni contrattuali legate alle varie applicazioni per i cellulari o per i computer senza nemmeno considerare la lettura delle stesse. In questi termini, il collegamento fra la necessaria informazione e la scelta da attuare viene solitamente reciso, portando alla diffusione di una forma di consenso consapevolmente disinformato. Si tratta – se vogliamo – di una peculiare forma di eterogenesi dei fini, in cui un istituto nato per tutelare la dimensione personale è divenuto una finzione e, anzi, si è trasformato nel mezzo più efficace per penetrarla e per esporci quotidianamente alla profilazione di ogni nostra dimensione e attività.

A fronte di questa situazione, si potrebbe, senza qualche difficoltà, abbandonare l'impostazione individualista del consenso e rinforzarlo attraverso una garanzia posta (anche) a livello statale. Senza arrivare a posizioni apertamente paternaliste, si potrebbe fare riferimento al secondo comma dell'art. 41 Cost., imponendo alle imprese che gestiscono i dati limiti corrispondenti all'utilità sociale e al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

7. La decisione automatizzata

Questa breve rassegna di principi costituzionali in grado di orientare la AI ed il suo utilizzo potrebbe proseguire. Si pensi, ad esempio, alla cd. agricoltura di precisione, in cui, attraverso l'analisi dei dati e l'impiego di droni si potrebbe passare da un impiego generalizzato e preventivo

³³ In generale, F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

³⁴ In generale, B.C. Newell, T. Timan, B.J. Koops (eds.), *Surveillance, Privacy, and Public Space*, London, 2017.

³⁵ La letteratura è sul punto sterminata. In termini generali, S. GUTWIRTH, P. DE HERT, R. LEENES, *Data protection on the Move*, Dordrecht, 2016. Su un utilizzo particolarmente inquietante dei dati da parte del governo cinese, K. ROTH, M. WANG, *Data Leviathan: China's Burgeoning Surveillance State*, in *The New York Review of Books*, August 16, 2019.

³⁶ Ne ha dato notizia il *New York Times* (<https://www.nytimes.com/>) del 14 maggio 2019. Cfr. anche *San Francisco residents question city's facial recognition ban*, in *Biometric Technology Today* (<https://www.sciencedirect.com/journal/biometric-technology-today>), 6, 2019, 1.

³⁷ Cfr. in generale, J.E. COHEN, *What privacy is for*, in *Harvard Law Review*, 126, 2012, 1904. Il regolamento (UE) 2016/679 (il cd. GDPR: *General Data Protection Regulation*) considera ancora il consenso informato quale pietra angolare della tutela dei dati personali, dimostrandosi così un'arma del tutto spuntata rispetto alle innovazioni nel campo dell'ICT ottenute attraverso l'AI.

di pesticidi all'individuazione delle singole piante da trattare e ad interventi specifici e mirati. Tale strategia permetterebbe di ridurre in termini considerevoli l'utilizzo di sostanze chimiche a beneficio della tutela ambientale (art. 9, secondo comma, Cost.) e della salute collettiva (art. 32). Un altro esempio può riferirsi all'impiego dei droni in scenari bellici che, attraverso tecniche di riconoscimento facciale e di bombardamento mirato, sono utilizzati per eliminare terroristi o presunti tali. Al di là delle possibili imprecisioni nelle tecniche utilizzate, tale strategia potrebbe trovare, in Italia, un ostacolo generalizzato nel proclamato ripudio della guerra come «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali» (art. 11 Cost.).

A fronte della molteplicità dei possibili rilievi costituzionali in tema di *AI*, quanto qui interessa porre in evidenza è una ultima questione, a mio avviso centrale: quella riferibile alla possibilità di assumere decisioni che incidono significativamente su una persona e sui suoi diritti grazie all'assistenza di sistemi di *AI* o addirittura attraverso la sostituzione della componente umana con quella tecnologica³⁸.

7.1. Sostituzione v. assistenza

Un giudizio d'insieme e generalizzato sull'opportunità di una sostituzione della decisione umana con quella automatizzata non è agevole. Come visto, ci sono ambiti in cui paiono prevalere i vantaggi ed altri in cui sono i rischi ad imporsi. Alcuni autori, tuttavia, sostengono una superiorità complessiva dell'*AI* rispetto all'intelletto umano. A causa del rumore di fondo che caratterizzerebbe quest'ultimo, dovuto a componenti riconducibili alla nostra storia personale, agli affetti o alle persone di cui ci fidiamo, sarebbe così consigliabile, in un futuro prossimo in cui la *AI* potrà gestire una sufficiente mole di dati, far prendere le decisioni più rilevanti ad essa. Lo psicologo Daniel Kahneman, considerato uno dei padri della economia comportamentale e premio Nobel nel 2002, sostiene l'impossibilità di esprimere scelte umane realmente razionali³⁹. In una sorta di precomprensione totale, gli uomini assumerebbero decisioni del tutto illogiche e insensate, e solo in un secondo tempo creerebbero argomenti falsamente ragionevoli per supportarle. Su questa linea, Kahneman ha sostenuto che la *AI* «will make better choices for the individual because it will be noise free»⁴⁰.

A fronte di questa impostazione, ritengo che l'intelligenza umana possa essere utilmente supportata, ma non debba essere sostituita integralmente da quella artificiale. I motivi alla base di questa opinione sono di natura sia tecnica, sia filosofico-antropologica più ampia.

a) Da un punto di vista tecnico, in primo luogo, si registra come le macchine dotate di *AI* siano insuperabili nello svolgere alcune funzioni (*weak AI*), ma siano ben lontane dal replicare l'insieme complessivo delle abilità e dei comportamenti umani (*strong AI*). Inoltre, anche nello svolgere specifici compiti come il riconoscimento di visi o di immagini i sistemi di *AI* hanno dimostrato di incorrere in errori che sarebbero evidenti ad ogni persona⁴¹.

³⁸ In questa parte del lavoro, riprendo, sintetizzandole ed aggiornandole, considerazioni già svolte in *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit.

³⁹ Si vedano le posizioni dell'autore espresse al *World Business Forum* di New York nel novembre 2018. In Italia, sono state riprese da *La Stampa* del 16 novembre.

⁴⁰ Cfr. la conferenza *The Economics of AI* (13-14 settembre 2017, Toronto). La dichiarazione è attribuita a Kahneman da J. PETHOKOUKIS, *Nobel laureate Daniel Kahneman on AI: 'It's very difficult to imagine that with sufficient data there will remain things that only humans can do'*. Cfr. Anche J.N. MATHIAS, *Bias and Noise: Daniel Kahneman on Errors in Decision-Making*, in *Medium* (<https://medium.com/>), 17 ottobre 2017:

⁴¹ Si è dimostrato, ad esempio, come l'accuratezza del riconoscimento facciale dipenda da variabili strettamente legate alle caratteristiche etnico-razziali e sessuali: I. RAJI, J. BUOLAMWINI, *Actionable Auditing: Investigating the Impact*

b) In secondo luogo, sempre da un punto di vista tecnico, non pare potersi sostenere che le logiche algoritmiche siano di per sé più neutrali ed oggettive dei ragionamenti umani che pure stanno alla base della loro costruzione, programmazione e funzionamento. Tanto la scelta degli algoritmi con cui equipaggiare la macchina, quanto la selezione degli scenari e degli esempi con cui “nutrirla”, ad esempio, sono operazioni affidate all’operatore umano⁴². In questa logica, si può affermare che il pensiero artificiale è comunque, perlomeno nelle sue condizioni iniziali di base, influenzato a monte dal pensiero umano e dalla sua variabilità, incostanza e discrezionalità.

c) In terzo luogo, il segnalato fenomeno della *black box* si pone come ostacolo forte, di natura tecnica, alla possibilità di tracciare i passaggi logico-argomentativi che permettono alla macchina di decidere in autonomia: se l’output finale del procedimento è noto, non lo è l’iter che lo ha generato. Stando così le cose, non pare possibile verificare, anche da un punto di vista sperimentale, la congruità dei passaggi svolti e quindi la correttezza dell’attività interna alla base della decisione.

A fronte di tali tre obiezioni tecniche all’ipotesi della sostituzione, si potrebbe dare una risposta basata sul fatto che nel tempo si troveranno gli strumenti per (a) superare la limitazione nelle capacità dell’AI, (b) la sua non neutralità e (c) opacità. Non può infatti escludersi che, in futuro, la *strong AI* diventi realtà (a); che la AI diventi responsabile della propria stessa programmazione (b); che i progressi tecnologici possano rendere comprensibili le operazioni interne al *machine learning* (c).

In ogni caso, tuttavia, mi pare rimangano alcune questioni non superabili di natura filosofico-antropologica. Da più parti ad esempio, si sostiene che alcune qualità umane non potranno mai essere sostituite da componenti artificiali: si tratta, a seconda delle impostazioni, dell’immaginazione; della capacità di dare vita a processi creativi; della coscienza, intesa secondo la teoria dell’informazione integrata; di creatività e ispirazione, empatia ed emozioni⁴³. E anche il beneficio del dubbio, con il correlato senso di curiosità, e il “sapere di non sapere” sono caratteristiche che contraddistinguono l’umano e la sua ricerca di senso.

L’ipotesi più convincente, quindi, riguarda non la completa sostituzione dell’umano con la AI, ma un’attività di assistenza: una collaborazione in termini di sussidiarietà, in cui ogni parte svolge i compiti che maggiormente le si addicono. Per quanto riguarda l’amministrazione della Giustizia, così, si sono sottolineati i possibili vantaggi del supporto algoritmico in termini, ad esempio, di rapidità e ampiezza dell’istruttoria; di completezza degli elementi su cui costruire la decisione; di certezza (o esattezza) del diritto⁴⁴. E nell’ambito medico – per mantenere la simmetria utilizzata in precedenza – l’esame umano di traccati e risonanze potrebbe certamente avvalersi di elaborazioni *statistiche* che solo la AI può fare sulla base di quantità di dati e di raffronti altrimenti ingestibili, come il ricercatore che lavora sulla medicina di precisione non potrebbe concretamente svolgere i propri studi senza l’ausilio della AI.

of Publicly Naming Biased Performance Results of Commercial AI Products. Conference on Artificial Intelligence, Ethics, and Society, pubblicato nel sito del MIT Media Lab (<https://www.media.mit.edu/>) il 24 gennaio 2019: In generale, A. ROSENFELD, R. ZEMEL, J.K. TSOTSOS, *The Elephant in the Room*, 9 agosto 2018, reperibile al sito della Cornell University (<https://www.cornell.edu/>).

⁴² In generale, G-Z. YANG, P. DARIO, D. KRAGIC, *Social robotics—Trust, learning, and social interaction*, in *Science Robotics* (<https://robotics.sciencemag.org/>), 3(21), 2018.

⁴³ Si tratta, rispettivamente, di: Peter Ware Higgs, premio Nobel per la Fisica nel 2013; Marc Mézard, fisico, direttore della *École Normale Supérieure* di Parigi; Giulio Tononi, psichiatra e neuroscienziato italiano, direttore del Center for Sleep and Consciousness dell’Università del Wisconsin; Roberto Cingolani, fisico, direttore scientifico dell’Istituto Italiano di Tecnologia (IIT) di Genova.

⁴⁴ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3, 2018, 878 e C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019, 556; C. BARBARO, Y. MENECEUR, *Issues in the use of artificial intelligence (AI) algorithms in judicial systems*, in European Commission for the Efficiency of Justice Newsletter (<https://www.coe.int/en/web/cepej>), Council of Europe, n. 16, August 2018, 3.

Su queste basi, si possono fissare almeno tre profili all'interno dei quali proporre nuove (o rinnovate) posizioni giuridiche che permettano di favorire una relazione uomo-AI equilibrata e costituzionalmente orientata.

8. I diritti per una AI costituzionalmente orientata

a) Un primo diritto che si dovrebbe poter invocare di fronte all'utilizzo della AI è quello di ottenere una spiegazione dei passaggi attraverso i quali la macchina ha generato il proprio risultato. Non si tratterebbe di una illustrazione tecnico-informatica, inaccessibile ai più, ma di un chiarimento dato in termini comprensibili delle logiche che hanno permesso alla macchina di esercitare l'autonomia alla base della propria decisione. In questo modo, si estenderebbe il diritto alla motivazione, espressamente previsto in Costituzione (111, sesto comma) per i provvedimenti giurisdizionali e dalla legge 241 del 1990 (art. 3) per quelli amministrativi, ad ogni decisione, pubblica o privata, che possa incidere sulla posizione giuridica dell'interessato⁴⁵.

Tale diritto, ad oggi, imporrebbe alla tecnologia informatica un onere che alcuni considerano tecnicamente insostenibile o impossibile da reggere. A fronte della sostanziale mancanza di legittimazione di ogni decisione di cui non si possano comprendere le motivazioni, pure, si sono avviati numerosi studi orientati, da un lato, a rendere trasparenti le logiche del *machine learning* e, dall'altro, a superare tali tecniche e ad adottare sistemi differenti che possano garantire una maggiore trasparenza⁴⁶. In ogni caso, la proposta di un diritto così significativo e pregnante come quello alla motivazione non pare poter essere ostacolato a motivo delle difficoltà tecniche legate al suo rispetto.

b) Una seconda posizione giuridica soggettiva cui si potrebbe attribuire rilievo sostanzialmente costituzionale consiste nel diritto ad essere resi consapevoli della natura, umana o artificiale, del proprio interlocutore⁴⁷. A fronte della possibilità tecnica di creare sistemi artificiali che possano essere confusi con persone umane (su questo si basava già il test di Turing)⁴⁸, pare essenziale confermare tale diritto per una serie di motivi. Fra questi, si può richiamare il diritto ad essere correttamente informati riguardo alle possibili conseguenze delle attività che conduciamo nella nostra vita quotidiana. Una macchina potrebbe immettere all'istante in un circuito potenzialmente globale e incontrollato (il *cloud*) tutti i dati che ad essa trasmettiamo; non sapendo se stiamo colloquiando con un nostro simile o con una macchina, rischieremo di perdere definitivamente il controllo su di essi. L'impiego di robot antropomorfi in taluni settori, inoltre, solleva questioni di particolare rilievo. Potremmo sentirci raggirati o traditi, ad esempio, nel momento in cui consegniamo la nostra salute, le nostre confidenze o i nostri affetti a robot antropomorfi che riteniamo essere umani. E l'ignoranza sulla natura del nostro interlocutore potrebbe generare fraintendimenti, falsi affidamenti o tradire eventuali aspettative di comprensione empatica.

⁴⁵ Sull'utilizzo della AI da parte della pubblica amministrazione, fra gli altri, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*. *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, entrambi in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 5 e 43; I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 4, 2019, 86.

⁴⁶ C. RUDIN, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, in *Nature Machine Intelligence (https://www.nature.com/natmachintell/)*, 1, 2019, 206.

⁴⁷ Sull'opportunità che «people have a right to know whether they are dealing with a human being or with an AI artefact» si interroga lo *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous Systems"*, dello *European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE)*, Brussels, 9 March 2018, 11.

⁴⁸ Si tratta del famoso test in grado di rilevare, negli intendimenti dell'autore, se una macchina è in grado di pensare, di farlo autonomamente e di farlo come un essere umano: A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 59, 1950, 433 ss.

In ultima analisi, la non conoscenza del carattere umano o artificiale della nostra controparte, perlomeno nello svolgimento di alcune attività, potrebbe avere ripercussioni sulla nostra dignità. Come affermato in un rapporto dell'Unesco, «Dignity is inherent to human beings, not to machines or robots. Therefore, robots and humans are not to be confused even if an android robot has the seductive appearance of a human, or if a powerful cognitive robot has learning capacity that exceeds individual human cognition»⁴⁹.

c) La terza posizione da proporre nella relazione uomo-AI consiste nel diritto ad essere destinatari di decisioni che siano il risultato di un processo in cui sia presente una significativa componente umana⁵⁰. Tale posizione si collega, in primo luogo, alla opportunità di ricevere provvedimenti che in qualche modo siano espressione di nostri pari; opportunità che per alcune decisioni non trascurabili, come per quelle giurisdizionali, è già riconosciuta attraverso una interpretazione dei dati giuridici esistenti (il tradizionale diritto ad una *jury of peers*). Il diritto ad una decisione almeno in parte umana può collegarsi, in secondo luogo, alle segnalate possibilità di errore e pregiudizio che, almeno per ora, contraddistinguono le operazioni algoritmiche alla base della AI. Nella stessa ottica, in terzo luogo, il fenomeno della *black box* e la mancanza di trasparenza ad esso collegata milita a favore di una supervisione umana del procedimento⁵¹. E questo, non solo per i provvedimenti di carattere giuridico (amministrativi o giurisdizionali) ma per ogni decisione pubblica o privata la cui rilevanza e le cui ricadute concrete sulle persone impongano l'opportunità di un vaglio dell'apparato motivazionale. In questi termini, da ultimo, il diritto ad una decisione non interamente automatizzata si basa anche sulla necessità di individuare la titolarità della funzione esercitata e la rispettiva responsabilità complessiva⁵².

Alcuni segnali nella direzione di un riconoscimento della posizione in parola vengono dal diritto dell'UE e, in particolare dal citato GDPR (regolamento 2016/679 *General Data Protection Regulation*). Al considerando 71, tale atto indica che l'interessato «dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani».⁵³ E l'art. 22 dello stesso regolamento (Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche) inizia con «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»⁵⁴. La bontà di

⁴⁹ Report of COMEST on Robotics Ethics, cit., 50.

⁵⁰ Cfr. A. PAJNO ET AL., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 3, 2019, 205 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 56, ne parla in termini di principio di non esclusività.

⁵¹ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., ne parla in termini di principi di conoscibilità e di comprensibilità.

⁵² Nell'ambito del pubblico, perlomeno, i funzionari e i dipendenti dello Stato sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti (art. 28 Cost.).

⁵³ Il considerando prosegue indicando che tale trattamento «comprende la 'profilazione', che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

⁵⁴ Un commento in L.A. BYGRAVE, *EU data protection law falls short as desirable model for algorithmic regulation*, in L. ANDREWS ET AL., *Algorithmic Regulation*, cit., 31. Tale disposizione trova un diretto precedente nell'art. 15 della (ora abrogata) direttiva europea n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

tali disposizioni rischia peraltro di essere pregiudicata a motivo delle eccezioni che lo stesso regolamento prevede nei casi in cui la decisione «a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; [...] c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato». Tale ultima clausola, in particolare, permette di svuotare di tutela sostanziale gran parte del diritto a una decisione non completamente automatizzata, visto la logica “disinformata” con cui – come accennato – gestiamo regolarmente i nostri consensi.

9. Conclusioni: le potenzialità della Costituzione italiana nell'orientare una disciplina della AI

La Costituzione italiana affida alla Repubblica il compito di promuovere la ricerca scientifica e tecnica (art. 9), ricordando come la scienza debba procedere in un regime di libertà (art. 33). Le sue applicazioni, quando siano fatte proprie dall'iniziativa economica privata, non possono tuttavia contrastare l'utilità sociale né recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Che sia in mano privata o pubblica, inoltre, l'attività economica può essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41).

Tali principi possono costituire un efficace cornice entro cui inserire una regolamentazione della AI costituzionalmente orientata, che la indirizzi verso scopi di progresso scientifico, economico e sociale, oltre che di generale benessere.

Per raggiungere tale risultato, tuttavia, è necessario che la riflessione etica e giuridica e che la costruzione di una disciplina adeguata procedano in tempi rapidi, di pari passo con la velocità dei progressi scientifici. È essenziale, infatti, che il diritto non inseguia le applicazioni della AI, ma che intervenga a monte, ponendo principi e regole *by design* – per così dire.

Tale esigenza è presente a molti ricercatori che hanno indicato come la AI possa trovare una legittimazione complessiva solo a condizione di un suo utilizzo adeguatamente disciplinato; e sulla stessa linea, si sono mosse alcune delle società che maggiormente fanno ricerca e impiegano tale tecnologia⁵⁵.

Le sfide da affrontare, però, sono molte e particolarmente impegnative. Esse riguardano, per fare qualche esempio, la capacità da parte statale di regolare settori economici in cui le parti private svolgono un ruolo dominante; la possibilità di agire a livello non solo nazionale o internazionale, ma globale, vista la mobilità del *cloud*; l'abilità nel catalizzare una condivisione d'insieme su principi, diritti e doveri di nuova generazione; l'attitudine a rendere consapevole e avvertita la popolazione, a partire dalle generazioni più giovani, delle potenzialità e dei rischi della AI⁵⁶.

Si delinea, insomma, una nuova fase di riflessione sui poteri pubblici e privati e sul ruolo del diritto e dei diritti. Si tratta di una fase che, nel guardare alla disciplina dell'artificiale, dovrà anzitutto guardare al ruolo e alle prerogative che vorremo riservare all'umano; una fase in cui – come illustrato – la Costituzione italiana può dare una molteplicità di spunti di forte interesse.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, J. HEMPEL, *Fei-Fei Li's Quest to Make AI Better for Humanity*, in *Wired* (<https://www.wired.com>), 13 novembre 2018.

⁵⁶ Spunti in prospettiva bioetica IN S. QUINTARELLI ET AL., *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull'Intelligenza Artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 3, 2019, 183 ss. Fra i molti altri, cfr. L. FLORIDI ET AL., *14People—An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Mind and Machine*, (28)4, 2018, 689 ss., in L. FLORIDI, J. COWLS, *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, in *Harvard Data Science Review* (<https://hdsr.mitpress.mit.edu/>) (1) 1, 2019, si aggiunge ai quattro tradizionali principi della bioetica princialista (*beneficence, non-maleficence, autonomy, and justice*) il concetto di *explicability*.

Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale

SOMMARIO: 1. Intelligenza Artificiale e stereotipi. – 2. L'apparente neutralità della tecnologia. – 3. La neutralità dei dati: cosa rappresentare e cosa non rappresentare. Dati che esistono e dati ... "che non esistono. – 4. È sufficiente il riferimento al concetto di *bias* per portare nell'intelligenza artificiale equità e giustizia? – 5. Stereotipi e discriminazioni dall'intelligenza naturale (nell'argomentazione giudiziaria) all'intelligenza artificiale

1. Intelligenza Artificiale e stereotipi

Prima di intraprendere la riflessione sul (rapido) passaggio dagli stereotipi alle discriminazioni nei sistemi di intelligenza artificiale, cercando di individuarne l'impatto sui principi fondamentali ed in particolare la rilevanza in termini di eguaglianza e di dignità, occorre una premessa.

La trasformazione dello spazio nel quale i comportamenti umani possono trovare collocazione e svolgimento, rappresentata dall'avvento della Rete, è stata osservata attraverso tre possibili lenti: quella ottimista, o utopica, secondo la definizione che qualcuno ne ha offerto¹, quella distopica², conservativa, a tratti apocalittica, e una lente più razionale, rappresentata da quei *cyber-realists* che si sono posti e si pongono soprattutto il problema della regolazione³.

Tutte le riflessioni sulla Rete prendono in fondo le mosse da un'esigenza di tutelare la libertà, di fronte agli sconvolgimenti che "il costituzionalismo sta subendo per effetto del progresso tecnologico di portata globale"⁴, sia in una prospettiva che legge la tecnologia come strumento per una piena realizzazione della libertà d'informazione, nella sua declinazione attiva e in quella passiva (libertà di informare o libertà di essere informati), sia nella prospettiva che si potrebbe definire maggiormente oppositiva, o protettiva, che si concentra sul diritto di controllare il trattamento informatizzato dei propri dati personali, quello che è stato definito "*habeas data*", e che ha contribuito a costruire una rinnovata idea di *privacy*, in cui si riassume un insieme di diritti relativi principalmente ad una gestione dei propri dati orientata alla tutela del diritto all'identità personale, e, dunque della dignità, personale e sociale⁵.

¹ Cfr. L. LESSIG, *Code 2.0*, New York 2006, J.M. BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *New York University Law Review*, 79, n. 1/2004. In Italia, cfr. da ultimo, M. MONTI, *Introduzione: la disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, in ID. (a cura di), *Special Issue di Federalismi.it* (www.federalismi.it), in corso di pubblicazione, e all'interno del fascicolo cfr. P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, spec. 7-8.

² Si vedano le considerazioni espresse in Cfr. A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018.

³ Cfr. D. FREEDMAN, *The Internet of Rules: Critical Approaches to Online Regulation and Governance*, in J. Curran – N. FENTON – D. FREEDMAN (a cura di), *Misunderstanding the Internet*, New York, 2016, e anche J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *UC Davis Law Review*, 51, n. 3/2018. Questione della regolazione che si pone naturalmente anche oggi per l'AI, da ultimo si veda proprio il contributo in questi stessi scritti di A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, 26 marzo 2020. Per uno stato dell'arte sul dibattito e le proposte di regolazione dell'AI sia consentito di rinviare a E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2019, 73 ss.

⁴ Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012, 2.

⁵ Si devono, com'è noto, proprio a Pasquale Costanzo, le prime fondamentali riflessioni sulle trasformazioni del diritto all'informazione, nelle sue diverse sfaccettature, determinate dalla Rete, e sull'impatto della stessa sui diritti

Questa seconda prospettiva segna anche la riflessione giuridica sull'Intelligenza Artificiale (da ora AI), che si concentra ancora di più sull'esigenza di un utilizzo, e finanche di una progettazione, orientati allo sviluppo umano e alla garanzia del principio personalistico, esigenza "amplificata" dalle caratteristiche di questi sistemi.

Spesso quando si ragiona di applicazioni dell'AI in ambito - genericamente - giuridico, sia esso quello normativo o quello processuale, si concentra l'attenzione sul significato dell'algoritmo e sulle caratteristiche dei sistemi di apprendimento automatico.

Ma ciò che non deve sfuggire è che essi, affinché possano funzionare, hanno bisogno di dati "annotati" (*supervised learning*) o per lo meno selezionati e preparati (*unsupervised learning*), dall'essere umano oppure tramite sistemi automatici di produzione della fonte di informazione.

Il tema centrale dunque, non soltanto per i *data scientists* e per tutti i tecnologi che operano nell'ambito delle tecnologie dell'informazione, ma anche per chi, sul versante del diritto e delle politiche pubbliche, intenda investigare la possibilità per le tecnologie di contribuire alla realizzazione di una società più equa e giusta, dove sono garantiti i diritti fondamentali, non è solo o tanto quello dell'algoritmo, ma quello dei dati, e dunque della creazione di condizioni che consentano all'AI di utilizzare basi di dati costruite correttamente.

Da questo punto di vista il problema sta per un verso nella genesi dei dati, che può essere umana, tecnologica, ma anche mista, per altro verso nell'organizzazione stessa dei dati, che può e generalmente deve strutturarsi, al fine del loro più efficiente utilizzo, secondo modalità che emulano il ragionamento umano: come altre tecnologie, infatti, anche l'AI è *bio-inspired* e *bio-oriented*⁶.

Nelle fonti, dunque, si annida il *vulnus* potenzialmente intrinseco ai sistemi che si fondano sull'AI, e che sarà oggetto di riflessione, quello dei *bias*. Se nell'approccio tecnologico il *bias* rappresenta un errore di valutazione, un concetto (anche, eventualmente, pre-concetto) che rischia di minare la correttezza e l'affidabilità dei risultati di un'analisi, nella prospettiva giuridica il *bias* rappresenta lo stereotipo pronto a trasformarsi in scelta discriminatoria, e per questo il principale bersaglio del principio di non discriminazione. Non è un caso che tale principio sia tra i più rilevanti che l'*European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) ha recentemente messo in evidenza⁷, prendendo le mosse dalla constatazione che proprio certi metodi di processamento dei dati tendono a rivelare discriminazioni che esistono e, potremmo dire, a cristallizzarle⁸.

La questione che qui si intende porre è quella della riflessività degli stereotipi e delle discriminazioni, nel passaggio dalla generazione dei dati, spesso frutto dell'intelligenza e del comportamento umano, alla costruzione degli algoritmi. L'errore, come scrive Andrea Simoncini, di "derivare dall'essere il dover essere"⁹, diviene particolarmente grave quando l'essere è fatto da una

fondamentali, cfr. in particolare P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, Appendice, Torino, UTET, 2000, e ID., *Miti e realtà dell'accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2012.

⁶ Cfr. M.C. CARROZZA *et al.*, Statuto etico e giuridico dell'Intelligenza Artificiale dalla Fondazione Leonardo "Civiltà delle macchine", *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 3/2019, da cui emerge anche l'esigenza di un superamento della logica antagonista dell'AI.

⁷ Nel recente atto contenente una *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, adottata dalla CEPEJ nella 31ma assemblea generale (Strasburgo, 3-4 Dicembre 2018, CEPEJ(2018)14.

⁸ E da questo punto di vista l'applicazione dell'AI in ambito giudiziario, e penale in particolare, mostra il rischio della riemersione di dottrine deterministiche che, per lo meno in Italia, sono definitivamente superate, anche nel diritto positivo processuale, attraverso l'art. 220, c. 2 del codice di procedura penale che stabilisce espressamente, com'è noto, l'inammissibilità di perizie criminologiche al fine della verifica della punibilità, si veda A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 1/2019.

⁹ *Ibidem*, 86

realtà sociale ingiusta, che tende a perpetrare disuguaglianze, e che quindi la cristallizzazione dell'ingiustizia nelle maglie dell'algoritmo rischia di normativizzare.

Gli esempi, i più risalenti nel tempo e i più recenti, ai quali ci si può riferire, confermano questa "ipotesi", ma nello stesso tempo, come si suggerirà in conclusione, possono indicare un mutamento di prospettiva.

Il più "storico" è quello relativo al *Franglen's Admissions Algorithm*¹⁰. Nel 1970 il dr. Franglen a Londra inizia a scrivere un algoritmo per selezionare le *applications* degli studenti per l'ammissione alla scuola di medicina. All'epoca tre quarti dei candidati ogni anno venivano esclusi soltanto sulla base della loro domanda senza poter accedere all'*interview*. Al fine di rendere meno gravoso lo sforzo di selezionare un numero elevatissimo di domande, Franglen pensa di automatizzare quella fase della procedura, cercando di tradurre all'interno dell'algoritmo i processi che negli anni lui e i suoi colleghi avevano utilizzato per selezionare gli studenti.

Ma invece di produrre risultati migliori e più efficienti, l'algoritmo provoca danni enormi: il semplice fatto di avere un nome non europeo determinava infatti la perdita di 15 punti nella valutazione.

Dal passato al presente più prossimo, basti guardare al progetto *gendershades.org*¹¹, che ha mostrato come le tecniche di *machine learning* utilizzate per la classificazione di genere da parte di tre compagnie (IBM, Microsoft e Face++) presentano evidenti *bias* etnici e di genere. Ancora una volta il punto non è che il *machine learning* sbaglia, ma *come* sbaglia. Se l'*AI* è in grado di fallire così come lo è l'intelligenza naturale, il problema è che essa è altrettanto in grado di discriminare. In questo caso, tutte le compagnie hanno risultati migliori nel riconoscimento dei maschi che in quello delle femmine, con una differenza fino a circa il 21%. E tutte le compagnie hanno risultati migliori con soggetti di pelle più chiara piuttosto che su soggetti di pelle più scura, con una differenza fino a circa il 20%. E se si analizza la discriminazione intersezionale, si nota come tra il gruppo "maschi chiari" e il gruppo "femmine scure" si arrivi ad un *gap* di accuratezza di circa il 35%.

Conferme provengono anche dagli studi, su cui ci si soffermerà in seguito, che mostrano come gli algoritmi dei motori di ricerca tendano a rafforzare ideologie e sentimenti razzisti¹².

Come anticipato, l'analisi non può che condurre a sottolineare, quale esigenza avvertita peraltro dagli stessi tecnologi, la centralità della qualità dei dati, e la sua preminenza anche rispetto alla scelta della tecnica di *machine learning* o *deep learning* nella progettazione e nell'utilizzo dell'*AI*.

Ma fatto questo, l'approccio alla relazione tra intelligenza umana (naturale) e intelligenza artificiale potrebbe invece aprirsi ad una prospettiva diversa dal consueto richiamo alla necessità di una regolazione, che pur salvaguardando le opportunità non rinunci a porre limiti.

Infatti, constatato come il potenziale discriminatorio dell'*AI* altro non è che l'amplificatore degli stereotipi e delle discriminazioni esistenti¹³ nel nostro linguaggio, nel nostro agire, nell'applicazione della nostra intelligenza, vale a dire della nostra capacità di attribuire significati alle cose e alle esperienze che ci circondano, sarebbe forse utile pensare a come utilizzare l'*AI* "contro" quello che non dovremmo essere.

¹⁰ Recentemente studiato su *IEEE Spectrum*, O. SCHWART, *Untold History of AI: Algorithmic Bias Was Born in the 1980s*, *IEEE Spectrum* (<https://spectrum.ieee.org/>), April 2019.

¹¹ Cfr. J. BUOLAMWINI – T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in *Proceedings of Machine Learning Research* (<http://proceedings.mlr.press/>), 81/2018.

¹² Cfr. S. U. NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Enforce Racism*, New York University Press, 2018. Sulle criticità insite nelle logiche proprie dei motori di ricerca cfr. già P. COSTANZO, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti?*, in *Diritto dell'internet*, 2006.

¹³ Come sottolinea M. ONUOHA, *On algorithmic violence: Attempts at fleshing out the concept of algorithmic violence*, in *Github* (<https://github.com/>), Feb 22, 2018

Se sotto il profilo della *data science* questo significherebbe aumentare, e non limitare o controllare, il margine di autoapprendimento, dal punto di vista giuridico sembra aprirsi la possibilità di utilizzare l'AI al fine di individuare e rimuovere i *bias* insiti nell'intelligenza umana, e spesso in grado di annidarsi anche nell'intelligenza dei soggetti che, a vario titolo, sono chiamati a produrre il diritto: sia quello politico, sia quello giurisprudenziale.

Prima però di aprire alle potenzialità antidiscriminatorie dell'AI, e dunque ad un'applicazione costituzionalmente orientata, occorre approfondire tre aspetti: quello dell'apparente, solo apparente, neutralità della tecnologia; quello della pretesa neutralità dei dati, e dunque della presenza di spazi di invisibilità nei dati; e quello dell'utilità epistemologica, ma soprattutto in termini di politica del diritto, del concetto di *bias*.

2. L'apparente neutralità della tecnologia

Esattamente un anno fa, nel marzo 2019, Berlino ha celebrato la giornata della *Gender Pay Equality* offrendo sconti alle donne sui trasporti pubblici. Questi sconti sono stati forniti automaticamente, analizzando i volti delle persone che acquistavano i biglietti, attraverso un sistema di *Automatic Gender Recognition* (AGR), un sistema di AI attraverso il quale si tenta di inferire il genere del soggetto di una foto o di un video attraverso l'apprendimento automatico¹⁴.

È evidente che un sistema del genere non può definirsi neutrale. Come ogni tecnologia integra *by design* e *by default* dei presupposti, ed in questo caso integra una specifica e non includente concezione di cosa sia il "genere", rimodellando, e cristallizzando, la definizione del genere, con evidenti conseguenze in particolare per persone *gender non conforming* e *trans*. Infatti, un sistema che utilizza AGR scatta una foto (o realizza un video), ed elabora gli elementi di somiglianza e differenza tra le caratteristiche del viso analizzato e quelle di un modello, classifica quel viso come "maschile" o "femminile", sulla base della struttura ossea, della pelle, della forma del viso. La qualificazione viene quindi inserita in un sistema che registra il genere, ne tiene traccia, e lo utilizza a fini pubblicitari, di comunicazione, di organizzazione degli spazi e controllo dell'accesso agli stessi (si pensi all'accesso ai servizi igienici).

Inferire il genere dalle caratteristiche somatiche è d'altra parte profondamente discriminatorio¹⁵ e tale tecnologia è stata infatti criticata per l'impatto dirompente che produce rispetto al riconoscimento dell'identità di genere, oggi, com'è noto, nominata e tutelata anche nel nostro ordinamento a partire in particolare dalla sent. n. 221/2015 della Corte cost., confermata nel 2017, che superando una connessione biunivoca e necessaria tra morfologia del corpo e identità sessuale, ha consentito il riconoscimento giuridico, attraverso la rettificazione anagrafica, di soggettività in transizione di genere per le quali il sesso anatomico non trova corrispondenza nella dimensione identitaria¹⁶.

¹⁴ Questo sistema è integrato nei servizi di riconoscimento facciale venduti da grandi aziende tecnologiche come Amazon e IBM ed è stato utilizzato per la ricerca accademica, ma anche per il controllo degli accessi a strutture pubbliche e private e le profilazioni a fini pubblicitari.

¹⁵ Cfr. O. KEYES, *The Body Instrumental*, in *Logic*, n. 9/2019

¹⁶ Dal 2015, sia la giurisprudenza costituzionale sia la giurisprudenza di legittimità sono intervenute ad affermare definitivamente quella che era un'interpretazione minoritaria sulla facoltatività degli interventi chirurgici, ponendo al centro dell'argomentazione il diritto all'autodeterminazione e alla salute, nel suo significato più olistico. Su Corte cost. 221/2015, cfr. A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2015, 1006 ss.; e si vedano poi sia la sent. n. 180/2017, sia l'ord. 185/2017, su cui Id., *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185/2017)*, in *Studium Iuris*, 4/2018, 446 ss., Id., *I corpi transessuali di fronte al diritto: alla ricerca di una faticosa rielaborazione degli impliciti normativi in materia di cambiamento di sesso*, in *Rivista di sessuologia*, n. 2/2016,

Sistemi di questo tipo non soltanto possiedono una significativa carica discriminatoria, ma sono in grado di intervenire nella definizione stessa del genere; una volta integrati all'interno dell'ordinamento giuridico, ovvero nelle strutture di potere economico e sociale, agiscono sull'oggetto della misurazione trasformandolo, ovvero legittimandolo.

Se gli strumenti dell'AI in generale sono oggi parte integrante del nostro modo di conoscere e di comprendere la realtà, e "naturalizzandosi" conformano la realtà, attraverso il loro linguaggio, i meccanismi di AGR sono particolarmente significativi per la capacità di modellare il genere misurandolo, esemplificativi del modo di operare proprio del *machine learning*, che conduce verso una conoscenza umana della realtà che si definisce sulla scorta di come lo strumento tecnologico descrive la realtà medesima.

Anche per questa ragione gli algoritmi di riconoscimento facciale sono attualmente considerati come applicazioni dell'AI tra le più critiche rispetto alla protezione dei diritti fondamentali¹⁷.

3. La neutralità dei dati: cosa rappresentare e cosa non rappresentare. Dati che esistono e dati ... "che non esistono"

I pregiudizi ancora fortemente radicati nei sistemi sociali vengono replicati nei set di dati¹⁸. Tutto questo accade anche, forse principalmente, per due ordini di ragioni: la prima risiede nelle caratteristiche soggettive di chi è chiamato a progettare i sistemi, poiché la maggior parte dei *team* di ingegneri e *data scientists* non comprende (o ne comprende pochissime) donne e persone appartenenti a minoranze etniche, e perché non esiste pressoché alcuna formazione, nel campo delle scienze c.d. dure, sul significato della *diversity*.

Ma perché la tecnologia, e l'AI in particolare, non possono essere neutri? Perché la mancanza di neutralità è propria dei dati: la circostanza stessa che un dato, o, meglio, un set di dati, rappresenti o meno qualcosa, già mette in discussione la presunta neutralità. L'astrattezza della scienza dei dati, che apparentemente trascende dai corpi, per così dire *body blind*, produce così quelle discriminazioni che lo stesso diritto, quando è stato costruito come indifferente ai corpi, alla materia, alle differenze presenti nell'umanità (basti pensare ai danni prodotti da un costituzionalismo che si è fondato sulla sua natura *colour-blindness*), ha generato, e per questa ragione il diritto è chiamato ad investigarla e indirizzarla.

La scienza dei dati, infatti, dipende fortemente dai corpi, benché non si vedano: si basa su di essi come fonti di dati e per prendere decisioni sui dati. Se oggettività o neutralità hanno un significato abbastanza definito dal punto di vista giuridico (pur nelle maglie sempre variabili

157 ss. e ID., *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in *Genlus* (<http://www.articolo29.it/genius/>), n. 1/2015, 174 ss.

Lorenzetti ritiene che le pronunce abbiano comunque confermato la sussistenza in capo al giudice di un potere decisionale, esercitato attraverso il supporto dei sanitari, in grado di limitare ancora lo spazio di autodeterminazione della persona. Da ultimo cfr. G. M. NEGRI, *Il percorso di riconoscimento di genere. I suoi profili applicativi tra norma e prassi*, in E. STRADELLA (a cura di), *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*, Pisa, Pisa University Press, 2019. Il tema è peraltro al centro di un intenso dialogo tra corti, si veda da ultimo L. TRUCCO, *Dialogo tra corti e diritti LGBT (a margine della "opinión consultiva" della Corte IDU "OC-24 de 24 de noviembre de 2017")*, in R. ROMBOLI - A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, Giappichelli, 2019, 369 ss.

¹⁷ Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Facial Recognition Technology: Fundamental Rights Consideration in the Context of Law*, Report 2020.

¹⁸ Tornando all'esempio degli algoritmi di analisi facciale, scavando nei dati di *benchmarking* per questi algoritmi, Buolamwini mostra che consistevano nel 78% di volti maschili e dell'84% di volti chiari, nettamente in contrasto con una popolazione globale che è per lo più femminile e di pelle non chiara, cfr. J. BUOLAMWINI - T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, cit.

dell'interpretazione), essi assumono nel rapporto con la scienza dei dati la pericolosa ambiguità di presentare come indipendente da condizionamenti un dato, o un risultato, che invece è frutto di una molteplicità fattori che interagiscono tra loro.

Negare l'oggettività dei dati non significa rinunciare al loro utilizzo o sottovalutare l'importanza che essi rivestono nell'elaborazione di politiche virtuose, ma riconoscere le diseguaglianze che le pratiche di raccolta e trattamento dei dati incorporano.

Se l'eguaglianza parte dai corpi, la potenziale discriminatorietà dei dati si evince dal numero e dalle qualità dei molti corpi non contati, e silenziati. Donne, persone appartenenti a minoranze "razziali", disabili, persone transgenere, *insular minorities* non costruiscono i dati e anche per questo i dati tendono spesso conformarsi al potere, a diventarne specchio per un verso, cassa di risonanza per altro. Com'è stato scritto di recente, sono le persone e i loro corpi che possono dirci quali dati li aiuteranno a migliorare la vita e quali dati li danneggeranno¹⁹. Il problema della presunta neutralità dei dati è ben evidente in numerose applicazioni dell'AI, e in tutte mostra l'impatto dirompente sui diritti costituzionalmente garantiti. Si pensi a quello alla salute, ambito in cui la presenza di *bias* derivanti dai dati rischia di produrre effetti di particolare penalizzazione dei soggetti in relazione a caratteristiche personali ad alto grado di vulnerabilità e stereotipizzazione, quali l'identità sessuale o di genere, l'origine etnica, l'appartenenza religiosa.

È il caso degli algoritmi di previsione utilizzati negli Stati Uniti per l'individuazione di pazienti con esigenze sanitarie complesse²⁰. In questo caso è stato recentemente mostrato come a un determinato livello di rischio i pazienti neri risultano più malati dei pazienti bianchi e risolvere questa diseguaglianza sociale e assistenziale comporterebbe un aumento dei pazienti neri che ricevono ulteriori cure fino a quasi il 50%.

Ma perché l'algoritmo utilizzato per scegliere verso quali pazienti destinare la spesa sanitaria in questo caso produce in maniera così evidente una disparità? Perché automaticamente prevede, e dunque richiede, minori costi per l'assistenza sanitaria per i pazienti neri rispetto ai pazienti bianchi. È probabile che questo derivi, ancora una volta, da una storia di disparità e discriminazioni: la tendenziale minore attenzione alla salute dei pazienti neri, sottoposti ad un'intensità di cura inferiore a fronte di sintomatologie o patologie analoghe o corrispondenti a quelle dei pazienti bianchi, si traduce in un algoritmo che paradossalmente considerandoli meno bisognosi di cure li condanna a peggiori condizioni di salute.

D'altra parte, le questioni relative alla qualità dei dati, e alla presenza di *bias*, paiono assumere sempre maggiore rilevanza, anche nella riflessione dei tecnologi, ragione per cui non sembra irrealistico ritenere che nei prossimi anni sarà possibile progettare sistemi antidiscriminatori *by default* e *by design*, in grado di superare le criticità delineate per lo meno rispetto alla presenza di *bias* all'interno dei sistemi.

Occorre però chiedersi se sia sufficiente il riferimento al concetto di *bias* per tradurre nell'AI principi di eguaglianza, ragionevolezza, giustizia sociale.

4. È sufficiente il riferimento al concetto di bias per portare nell'intelligenza artificiale equità e giustizia?

Il riferimento al concetto di *bias*, oggi piuttosto *mainstream*, non sembra sufficiente a conformare l'AI ai principi di equità e giustizia.

¹⁹ Cfr. C. D'IGNAZIO – L. F. KLEIN, *Data Feminism*, MIT Press, 2019, *passim*.

²⁰ Cfr. Z. OBERMEYER *et al.*, *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), Vol. 366, 2019, 447 ss.

Il concetto di “parzialità” individua la fonte della disuguaglianza nel comportamento degli individui o nei risultati di un sistema tecnico (ad esempio un sistema che favorisce i bianchi, o gli uomini, si pensi al caso segnalato in ambito sanitario). Sotto questo modello concettuale, un obiettivo tecnologico potrebbe essere quello di creare un sistema “imparziale”, attraverso una progettazione che utilizzi i dati per ottimizzare i suoi parametri, e quindi testi gli eventuali errori che ne risultano. È stato sottolineato che da un punto di vista tecnologico è possibile definire e dunque, potenzialmente, “ottimizzare”, un sistema “giusto”, intendendolo come un sistema libero da *bias*.

Il limite di un approccio del genere è dato dal fatto che si fonda su un’idea di oggettività che non è propria di questi sistemi. Viene sottolineato infatti quanto sia fuorviante immaginare che i dati, e la tecnologia stessa, siano obiettivi, e dunque limitativo ricondurre i problemi associati a dati e algoritmi “parziali” o “*biased*” esclusivamente alla progettazione e alle caratteristiche dei sistemi “intelligenti”²¹.

È stata così messa in evidenza la ristrettezza dell’equità concepita dal punto di vista computazionale, sottolineando come i *data scientists* che mettono a disposizione la loro scienza per riformare i processi decisionali in genere (che si tratti di processi normativi o di decisioni giudiziarie), dovrebbero orientare i loro sforzi verso l’obiettivo della giustizia, piuttosto che farsi ispirare da uno *zeitgeist* di soluzioni tecnologiche²². Naturalmente non è immediata la definizione “tecnologica” di equità. Com’è stato segnalato, un concetto di equità che assuma significato indipendentemente dal contesto, o dalla storia che racconta le esperienze dei gruppi, delle minoranze, delle soggettività discriminate, non sembra in grado di rispondere e di contrastare, non solo semanticamente, ma soprattutto normativamente, le “ingiustizie” sistematiche perpetrate da alcuni gruppi su altri gruppi²³.

Un modello di equità che invece di creare algoritmi “daltonici”, porti alla progettazione di algoritmi “giusti”, in grado di tenere in considerazione tempo, storia e asimmetrie di potere. D’altra parte, l’evoluzione del principio di eguaglianza in Europa, tra diritti interni e diritto europeo, è stata almeno in parte caratterizzata da una progressiva consapevolezza circa le asimmetrie di potere, basti pensare a come si sviluppa il diritto antidiscriminatorio, alla progressiva astrazione del giudizio di discriminazione dall’elemento della comparazione, con l’elaborazione (prima) giurisprudenziale della figura delle discriminazioni indirette, e all’inserimento delle molestie e molestie sessuali come fattispecie discriminatorie²⁴. Tradurre questa consapevolezza nell’AI sarebbe quindi come gettare le basi per vere e proprie “azioni positive tecnologiche”, cioè, come si dirà in seguito, per un utilizzo delle tecnologie innovative nella prospettiva del superamento delle esistenti, e radicate, disparità, attraverso interventi correttivi comunque orientati alla “rimozione degli ostacoli”.

A questi fini, il concetto di *bias* (negli individui, così come negli *data assets*, o negli algoritmi) non è abbastanza forte da poter fungere, per lo meno preso da solo, come risolutivo ancoraggio per i principi di equità e di giustizia sociale.

Non è il *bias* di per sé a generare algoritmi di intelligenza artificiale ingiusti o discriminatori, ma la segregazione tecnologica è il frutto di un complesso di interazioni che rendono necessario pensare l’AI e costruire gli algoritmi come orientati *by default* al superamento delle asimmetrie di potere, e

²¹ Si vedano già le prime considerazioni di D. P. BENJAMIN, *Change of Representation and Inductive Bias*, Boston, Kluwer Academic Publisher, 1990.

²² Cfr. B. Green, cit. in C. D’IGNAZIO – L. F. KLEIN, *Data Feminism*, cit.

²³ Cfr. S. COSTANZA-CHOCK, *Data and Discrimination*, in *Data Justice Conference*, 21-22 maggio 2018, Cardiff, UK.

²⁴ Numerosi i possibili richiami sul punto, si veda per tutti E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, 2005; M. Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, 2002; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, A. LORENZETTI, *Il Diritto Antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, 2012. Da ultimo la relazione presentata in occasione del convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti a Bergamo, “Eguaglianza e discriminazioni nell’epoca contemporanea”, 15-16 novembre 2019, di A. SCIORTINO, *Eguaglianza di genere nell’UE: categorie giuridiche e tutele*.

dunque, per così dire, *biased* nella misura in cui questo è funzionale a rimuovere una radicata discriminazione, o a neutralizzare uno stereotipo operante.

È stato da tempo chiarito che la discriminazione algoritmica può avvenire in modi involontari o difficili da ricostruire razionalmente, quando i pregiudizi sociali preesistenti si riflettono nei dati attraverso modalità che possono essere poco prevedibili. In questi casi, si dice che i pregiudizi “si intrufolano”²⁵, “intenzionalmente o per caso”²⁶, o in maniera sotterranea, che emerge soltanto nel tempo²⁷. Significativo in tal senso è il fenomeno dell’amplificazione delle discriminazioni fondate sulla “razza” attraverso algoritmi incostituzionali²⁸: esistono decisioni digitali che hanno la capacità di rafforzare relazioni sociali oppressive e di realizzare esse stesse nuovi modelli di profilazione razziale e di genere. La constatazione della presenza di errori di dati guidati algoritmicamente che sono specifici per donne e minoranze razziali, descrivono il fenomeno, che è stato definito di oppressione algoritmica, in base al quale l’AI mostra la sua capacità di contribuire alla strutturazione del razzismo e del sessismo: il razzismo sarebbe l’interfaccia del programma applicativo (API *application programming interface*) di Internet²⁹. Dunque, i dati e gli algoritmi non si limitano a modellare i risultati distributivi, ma incidono sulla costruzione dei significati, rinforzando alcuni “*frame*” discorsivi rispetto ad altri³⁰. Ciò significa che i dati, frammenti personali dell’identità, diventano strumento di collegamento tra i soggetti e quelle entità che cercano di tradurre i dati stessi in risorse finanziarie, attraverso modalità di “estrazione e appropriazione”³¹. A fronte di questo quadro, l’intreccio tra intelligenza naturale e artificiale impone di provare a leggere in un modo diverso il rapporto tra le due, proponendo non soltanto un effettivo orientamento alla giustizia della seconda al fine di non perpetuare stereotipi e discriminazioni secolarmente prodotte dalla prima, ma l’esercizio di una funzione correttiva della seconda sulla prima.

5. Stereotipi e discriminazioni dall’intelligenza naturale (nell’argomentazione giudiziaria) all’intelligenza artificiale

L’argomentazione giudiziaria resta uno dei luoghi dove ancora molto significativi sono le pratiche di stereotipizzazione e la costruzione di concettualizzazioni, molto spesso implicite, ma comunque (o forse proprio per questo) assai rilevanti.

²⁵ Cfr. A. CALISKAN *et al.*, *Biased bots: Human prejudices sneak into AI systems*, in *University of Bath*, 13 Aprile 2017

²⁶ Cfr. S. BAROCAS - A. D. SELBST, *Big data’s disparate impact*, in *California Law Review*, vol. 104, 2016, 674

²⁷ Cfr. B. FRIEDMAN - H. NISSENBAUM, *Bias in computer systems*, in *ACM Transactions on Information Systems (TOIS)*, vol. 14, n. 3/1996, 330 ss.

²⁸ Secondo l’espressione utilizzata da A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit.

²⁹ Cfr. S. U. NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Enforce Racism*, cit.

³⁰ Cfr. R. BIVENS - A. S. HOQUE, *Programming sex, gender, and sexuality: Infrastructural failures in the “feminist” dating app Bumble*, in *Canadian Journal of Communication*, vol. 43, n. 3/2018, 441 ss.; M. E. SWEENEY, *The intersectional interface*, in S. U. NOBLE - B. M. TYNES (a cura di), *The intersectional internet: Race, sex, class, and culture online*, Peter Lang International Academic Publishers, 2016; M. WILLSON, *Algorithms (and the) everyday*, in *Information, Communication & Society*, vol. 20, n. 1/2017, 137 ss.

³¹ Cfr. J. E. COHEN, *The biopolitical public domain: The legal construction of the surveillance economy*, in *Philosophy & Technology*, vol. 31, n. 2/2018, 214, cit. in A. L. HOFFMANN, *Where fairness fails: data, algorithms, and the limits of antidiscrimination discourse*, in *Information, Communication & Society*, vol. 22, n. 7/2019, 900 ss., che ha recentemente ricostruito l’insufficienza degli strumenti del diritto antidiscriminatorio e della riflessione antidiscriminatoria nella rimozione di stereotipi e discriminazioni dai sistemi di AI. Su estrazione dei dati e problemi di riservatezza e tutela dell’identità personale nelle decisioni automatizzate cfr. *ex aliis* E. PELLECCIA, *Privacy, decisioni automatizzate, algoritmi*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, Giuffrè, 2019, 417 ss., e i riferimenti *ivi* contenuti.

Nell'ambito dei reati culturalmente orientati, ad esempio, studi recenti³² mostrano come “considerazioni di senso comune prendano talvolta il posto di un'adeguata e accurata analisi non solo quando il giudice si approccia ai profili concettuali-definitori della pratica culturale, ma anche quando affronta i profili più operativi, relativi alla considerazione da attribuire concretamente a questo elemento”³³. Il richiamo al “senso comune”, com'è facile immaginare, è frequente soprattutto nei casi in cui si tratta di soggettività diverse, non maggioritarie, gruppi vulnerabili e in vario modo riconducibili a quei *grounds* delle discriminazioni che il diritto costituzionale e il diritto europeo mettono a disposizione per la realizzazione del principio di eguaglianza.

A tale rischio non sembra immune neppure il giudice costituzionale, basti pensare, in tempi recenti, alle argomentazioni della sent. n. 221/2019 della Corte costituzionale, nella quale, con riferimento all'accesso alla fecondazione eterologa da parte di coppie lesbiche si ritiene che non sia “irragionevole [...] che il legislatore si preoccupi di garantirgli [con riferimento al bambino] quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”.”³⁴. Si considera dunque non irragionevole che il legislatore ritenga preferibile per un bambino avere una madre e un padre e che, per questo motivo, “alla luce degli apprezzamenti correnti della comunità sociale”, si escluda il ricorso alle tecniche di PMA a coppie di donne. Tale passaggio è significativo di come nella costruzione dei ruoli in relazione al genere resti fortissimo l'ancoraggio all'apprezzamento sociale.

Nelle questioni culturali, prima menzionate, spesso proprio i giudici fanno proprie considerazioni che esulano da un riferimento al sistema normativo nazionale, e dunque al diritto applicabile, ma cercano di approdare all'interpretazione di altri sistemi normativi, in realtà non conosciuti, e quindi generalmente letti attraverso la lente dello stereotipo culturale³⁵. È il caso del richiamo al patriarcato come elemento integrato nella categoria di “cultura”, e quindi concetto ad essa riconducibile, in un processo di duplice stereotipizzazione e discriminazione: da un lato verso chi appartiene al gruppo culturale nel quale si realizza la condotta penalmente rilevante, e quindi verso l'autore del crimine, dall'altro verso la vittima, meno tutelata e protetta. Non è raro trovare nelle argomentazioni di giudici riferimenti ad “ancestrali codici familiari”³⁶ che potrebbero in qualche modo giustificare alcune condotte violente e criminali, “malintesi diritti maritali”³⁷, che possono condurre a tensioni emotive, frustrazioni, turbamenti.

Le pratiche giudiziali di stereotipizzazione e conseguente discriminazione assumono un peso particolare nella fenomenologia della violenza di genere, traducendosi anche in una pratica linguistica. Non è proprio soltanto dei giornalisti l'utilizzo di termini che abbandonando la tecnicità e la specificità del linguaggio giuridico trasformano reati in conflittualità, litigi in aggressioni. Questo avviene nel processo e nelle decisioni giudiziali, in cui si mettono in discussione perizie mediche, o si assume la posizione della vittima (che nel femminicidio in particolare non ha evidentemente possibilità di prendere parola)³⁸. Nel caso della violenza di genere, così come dei reati culturalmente orientati, emerge tutta la portata stereotipante della giurisprudenza che continua, dunque, a

³² Cfr. P. PANNIA, *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno studio sulle argomentazioni dei giudici italiani*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2016.

³³ *Ibidem*, che cita numerose pronunce individuate attraverso un rigoroso monitoraggio della giurisprudenza.

³⁴ Corte cost., sent. n. 221/2019, *Considerato in diritto*, 13.2.

³⁵ “In modo approssimativo, o addirittura scorretto” talvolta, riporta Pannia citando tra le altre Cass. Pen. 26.06.2007 n. 34909; Cass. Pen., 18.12.2013 n. 51059

³⁶ Tribunale di Trento, 19 febbraio 2009, n. 138, in *ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Si veda F. FILICE, *La violenza di genere*, Milano, Giuffrè, 2019, per un richiamo alla necessità di affrontare la violenza di genere in una prospettiva anche sociologica, volta proprio a mettere a nudo il perdurante radicamento negli uomini e nella società di una visione del genere maschile come dominante e dunque, per così dire, abilitato ad agire sul genere subordinato esercitando coazione e praticando subordinazione.

ricostruire, attraverso decisioni e linguaggio, ruoli femminili costruiti intorno a inferiorità, sessualizzazione del corpo, centralità dell'estetica.

È stato correttamente sottolineato che se è vero che le discriminazioni sono nell'intelligenza naturale prima che in quella artificiale, non si può d'altra parte paragonare il pregiudizio del singolo giudice nel singolo giudizio con l'esplosione dell'errore, del *bias*, in tutti i giudizi attraverso l'utilizzo dei sistemi di AI³⁹. Da questo punto di vista, il potenziale dirompente di una giustizia predittiva algoritmica è stato ampiamente studiato, soprattutto nell'ambito della giustizia penale⁴⁰, ben descritto nella Carta etica adottata dalla CEPEJ nel 2018⁴¹, e sono oggetto di approfondimento e di critica sia da parte dei giuristi sia da parte dei tecnologi i principali elementi di tensione rispetto al sistema dei valori costituzionali coinvolti: la ben nota mancanza di trasparenza dal punto di vista tecnico, propria delle decisioni assunte attraverso l'AI o comunque sostenute da meccanismi di AI⁴², e la spiegabilità, nel senso della traduzione della funzione dell'algoritmo in termini comprensibili agli utenti, strumentale all'esercizio del diritto di cui all'art. 22, par. 3 del GDPR, il quale com'è noto stabilisce che i titolari dei dati hanno il diritto di contestare le decisioni basate unicamente su processi automatizzati⁴³. Ciò non toglie però che i sistemi di AI possano svolgere un ruolo anche nei processi, quali assistenti cognitivi dei giudici in particolare per la trattazione di cause "semplici, seriali, ripetitive, interamente documentali ecc." o "nelle procedure alternative di soluzione delle controversie"⁴⁴.

Ma soprattutto, quello che forse il diritto potrebbe chiedere in più all'AI è di fornire gli strumenti capaci di guidare le decisioni orientandole ai valori del costituzionalismo. Strumenti in grado di rappresentare la realtà senza amplificarne le ingiustizie, ma anzi sfruttando l'infinita possibilità di accuratezza e di completezza che sempre di più caratterizza i dati, e la progressiva espansione della potenza di calcolo, per sradicarle, attraverso algoritmi costruiti come azioni positive.

³⁹ Cfr. A. MANTELERO, *Report on Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*. Strasburgo, 25 gennaio 2019, T-PD(2018)09Rev Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108).

⁴⁰ In Italia sono fondamentali i contributi di C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale 2019, 101 ss. e A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 1/2019, oltre a quello già citato di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit.

⁴¹ Cfr. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, cit.

⁴² Cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015

⁴³ Su questo, tra i numerosi riferimenti, interessante il contributo di M. ALMADA, *Human Intervention in Automated Decision-Making: Toward the construction of contestable systems*, in *ICAIL 2019*, June 17–21, 2019, Montreal, QC, Canada

⁴⁴ Cfr. F. DONATI, *Intelligenza Artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2020, spec. 431.

Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale

SOMMARIO: 1. Intelligenza Artificiale e stereotipi. – 2. L'apparente neutralità della tecnologia. – 3. La neutralità dei dati: cosa rappresentare e cosa non rappresentare. Dati che esistono e dati ... "che non esistono. – 4. È sufficiente il riferimento al concetto di *bias* per portare nell'intelligenza artificiale equità e giustizia? – 5. Stereotipi e discriminazioni dall'intelligenza naturale (nell'argomentazione giudiziaria) all'intelligenza artificiale

1. Intelligenza Artificiale e stereotipi

Prima di intraprendere la riflessione sul (rapido) passaggio dagli stereotipi alle discriminazioni nei sistemi di intelligenza artificiale, cercando di individuarne l'impatto sui principi fondamentali ed in particolare la rilevanza in termini di eguaglianza e di dignità, occorre una premessa.

La trasformazione dello spazio nel quale i comportamenti umani possono trovare collocazione e svolgimento, rappresentata dall'avvento della Rete, è stata osservata attraverso tre possibili lenti: quella ottimista, o utopica, secondo la definizione che qualcuno ne ha offerto¹, quella distopica², conservativa, a tratti apocalittica, e una lente più razionale, rappresentata da quei *cyber-realists* che si sono posti e si pongono soprattutto il problema della regolazione³.

Tutte le riflessioni sulla Rete prendono in fondo le mosse da un'esigenza di tutelare la libertà, di fronte agli sconvolgimenti che "il costituzionalismo sta subendo per effetto del progresso tecnologico di portata globale"⁴, sia in una prospettiva che legge la tecnologia come strumento per una piena realizzazione della libertà d'informazione, nella sua declinazione attiva e in quella passiva (libertà di informare o libertà di essere informati), sia nella prospettiva che si potrebbe definire maggiormente oppositiva, o protettiva, che si concentra sul diritto di controllare il trattamento informatizzato dei propri dati personali, quello che è stato definito "*habeas data*", e che ha contribuito a costruire una rinnovata idea di *privacy*, in cui si riassume un insieme di diritti relativi principalmente ad una gestione dei propri dati orientata alla tutela del diritto all'identità personale, e, dunque della dignità, personale e sociale⁵.

¹ Cfr. L. LESSIG, *Code 2.0*, New York 2006, J.M. BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *New York University Law Review*, 79, n. 1/2004. In Italia, cfr. da ultimo, M. MONTI, *Introduzione: la disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, in ID. (a cura di), *Special Issue di Federalismi.it* (www.federalismi.it), in corso di pubblicazione, e all'interno del fascicolo cfr. P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, spec. 7-8.

² Si vedano le considerazioni espresse in Cfr. A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018.

³ Cfr. D. FREEDMAN, *The Internet of Rules: Critical Approaches to Online Regulation and Governance*, in J. Curran – N. FENTON – D. FREEDMAN (a cura di), *Misunderstanding the Internet*, New York, 2016, e anche J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *UC Davis Law Review*, 51, n. 3/2018. Questione della regolazione che si pone naturalmente anche oggi per l'AI, da ultimo si veda proprio il contributo in questi stessi scritti di A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, 26 marzo 2020. Per uno stato dell'arte sul dibattito e le proposte di regolazione dell'AI sia consentito di rinviare a E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 1/2019, 73 ss.

⁴ Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012, 2.

⁵ Si devono, com'è noto, proprio a Pasquale Costanzo, le prime fondamentali riflessioni sulle trasformazioni del diritto all'informazione, nelle sue diverse sfaccettature, determinate dalla Rete, e sull'impatto della stessa sui diritti

Questa seconda prospettiva segna anche la riflessione giuridica sull'Intelligenza Artificiale (da ora AI), che si concentra ancora di più sull'esigenza di un utilizzo, e finanche di una progettazione, orientati allo sviluppo umano e alla garanzia del principio personalistico, esigenza "amplificata" dalle caratteristiche di questi sistemi.

Spesso quando si ragiona di applicazioni dell'AI in ambito - genericamente - giuridico, sia esso quello normativo o quello processuale, si concentra l'attenzione sul significato dell'algoritmo e sulle caratteristiche dei sistemi di apprendimento automatico.

Ma ciò che non deve sfuggire è che essi, affinché possano funzionare, hanno bisogno di dati "annotati" (*supervised learning*) o per lo meno selezionati e preparati (*unsupervised learning*), dall'essere umano oppure tramite sistemi automatici di produzione della fonte di informazione.

Il tema centrale dunque, non soltanto per i *data scientists* e per tutti i tecnologi che operano nell'ambito delle tecnologie dell'informazione, ma anche per chi, sul versante del diritto e delle politiche pubbliche, intenda investigare la possibilità per le tecnologie di contribuire alla realizzazione di una società più equa e giusta, dove sono garantiti i diritti fondamentali, non è solo o tanto quello dell'algoritmo, ma quello dei dati, e dunque della creazione di condizioni che consentano all'AI di utilizzare basi di dati costruite correttamente.

Da questo punto di vista il problema sta per un verso nella genesi dei dati, che può essere umana, tecnologica, ma anche mista, per altro verso nell'organizzazione stessa dei dati, che può e generalmente deve strutturarsi, al fine del loro più efficiente utilizzo, secondo modalità che emulano il ragionamento umano: come altre tecnologie, infatti, anche l'AI è *bio-inspired* e *bio-oriented*⁶.

Nelle fonti, dunque, si annida il *vulnus* potenzialmente intrinseco ai sistemi che si fondano sull'AI, e che sarà oggetto di riflessione, quello dei *bias*. Se nell'approccio tecnologico il *bias* rappresenta un errore di valutazione, un concetto (anche, eventualmente, pre-concetto) che rischia di minare la correttezza e l'affidabilità dei risultati di un'analisi, nella prospettiva giuridica il *bias* rappresenta lo stereotipo pronto a trasformarsi in scelta discriminatoria, e per questo il principale bersaglio del principio di non discriminazione. Non è un caso che tale principio sia tra i più rilevanti che l'*European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) ha recentemente messo in evidenza⁷, prendendo le mosse dalla constatazione che proprio certi metodi di processamento dei dati tendono a rivelare discriminazioni che esistono e, potremmo dire, a cristallizzarle⁸.

La questione che qui si intende porre è quella della riflessività degli stereotipi e delle discriminazioni, nel passaggio dalla generazione dei dati, spesso frutto dell'intelligenza e del comportamento umano, alla costruzione degli algoritmi. L'errore, come scrive Andrea Simoncini, di "derivare dall'essere il dover essere"⁹, diviene particolarmente grave quando l'essere è fatto da una

fondamentali, cfr. in particolare P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, Appendice, Torino, UTET, 2000, e ID., *Miti e realtà dell'accesso a internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2012.

⁶ Cfr. M.C. CARROZZA *et al.*, Statuto etico e giuridico dell'Intelligenza Artificiale dalla Fondazione Leonardo "Civiltà delle macchine", *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 3/2019, da cui emerge anche l'esigenza di un superamento della logica antagonistica dell'AI.

⁷ Nel recente atto contenente una *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, adottata dalla CEPEJ nella 31ma assemblea generale (Strasburgo, 3-4 Dicembre 2018, CEPEJ(2018)14.

⁸ E da questo punto di vista l'applicazione dell'AI in ambito giudiziario, e penale in particolare, mostra il rischio della riemersione di dottrine deterministiche che, per lo meno in Italia, sono definitivamente superate, anche nel diritto positivo processuale, attraverso l'art. 220, c. 2 del codice di procedura penale che stabilisce espressamente, com'è noto, l'inammissibilità di perizie criminologiche al fine della verifica della punibilità, si veda A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 1/2019.

⁹ *Ibidem*, 86

realtà sociale ingiusta, che tende a perpetrare diseguaglianze, e che quindi la cristallizzazione dell'ingiustizia nelle maglie dell'algoritmo rischia di normativizzare.

Gli esempi, i più risalenti nel tempo e i più recenti, ai quali ci si può riferire, confermano questa "ipotesi", ma nello stesso tempo, come si suggerirà in conclusione, possono indicare un mutamento di prospettiva.

Il più "storico" è quello relativo al *Franglen's Admissions Algorithm*¹⁰. Nel 1970 il dr. Franglen a Londra inizia a scrivere un algoritmo per selezionare le *applications* degli studenti per l'ammissione alla scuola di medicina. All'epoca tre quarti dei candidati ogni anno venivano esclusi soltanto sulla base della loro domanda senza poter accedere all'*interview*. Al fine di rendere meno gravoso lo sforzo di selezionare un numero elevatissimo di domande, Franglen pensa di automatizzare quella fase della procedura, cercando di tradurre all'interno dell'algoritmo i processi che negli anni lui e i suoi colleghi avevano utilizzato per selezionare gli studenti.

Ma invece di produrre risultati migliori e più efficienti, l'algoritmo provoca danni enormi: il semplice fatto di avere un nome non europeo determinava infatti la perdita di 15 punti nella valutazione.

Dal passato al presente più prossimo, basti guardare al progetto *gendershades.org*¹¹, che ha mostrato come le tecniche di *machine learning* utilizzate per la classificazione di genere da parte di tre compagnie (IBM, Microsoft e Face++) presentano evidenti *bias* etnici e di genere. Ancora una volta il punto non è che il *machine learning* sbaglia, ma *come* sbaglia. Se l'*AI* è in grado di fallire così come lo è l'intelligenza naturale, il problema è che essa è altrettanto in grado di discriminare. In questo caso, tutte le compagnie hanno risultati migliori nel riconoscimento dei maschi che in quello delle femmine, con una differenza fino a circa il 21%. E tutte le compagnie hanno risultati migliori con soggetti di pelle più chiara piuttosto che su soggetti di pelle più scura, con una differenza fino a circa il 20%. E se si analizza la discriminazione intersezionale, si nota come tra il gruppo "maschi chiari" e il gruppo "femmine scure" si arrivi ad un *gap* di accuratezza di circa il 35%.

Conferme provengono anche dagli studi, su cui ci si soffermerà in seguito, che mostrano come gli algoritmi dei motori di ricerca tendano a rafforzare ideologie e sentimenti razzisti¹².

Come anticipato, l'analisi non può che condurre a sottolineare, quale esigenza avvertita peraltro dagli stessi tecnologi, la centralità della qualità dei dati, e la sua preminenza anche rispetto alla scelta della tecnica di *machine learning* o *deep learning* nella progettazione e nell'utilizzo dell'*AI*.

Ma fatto questo, l'approccio alla relazione tra intelligenza umana (naturale) e intelligenza artificiale potrebbe invece aprirsi ad una prospettiva diversa dal consueto richiamo alla necessità di una regolazione, che pur salvaguardando le opportunità non rinunci a porre limiti.

Infatti, constatato come il potenziale discriminatorio dell'*AI* altro non è che l'amplificatore degli stereotipi e delle discriminazioni esistenti¹³ nel nostro linguaggio, nel nostro agire, nell'applicazione della nostra intelligenza, vale a dire della nostra capacità di attribuire significati alle cose e alle esperienze che ci circondano, sarebbe forse utile pensare a come utilizzare l'*AI* "contro" quello che non dovremmo essere.

¹⁰ Recentemente studiato su *IEEE Spectrum*, O. SCHWART, *Untold History of AI: Algorithmic Bias Was Born in the 1980s*, *IEEE Spectrum* (<https://spectrum.ieee.org/>), April 2019.

¹¹ Cfr. J. BUOLAMWINI – T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in *Proceedings of Machine Learning Research* (<http://proceedings.mlr.press/>), 81/2018.

¹² Cfr. S. U. NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Enforce Racism*, New York University Press, 2018. Sulle criticità insite nelle logiche proprie dei motori di ricerca cfr. già P. COSTANZO, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti?*, in *Diritto dell'internet*, 2006.

¹³ Come sottolinea M. ONUOHA, *On algorithmic violence: Attempts at fleshing out the concept of algorithmic violence*, in *Github* (<https://github.com/>), Feb 22, 2018

Se sotto il profilo della *data science* questo significherebbe aumentare, e non limitare o controllare, il margine di autoapprendimento, dal punto di vista giuridico sembra aprirsi la possibilità di utilizzare l'AI al fine di individuare e rimuovere i *bias* insiti nell'intelligenza umana, e spesso in grado di annidarsi anche nell'intelligenza dei soggetti che, a vario titolo, sono chiamati a produrre il diritto: sia quello politico, sia quello giurisprudenziale.

Prima però di aprire alle potenzialità antidiscriminatorie dell'AI, e dunque ad un'applicazione costituzionalmente orientata, occorre approfondire tre aspetti: quello dell'apparente, solo apparente, neutralità della tecnologia; quello della pretesa neutralità dei dati, e dunque della presenza di spazi di invisibilità nei dati; e quello dell'utilità epistemologica, ma soprattutto in termini di politica del diritto, del concetto di *bias*.

2. L'apparente neutralità della tecnologia

Esattamente un anno fa, nel marzo 2019, Berlino ha celebrato la giornata della *Gender Pay Equality* offrendo sconti alle donne sui trasporti pubblici. Questi sconti sono stati forniti automaticamente, analizzando i volti delle persone che acquistavano i biglietti, attraverso un sistema di *Automatic Gender Recognition* (AGR), un sistema di AI attraverso il quale si tenta di inferire il genere del soggetto di una foto o di un video attraverso l'apprendimento automatico¹⁴.

È evidente che un sistema del genere non può definirsi neutrale. Come ogni tecnologia integra *by design* e *by default* dei presupposti, ed in questo caso integra una specifica e non includente concezione di cosa sia il "genere", rimodellando, e cristallizzando, la definizione del genere, con evidenti conseguenze in particolare per persone *gender non conforming* e *trans*. Infatti, un sistema che utilizza AGR scatta una foto (o realizza un video), ed elabora gli elementi di somiglianza e differenza tra le caratteristiche del viso analizzato e quelle di un modello, classifica quel viso come "maschile" o "femminile", sulla base della struttura ossea, della pelle, della forma del viso. La qualificazione viene quindi inserita in un sistema che registra il genere, ne tiene traccia, e lo utilizza a fini pubblicitari, di comunicazione, di organizzazione degli spazi e controllo dell'accesso agli stessi (si pensi all'accesso ai servizi igienici).

Inferire il genere dalle caratteristiche somatiche è d'altra parte profondamente discriminatorio¹⁵ e tale tecnologia è stata infatti criticata per l'impatto dirompente che produce rispetto al riconoscimento dell'identità di genere, oggi, com'è noto, nominata e tutelata anche nel nostro ordinamento a partire in particolare dalla sent. n. 221/2015 della Corte cost., confermata nel 2017, che superando una connessione biunivoca e necessaria tra morfologia del corpo e identità sessuale, ha consentito il riconoscimento giuridico, attraverso la rettificazione anagrafica, di soggettività in transizione di genere per le quali il sesso anatomico non trova corrispondenza nella dimensione identitaria¹⁶.

¹⁴ Questo sistema è integrato nei servizi di riconoscimento facciale venduti da grandi aziende tecnologiche come Amazon e IBM ed è stato utilizzato per la ricerca accademica, ma anche per il controllo degli accessi a strutture pubbliche e private e le profilazioni a fini pubblicitari.

¹⁵ Cfr. O. KEYES, *The Body Instrumental*, in *Logic*, n. 9/2019

¹⁶ Dal 2015, sia la giurisprudenza costituzionale sia la giurisprudenza di legittimità sono intervenute ad affermare definitivamente quella che era un'interpretazione minoritaria sulla facoltatività degli interventi chirurgici, ponendo al centro dell'argomentazione il diritto all'autodeterminazione e alla salute, nel suo significato più olistico. Su Corte cost. 221/2015, cfr. A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2015, 1006 ss.; e si vedano poi sia la sent. n. 180/2017, sia l'ord. 185/2017, su cui *Id.*, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185/2017)*, in *Studium Iuris*, 4/2018, 446 ss., *Id.*, *I corpi transessuali di fronte al diritto: alla ricerca di una faticosa rielaborazione degli impliciti normativi in materia di cambiamento di sesso*, in *Rivista di sessuologia*, n. 2/2016,

Sistemi di questo tipo non soltanto possiedono una significativa carica discriminatoria, ma sono in grado di intervenire nella definizione stessa del genere; una volta integrati all'interno dell'ordinamento giuridico, ovvero nelle strutture di potere economico e sociale, agiscono sull'oggetto della misurazione trasformandolo, ovvero legittimandolo.

Se gli strumenti dell'AI in generale sono oggi parte integrante del nostro modo di conoscere e di comprendere la realtà, e "naturalizzandosi" conformano la realtà, attraverso il loro linguaggio, i meccanismi di AGR sono particolarmente significativi per la capacità di modellare il genere misurandolo, esemplificativi del modo di operare proprio del *machine learning*, che conduce verso una conoscenza umana della realtà che si definisce sulla scorta di come lo strumento tecnologico descrive la realtà medesima.

Anche per questa ragione gli algoritmi di riconoscimento facciale sono attualmente considerati come applicazioni dell'AI tra le più critiche rispetto alla protezione dei diritti fondamentali¹⁷.

3. La neutralità dei dati: cosa rappresentare e cosa non rappresentare. Dati che esistono e dati ... "che non esistono"

I pregiudizi ancora fortemente radicati nei sistemi sociali vengono replicati nei set di dati¹⁸. Tutto questo accade anche, forse principalmente, per due ordini di ragioni: la prima risiede nelle caratteristiche soggettive di chi è chiamato a progettare i sistemi, poiché la maggior parte dei *team* di ingegneri e *data scientists* non comprende (o ne comprende pochissime) donne e persone appartenenti a minoranze etniche, e perché non esiste pressoché alcuna formazione, nel campo delle scienze c.d. dure, sul significato della *diversity*.

Ma perché la tecnologia, e l'AI in particolare, non possono essere neutri? Perché la mancanza di neutralità è propria dei dati: la circostanza stessa che un dato, o, meglio, un set di dati, rappresenti o meno qualcosa, già mette in discussione la presunta neutralità. L'astrattezza della scienza dei dati, che apparentemente trascende dai corpi, per così dire *body blind*, produce così quelle discriminazioni che lo stesso diritto, quando è stato costruito come indifferente ai corpi, alla materia, alle differenze presenti nell'umanità (basti pensare ai danni prodotti da un costituzionalismo che si è fondato sulla sua natura *colour-blindness*), ha generato, e per questa ragione il diritto è chiamato ad investigarla e indirizzarla.

La scienza dei dati, infatti, dipende fortemente dai corpi, benché non si vedano: si basa su di essi come fonti di dati e per prendere decisioni sui dati. Se oggettività o neutralità hanno un significato abbastanza definito dal punto di vista giuridico (pur nelle maglie sempre variabili

157 ss. e ID., *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in *Genlus* (<http://www.articolo29.it/genius/>), n. 1/2015, 174 ss.

Lorenzetti ritiene che le pronunce abbiano comunque confermato la sussistenza in capo al giudice di un potere decisionale, esercitato attraverso il supporto dei sanitari, in grado di limitare ancora lo spazio di autodeterminazione della persona. Da ultimo cfr. G. M. NEGRI, *Il percorso di riconoscimento di genere. I suoi profili applicativi tra norma e prassi*, in E. STRADELLA (a cura di), *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*, Pisa, Pisa University Press, 2019. Il tema è peraltro al centro di un intenso dialogo tra corti, si veda da ultimo L. TRUCCO, *Dialogo tra corti e diritti LGBT (a margine della "opinión consultiva" della Corte IDU "OC-24 de 24 de noviembre de 2017")*, in R. ROMBOLI - A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, Giappichelli, 2019, 369 ss.

¹⁷ Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Facial Recognition Technology: Fundamental Rights Consideration in the Context of Law*, Report 2020.

¹⁸ Tornando all'esempio degli algoritmi di analisi facciale, scavando nei dati di *benchmarking* per questi algoritmi, Buolamwini mostra che consistevano nel 78% di volti maschili e dell'84% di volti chiari, nettamente in contrasto con una popolazione globale che è per lo più femminile e di pelle non chiara, cfr. J. BUOLAMWINI - T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, cit.

dell'interpretazione), essi assumono nel rapporto con la scienza dei dati la pericolosa ambiguità di presentare come indipendente da condizionamenti un dato, o un risultato, che invece è frutto di una molteplicità di fattori che interagiscono tra loro.

Negare l'oggettività dei dati non significa rinunciare al loro utilizzo o sottovalutare l'importanza che essi rivestono nell'elaborazione di politiche virtuose, ma riconoscere le diseguaglianze che le pratiche di raccolta e trattamento dei dati incorporano.

Se l'eguaglianza parte dai corpi, la potenziale discriminatorietà dei dati si evince dal numero e dalle qualità dei molti corpi non contati, e silenziati. Donne, persone appartenenti a minoranze "razziali", disabili, persone transgenere, *insular minorities* non costruiscono i dati e anche per questo i dati tendono spesso conformarsi al potere, a diventarne specchio per un verso, cassa di risonanza per altro. Com'è stato scritto di recente, sono le persone e i loro corpi che possono dirci quali dati li aiuteranno a migliorare la vita e quali dati li danneggeranno¹⁹. Il problema della presunta neutralità dei dati è ben evidente in numerose applicazioni dell'AI, e in tutte mostra l'impatto dirompente sui diritti costituzionalmente garantiti. Si pensi a quello alla salute, ambito in cui la presenza di *bias* derivanti dai dati rischia di produrre effetti di particolare penalizzazione dei soggetti in relazione a caratteristiche personali ad alto grado di vulnerabilità e stereotipizzazione, quali l'identità sessuale o di genere, l'origine etnica, l'appartenenza religiosa.

È il caso degli algoritmi di previsione utilizzati negli Stati Uniti per l'individuazione di pazienti con esigenze sanitarie complesse²⁰. In questo caso è stato recentemente mostrato come a un determinato livello di rischio i pazienti neri risultano più malati dei pazienti bianchi e risolvere questa diseguaglianza sociale e assistenziale comporterebbe un aumento dei pazienti neri che ricevono ulteriori cure fino a quasi il 50%. Ma perché l'algoritmo utilizzato per scegliere verso quali pazienti destinare la spesa sanitaria in questo caso produce in maniera così evidente una disparità? Perché automaticamente prevede, e dunque richiede, minori costi per l'assistenza sanitaria per i pazienti neri rispetto ai pazienti bianchi. È probabile che questo derivi, ancora una volta, da una storia di disparità e discriminazioni: la tendenziale minore attenzione alla salute dei pazienti neri, sottoposti ad un'intensità di cura inferiore a fronte di sintomatologie o patologie analoghe o corrispondenti a quelle dei pazienti bianchi, si traduce in un algoritmo che paradossalmente considerandoli meno bisognosi di cure li condanna a peggiori condizioni di salute.

D'altra parte, le questioni relative alla qualità dei dati, e alla presenza di *bias*, paiono assumere sempre maggiore rilevanza, anche nella riflessione dei tecnologi, ragione per cui non sembra irrealistico ritenere che nei prossimi anni sarà possibile progettare sistemi antidiscriminatori *by default* e *by design*, in grado di superare le criticità delineate per lo meno rispetto alla presenza di *bias* all'interno dei sistemi.

Occorre però chiedersi se sia sufficiente il riferimento al concetto di *bias* per tradurre nell'AI principi di eguaglianza, ragionevolezza, giustizia sociale.

4. È sufficiente il riferimento al concetto di *bias* per portare nell'intelligenza artificiale equità e giustizia?

Il riferimento al concetto di *bias*, oggi piuttosto *mainstream*, non sembra sufficiente a conformare l'AI ai principi di equità e giustizia.

¹⁹ Cfr. C. D'IGNAZIO – L. F. KLEIN, *Data Feminism*, MIT Press, 2019, *passim*.

²⁰ Cfr. Z. OBERMEYER *et al.*, *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science* (<https://science.sciencemag.org/>), Vol. 366, 2019, 447 ss.

Il concetto di “parzialità” individua la fonte della disuguaglianza nel comportamento degli individui o nei risultati di un sistema tecnico (ad esempio un sistema che favorisce i bianchi, o gli uomini, si pensi al caso segnalato in ambito sanitario). Sotto questo modello concettuale, un obiettivo tecnologico potrebbe essere quello di creare un sistema “imparziale”, attraverso una progettazione che utilizzi i dati per ottimizzare i suoi parametri, e quindi testi gli eventuali errori che ne risultano. È stato sottolineato che da un punto di vista tecnologico è possibile definire e dunque, potenzialmente, “ottimizzare”, un sistema “giusto”, intendendolo come un sistema libero da *bias*.

Il limite di un approccio del genere è dato dal fatto che si fonda su un’idea di oggettività che non è propria di questi sistemi. Viene sottolineato infatti quanto sia fuorviante immaginare che i dati, e la tecnologia stessa, siano obiettivi, e dunque limitativo ricondurre i problemi associati a dati e algoritmi “parziali” o “*biased*” esclusivamente alla progettazione e alle caratteristiche dei sistemi “intelligenti”²¹.

È stata così messa in evidenza la ristrettezza dell’equità concepita dal punto di vista computazionale, sottolineando come i *data scientists* che mettono a disposizione la loro scienza per riformare i processi decisionali in genere (che si tratti di processi normativi o di decisioni giudiziarie), dovrebbero orientare i loro sforzi verso l’obiettivo della giustizia, piuttosto che farsi ispirare da uno *zeitgeist* di soluzioni tecnologiche²². Naturalmente non è immediata la definizione “tecnologica” di equità. Com’è stato segnalato, un concetto di equità che assuma significato indipendentemente dal contesto, o dalla storia che racconta le esperienze dei gruppi, delle minoranze, delle soggettività discriminate, non sembra in grado di rispondere e di contrastare, non solo semanticamente, ma soprattutto normativamente, le “ingiustizie” sistematiche perpetrate da alcuni gruppi su altri gruppi²³.

Un modello di equità che invece di creare algoritmi “daltonici”, porti alla progettazione di algoritmi “giusti”, in grado di tenere in considerazione tempo, storia e asimmetrie di potere. D’altra parte, l’evoluzione del principio di eguaglianza in Europa, tra diritti interni e diritto europeo, è stata almeno in parte caratterizzata da una progressiva consapevolezza circa le asimmetrie di potere, basti pensare a come si sviluppa il diritto antidiscriminatorio, alla progressiva astrazione del giudizio di discriminazione dall’elemento della comparazione, con l’elaborazione (prima) giurisprudenziale della figura delle discriminazioni indirette, e all’inserimento delle molestie e molestie sessuali come fattispecie discriminatorie²⁴. Tradurre questa consapevolezza nell’AI sarebbe quindi come gettare le basi per vere e proprie “azioni positive tecnologiche”, cioè, come si dirà in seguito, per un utilizzo delle tecnologie innovative nella prospettiva del superamento delle esistenti, e radicate, disparità, attraverso interventi correttivi comunque orientati alla “rimozione degli ostacoli”.

A questi fini, il concetto di *bias* (negli individui, così come negli *data assets*, o negli algoritmi) non è abbastanza forte da poter fungere, per lo meno preso da solo, come risolutivo incoraggiamento per i principi di equità e di giustizia sociale.

Non è il *bias* di per sé a generare algoritmi di intelligenza artificiale ingiusti o discriminatori, ma la segregazione tecnologica è il frutto di un complesso di interazioni che rendono necessario pensare l’AI e costruire gli algoritmi come orientati *by default* al superamento delle asimmetrie di potere, e

²¹ Si vedano già le prime considerazioni di D. P. BENJAMIN, *Change of Representation and Inductive Bias*, Boston, Kluwer Academic Publisher, 1990.

²² Cfr. B. Green, cit. in C. D’IGNAZIO – L. F. KLEIN, *Data Feminism*, cit.

²³ Cfr. S. COSTANZA-CHOCK, *Data and Discrimination*, in *Data Justice Conference*, 21-22 maggio 2018, Cardiff, UK.

²⁴ Numerosi i possibili richiami sul punto, si veda per tutti E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, 2005; M. Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, 2002; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, A. LORENZETTI, *Il Diritto Antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, 2012. Da ultimo la relazione presentata in occasione del convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti a Bergamo, “Eguaglianza e discriminazioni nell’epoca contemporanea”, 15-16 novembre 2019, di A. SCIORTINO, *Eguaglianza di genere nell’UE: categorie giuridiche e tutele*.

dunque, per così dire, *biased* nella misura in cui questo è funzionale a rimuovere una radicata discriminazione, o a neutralizzare uno stereotipo operante.

È stato da tempo chiarito che la discriminazione algoritmica può avvenire in modi involontari o difficili da ricostruire razionalmente, quando i pregiudizi sociali preesistenti si riflettono nei dati attraverso modalità che possono essere poco prevedibili. In questi casi, si dice che i pregiudizi “si intrufolano”²⁵, “intenzionalmente o per caso”²⁶, o in maniera sotterranea, che emerge soltanto nel tempo²⁷.

Significativo in tal senso è il fenomeno dell’amplificazione delle discriminazioni fondate sulla “razza” attraverso algoritmi incostituzionali²⁸: esistono decisioni digitali che hanno la capacità di rafforzare relazioni sociali oppressive e di realizzare esse stesse nuovi modelli di profilazione razziale e di genere. La constatazione della presenza di errori di dati guidati algoritmicamente che sono specifici per donne e minoranze razziali, descrivono il fenomeno, che è stato definito di oppressione algoritmica, in base al quale l’AI mostra la sua capacità di contribuire alla strutturazione del razzismo e del sessismo: il razzismo sarebbe l’interfaccia del programma applicativo (API *application programming interface*) di Internet²⁹. Dunque, i dati e gli algoritmi non si limitano a modellare i risultati distributivi, ma incidono sulla costruzione dei significati, rinforzando alcuni “*frame*” discorsivi rispetto ad altri³⁰. Ciò significa che i dati, frammenti personali dell’identità, diventano strumento di collegamento tra i soggetti e quelle entità che cercano di tradurre i dati stessi in risorse finanziarie, attraverso modalità di “estrazione e appropriazione”³¹.

A fronte di questo quadro, l’intreccio tra intelligenza naturale e artificiale impone di provare a leggere in un modo diverso il rapporto tra le due, proponendo non soltanto un effettivo orientamento alla giustizia della seconda al fine di non perpetuare stereotipi e discriminazioni secolarmente prodotte dalla prima, ma l’esercizio di una funzione correttiva della seconda sulla prima.

5. Stereotipi e discriminazioni dall’intelligenza naturale (nell’argomentazione giudiziaria) all’intelligenza artificiale

²⁵ Cfr. A. CALISKAN *et al.*, *Biased bots: Human prejudices sneak into AI systems*, in *University of Bath*, 13 Aprile 2017

²⁶ Cfr. S. BAROCAS - A. D. SELBST, *Big data’s disparate impact*, in *California Law Review*, vol. 104, 2016, 674

²⁷ Cfr. B. FRIEDMAN - H. NISSENBAUM, *Bias in computer systems*, in *ACM Transactions on Information Systems (TOIS)*, vol. 14, n. 3/1996, 330 ss.

²⁸ Secondo l’espressione utilizzata da A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit.

²⁹ Cfr. S. U. NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Enforce Racism*, cit.

³⁰ Cfr. R. BIVENS - A. S. HOQUE, *Programming sex, gender, and sexuality: Infrastructural failures in the “feminist” dating app Bumble*, in *Canadian Journal of Communication*, vol. 43, n. 3/2018, 441 ss.; M. E. SWEENEY, *The intersectional interface*, in S. U. NOBLE - B. M. TYNES (a cura di), *The intersectional internet: Race, sex, class, and culture online*, Peter Lang International Academic Publishers, 2016; M. WILLSON, *Algorithms (and the) everyday*, in *Information, Communication & Society*, vol. 20, n. 1/2017, 137 ss.

³¹ Cfr. J. E. COHEN, *The biopolitical public domain: The legal construction of the surveillance economy*, in *Philosophy & Technology*, vol. 31, n. 2/2018, 214, cit. in A. L. HOFFMANN, *Where fairness fails: data, algorithms, and the limits of antidiscrimination discourse*, in *Information, Communication & Society*, vol. 22, n. 7/2019, 900 ss., che ha recentemente ricostruito l’insufficienza degli strumenti del diritto antidiscriminatorio e della riflessione antidiscriminatoria nella rimozione di stereotipi e discriminazioni dai sistemi di AI. Su estrazione dei dati e problemi di riservatezza e tutela dell’identità personale nelle decisioni automatizzate cfr. *ex aliis* E. PELLECCIA, *Privacy, decisioni automatizzate, algoritmi*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, Giuffrè, 2019, 417 ss., e i riferimenti *ivi* contenuti.

L'argomentazione giudiziaria resta uno dei luoghi dove ancora molto significativi sono le pratiche di stereotipizzazione e la costruzione di concettualizzazioni, molto spesso implicite, ma comunque (o forse proprio per questo) assai rilevanti.

Nell'ambito dei reati culturalmente orientati, ad esempio, studi recenti³² mostrano come "considerazioni di senso comune prendano talvolta il posto di un'adeguata e accurata analisi non solo quando il giudice si approccia ai profili concettuali-definitori della pratica culturale, ma anche quando affronta i profili più operativi, relativi alla considerazione da attribuire concretamente a questo elemento"³³. Il richiamo al "senso comune", com'è facile immaginare, è frequente soprattutto nei casi in cui si tratta di soggettività diverse, non maggioritarie, gruppi vulnerabili e in vario modo riconducibili a quei *grounds* delle discriminazioni che il diritto costituzionale e il diritto europeo mettono a disposizione per la realizzazione del principio di eguaglianza.

A tale rischio non sembra immune neppure il giudice costituzionale, basti pensare, in tempi recenti, alle argomentazioni della sent. n. 221/2019 della Corte costituzionale, nella quale, con riferimento all'accesso alla fecondazione eterologa da parte di coppie lesbiche si ritiene che non sia "irragionevole [...] che il legislatore si preoccupi di garantirgli [con riferimento al bambino] quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza"."³⁴. Si considera dunque non irragionevole che il legislatore ritenga preferibile per un bambino avere una madre e un padre e che, per questo motivo, "alla luce degli apprezzamenti correnti della comunità sociale", si escluda il ricorso alle tecniche di PMA a coppie di donne. Tale passaggio è significativo di come nella costruzione dei ruoli in relazione al genere resti fortissimo l'ancoraggio all'apprezzamento sociale.

Nelle questioni culturali, prima menzionate, spesso proprio i giudici fanno proprie considerazioni che esulano da un riferimento al sistema normativo nazionale, e dunque al diritto applicabile, ma cercano di approdare all'interpretazione di altri sistemi normativi, in realtà non conosciuti, e quindi generalmente letti attraverso la lente dello stereotipo culturale³⁵. È il caso del richiamo al patriarcato come elemento integrato nella categoria di "cultura", e quindi concetto ad essa riconducibile, in un processo di duplice stereotipizzazione e discriminazione: da un lato verso chi appartiene al gruppo culturale nel quale si realizza la condotta penalmente rilevante, e quindi verso l'autore del crimine, dall'altro verso la vittima, meno tutelata e protetta. Non è raro trovare nelle argomentazioni di giudici riferimenti ad "ancestrali codici familiari"³⁶ che potrebbero in qualche modo giustificare alcune condotte violente e criminali, "malintesi diritti maritali"³⁷, che possono condurre a tensioni emotive, frustrazioni, turbamenti.

Le pratiche giudiziali di stereotipizzazione e conseguente discriminazione assumono un peso particolare nella fenomenologia della violenza di genere, traducendosi anche in una pratica linguistica. Non è proprio soltanto dei giornalisti l'utilizzo di termini che abbandonando la tecnicità e la specificità del linguaggio giuridico trasformano reati in conflittualità, litigi in aggressioni. Questo avviene nel processo e nelle decisioni giudiziali, in cui si mettono in discussione perizie mediche, o si assume la posizione della vittima (che nel femminicidio in particolare non ha evidentemente possibilità di prendere parola)³⁸. Nel caso della violenza di genere, così come dei reati culturalmente

³² Cfr. P. PANNA, *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno studio sulle argomentazioni dei giudici italiani*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2016.

³³ *Ibidem*, che cita numerose pronunce individuate attraverso un rigoroso monitoraggio della giurisprudenza.

³⁴ Corte cost., sent. n. 221/2019, *Considerato in diritto*, 13.2.

³⁵ "In modo approssimativo, o addirittura scorretto" talvolta, riporta Pannia citando tra le altre Cass. Pen. 26.06.2007 n. 34909; Cass. Pen., 18.12.2013 n. 51059

³⁶ Tribunale di Trento, 19 febbraio 2009, n. 138, in *ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Si veda F. FILICE, *La violenza di genere*, Milano, Giuffrè, 2019, per un richiamo alla necessità di affrontare la violenza di genere in una prospettiva anche sociologica, volta proprio a mettere a nudo il perdurante radicamento negli uomini

orientati, emerge tutta la portata stereotipante della giurisprudenza che continua, dunque, a ricostruire, attraverso decisioni e linguaggio, ruoli femminili costruiti intorno a inferiorità, sessualizzazione del corpo, centralità dell'estetica.

È stato correttamente sottolineato che se è vero che le discriminazioni sono nell'intelligenza naturale prima che in quella artificiale, non si può d'altra parte paragonare il pregiudizio del singolo giudice nel singolo giudizio con l'esplosione dell'errore, del *bias*, in tutti i giudizi attraverso l'utilizzo dei sistemi di AI³⁹. Da questo punto di vista, il potenziale dirompente di una giustizia predittiva algoritmica è stato ampiamente studiato, soprattutto nell'ambito della giustizia penale⁴⁰, ben descritto nella Carta etica adottata dalla CEPEJ nel 2018⁴¹, e sono oggetto di approfondimento e di critica sia da parte dei giuristi sia da parte dei tecnologi i principali elementi di tensione rispetto al sistema dei valori costituzionali coinvolti: la ben nota mancanza di trasparenza dal punto di vista tecnico, propria delle decisioni assunte attraverso l'AI o comunque sostenute da meccanismi di AI⁴², e la spiegabilità, nel senso della traduzione della funzione dell'algoritmo in termini comprensibili agli utenti, strumentale all'esercizio del diritto di cui all'art. 22, par. 3 del GDPR, il quale com'è noto stabilisce che i titolari dei dati hanno il diritto di contestare le decisioni basate unicamente su processi automatizzati⁴³. Ciò non toglie però che i sistemi di AI possano svolgere un ruolo anche nei processi, quali assistenti cognitivi dei giudici in particolare per la trattazione di cause "semplici, seriali, ripetitive, interamente documentali ecc." o "nelle procedure alternative di soluzione delle controversie"⁴⁴.

Ma soprattutto, quello che forse il diritto potrebbe chiedere in più all'AI è di fornire gli strumenti capaci di guidare le decisioni orientandole ai valori del costituzionalismo. Strumenti in grado di rappresentare la realtà senza amplificarne le ingiustizie, ma anzi sfruttando l'infinita possibilità di accuratezza e di completezza che sempre di più caratterizza i dati, e la progressiva espansione della potenza di calcolo, per sradicarle, attraverso algoritmi costruiti come azioni positive.

e nella società di una visione del genere maschile come dominante e dunque, per così dire, abilitato ad agire sul genere subordinato esercitando coazione e praticando subordinazione.

³⁹ Cfr. A. MANTELERO, *Report on Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*. Strasburgo, 25 gennaio 2019, T-PD(2018)09Rev Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108).

⁴⁰ In Italia sono fondamentali i contributi di C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale 2019, 101 ss. e A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo"*. *Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 1/2019, oltre a quello già citato di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit.

⁴¹ Cfr. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, cit.

⁴² Cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015

⁴³ Su questo, tra i numerosi riferimenti, interessante il contributo di M. ALMADA, *Human Intervention in Automated Decision-Making: Toward the construction of contestable systems*, in *ICAIL 2019*, June 17–21, 2019, Montreal, QC, Canada

⁴⁴ Cfr. F. DONATI, *Intelligenza Artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2020, spec. 431.

ELENA BASSOLI

La Ciber-Etica: luci e ombre della predittività algoritmizzata

SOMMARIO: 1. I cinque principi della Carta Etica Europea 2018/2019. – 2. L'uso di sistemi AI nei sistemi giudiziari. – 3. Panoramica delle politiche relative agli *open data* relative alle decisioni giudiziarie nei sistemi giudiziari degli Stati membri del Consiglio d'Europa. – 4. La definizione di *open data* su decisioni giudiziarie. – 5. Lo sviluppo degli *open data* in materia giudiziaria negli Stati membri del Consiglio d'Europa e le conseguenze per lo sviluppo della giurisprudenza. – 6. Protezione dei dati personali negli *open data* delle decisioni giudiziarie. – 6.1. I nomi delle parti e dei testimoni. – 6.2 I nomi dei professionisti, inclusi i giudici. – 7. Caratteristiche operative del *machine learning* applicato alle decisioni giudiziarie. – 8. Le funzionalità teoriche del software di "giustizia predittiva". – 9. Il funzionamento pratico dell'intelligenza artificiale: macchine statistiche che costruiscono modelli basati sul passato. – 10. L'intelligenza artificiale può modellare in anticipo il ragionamento legale? – 11. L'AI può spiegare il comportamento dei giudici *a posteriori*? – 12. Come si applica l'AI nella giustizia civile, commerciale e amministrativa. – 13. Un nuovo strumento di calcolo per calcolare i parametri di risarcimento. – 14. La risoluzione delle controversie online (ODR). – 15. Le principali garanzie da riaffermare nei procedimenti civili, commerciali e amministrativi. – Il diritto di accesso a un tribunale. – 15.2. Il principio del contraddittorio. – 15.3. Il principio della parità di armi. – 15.4. Il principio di imparzialità e indipendenza del giudice. – 15.5. Il diritto di assistenza legale. – 16. Le questioni specifiche della giustizia penale: prevenzione dei reati, rischio di recidiva e valutazione del livello di pericolo. – 17. Gli strumenti utilizzati dalle autorità investigative prima del processo penale. – 18. Gli strumenti per il processo penale. – 19. Le sfide della "predittività" in materia penale. – 20. Le questioni specifiche relative alla protezione dei dati personali. – 21. Il potenziale e i limiti degli strumenti di giustizia predittiva. – 22. La necessità di un dibattito pubblico per il rispetto dei diritti fondamentali. – 23. La creazione di un quadro etico.

1. I cinque principi della Carta Etica Europea 2018/2019.

L'intelligenza artificiale applicata al diritto è stata finalmente oggetto di attenzione da parte del Consiglio Europeo per mezzo della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ).

L'organismo ha adottato la "Carta Etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e loro ambiente" a Strasburgo nella 31a riunione plenaria del 3-4 dicembre 2018, e l'ha aggiornata il 13 settembre 2019¹.

La Carta si apre con una dichiarazione di intenti esplicitata in cinque punti fondamentali che dovranno informare tutta la disciplina a livello europeo, e che ricordano in qualche modo le tre leggi della robotica di Asimov.

- 1. Principio del rispetto dei diritti fondamentali: assicurare che il progetto e l'implementazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale sia compatibile con i diritti fondamentali;
- 2. Principio di non discriminazione: prevenire specificamente lo sviluppo o l'intensificazione di ogni discriminazione tra individui o gruppi di individui;
- 3. Principio di qualità e sicurezza: per quanto riguarda il trattamento di decisioni e dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati immateriali con modelli concepiti in modo multidisciplinare, in un ambiente tecnologico sicuro;

¹ Al sito del Consiglio d'Europa (Commissione europea per l'efficienza della giustizia): <https://www.coe.int/>.

- 4. Principio di trasparenza, imparzialità ed equità: utilizzare metodologie accessibili e comprensibili per l'elaborazione dei dati, autorizzando audit esterni;

- 5. Principio "sotto il controllo dell'utente": evitare un approccio prescrittivo e garantire che gli utenti siano informati e abbiano il controllo delle loro scelte.

La Commissione, lungi da un approccio statico, prescrive che la Carta sia soggetta ad una continua revisione al fine di una sempre migliore applicazione dei principi, anche ricercando ed analizzando i motivi della loro mancata o parziale attuazione, unitamente ad un piano d'azione per introdurre le misure necessarie.

Le autorità indipendenti menzionate nella Carta potrebbero valutare periodicamente il livello di approvazione dei principi della Carta tra tutti i soggetti coinvolti e proporre miglioramenti per adattarla al cambiamento tecnologico.

1) In virtù del primo principio il trattamento di decisioni e dati giudiziari deve avere scopi chiari, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e della Convenzione di Strasburgo sulla protezione dei dati personali n. 108/1981, come modificata il 17-18 maggio 2018 dal protocollo di modifica n. 223 firmato ad Elsinore, in Danimarca.

In ossequio a tali discipline, pertanto, quando vengono utilizzati strumenti di intelligenza artificiale per risolvere una controversia, o come strumento di aiuto nel processo decisionale giudiziario, o per fornire assistenza al pubblico, è essenziale garantire che tali strumenti non minino le garanzie del diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice imparziale² e del diritto a un giusto processo, in virtù del principio di uguaglianza degli strumenti per difendersi e di rispetto del principio del contraddittorio.

L'Intelligenza artificiale trova i suoi limiti naturali, poi, nel rispetto del principio di legalità e nell'indipendenza dei giudici nel loro processo decisionale.

Andranno pertanto privilegiati approcci miranti all'etica umana *by design* fin dalla loro progettazione, ponendo cura a che ogni fase dell'apprendimento di sistemi di AI sia informato da regole che impediscano violazioni dirette o indirette dei valori fondamentali dell'uomo.

2) Sulla base del secondo principio di non discriminazione, data la capacità di questi metodi di elaborazione di rivelare informazioni discriminatorie, raggruppando o classificando dati relativi a individui o a gruppi di individui, occorrerà garantire che i metodi non riproducano o aggravino tale discriminazione.

Per far sì che ciò avvenga è necessario prestare particolare attenzione sia allo sviluppo in sé dello strumento di AI, sia alle fasi in cui lo sviluppo si snoda, in particolare quando l'elaborazione si basa direttamente o indirettamente su "dati "sensibili", come presunte origini razziali o etniche, background socioeconomico, opinioni politiche, credenze religiose o filosofiche, appartenenza a sindacati, dati genetici, dati biometrici, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale.

Così, quando in un sistema di AI viene identificato un processo che conduce di fatto ad una discriminazione, debbono essere adottate misure correttive per neutralizzare questi rischi unitamente alla sensibilizzazione dei soggetti coinvolti.

3) In base al terzo principio di qualità e sicurezza, i progettisti di modelli di machine learning dovrebbero essere in grado di attingere ampiamente all'esperienza degli attori coinvolti nel sistema

² Così, riprendendo l'art. 13 della CEDU, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE - Articolo 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale). Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

giudiziario: da un lato giudici, pubblici ministeri, avvocati, cancellieri, ufficiali giudiziari; dall'altro ricercatori e docenti nei settori del diritto e delle scienze sociali, quindi non solo giuristi, ma anche economisti, sociologi e filosofi.

L'approccio all'implementazione di un algoritmo, tanto più se dominato da logiche di Intelligenza artificiale che ne possono modificare il comportamento tramite auto-apprendimento, dovrà partire fin dalla fase di progettazione con un team di progetto di tipo interdisciplinare servendosi di tutte le professionalità coinvolte.

Il team stesso si trova quindi ad essere il primo validatore delle regole etiche, che condivise da tutti i soggetti coinvolti, andranno a vincolare il sistema di AI anche grazie a continue e progressive analisi e processi di feedback.

4) In virtù del quarto principio di trasparenza, imparzialità ed equità, un rilevante elemento di correttezza della procedura è costituito dal fatto che le decisioni giudiziarie inserite nel software che implementa un algoritmo di *machine learning* debbano provenire da fonti certificate e non debbano essere modificate fino a quando non siano state utilizzate dal meccanismo di apprendimento.

L'intero processo deve quindi essere tracciabile, così come i modelli e gli algoritmi creati devono essere memorizzati ed eseguiti in ambienti sicuri, in modo da garantire l'integrità del sistema e la sua inalterabilità.

Le misure di garanzia devono essere applicate, a valle, all'intera catena di progettazione e gestione; a monte al processo di selezione ed organizzazione dei dati che influenzano direttamente la fase di apprendimento.

5) Infine, con riferimento al quinto principio di controllo del sistema da parte dell'utente, la Carta rileva che, come noto, uno dei maggiori ostacoli alla conoscibilità del metodo di funzionamento dell'algoritmo sia costituito dai diritti di proprietà intellettuale degli inventori³.

La Carta Etica sul punto ribadisce la necessità di operare un equilibrio tra la proprietà intellettuale di alcuni metodi di elaborazione e la necessità di trasparenza, imparzialità, equità ed integrità intellettuale, dando la priorità agli interessi della giustizia, soprattutto quando vengono utilizzati strumenti che producono conseguenza giuridiche o che incidono in modo significativo sulla vita delle persone.

Esistono diverse alternative sul punto, ma l'opzione preferibile è quella orientata alla completa trasparenza tecnica mediante conoscibilità del codice sorgente e della relativa documentazione, ma, come visto, tale possibilità si scontra con i diritti di proprietà intellettuale e dei segreti commerciali.

Il sistema potrebbe anche essere spiegato in modo chiaro e con un linguaggio familiare che descriva come vengono prodotti i risultati, comunicando, per esempio, la natura dei servizi offerti, gli strumenti che sono stati sviluppati, le prestazioni e i rischi di errore. Autorità indipendenti o esperti potrebbero essere incaricati di certificare e verificare i metodi di elaborazione o fornire consulenza preventiva.

Poiché l'autonomia dell'utente deve essere aumentata, e non limitata, dall'uso di strumenti e servizi di intelligenza artificiale i professionisti del sistema giudiziario dovrebbero, in qualsiasi momento, essere in grado di mettere in discussione le decisioni giudiziarie assunte dall'algoritmo e

³ Cfr. Consiglio d'Europa, Studio MSI-NET, *Algorithms and Human Rights*, 38: "La disclosure di interi algoritmi o del codice software sottostante è una soluzione improbabile in questo contesto, in quanto le aziende private considerano il loro algoritmo come un software proprietario protetto. Tuttavia, potrebbe esserci la possibilità di richiedere quei sottoinsiemi di informazioni chiave sugli algoritmi forniti al pubblico, ad esempio quali variabili sono in uso, quali obiettivi hanno, come vengono ottimizzati per gli algoritmi, quali sono i dati di trial, i valori medi e le deviazioni standard, i risultati prodotti o la quantità e il tipo di dati elaborati dall'algoritmo". O anche i suggerimenti che appaiono a pagina 117 della relazione "AI for humanity" redatta da CÉDRIC VILLANI, membro dell'Assemblea nazionale francese: "I revisori possono essere soddisfatti semplicemente dalla verifica dell'equità di un programma testando ad esempio la reazione del sistema immettendo dati di input falsi o creando una grande quantità di profili utente secondo precise linee guida.

i dati utilizzati per produrle senza esserne necessariamente vincolati alla luce delle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta in decisione.

È fondamentale, poi, che in virtù del principio di trasparenza l'utente sia informato in un linguaggio chiaro e comprensibile in merito alla vincolatività o meno delle soluzioni offerte dagli strumenti di intelligenza artificiale, conoscendo le opzioni disponibili, e mantenendo fermo il diritto a ricorrere ad una consulenza legale e al potere di accedere comunque a un tribunale imparziale.

L'interessato deve anche essere chiaramente informato di qualsiasi precedente elaborazione di un caso mediante intelligenza artificiale prima o durante un processo giudiziario, con il contestuale diritto di opporsi, in modo che il suo caso possa essere ascoltato direttamente davanti a un tribunale ai sensi dell'articolo 6 della CEDU.

Anche il GDPR è intervenuto sul punto, e di esso occorrerà tenere conto, posto che all'art. 22, par. 1 recita: "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".

2. L'uso di sistemi AI nei sistemi giudiziari

L'ondata di trasformazione digitale nelle nostre società comporta ancora una certa disparità di approcci sui sistemi giudiziari degli Stati membri. Molti paesi europei sembrano aver già sviluppato un livello estremamente avanzato all'utilizzo di applicazioni pratiche (in termini sia di tecnologia che di supporto legale), mentre per altri questo è ancora solo un problema emergente e l'attenzione è rivolta esclusivamente ad una efficace gestione degli strumenti IT.

Tra le tecnologie al lavoro in questa grande trasformazione digitale, l'intelligenza artificiale (AI) sembra essere la più spettacolare e la più sorprendente.

Negli Stati Uniti, "avvocati robot" sono già al lavoro e sembrano conversare in linguaggio naturale con gli umani; start-up *legal-tech* offrono nuovi prodotti ad avvocati, servizi legali e assicuratori, permettendo un accesso approfondito ad informazioni giudiziarie e giurisprudenza che mirano a prevedere le decisioni dei giudici.

Appare tuttavia di prima evidenza come questi strumenti privati non siano propriamente definibili come sistemi di giustizia predittiva.

Per ora nella maggior parte degli Stati europei i giudici non sembrano molto attratti dall'uso quotidiano di software predittivo e la causa è da ricercarsi nella risposta tiepida a livello governativo; mentre nel settore privato la ricerca prosegue a favore però di altri operatori del diritto, un po' come negli USA, vale a dire, avvocati, consulenti, commercialisti, notai e assicurazioni, che mediante tali strumenti tentano di ridurre l'incertezza giuridica e l'imprevedibilità della decisione giudiziarie. Tuttavia, i decisori pubblici stanno iniziando ad essere sempre più sollecitati da un settore privato che desidera vedere questi strumenti - talvolta in versioni "beta" - integrati in politiche pubbliche, anche per il ritorno economico che ciò comporterebbe.

Il CEPEJ si propone di fornire ai decisori pubblici e ai professionisti della giustizia le chiavi di lettura per una migliore comprensione del fenomeno della "giustizia predittiva".

Il primo compito è chiarire la natura di questi sistemi di elaborazione dei dati di giurisprudenza di massa, e le loro limitazioni tecniche e teoriche.

Tra l'altro è interessante notare come questi aspetti non siano stati spesso menzionati nel dibattito in ambito giudiziario, mentre sono molto conosciuti e discussi da matematici, statistici e informatici.

Così da un lato si trovano i sostenitori degli strumenti di AI che evidenziano gli aspetti positivi in termini di trasparenza, prevedibilità e standardizzazione della giurisprudenza, mentre coloro che si

attestano su posizioni critiche puntano alle limitazioni intrinseche dei sistemi di AI che possono persino trascendere l'atto di giudicare ed influire invece su elementi funzionali essenziali dello Stato di diritto e del sistema giudiziario, primo fra tutti il principio di legalità.

Ciò può avvenire quando i sistemi siano strutturati in maniera tale da non avere una mera funzione consultiva, ma prescrittiva, creando, di fatto una normazione occulta che potrebbe integrare, o addirittura sostituire, il *dictum* normativo, intaccando il principio di interpretazione della legge da parte del giudice, potenzialmente conducendo, a lungo termine, verso una standardizzazione delle decisioni giudiziarie basate non più sul ragionamento caso per caso da parte dei tribunali, ma su un puro calcolo statistico collegato al compenso medio precedentemente concesso da altri tribunali.

È inoltre necessario considerare se queste soluzioni siano compatibili con i diritti individuali sanciti dalla CEDU, come il diritto a un processo equo (in particolare il diritto a giudice naturale prestabilito per legge, il diritto a un tribunale indipendente e imparziale e l'uguaglianza delle armi nei procedimenti giudiziari e il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Tenendo conto di questi problemi, il documento evidenzia il grande potenziale dell'AI per aiutare i professionisti legali nel loro lavoro. Non v'è dubbio che alcune applicazioni di AI che sono ancora in fase di sviluppo o testing, come quelli progettati per migliorare la ricerca legale, potrebbero essere molto utili nel rendere più veloce ed efficiente l'elaborazione del carico di lavoro giudiziario.

Nell'ambito dell'Unione europea che, come visto, ha un approccio alla tematica ancora larvale sono stati individuati a livello giudiziario attualmente i seguenti strumenti:

- ▶ Motori di ricerca giurisprudenziali avanzati;
- ▶ Risoluzione delle controversie online (ODR- *Online Dispute Resolution*);
- ▶ Assistenza nella redazione di atti;
- ▶ Analisi (predittiva, tabelle);
- ▶ Classificazione dei contratti in base a criteri e rilevazione di clausole contrattuali divergenti o incompatibili;
- ▶ "Chatbot" per informare le parti in causa o supportarle nei loro procedimenti legali.

La Lettonia ha dichiarato che sta esplorando le possibilità del machine learning applicato alla migliore allocazione di risorse umane e finanziarie nell'amministrazione della giustizia.

Di seguito un elenco non esaustivo di servizi legali che fanno uso di sistemi di intelligenza artificiale:

Software	State	Type
Doctrine.fr	France	Search engine
Prédicte	France	Analysis (except criminal cases)
Case Law Analytics	France	Analysis (except criminal cases)
JurisData Analytics (LexisNexis)	France	Search engine, Analysis (except criminal cases)
Luminance	United Kingdom	Analysis
Watson/Ross (IBM)	USA	Analysis
HART	United Kingdom	Analysis (criminal, risk of reoffending)
Lex Machina (LexisNexis)	USA	Analysis

3. *Panoramica delle politiche relative agli open data relative alle decisioni giudiziarie nei sistemi giudiziari degli Stati membri del Consiglio d'Europa*

La disponibilità dei dati è una condizione essenziale per lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, che consente di eseguire determinati compiti precedentemente svolti dagli esseri umani in modo non automatizzato. Più dati disponibili l'AI ha a disposizione, più è in grado di affinare i modelli e migliorare la loro capacità predittiva.

D'altra parte, l'approccio di open data alle decisioni giudiziarie costituisce un prerequisito per il lavoro delle società *legal-tech* per i motori di ricerca e per la "giustizia predittiva".

Il trattamento di questi dati solleva una serie di problemi, come i cambiamenti nella formazione della giurisprudenza e la protezione dei dati personali (compresi i nomi dei professionisti).

Si dice che i dati raccolti dal computer siano il "petrolio" del 21° secolo così come il loro uso e il riferimento incrociato tra i dati stanno producendo una ricchezza completamente nuova. Nonostante alcuni stakeholder e autori contestino questo argomento, i successi globali dell'industria digitale negli ultimi decenni hanno confermato l'enorme potenziale di crescita di questo campo di attività.

La quantificazione delle attività umane, ora su scala globale, potrebbe non mancare di toccare i dati prodotti dal settore pubblico ed è questo che ha indotto verso un'apertura dei dati pubblici, basati su imperativi molto più vecchi, che sono i principi fondanti dei nostri stati costituzionali.

Il grande cambiamento negli ultimi anni è stato causato dall'emergere di dati pubblici scaricabili (open data), in particolare nel contesto della "Partnership for Open Government" (OGP)⁴.

Lo scopo di questa apertura è migliorare la trasparenza delle attività pubbliche, incoraggiare i cittadini nello sviluppo e nella valutazione di politiche pubbliche e garantire l'integrità del servizio pubblico e di coloro che per eseguirlo elaborano notevoli quantità di informazioni, organizzate in database (big data).

4. *La definizione di open data su decisioni giudiziarie*

Anzitutto la Carta mira a ridefinire e disambiguare lo stesso concetto di "open data", introducendo la distinzione tra l'accesso alle informazioni e l'accesso ai dati (più precisamente, accesso alle informazioni sotto forma di database).

Una certa quantità di informazioni pubbliche, che richiede ampia pubblicità, è già diffusa utilizzando la tecnologia dell'informazione.

In Francia, il sito governativo Légifrance.fr è la principale fonte online di informazioni pubbliche certificate, che comprende non solo testi legislativi e regolamentari, ma anche giurisprudenza e informazioni sui concorsi pubblici. Questa informazione unitaria, sebbene disponibile su Internet, differisce completamente dall'accesso diretto a dati organizzati e inclusi in un database che può essere scaricato ed elaborato da un computer.

Pertanto, gli open data implicano solo la diffusione di dati "grezzi" contenuti all'interno di banche dati informatiche strutturate.

Questi dati, aggregati in tutto o in parte con altre fonti strutturate, costituiscono ciò che viene definito *big data*.

Il Comitato consultivo della Convenzione 108 del Consiglio d'Europa definisce i big data come "La crescente capacità tecnologica di raccogliere ed elaborare rapidamente un grande volume di vari

⁴ L'OGP è un'organizzazione non governativa che riunisce quasi 70 Stati membri (inclusi molti degli Stati membri del Consiglio d'Europa) con rappresentanti della società civile e Big digitali.

dati ed estrarne di nuovi al fine di condurre alla conoscenza predittiva. In termini di protezione dei dati, i problemi principali non riguardano solo il volume, la velocità e la varietà dei dati elaborati, ma anche l'analisi dei dati utilizzando software per estrarre conoscenze nuove e predittive per il processo decisionale riguardanti individui o gruppi di individui. A tali fini, la definizione di Big Data comprende quindi sia i Big Data che i Big Data Analytics⁵.

5. Lo sviluppo degli open data in materia giudiziaria negli Stati membri del Consiglio d'Europa e le conseguenze per lo sviluppo della giurisprudenza

Il ciclo di valutazione CEPEJ 2016-2018 si è focalizzato per la prima volta sulla questione delle decisioni giudiziarie fornite in open data, cui venga applicata l'intelligenza artificiale valutando anzitutto la questione dell'anonimizzazione o della pseudonimizzazione dei dati nell'ambito del quadro europeo per la protezione dei dati previsto dal Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR, Regolamento UE 2016/679) e dalla Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa.

Di tutti gli Stati e gli osservatori intervistati, nel 2016 solo 5 hanno dichiarato di non aver attuato una politica in materia di open data per le decisioni giudiziarie. Peraltro, questo tasso di risposta dovrebbe essere meglio ponderato visto che alcuni Stati hanno confuso il fatto di rendere accessibili al pubblico le decisioni giudiziarie, con il diverso concetto di open data (Armenia, Belgio, Bosnia ed Erzegovina, Lussemburgo, Federazione Russa, Spagna, Turchia).

Ciò rivela, da un lato, il desiderio di trasparenza da parte delle istituzioni giudiziarie europee e dall'altro, un desiderio da parte di molti paesi di rendere pubbliche le decisioni giudiziarie al fine di sottoporle in seguito ad un trattamento per mezzo di strumenti di Intelligenza Artificiale.

Per quanto riguarda la protezione dei dati personali, 23 paesi hanno dichiarato che stanno pseudonimizzando i dati riguardanti alcuni tipi di cause, come quelle in materia di famiglia o stato delle persone, cancellando i riferimenti che rendono identificabili le parti o i testimoni (nomi, indirizzi, numeri di telefono, numeri di identità, numeri di conto bancario, codici fiscali, stato sanitario, ecc.). Il lavoro di oscuramento dei dati identificativi in questi casi in alcuni paesi è affidato direttamente ai giudici (ad esempio Israele, Repubblica di Moldavia) o ai cancellieri (ad es. Bosnia Erzegovina, Spagna).

Nonostante ciò esiste una reale difficoltà nella misurazione dell'impatto degli open data sull'efficienza e la qualità della giustizia, visto che, come detto più sopra, il riutilizzo di questi dati sembra essere affidato al settore privato che si rivolge a professionisti privati.

Così, se da un lato appaiono numerosi i vantaggi dati dall'ampia diffusione della produzione giurisprudenziale, primo fra tutti una maggiore consapevolezza dell'attività giudiziaria e delle tendenze interpretative, la presumibile maggiore qualità di un sistema giudiziario che sa di essere osservato e la creazione di una base di riferimento fattuale omogenea, dall'altro questo desiderio teorico di "regolare" la giurisprudenza attraverso la leva digitale solleva una serie di domande generali che sono rilevanti per tutti i paesi che tendono ad un simile approccio.

Anzitutto, la Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea chiaramente la necessità di bilanciare la certezza del diritto, il che rende le decisioni più prevedibili, contro la vitalità dell'interpretazione giudiziaria e poi vi sono una serie di osservazioni, non secondarie, anche di natura tecnica e sostanziale:

1. La raccolta di tutte le decisioni giudiziarie pubblicabili attualmente non è ben coordinata tra tutti i gradi di giudizio: alcune delle applicazioni informatiche utilizzate nei tribunali europei non

⁵ T-PD(2017)1, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of big data*.

sono state progettate per questo, in particolare per quanto riguarda le decisioni di primo grado, e alcuni paesi devono ancora stabilire nuovi processi per la raccolta delle decisioni, se vogliono rendere la base di dati esaustiva.

2. Nonostante alcuni sviluppi promettenti, non è stato ancora ideato un meccanismo efficace di post-identificazione che possa prevenire qualsiasi rischio di identificazione o nuova identificazione a tutela dei dati personali.

3. L'implementazione di sistemi che raccolgono le decisioni giurisprudenziali ai fini di una maggiore conoscibilità e prevedibilità comporta una profonda trasformazione della logica stessa della produzione giurisprudenziale al fine di rispondere all'interrogativo su quale sia il valore giuridico dello "standard" derivante dal numero di decisioni già prese su una singola fattispecie. Vale a dire se tale standard si affianchi al *corpus* normativo e se quindi si possa ragionare di una nuova fonte para-normativa.

4. Una questione di non poco momento riguarda il dubbio se i giudici, che nelle proprie decisioni si discostino dallo standard, debbano motivare o meno tale discrasia.

Questa domanda non è secondaria ed essa non potrà ricevere una risposta unitaria valida per tutti i sistemi giudiziari europei. Nella maggior parte degli stati europei, quelli di *civil law*, i giudici devono porre alla base della propria decisione la legge. In tali contesti, se venisse richiesto ai giudici di motivare le proprie decisioni, fornendo tutte le ragioni per le quali hanno deviato dalla presunta tendenza della giurisprudenza maggioritaria, ciò equivarrebbe ad uno svuotamento sostanziale della funzione giudiziaria.

A questo punto i giudici non sarebbero più sottoposti soltanto alla legge, nell'assumere le decisioni, poiché ad essa si affiancherebbe o sostituirebbe lo standard della giurisprudenza maggioritaria, derivante da statistiche compilate da uno strumento digitale (che potrebbe anche essere distorto o sviluppato da un operatore privato senza alcun controllo esterno).

Il quesito va quindi ben oltre un aspetto nazionale specifico, relazionandosi in modo più ampio sul ruolo degli strumenti di intelligenza artificiale nei processi decisionali dei giudici.

5. Inoltre, parrebbe questione non del tutto peregrina quella legata al rischio dello snaturamento della funzione nomofilattica delle Corti superiori.

Se infatti i giudici di grado inferiore dovessero tenere in alta considerazione lo standard maggioritario frutto di algoritmizzazione vi sarebbe il rischio concreto di una eccessiva uniformità di decisioni non più ordinate secondo la gerarchia dei tribunali da cui emanano.

Così, se lo standard divenisse un criterio non meramente programmatico, ma dotato di una certa forza precettiva, nell'assunzione delle proprie decisioni i giudici si troverebbero a dover giustificare non più lo scostamento dalla giurisprudenza delle Corti superiori, ma dallo standard.

6. Infine, esiste la possibilità che le decisioni giudiziarie vengano annullate secondo una logica riproduttiva che non tiene conto del mutare del contesto. Infatti, mentre di norma le decisioni giudiziarie vengono assunte sia sulla base dell'evoluzione del quadro normativo (nazionale, europeo o internazionale), sia sulla base della giurisprudenza disponibile come riferimento (per esempio, da tribunali supremi e tribunali europei) sia del contesto socioeconomico, lo standard rischierebbe di indurre all'eccessiva standardizzazione non ponderata delle decisioni giudiziarie.

Potrebbero anche sorgere dubbi sulle conseguenze per gli utenti, che dovrebbero beneficiare direttamente della trasparenza delle attività decisionali. Vi è il concreto dubbio che il *quisque de populo*, anziché trarre beneficio dalla pubblicazione di tutte le decisioni giudiziarie su Internet, sia sopraffatto dall'enorme quantità di informazioni senza necessariamente trarne benefici qualitativi per mancanza di conoscenza legale e di apparato critico per analizzarli.

Paradossalmente, gli open data sono in grado di fornire informazioni significative proprio perché rendono possibile una considerevole mole di dati non elaborati con un semplice clic su un

collegamento, ma il significato del file probabilmente rimane totalmente oscuro per la maggioranza dei cittadini.

Il primo requisito affinché i dati aperti siano trasparenti e informativi è che terze parti possano usarli a fini di analisi e sviluppo, ma un modello economico in cui i dati della giurisprudenza pubblica, vengano elaborati dalle stesse autorità giudiziarie al fine di renderli tecnicamente “leggibili” dai sistemi di intelligenza artificiale e conformi ai requisiti legali per la protezione dei dati personali, per essere poi rivenduti dal settore privato a tribunali, professionisti e cittadini, non può andare esente da qualche perplessità.

6. Protezione dei dati personali negli open data delle decisioni giudiziarie

6.1. I nomi delle parti e dei testimoni

Al fine di trovare un giusto equilibrio tra la necessità di rendere pubbliche le decisioni giudiziarie e il rispetto dei diritti fondamentali delle parti o dei testimoni, i loro nomi e indirizzi non dovrebbero essere pubblicati nelle decisioni, onde evitare il rischio di furti di dati o di riutilizzo illecito di tali informazioni personali e sensibili.

I processi automatizzati possono essere utilizzati per nascondere sistematicamente tali informazioni, così come numeri di telefono, indirizzi e-mail, date di nascita, nomi dei bambini, luoghi, ecc. In termini di principi di protezione dei dati personali, questo occultamento equivale a una semplice pseudonimizzazione dei dati, non alla completa anonimizzazione, poiché la tipologia di informazioni contenute nelle decisioni giudiziarie, combinate con la facilità crescente di riferimenti incrociati con altri database, in pratica rende impossibile garantire che la persona interessata non possa essere nuovamente identificata. Nell'assenza di tale garanzia, non potendo questi dati essere qualificati come anonimi, bensì come pseudonimizzati, potendo astrattamente sempre risalire alla versione completa della sentenza contenente i dati nella loro interezza, essi sono soggetti alle norme sulla protezione dei dati personali. Alcuni dati personali, poi, sono particolarmente sensibili e necessitano di particolare attenzione, come previsto dall'articolo 6 della Convenzione 108, poiché la loro diffusione presenterebbe gravi rischi di discriminazione, profilazione e violazione della dignità umana.

Ciò vale per i dati che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, l'appartenenza a sindacati, le credenze religiose o di altro tipo, la salute fisica o mentale, la vita sessuale o gli orientamenti sessuali, i dati genetici e biometrici, i dati giudiziari penali e che spesso confluiscono all'interno del testo di decisioni giurisprudenziali.

6.2 I nomi dei professionisti, inclusi i giudici

Ovviamente, per un avvocato riuscire a prevedere l'esito del giudizio è un elemento essenziale ed alcuni ritengono che conoscere il giudice sia tanto importante quanto conoscere la legge.

Empiricamente, grazie all'esperienza, molti avvocati hanno avuto modo di confrontare commissioni e corti così da fornire una migliore consulenza ai clienti; se però questo metodo poteva ritenersi valido in relazione a un numero limitato di tribunali locali, ora, con il progressivo allentamento delle restrizioni in molti paesi e la libertà di muoversi e lavorare all'interno dell'intera UE tale approccio non appare più adeguato dovendo l'avvocato conoscere la giurisprudenza di ogni giurisdizione nazionale ed europea.

È facile prevedere che, in futuro, vi sarà una crescita incontrollata dell'utilità - e quindi della richiesta e dei relativi costi - delle applicazioni di *machine learning*, molto più efficaci della singola esperienza tradizionale del professionista.

L'uso di tali applicazioni però potrebbe ulteriormente accentuare la distorsione della concorrenza e della disuguaglianza tra studi legali che hanno, o non hanno, disponibilità all'utilizzo di tali software di analisi "predittiva".

Esiste un rischio reale che, a causa di tale vantaggio competitivo, il diritto ad un equo processo stabilito dalla legge venga compromesso.

La possibilità di attuare la profilazione mediante riferimenti incrociati di dati pubblici e privati potrebbe consentire alle società private e ai loro avvocati di impegnarsi ancora di più per pratiche ai limiti della correttezza.

Questa tattica, peraltro, è già stata attuata negli Stati Uniti per i reati di stampa, compresa la diffamazione a la violazione della *privacy* a mezzo stampa, ove i querelanti sono già informati su quale sia il tribunale migliore che concede maggiori risarcimenti.

Sul punto occorre non confondere gli *open data* con la necessità di pubblicare un certo tipo di informazioni che sono, comunque per loro natura, pubbliche.

La fornitura di dati informatici giurisprudenziali è infatti questione diversa dai criteri legali di pubblicazione di copie di decisioni originali o di certificati. L'obiettivo degli *open data* è infatti consentire l'elaborazione automatizzata di giurisprudenza a basso costo e in questo progetto non rientra la pubblicizzazione dei nomi dei professionisti, mentre, è un obbligo comune previsto dagli ordinamenti degli stati europei inserire nelle decisioni il nome dei giudici, in ossequio al principio del processo pubblico di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, al fine di garantire l'imparzialità dei giudici (che devono essere identificabili) e il rispetto delle norme procedurali sulla pubblicità e collegialità.

La sfida più che altro, risiede nel conciliare esigenze spesso contrastanti, come rendere trasparenti le attività pubbliche consentendo ai cittadini di conoscere e valutare i propri giudici, da un lato, proteggendo al contempo la loro *privacy* dall'altro.

Esistono sfide rigorose per garantire l'imparzialità dei giudici e persino degli organismi giudiziari nel loro insieme, e in questo senso gli *open data* possono aiutare; ma ci si può d'altro canto interrogare su quali possano essere le misure pratiche per proteggerli da potenziali tentativi di attacco esterno che potrebbero essere indotti dall'incrociare i dati personali dei giudici di riferimento inclusi nelle banche dati con altre fonti, come social network, o risultati di motori di ricerca generalisti, pur salvando l'individuazione di ipotetici pregiudizi politici, religiosi e di altro genere.

Queste domande non si presentano nella stessa forma ovunque in Europa e sono strettamente dipendenti dalle caratteristiche specifiche del sistema giudiziario interessato (e dalla natura dell'organo di gestione della carriera giudiziaria), dall'emissione collegiale o meno della sentenza e dal livello del tribunale interessato.

In Svizzera, per esempio, in cui i giudici sono eletti, la pubblicazione è una garanzia di trasparenza e responsabilità sociale dei giudici nei confronti di cittadini e gruppi politici, e queste informazioni sono già disponibili nei motori di ricerca online (che tecnicamente non sono *open data* in senso stretto).

Né queste domande sorgono nella stessa forma a seconda del livello di giurisdizione. La valutazione delle caratteristiche della giurisprudenza dei giudici delle corti inferiori potrebbe non essere la stessa per i giudici delle corti supreme o dei tribunali internazionali.

Ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo autorizza le ricerche delle sentenze con i nomi dei giudici membri del comitato decisionale, ma non consente il calcolo di statistiche relative a un determinato giudice. D'altra parte, ai paesi in cui gli organi giudiziari non hanno familiarità con la

pratica delle *dissenting opinions*, può sembrare ingiusto assegnare a un giudice la responsabilità personale per una decisione contro cui ha votato durante la deliberazione in un tribunale collegiale.

Questi dibattiti sono stati ben definiti da una missione di studio condotta nel 2006 in Francia del professor Loïc Cadiet⁶. Le conclusioni della missione rimangono limitate poiché non raccomandano di vietare la pubblicazione ma di riservarla per alcuni tipi di contenzioso, escludendola per altri, ad esempio in speciali materie penali.

Allo stato attuale, potrebbe essere applicato un semplice principio di precauzione in ordine alla valutazione dell'interesse, del tipo di controversia e del grado di giurisdizione, nel pubblicare i nomi dei giudici in un database scaricabile. Allo stesso modo, non si può escludere la possibilità che le stesse istituzioni giudiziarie o terzi autorizzati possano sfruttare queste informazioni al di fuori del contesto degli *open data* per conoscere la giurisprudenza.

In ogni caso la pubblicazione di tali dati dovrebbe essere ancora esaminata alla luce delle norme europee internazionali applicabili in materia di protezione dei dati personali, come quelle della Convenzione n. 108, del GDPR e della direttiva 2016/680, in ambito penale.

7. Caratteristiche operative del machine learning applicato alle decisioni giudiziarie

Sono due le tecniche centrali dell'intelligenza artificiale applicata alle decisioni giudiziarie: l'elaborazione del linguaggio naturale e l'apprendimento automatico.

Nella maggior parte dei casi, l'obiettivo di questi sistemi non è riprodurre il ragionamento legale ma identificare le correlazioni tra i diversi parametri di una decisione (ad esempio, in caso di divorzio rivendicare la durata del matrimonio, il reddito dei coniugi, l'esistenza di adulterio, l'entità del beneficio richiesto, ecc.) e, attraverso l'uso dell'apprendimento automatico, inferire uno o più modelli per "prevedere" una futura decisione giudiziaria.

Lo scopo di questo capitolo è chiarire la natura intrinseca del software descritto come "predittivo" - a volte in versione "beta", - sia in termini di potenziale che di limiti spiegando in maniera semplice gli algoritmi di apprendimento automatico, che sono il cuore dell'analisi automatizzata della giurisprudenza.

8. Le funzionalità teoriche del software di "giustizia predittiva"

I software "predittivi" si propongono di individuare le probabilità di successo o di fallimento di un caso davanti a un tribunale mediante la modellizzazione statistica di decisioni precedenti, attingendo a due ampi settori informatici: l'elaborazione del linguaggio naturale e l'apprendimento automatico.

Questi approcci di modellizzazione sono spesso indicati come AI, ma in realtà, si tratta di AI "deboli"⁷ Il termine AI è oggetto di dibattito in quanto conduce a molte ambiguità poiché, se è pur

⁶ L. CADIET, *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law* (<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET3.pdf>).

⁷ L'intelligenza artificiale è definita nel glossario finale della Carta Etica come "A set of scientific methods, theories and techniques whose aim is to reproduce, by a machine, the cognitive abilities of human beings. Current developments seek to have machines perform complex tasks previously carried out by humans. However, the term artificial intelligence is criticised by experts who distinguish between "strong" AIs (yet able to contextualise specialised and varied problems in a completely autonomous manner) and "weak" or "moderate" AIs (high performance in their field of training). Some experts argue that "strong" AIs would require significant advances in basic research, and not just simple improvements in the performance of existing systems, to be able to model the world as a whole". Quindi quando si parla, come in questo contesto, di "Machine learning", si intende riferirsi ad una intelligenza artificiale di tipo debole.

vero che esso è entrato nel nostro linguaggio quotidiano per descrivere una vasta gamma di scienze e tecnologie che consentono ai computer di battere i migliori campioni di scacchi, guidare un'auto, conversare con l'uomo, ecc. è altrettanto vero che occorre distinguere le diverse applicazioni mediante le esatte tecnologie sottostanti, incluso l'apprendimento automatico.

Quando ci si riferisce a tutte queste risorse altamente specializzate esse andrebbero correttamente inquadrare in forme di AI "deboli", ben lontane dal sogno di strumenti di reale autoapprendimento autonomo.

In relazione specificamente alla giustizia, sono progettati sistemi di giustizia predittiva sia ad uso degli uffici legali, delle assicurazioni e degli avvocati affinché anticipino l'esito di un contenzioso, sia per aiutare i giudici nel loro processo decisionale. Tali strumenti forniscono una rappresentazione grafica della probabilità di successo per ogni risultato di una controversia basato su criteri inseriti dall'utente (specifico per ogni tipo di controversia) e sono in grado, sempre su base statistica, di calcolare il probabile importo del risarcimento dei danni deciso dal tribunale.

9. Il funzionamento pratico dell'intelligenza artificiale: macchine statistiche che costruiscono modelli basati sul passato

Deve essere fatta una distinzione dall'inizio tra ciò che è una "predizione" e ciò che è una "previsione". La previsione è l'atto di annunciare ciò che accadrà (*prae*, prima - *dictare*, dire) prima che gli eventi si verifichino (per ispirazione soprannaturale, per chiaroveggenza o premonizione).

Previsione è invece il risultato dell'osservazione di un insieme di dati al fine di prevedere una situazione futura. Questo fraintendimento è probabilmente dovuto al fatto che il termine sia stato mutuato da varietà di tecniche di *data science* derivate da matematica, statistica e teoria dei giochi, che analizzano fatti presenti e passati per fare ipotesi su eventi futuri.

Va inoltre notato come la logica del funzionamento dei software di giustizia predittiva si basi essenzialmente sia su classificazioni generative⁸ (comunemente indicate come bayesiane) sia su classificazioni discriminative che alla fine cercano di stimare l'intervallo di valori attuale o futuro di una variabile (ad es. il risultato di una sperimentazione) dall'analisi di esempi passati.

Al proposito è anche importante sfatare il mito dell'idea antropomorfa che le macchine informatiche siano intelligenti e che i loro progettisti siano riusciti ad implementare una sorta di mente umana nei loro meccanismi. Sfortunatamente, questa idea permea ancora molte analisi della giustizia predittiva e induce a ritenere erroneamente che queste funzionalità immediate o future, possano replicare in qualche modo l'intelligenza umana.

Questo atteggiamento, alimentato ogni giorno dal continuo progresso e immissione sul mercato di nuovi dispositivi tecnologici sempre più performanti induce ad avvicinarsi a queste previsioni con una certa dose, più o meno consapevole, di misticismo, a volte affermando che ciò che non è del tutto possibile oggi, lo sarà inevitabilmente domani.

In realtà ancora non esistono le AI "forti" della letteratura di fantascienza, dotate non solo di intelligenza ma anche di coscienza, infatti, gli attuali sistemi di *machine learning* al momento in fase di sviluppo sono descritti come AI "deboli" e sono in grado di estrarre schemi complessi e di apprendere da grandi volumi di dati in modo efficiente e spesso con alti livelli di precisione predittiva, ma basandosi sempre e comunque sulla statistica fornita dalla mole di dati a cui attingono.

⁸ Molto semplicisticamente, senza alcuna pretesa di esaustività, con l'approccio generativo si stimano le probabilità a priori e le probabilità condizionali, quindi si combinano a formare le probabilità a posteriori e si classificano con la regola di Bayes.

Per superare qualsiasi considerazione istintiva o fantasiosa, occorre comprendere tre concetti fondamentali di queste tecnologie di elaborazione e analisi delle informazioni:

1) L'intelligenza artificiale non è un singolo oggetto omogeneo: è in realtà un assemblaggio di scienze e tecniche (matematica, statistica e informatica) in grado di elaborare dati per progettare sistemi informatici molto complessi.

2) I motori di intelligenza artificiale non producono intelligenza di per sé ma procedono utilizzando un approccio induttivo: associano cioè in modo quasi automatizzato una serie di possibili risultati (output) utilizzando un insieme di osservazioni (input) preconfigurate. In particolare, per la giustizia predittiva, il motore crea collegamenti tra i diversi gruppi lessicali che compongono decisioni giudiziarie. Questi gruppi sono correlati tra quelli identificati nella fase di input (fatti e ragionamento) e quelli nella fase di output (il dispositivo della decisione).

3) L'affidabilità del modello (o della funzione) costruito dipende fortemente sia dalla qualità dei dati utilizzati sia dalla scelta della tecnica di apprendimento automatico.

Per meglio comprendere può valere la pena ripercorrere la storia dell'AI tornando brevemente agli antenati di questi sistemi, vale a dire ai sistemi esperti che si basavano su regole di elaborazione scritte da scienziati informatici. I sistemi esperti (ES) si sono sviluppati rapidamente alla fine degli anni '80 e Anni '90, soprattutto in medicina e finanza. Questi sistemi erano in grado di rispondere a domande specializzate e a ragionare utilizzando fatti noti, eseguendo le regole predefinite in un motore. Nonostante il successo degli ES, come Deep Blu contro Garry Kasparov in una serie di partite di scacchi nel 1997, questi sistemi fallirono, in particolare perché non erano in grado di interpretare "l'infinita varietà di situazioni e contesti"⁹ e diventavano inefficaci superando le 200 o 300 regole di codifica, sia in termini di prestazioni di esecuzione, sia di manutenzione ed erano programmati con regole che riproducevano la logica del ragionamento giuridico, un progetto quindi più ambizioso dell'attuale.

Oggi, l'idea non è più quella di scrivere regole di ragionamento che rispecchino il ragionamento dell'uomo, come per i sistemi esperti più vecchi, ma di lasciare che i sistemi stessi di *machine learning* identifichino modelli statistici esistenti nei dati e li correlino a risultati specifici.

Ad esempio, i traduttori online di oggi non compiono ragionamenti astratti, ma inferiscono una probabile stima della migliore corrispondenza tra gruppi di strutture lessicali e traduzioni già fatte, anche basandosi sulle azioni degli utenti che contribuiscono così al miglioramento della ricerca delle corrispondenze, ma l'algoritmo di machine learning in realtà non esegue una traduzione delle frasi elaborate comprendendone il significato¹⁰.

Questo esempio mostra come sia diverso l'approccio di avvocati e ricercatori: un avvocato cercherà di comprendere l'efficacia delle regole preesistenti, che il ricercatore può solo prevedere attraverso il linguaggio della sua scienza, il che talvolta significa limitarsi ad interpretare migliaia di parametri da un sistema di *machine learning*.

L'apprendimento automatico è un campo dell'informatica in cui i programmi dei computer apprendono dall'esperienza.

Gli algoritmi fanno sì che una macchina esegua un processo di addestramento, come un bambino che impara nel suo ambiente. In sintesi, queste tecniche di apprendimento possono o meno essere supervisionate da un essere umano.

La categoria più importante dell'apprendimento automatico è attualmente quella dell'apprendimento per rinforzo: la sola macchina raccoglie "ricompense" virtuali se l'azione produce il risultato atteso in un determinato ambiente.

⁹ H. DREYFUS, *What Computers Still Can't Do. A Critique of Artificial Reason*, Cambridge, The MIT Press, 1992 citato in D. CARDON in *A quoi rêvent les algorithmes, nos vies à l'heure des Big Data*, 59.

¹⁰ L. GONG, *La traduction automatique statistique, comment ça marche?*, in *Interstices* 29 October 2013 (<https://interstices.info>).

I metodi di *machine learning* includono le reti neurali (o la loro versione più complessa nota come *deep learning*), che sono state ampiamente pubblicizzate in vista della loro autonomia e delle loro applicazioni piuttosto sorprendenti, come quella che riesce a ottenere punteggi elevati sui vecchi videogiochi Atari 2600¹¹ (basati esclusivamente sul posizionamento). Altre applicazioni pratiche per queste tecnologie stanno già influenzando la nostra vita quotidiana e stanno iniziando ad apparire nel mondo professionale della giustizia¹².

Tuttavia, questi algoritmi rimangono altamente specializzati in un compito specifico e presentano problemi di discernimento di fronte a situazioni caotiche o con dati insufficienti per consentire la previsione (come la comprensione effettiva del linguaggio naturale).

Nelle scienze sociali, a cui appartengono la legge e la giustizia, il fallimento sembrerebbe persino inevitabile in assenza di un modello cognitivo convincente. Per Pierre Lévy, l'intelligenza artificiale è in realtà una cassetta degli attrezzi eterogenea (regole logiche, sintassi formali, metodi statistici, simulazioni neurali o sociobiologiche, ecc.) che non offre una soluzione generale al problema della modellistica matematica della cognizione umana¹³.

Pertanto, il vero apprendimento predittivo dovrebbe in realtà basarsi su una buona rappresentazione sistemica del mondo, che il ricercatore di intelligenza artificiale Yann LeCun ritiene sia una questione scientifica e matematica fondamentale, non una questione tecnologica¹⁴.

Il problema è che gli attuali sistemi di elaborazione dei *big data* non tentano di riprodurre il nostro modello di cognizione ma producono statistiche di contesto su una dimensione di dati senza precedenti, senza alcuna reale garanzia di escludere false correlazioni¹⁵.

Mentre è comunemente accettato che i modelli statistici e probabilistici siano migliorabili aumentando i dati che li alimentano, alcuni matematici avvertono del rischio che aumentando i dati vi sia un correlativo aumento di false correlazioni (cioè di collegamenti tra fattori che non hanno assolutamente alcun nesso causale).

I matematici Cristian Sorin Calude e Giuseppe Longo indicano il rischio di un diluvio di false correlazioni nei *big data*: maggiore è un database utilizzato per le correlazioni, maggiori sono le possibilità di trovare schemi ricorrenti e maggiori sono le possibilità di errori¹⁶.

Ciò che può apparire come regolarità per un'intelligenza artificiale (ricorrenti collegamenti tra dati, concetti, contesti o gruppi lessicali diversi) potrebbe effettivamente essere frutto di casualità, così come è stato notato in alcune vaste serie di numeri, punti o oggetti, possono apparire schemi casuali regolari impossibili da distinguere da schemi algoritmici non casuali¹⁷.

Infine, gli algoritmi, indipendentemente dal loro attuale livello di sofisticazione, si riducono automaticamente alle interazioni stabilite nella fase di apprendimento e quindi al loro passato. Il contenuto e la qualità dei flussi di dati utilizzati nella composizione dei calcoli sono quindi fondamentali per comprendere i risultati ottenuti e per identificare possibili distorsioni analitiche.

¹¹ In *Nature* (<https://www.nature.com/articles/nature14236>).

¹² L'Intelligenza Artificiale Watson di IBM fornisce un servizio in campo medico con uno strumento di ricerca chiamato "Ross", presentato come un avvocato virtuale, "*Do more than humanly possible*" <https://www.obtanywhere.com/blog/2017/03/01/worlds-first-ai-lawyers-legal-apocalypse>.

¹³ P. LEVY, *Intelligence artificielle et sciences humaines*, Pierre Levy's blog. 8 October 2014. [Online], <https://pierrelevyblog.com/2014/10/08/intelligence-artificielle-et-sciences-humaines/>.

¹⁴ Y. LECUN, *Qu'est-ce que l'intelligence artificielle*, Collège de France website, https://www.college-de-france.fr/media/yann-lecun/UPL4485925235409209505_Intelligence_Artificielle____Y_LeCun.pdf.

¹⁵ D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes, nos vies à l'heure des big data*, La République des idées, Editions du Seuil, 2015, 60.

¹⁶ C. SORIN CALUDE, G. LONGO, *Le déluge des corrélations fallacieuses dans le big data*, in B. Stiegler (dir.) (2017), *La toile que nous voulons*, FYP editions, 156.

¹⁷ R. L. GRAHAM, J. H. SPENCER – *Ramsey Theory*, *Scientific American*, vol.263, No.1, July 1990, 112-117 citato da C. SORIN CALUDE, G. LONGO, *Le déluge des corrélations fallacieuses dans le big data*, *ibid*.

Ci sono molte sfide anche in questo caso poiché, in un approccio esaustivo, l'analisi della maggior quantità possibile di dati relativi ad un'attività produrrà risultati il cui significato deve essere chiarito rispetto a tutti i fattori che hanno avuto un'influenza.

In un approccio più restrittivo in cui vengono campionati i dati in entrata, sorgeranno anche rischi legati al compromesso necessario per selezionare un dato piuttosto che un altro.

10. *L'intelligenza artificiale può modellare in anticipo il ragionamento legale?*

L'intelligenza artificiale supera le difficoltà incontrate con i sistemi esperti più vecchi poiché non tenta di riprodurre il ragionamento legale di un essere umano esperto nel campo, ma conduce a categorizzazioni tra i diversi parametri identificati dai progettisti o tra quelli scoperti dalla macchina.

I sistemi giuridici continentali sono molto lontani dall'ideale di razionalità che informava, ad esempio, le *code civil* del 1804 in Francia. Esistono una moltitudine di fonti che non si inquadrano perfettamente e che si riferiscono ad un insieme di regole il cui significato rimane indeterminato, che il teorico giuridico Herbert L. A. Hart ha definito la "struttura aperta della legge"¹⁸.

Sistemi di common law, sebbene considerati più efficienti, poiché si adattano dinamicamente alle nuove esigenze legali, stanno anche loro evolvendo e non offrono più un elevato grado di certezza giuridica.

Quindi si può affermare che le regole giuridiche non si evolvono in modo lineare, a differenza delle leggi empiriche, quelle delle "scienze esatte", in cui ogni nuova regola integra generalmente le precedenti e non invalida un insieme completo di ragionamento.

Ciò ha determinato una generale complessità dei sistemi legali, che i vecchi sistemi esperti non hanno saputo affrontare, anzitutto perché, i vecchi ES non reggevano più di 200/300 regole logiche, poi perché la divisione della legge in regole di produzione non era sufficiente a fornire una valida rappresentazione del *corpus* di conoscenze e metodi che guidano un avvocato.

Di conseguenza, risultava altrettanto impossibile modellare il ragionamento dei giudici su un computer avente come modello un sistema giuridico positivo.

Come ha evidenziato la teoria del diritto, il ragionamento giudiziario è soprattutto una questione di valutazione e interpretazione dei fatti comprovati e pertinenti di un caso, delle norme giuridiche applicabili (testuali o precedenti) - il cui significato rimane indeterminato -,¹⁹ e dell'interpretazione soggettiva dei giudici del concetto di equità.

Xavier Linant de Bellefonds ha sottolineato che la complessità della legge risiede nella sua natura teleologica e controversa: due argomentazioni coerenti possono condurre a giudizi diversi secondo due priorità differenti²⁰.

Questo perché il famoso sillogismo giuridico è più un modo di presentare ragionamenti legali che la sua traduzione formale. Non riflette l'intero ragionamento del giudice, che in realtà è costituito da una moltitudine di fattori decisionali, che non possono essere formalizzati *a priori*, e talvolta si basano sulla discrezionalità con la quale il giudice stesso risponde ai quesiti su quali siano i fatti rilevanti, quali i fatti provati, quale disposizione applicare, quale sia il significato frutto di interpretazione della disposizione alla fattispecie concreta, quale norma debba prevalere tra una gamma di norme in conflitto.

La coerenza complessiva delle decisioni giudiziarie non viene mai raggiunta ed è più una questione di un resoconto *a posteriori* che i giudici usano nel loro ragionamento, avendo più una

¹⁸ H. L. A. HART (1976), *Le concept de droit*, Saint-Louis university departments, Brussels.

¹⁹ Sul punto. cfr. M. TROPER (2001), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, spec. 69-84.

²⁰ X. LINANT DE BELLEFONDS (1994), *L'utilisation des systèmes experts en droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, No. 2, 703-718.

funzione di convincersi della validità di una soluzione specifica che di descrivere rigorosamente e obiettivamente tutte le fasi che hanno portato alla decisione presa.

Tuttavia, questo lavoro di interpretazione è esattamente ciò che le tecniche di apprendimento automatico non fanno - e non tentano di fare - oggi, poiché svolgono, come abbiamo visto, elaborazioni automatizzate in cui si suppone che la correlazione di grandi quantità di informazioni sostituisca la comprensione delle reali cause di una decisione.

Lungi dal tentare di formalizzare il ragionamento giuridico, fanno solo sperare che i modelli catturati possano anticipare le probabili decisioni di un giudice in situazioni simili.

I risultati raggiunti dall'AI non sono in realtà correlati alla questione della conformità giuridica di una particolare soluzione e non possono discriminare tra argomenti legali e illegali.

Una revisione del lavoro svolto dall'University College di Londra (UCL) sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo conferma questo assunto.

Lo studio dell'UCL ha ipotizzato che un semplice modello di *machine learning* potesse prevedere l'esito di un caso con un'accuratezza del 79%. Il modello di *machine learning* si è rivelato più accurato rispetto alla parte descrittiva dei fatti delle decisioni studiate rispetto al ragionamento relativo all'applicazione della Convenzione al caso in questione²¹.

L'esame dei termini correlati all'accertamento di una violazione (con una ponderazione positiva) e quelli correlati a una non violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (con una ponderazione negativa) fa luce inequivocabile sulla meccanica sul lavoro, che non è in alcun modo paragonabile al ragionamento legale.

La scelta dei fatti rilevanti e la loro interpretazione costituiscono uno degli elementi della decisione del giudice. In altre parole, lo studio UCL ha evidenziato che il sistema è stato solo in grado di indicare una probabilità sulla base delle sole occorrenze di materiale lessicale ampiamente derivato dal ragionamento e dalla motivazione del giudice e non da quello assemblato dal richiedente.

Questo sistema di intelligenza artificiale stabiliva quindi un'alta probabilità di corrispondenza tra gruppi di parole e una decisione che era già stata formalizzata e poteva solo dare origine a un numero limitato di possibili esiti.

In nessun caso si può parlare di riproduzione del ragionamento dei giudici europei né, soprattutto, prevedere un risultato, sulla base, ad esempio, del dato grezzo di un futuro richiedente dinanzi al tribunale di Strasburgo, la cui domanda sarà soggetta a un esame di ammissibilità molto rigoroso (quasi 70.356 domande sono state dichiarate inammissibili o cancellate dall'elenco nel 2017) in gran parte basate sull'applicazione di standard di valutazione (importanza e gravità della denuncia, ecc.) lasciando un notevole margine di manovra all'interno del processo decisionale.

11. L'AI può spiegare il comportamento dei giudici a posteriori?

Una spiegazione *a posteriori* del comportamento di un giudice, in particolare la rivelazione di pregiudizi, richiederebbe che tutti i fattori potenzialmente causativi siano identificati attraverso un quadro interpretativo e un'analisi contestualizzata. Il fatto che, statisticamente, l'assistenza all'infanzia sia più spesso affidata alle madri che ai padri non dimostra una propensione da parte dei giudici, ma rivela la necessità di mobilitare discipline diverse dalle scienze sociali per far luce su questo fenomeno.

²¹ Work on a sample of 584 decisions of the European Court of Human Rights: N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOȚIUC-PIETRO, V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, 24.10.2016 (<https://peerj.com/articles/cs-93/>).

Da un punto di vista scientifico, spiegare un fenomeno o, per quanto ci riguarda, un pezzo di comportamento umano, equivale a determinare i meccanismi causali che hanno portato a questo comportamento usando una certa quantità di dati contestuali.

Ciò richiede, in modo molto schematico, la costituzione preliminare di un quadro interpretativo, esso stesso derivato dalla ripetuta osservazione di questo tipo di evento o comportamento in presenza di determinati fattori o elementi.

Il quadro interpretativo è costituito da ipotesi o da punti di vista adottati dalle diverse discipline delle scienze sociali. Questo è un ulteriore passo analitico che può essere inserito negli algoritmi, ma che essi non possono eseguire da soli.

Alcune società di *legal-tech* sono andate oltre e hanno pensato di poter identificare possibili pregiudizi personali dei giudici e alimentare sospetti di parzialità. I dati in chiaro dei nomi di alcuni presidenti di tribunali e corti superiori amministrativi in Francia hanno permesso di sviluppare un indicatore del tasso di rigetto dei ricorsi contro l'obbligo di lasciare il territorio francese assunto dalle autorità amministrative.

Alcuni commentatori hanno sostenuto con fervore che la presunta imparzialità dei giudici è stata quindi messa in dubbio dall'intelligenza artificiale, ma perché si possa fondatamente affermare l'esistenza di un pregiudizio personale nei processi decisionali dei giudici (diversi dalle loro dichiarazioni personali e pubbliche nel caso in questione) il loro comportamento, o in questo caso la loro decisione, devono essere determinati da tratti di personalità, opinioni o religione. Tuttavia, come è stato detto, una simile spiegazione causale non può essere semplicemente dedotta dal risultato probabilistico fornito dagli algoritmi; al contrario, richiede un ulteriore lavoro analitico al fine di isolare, tra i molti fattori correlati (compresa l'identità dei membri del gruppo di giudici), quelli che sono realmente causativi.

Ad esempio, il fatto che un tribunale di famiglia decida statisticamente più spesso che i bambini dovrebbero vivere con la madre non riflette necessariamente la propensione del giudice a favore delle donne, ma piuttosto l'esistenza di fattori psicosociali, economici e persino culturali specifici della giurisdizione, come l'orario di lavoro di ciascuno dei genitori, il loro reddito, la disponibilità locale di assistenza all'infanzia collettiva, indipendentemente dal fatto che il bambino sia in età scolare, che uno dei genitori abbia o meno una nuova relazione o anche semplicemente che vi sia la mancanza di interesse da parte di genitore a prendersi cura di un bambino piccolo.

Allo stesso modo, le decisioni di espulsione da un paese emesse da un tribunale amministrativo situato vicino a un grande centro di detenzione non possono essere paragonate equamente a quelle di un tribunale che si occupa di tali controversie solo occasionalmente.

Inoltre, indipendentemente dall'ubicazione del tribunale, la questione della giurisprudenza di un giudice unico che si occupa solo occasionalmente di un certo tipo di controversia, ma che utilizza (o ignora) la giurisprudenza dei suoi colleghi, è particolarmente interessante e può legittimamente sollevare la questione dell'uguaglianza dei cittadini nei procedimenti giudiziari. Tuttavia, l'attenzione dovrà essere puntata sulla revisione o sulla conservazione della natura collegiale del sistema giudiziario, piuttosto che sulla classificazione o stigmatizzazione tramite strumenti di *machine learning*.

Giunti a tal punto occorre chiedersi cosa si possa dedurre dalla personalità del presidente di un tribunale collegiale, quando il suo nome sia l'unica informazione nominativa visibile nelle decisioni giudiziarie amministrative pubblicate, o ancora come si possano spiegare due distinti approcci filosofici e culturali delle decisioni giudiziarie, per cui, in alcuni paesi europei esiste una cultura del precedente e una conoscenza dettagliata da parte dei giudici dei dati fattuali di tutto il primo e il secondo grado, mentre altri paesi o sistemi favoriscono l'indipendenza intellettuale di ciascun tribunale, insieme al desiderio di affrontare ogni situazione caso per caso.

Fornire una spiegazione accurata di una decisione del tribunale richiede quindi un'analisi molto più dettagliata dei dati contingenti di ciascun caso e delle norme di legge applicabili, piuttosto che sostenere la vana speranza che la massa di collegamenti abbia senso.

12. Come si applica l'AI nella giustizia civile, commerciale e amministrativa

Lo stato di sviluppo delle tecniche di *machine learning* non consente oggi di raggiungere risultati affidabili per quanto riguarda la "previsione" delle decisioni giudiziarie. D'altra parte, la loro applicazione nella giustizia civile, commerciale e amministrativa deve essere presa in considerazione per la creazione di bilanciamenti o per la risoluzione precontenziosa delle controversie online, quando resta possibile un ricorso successivo al giudice.

Come possiamo vedere, la prima domanda sollevata da tale uso dell'intelligenza artificiale non è tanto se sia benefica o dannosa, desiderabile o meno, ma se gli algoritmi proposti possano raggiungere il tipo di risultato cercato. Le conclusioni degli esperimenti condotti nelle corti di appello di Douai e Rennes in Francia dimostrano chiaramente che a fronte di un discorso stimolante che promuove un prodotto di AI, è possibile nascondere difetti di progettazione inaccettabili e risultati di analisi totalmente errati.

Indipendentemente dalla qualità del software testato, anticipare le decisioni dei giudici in materia civile, commerciale e amministrativa sembrerebbe essere un beneficio potenzialmente desiderabile, sia per i responsabili delle politiche pubbliche giudiziarie sia per professionisti privati.

Qualunque sia la tradizione giuridica del paese, l'incertezza giuridica, vale a dire il rischio di far convalidare o respingere il proprio reclamo legale, spinge il desiderio di poter quantificare questi fattori utilizzando queste nuove applicazioni tecnologiche.

Gli avvocati (o l'ufficio legale di una società) vedono la possibilità di utilizzare questa tecnologia per fornire ai propri clienti una consulenza meglio informata valutando empiricamente e sistematicamente le possibilità di successo di una procedura, e incoraggiando la conclusione di transazioni che, se necessario, consentono di evitare una prova lunga e costosa. Alcuni assicuratori offrono già ai loro clienti l'uso di sistemi predittivi per valutare i meriti della loro attività²².

Allo stesso tempo, i decisori pubblici vedono questo approccio come un'opportunità per regolare meglio il flusso di nuovi procedimenti attraverso i tribunali e fornire loro una leva per ridurre i costi operativi giudiziari anche perché si ritiene che ciò incoraggi le parti in causa ad utilizzare metodi alternativi di risoluzione delle controversie (conciliazione, mediazione o arbitrato).

L'approccio che già esiste in molti sistemi giudiziari finalizzato all'armonizzazione di decisioni in molte materie (divorzio, licenziamento, risarcimento per lesioni personali) potrebbe essere migliorato attraverso un approccio probabilistico o attuariale.

Sono stati persino creati servizi alternativi di risoluzione delle controversie online per aiutare a valutare l'importo del risarcimento per le controversie di piccole dimensioni.

Tuttavia, questi approcci interessanti non sono imparziali e non devono privare i cittadini dell'accesso a un giudice o mettere in discussione il principio del contraddittorio.

In Francia, su iniziativa del Ministero della Giustizia, nella primavera del 2017 le due corti di appello di Rennes e Douai hanno concordato di testare un software di giustizia predittiva su vari ricorsi in contenzioso, che in realtà era un'analisi delle decisioni civili, sociali e commerciali di tutti le corti d'appello francesi.

Sebbene questi dati interni ed esaustivi sulla giurisprudenza fossero già disponibili gratuitamente per molti anni (banca dati JURICA), il Ministero li ha resi disponibili ad una società *legal-tech* quando

²² Il software predittivo viene offerto agli assicurati Allianz, ad esempio.

questa si è offerta di valutare il valore di un'analisi quantificata delle somme risarcite dai due tribunali, oltre a una classificazione geografica delle discrepanze rilevate per domande e processi simili.

L'obiettivo dichiarato del software era quindi quello di creare uno strumento decisionale al fine di ridurre, se necessario, l'eccessiva variabilità delle decisioni giudiziarie, in nome del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Il risultato dell'esperimento, dibattuto contraddittoriamente tra le due corti d'appello, il Ministero della Giustizia e la società *legal-tech* che ha progettato il prodotto purtroppo ha evidenziato l'assenza di valore aggiunto della versione testata del software per il lavoro di riflessione, decisione e creazione dei magistrati.

Ancora più significativo, sono stati rivelati errori di ragionamento del software che hanno portato a risultati aberranti o inappropriati a causa della confusione tra semplici elementi lessicali tipici del ragionamento giudiziario e le causalità che erano state invece decisive nel ragionamento dei giudici.

13. Un nuovo strumento di calcolo per calcolare i parametri di risarcimento

Le procedure per il calcolo delle tabelle di risarcimento in varie materie civili (ad esempio, compensazione per lesioni personali, indennità compensativa e trattamento di fine rapporto) sembrano migliorare notevolmente se combinate con altre tecniche di elaborazione, al fine di evitare il cd. "effetto performativo" o di autorealizzazione ove il rischio è che un sistema produca lo stesso output progressivamente influenzando gli elementi di input; questo effetto è spesso menzionato per quanto riguarda le tabelle giudiziarie che, quando informate da decisioni basate su queste tabelle, tendono ad essere rappresentative solo di sé stesse.

È importante evidenziare ciò che Jean-Paul Jean, presidente del gruppo di lavoro di valutazione CEPEJ, ha descritto come la sfida qualitativa durante una conferenza sugli open data tenutasi nel 2016 in Francia: la procedura condotta sul *machine learning* dovrebbe utilizzare certificati originali, la cui integrità sia stata verificata²³.

L'altro rischio già affrontato dai progettisti di questi strumenti è quello di "*snooping* dei dati", vale a dire la selezione di soli dati a monte che sono significativi per le griglie di analisi predeterminate, ad esempio escludendo dai campioni decisioni che si prestano male a correlazioni delle sequenze linguistiche attraverso il *machine learning* o qualsiasi altro metodo (ad esempio, decisioni senza presentazione del contenzioso o con un ragionamento limitato).

Ma se calcoliamo una tabella, stiamo già facendo una piccola previsione. Il limite può sembrare relativamente impreciso se non si distingue chiaramente lo scopo del processo: l'obiettivo qui non è quello di fornire informazioni prescrittive ma di fornire informazioni su uno stato di cose.

Fatte salve queste precauzioni metodologiche e operative, sono disponibili tabelle per la gestione di determinate controversie che costituiscono un potente strumento per armonizzare la giurisprudenza. Le tabelle erano precedentemente calcolate su campioni di decisioni più o meno limitati, ma gli strumenti di intelligenza artificiale consentono di rilevare più decisioni e sono suscettibili di produrre tabelle più accurate, applicando uno standard e quindi dando più peso ai risultati.

14. La risoluzione delle controversie online (ODR)

²³ J.-P. JEAN, *Penser les finalités de la nécessaire ouverture des bases de données de jurisprudence*, Conferenza del 14 ottobre 2016 tenuta alla Corte di cassazione francese.

Tutti i tribunali europei affrontano in gradi diversi contenziosi civili ripetitivi di basso valore; l'idea quindi di automatizzare la procedura attraverso la tecnologia dell'informazione o esternalizzarli è ampiamente condivisa²⁴.

Gran Bretagna, Paesi Bassi e Lettonia sono esempi di paesi che hanno già implementato o stanno per implementare questo tipo di soluzioni più o meno automatizzate²⁵.

Tuttavia, la portata di questi servizi di risoluzione delle controversie online (*ODR-Online Dispute Resolution*) sembra essersi gradualmente estesa. Si è infatti passati da servizi online limitati a servizi ODR prima del contenzioso giudiziale, a sistemi che operano sempre più nel processo giudiziario stesso, al punto da offrire servizi giudiziari elettronici²⁶.

Tali sistemi ormai non riguardano solo controversie sul valore del risarcimento, ma anche controversie fiscali o relative ai servizi di sicurezza sociale o procedimenti di divorzio.

Per coloro che sostengono tali soluzioni, che interessano una serie di professioni legali e il settore privato, l'accesso alla giustizia potrebbe essere notevolmente migliorato da un'ampia soluzione che combini ODR e AI. L'idea è quella di fornire agli istanti una diagnosi automatica della controversia mediante survey, le cui risposte vengono quindi elaborate dalla macchina che emette proposte per una soluzione. Il lavoro del laboratorio *Cyberjustice de Montréal*, che riunisce le varie fasi precontenziose e contenziose in un processo basato su computer per controversie a bassa intensità (ad esempio, tribunali per le controversie di modesta entità in Quebec), è un buon esempio di ibridazione²⁷.

Secondo per i progettisti, vi sarebbero chiari vantaggi in termini di efficienza e qualità ma l'attenzione sul punto va rivolta al parametro e al metodo sul quale sarebbe calcolata una compensazione proposta da tale sistema. E ancora occorrerebbe predefinire il grado di equità dell'algoritmo, prevedere se la proposta possa essere discussa tra le parti, con l'aiuto di un terzo qualificato e se sia sempre possibile il ricorso a un processo effettivo.

Alcuni autori vedono persino l'uso diffuso di questi metodi di risoluzione delle controversie come una nuova manifestazione di "soluzionismo" digitale, vale a dire l'uso sistematico di tecnologie per cercare di risolvere problemi che non necessariamente sono alla loro portata²⁸.

Va anche notato che in Europa, recentemente è stato istituito un quadro normativo più protettivo e vincolante per gli Stati membri: l'articolo 22 del GDPR prevede esplicitamente che le persone possano rifiutare di essere oggetto di una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato, con alcune eccezioni.

L'articolo 22 del Regolamento EU/2016/679 prevede: "(Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione) 1. L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la

²⁴ Per i crediti transfrontalieri, l'Unione europea ha istituito, con il regolamento n. 524/2013, un quadro comune disponibile su Internet (piccoli crediti europei).

²⁵ Un'analisi della risoluzione delle dispute on line in Gran Bretagna è rinvenibile all'url <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>. Cfr. anche il sistema "Pas" nei Paesi Bassi, che emette decisioni automatizzate basate su autorizzazioni precedentemente concesse e che ha dato origine a controversie a livello nazionale e dinanzi alla Corte di Giustizia europea: vi sono due casi (c-293/17 e c-294/17) portati al Consiglio di Stato dei Paesi Bassi (Agricoltori e conservazione della natura vs. Paesi Bassi) per determinare se un sistema (Programma di regolazione dell'azoto) è autorizzato o meno a decidere se gli agricoltori stanno violando la direttiva Habitat.

²⁶ D. THOMPSON, *Creating new pathways to justice using simple artificial intelligence and online dispute resolution*, Osgoode Hall Law School of York University.

²⁷ <http://www.cyberjustice.ca/projets/odr-plateforme-daide-au-reglement-en-ligne-de-litiges/>.

²⁸ E. MOROZOV, *Pour tout résoudre cliquez ici*, FYP editions, citato da D. LARROUSSERIE, "Contre le 'solutionnisme' numérique", in *Le Monde*, 6 October 2014, https://www.lemonde.fr/sciences/article/2014/10/06/contre-le-solutionnisme-numerique_4501225_1650684.html.

profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”. Sono previste eccezioni (come il consenso), ma “il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato, almeno il diritto di ottenere l’intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”.

Nello stesso senso si pone la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale firmata a Strasburgo nel 1981, n. 108 del Consiglio d’Europa, come modificata dal Protocollo adottato nel maggio 2018 ad Elsinore, che all’art. 9.1 prevede che “Ogni individuo ha diritto: (a) a non essere soggetto a una decisione che lo riguardi in modo significativo sulla base unicamente di un trattamento automatizzato di dati senza che le sue opinioni siano prese in considerazione”.

Nonostante questo principio di divieto, l’articolo 9, paragrafo 2 afferma che “il paragrafo 1 (a) non si applica se la decisione è autorizzata da una legge a cui il titolare del trattamento è soggetto e prevede anche adeguate misure di salvaguardia dei diritti, delle libertà e degli interessi legittimi dell’interessato”.

Così come all’art. 9.1 (c) è previsto che l’interessato possa ottenere, su richiesta, la logica del ragionamento alla base del trattamento dei dati quando i risultati di tale trattamento gli siano applicati.

Nell’*Explanatory Report* al Protocollo di Elsinore del 2018, si legge al paragrafo 75, in relazione all’art. 9.1.a. che “È essenziale che un individuo soggetto ad una decisione puramente automatizzata abbia il diritto di contestare tale decisione presentando, in modo significativo, il suo punto di vista e le sue argomentazioni. In particolare, l’interessato dovrebbe avere l’opportunità di provare l’eventuale inesattezza dei dati personali prima che vengano utilizzati, l’irrilevanza del profilo da applicare alla sua situazione particolare o altri fattori che avranno un impatto sul risultato della decisione automatizzata. Questo in particolare nel caso in cui gli individui siano danneggiati dall’applicazione di ragionamenti algoritmici che comportano la limitazione di un diritto o il rifiuto di un beneficio sociale o in cui vedono la loro capacità di credito valutata solo da un software. Tuttavia, un individuo non può esercitare questo diritto se la decisione automatizzata è autorizzata da una legge alla quale è soggetto il Titolare del trattamento e che prevede anche misure idonee a salvaguardare i diritti, le libertà e gli interessi legittimi dell’interessato”.

Sempre nell’*Explanatory Report* di Elsinore, in relazione all’art. 9.1.c) si rinviene il principio in base al quale “gli interessati hanno il diritto di conoscere la logica del ragionamento alla base del trattamento dei dati, comprese le conseguenze di tale ragionamento e le conclusioni che potrebbero essere state tratte da esso, soprattutto quando si utilizzano algoritmi per il processo decisionale automatizzato, in particolare per la profilazione”. Ad esempio, nel caso di un sistema di *rating* del credito, i mutuatari hanno il diritto di conoscere la logica alla base del trattamento dei loro dati che porta alla decisione di concedere o rifiutare il credito, piuttosto che essere semplicemente informati della decisione stessa. La comprensione di questi elementi contribuisce all’efficace esercizio di altre garanzie essenziali come il diritto di opposizione e il diritto al ricorso all’autorità competente”.

Peraltro, lo stesso concetto di permettere all’interessato di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata nel trattamento che lo riguarda, si rinviengono anche nel GDPR all’art. 13 c.2 lett. f), all’art. 14, c.2. lett. f), all’art. 15 c.1 lett. h).

I potenziali benefici di un sistema ODR, il suo grado di integrazione in un processo giudiziario completo (dal precontenzioso al contenzioso effettivo) e il ruolo decisivo dell’intelligenza artificiale nell’esecuzione del processo devono quindi essere adeguatamente valutati caso per caso.

Ora, se è innegabile che l’ODR possa contribuire all’attuazione dei servizi di conciliazione e mediazione prima o durante il giudizio, sarebbe opportuno in ogni caso prevedere una supervisione

dei giudici prima che essi decidano sull'esito delle controversie in base al merito, in particolare nelle cause per le quali procedimenti di conciliazione preventivi costituiscono condizioni di procedibilità del giudizio²⁹.

Dall'altro lato occorrerà considerare l'effettivo contributo che i sistemi di intelligenza artificiale possono offrire, vale a dire se lo scopo sia utilizzare il *machine learning* solo per stabilire tabelle indicative o se invece si intenda affidare ad esso la decisione, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, neutralità e lealtà³⁰.

Il gruppo di lavoro sulla mediazione CEPEJ (CEPEJ-GT-MED), lanciato nel 2018, ha offerto le sue prime riflessioni sul contributo della tecnologia dell'informazione ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie³¹.

15. Le principali garanzie da riaffermare nei procedimenti civili, commerciali e amministrativi

15.1. Il diritto di accesso a un tribunale

L'utilizzo di strumenti di risoluzione delle controversie online non dovrebbe pregiudicare il diritto di accesso a un tribunale ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, anche se questo diritto non è assoluto e si presta a limitazioni implicite³².

In materia civile, ad esempio, ogni parte in giudizio ha il diritto di sottoporre a un tribunale qualsiasi controversia relativa ai suoi "diritti e doveri civili"³³.

Nel 2015, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato una risoluzione su "Accesso alla giustizia e Internet: potenziale e sfide" in cui ha invitato a garantire che "le parti coinvolte nelle procedure ODR mantengano il diritto di accedere ad una procedura di ricorso giudiziario che soddisfi i requisiti di un processo equo ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione"³⁴.

15.2. Il principio del contraddittorio

Sembra indispensabile fornire ai cittadini e, soprattutto, alle parti di un processo, un certo numero di informazioni quantitative (ad esempio il numero di decisioni elaborate per ottenere la tabella) e informazioni qualitative (origine delle decisioni, rappresentatività dei campioni selezionati, distribuzione delle decisioni tra criteri diversi come il contesto economico e sociale) al fine di comprendere come sono state costruite le tabelle, misurare i loro possibili limiti e poterli discutere davanti ad un giudice.

²⁹ Nei Paesi Bassi, i contratti di assicurazione sanitaria privata sembrano prevedere automaticamente il ricorso a un ODR prima che venga intrapresa un'azione legale.

³⁰ C. PAVILLON, *Concerns over a digital judge* (<https://www.nrc.nl/nieuws/2018/01/19/zorgen-om-populaire-digitale-rechter-a1588963>).

³¹ Il CDCJ sta attualmente svolgendo un lavoro approfondito sugli ODR per identificare il potenziale di questi strumenti, ma anche eventuali punti problematici che equivalgono a possibili violazioni degli articoli 6, 8 e 13 della Convenzione europea sui diritti umani.

³² Art.6 §1 «1. 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti». Per le limitazioni v. *Deweert c. Belgique*, § 49; *Kart c. Turquie* [GC], § 67.

³³ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, §§ 28-36.

³⁴ Resolution 2054 (2015) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), 10 November 2015, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22245&lang=en>.

15.3. Il principio della parità di armi

L'uso di mezzi tecnologici non dovrebbe causare squilibri tra le parti, poiché l'uso di mezzi digitali potrebbe effettivamente favorire taluni operatori (istituzioni, società con mezzi, individui avvezzi all'uso delle tecnologie) e, al contrario, porre in difficoltà alcuni tipi di popolazione, meno abbienti o con meno familiarità con i computer. È importante che nessun individuo rimanga solo davanti ai propri schermi e che venga informato che può chiedere assistenza legale ed essere assistito, ove necessario.

15.4. Il principio di imparzialità e indipendenza del giudice

È stato ipotizzato che lo standard maggioritario indotto dall'utilizzo di sistemi di AI possa ripercuotersi negativamente sull'indipendenza e sull'imparzialità della magistratura, in particolare nei sistemi in cui l'indipendenza della magistratura non è pienamente raggiunta. In questi sistemi, non si può escludere il rischio che tali standard possano esercitare pressioni indirette sui giudici a conformarsi all'orientamento maggioritario, a pena di essere sottoposti a verifica da parte del potere esecutivo qualora se ne discostino.

15.5. Il diritto di assistenza legale

All'inizio di questo capitolo, abbiamo menzionato i vantaggi derivanti dall'applicazione di strumenti di giustizia predittiva per gli avvocati e, in particolare, la possibilità di fornire ai loro clienti una consulenza meglio informata valutando empiricamente e sistematicamente le possibilità di successo di una procedura. Tuttavia, immaginiamo un caso in cui le possibilità di successo per la parte in causa siano estremamente scarse: ciò potrebbe influire sulla decisione dell'avvocato di assistere il suo cliente, mentre occorrerebbe minimizzare il rischio che le persone che necessitano di assistenza legale possano in definitiva essere private di esso perché anche l'avvocato decide di conformarsi allo standard senza ricercare soluzioni alternative a favore del cliente.

16. Le questioni specifiche della giustizia penale: prevenzione dei reati, rischio di recidiva e valutazione del livello di pericolo

Anche se non specificamente progettato per essere discriminatorio, l'uso delle statistiche e dell'intelligenza artificiale nei procedimenti penali ha mostrato il rischio di indurre la rinascita di dottrine deterministiche a discapito delle dottrine dell'individualizzazione della sanzione, che sono state ampiamente acquisite dal 1945 nella maggior parte dei sistemi giudiziari europei.

L'uso della scienza e della tecnologia dell'AI in ambito penale pone questioni specifiche sulla valutazione delle caratteristiche criminali abituali o professionali, sulla tendenza a commettere un crimine, sul carattere e la personalità dell'imputato e, in generale, sulle qualità psicologiche dell'imputato, indipendentemente da cause patologiche.

In Francia, ad esempio, la dottrina della "nuova difesa sociale" sviluppata da Marc Ancel è stata la base del diritto penale: invece di un approccio puramente punitivo e deterministico, è stato introdotto un sistema di riabilitazione sociale per impedire la commissione di un reato evitando le

condizioni per il crimine. Questo approccio è condiviso da una serie di strumenti di politica penale europea incentrati sugli obiettivi di rieducazione e reinserimento dei trasgressori³⁵.

Gli strumenti di giustizia penale dovrebbero quindi essere progettati in conformità con questi principi fondamentali di riabilitazione, incluso il ruolo del giudice nell'individualizzazione della pena, sulla base di elementi oggettivi di personalità (formazione, lavoro, medicina regolare e assistenza sociale) senza alcuna altra forma di analisi rispetto a quella effettuata da professionisti appositamente formati. Queste tecniche di analisi dei *big data* potrebbero essere utilizzate da questi professionisti per centralizzare e raccogliere informazioni sulla persona accusata di un reato, e tali dati potrebbero essere archiviati da varie istituzioni e agenzie, a volte per un breve lasso di tempo.

17. Gli strumenti utilizzati dalle autorità investigative prima del processo penale

Gli strumenti descritti come "controlli predittivi" (prima del processo giudiziario o prima di un rinvio a giudizio) stanno già crescendo rapidamente e stanno iniziando ad essere conosciuti dal grande pubblico³⁶. In generale, un gran numero di strumenti informatici è comunemente usato per prevenire la commissione di atti criminali (identificando possibili luoghi in cui ciò potrebbe accadere o i loro autori) o perseguirli in modo più efficace³⁷.

La prima categoria include strumenti di "polizia predittiva" utilizzati per prevenire determinati tipi di reato con elementi di regolarità nella loro manifestazione, come furto con scasso, violenza di strada, furto di veicoli. L'utilità di questi strumenti deriva dalla loro capacità di determinare con precisione dove e quando questi reati potrebbero essere commessi e di riprodurre queste informazioni su una mappa geografica sotto forma di *hot spot* monitorati in tempo reale dalle pattuglie della polizia.

Questo processo è chiamato "mappatura criminale predittiva" e la maggior parte del software utilizzato in questo ambito si basa su prove storiche relative all'ubicazione del crimine, come i rapporti della polizia, ma vengono anche testate nuove tecnologie ancora più potenti che combinano vari dati provenienti da fonti diverse³⁸.

Questi strumenti, che hanno tassi molto persuasivi di efficacia, si dice anche che abbiano effetti dissuasivi sulla commissione di reati nelle aree circostanti i punti caldi, tuttavia, le capacità predittive di questi strumenti, che mostrano i loro limiti in relazione a reati di natura meno regolare o che colpiscono località diverse, come il terrorismo, devono essere attentamente valutate anche perché uno dei loro punti deboli è l'effetto "circolo vizioso" e l'effetto "profezie che si autoavverano": i

³⁵ V. Corte Europea Diritti dell'Uomo, Grand Chamber, *Vinter and Others vs. United Kingdom*, par. 114-118.

³⁶ Si pensi alla *no fly list*, che in realtà è un'applicazione di analisi dei *big data* che raccoglie e analizza i dati su potenziali terroristi al fine di prevenire la commissione di atti criminali o algoritmi utilizzati per rilevare frodi o riciclaggio di denaro.

³⁷ D'altro canto, dovrebbe essere incoraggiato l'uso dell'AI anche a fini terapeutici e riabilitativi (ad esempio per raccogliere dati sul trattamento somministrato o sui metodi di reintegrazione).

³⁸ Ad esempio, nell'ambito del progetto "E-Security - ICT per la sicurezza urbana predittiva" (<http://www.esecurity.trento.it/>), che è stato condotto nella città di Trento tra Novembre 2012 e maggio 2015, è stato creato un database che raccoglie informazioni sui crimini denunciati alla polizia, sui risultati delle indagini condotte dal municipio sulla vittimizzazione e la sicurezza reale e percepita dai cittadini, sul disordine urbano fisico e sociale da parte della polizia, nonché altre variabili relative a "SmartCity" (ad es. informazioni relative al contesto socio-demografico, all'ambiente urbano, all'illuminazione notturna, alla presenza di telecamere di sorveglianza e ai trasporti pubblici). I responsabili del progetto hanno testimoniato l'affidabilità delle tecniche utilizzate, che consentirebbero di prevedere gli atti criminali con un tasso di successo di circa il 60-65%. I test condotti nel Regno Unito nell'ambito di un progetto pilota per prevedere possibili ubicazioni di furto con scasso, furto e rapina dimostrano che le proiezioni del software utilizzate, denominato PREDPOL, erano accurate nel 78% dei casi, rispetto al 51% utilizzando tecniche tradizionali.

quartieri considerati a rischio attirano più attenzione della polizia e la polizia rileva più criminalità, il che porta ad un'eccessiva sorveglianza della polizia delle comunità che vivono in quei luoghi.

Vi è inoltre da considerare che i dubbi su una possibile "tirannia dell'algoritmo" che potrebbe minimizzare, o addirittura sostituire progressivamente, il giudizio umano non sono del tutto assenti all'interno degli stessi servizi di polizia, anche se, al momento, la tecnologia viene presentata come al servizio degli esseri umani al fine di fornire strumenti al processo decisionale³⁹.

L'analisi dei *big data* viene sempre più applicata nel perseguimento del crimine con strumenti come Connect, utilizzato dalla polizia del Regno Unito per analizzare miliardi di dati generati in transazioni finanziarie per trovare correlazioni o schemi di operazioni, o l'*International Child Sexual Exploitation Database*, gestito dall'Interpol, che aiuta a identificare le vittime o gli autori di reati attraverso l'analisi, ad esempio, di mobili ed altri oggetti in immagini offensive o l'analisi del rumore di fondo nei video, che si sono dimostrati particolarmente efficaci nella lotta alla criminalità. Con Connect, ad esempio, le ricerche che in precedenza richiedevano mesi di indagine possono ora essere eseguite in pochi minuti, con un livello molto elevato di complessità e volume di dati.

La dottrina mette comunque in discussione la logica gestionale della risposta al crimine fornita da questi strumenti predittivi, in cui un'analisi approfondita delle ragioni del crimine diventa meno importante del fare qualcosa qui e ora. Ciò accade in un momento in cui i budget disponibili si stanno riducendo e la polizia deve fornire lo stesso livello di protezione pubblica, ma con personale, attrezzature e risorse limitati⁴⁰.

18. Gli strumenti per il processo penale

L'uso di strumenti predittivi⁴¹ da parte dei giudici nei processi penali è molto raro in Europa, ma vi è un esempio degno di menzione: si tratta di HART (*Harm Assessment Risk Tool*), sviluppato in collaborazione con l'Università di Cambridge ed attualmente in fase di test nel Regno Unito che si basa su un sistema di *machine learning* che è stato addestrato utilizzando gli archivi della polizia di Durham dal 2008 al 2012. Apprendendo dalle decisioni assunte dagli agenti di polizia durante questo periodo su soggetti sospetti, la macchina dovrebbe essere in grado di valutare il rischio di recidiva - basso, medio o alto -, basato su una trentina di fattori, alcuni dei quali però incautamente non correlati al crimine commesso (ad esempio il codice postale del luogo di residenza e il genere).

Nei test inizialmente condotti nel 2013, durante i quali è stato osservato un comportamento sospetto in un periodo di due anni dopo la commissione del crimine, le previsioni di HART sono risultate efficaci al 98% nel prevedere un rischio basso, e dell'88% un alto rischio di recidiva. In questa fase sperimentale, HART avrà un valore puramente consultivo per il giudice. Inoltre, la polizia effettuerà periodicamente audit sul funzionamento di HART e sull'affidabilità delle sue conclusioni.

Anche se è l'unico strumento predittivo finora identificato in Europa, offre l'opportunità di considerare le sfide che i decisori pubblici potrebbero affrontare nel prossimo futuro se questo tipo di applicazione venisse testato su scala più ampia, in particolare alla luce delle esperienze americane.

³⁹ "How technology is allowing police to predict where and when crime will happen", The Independent, 7 October 2017.

⁴⁰ A. ZAVRSNIK, *Big Data, crime and social control*, 196.

⁴¹ In dottrina questi strumenti sono spesso chiamati "algorithmic justice" or "automated justice", or "simulated justice".

Negli Stati Uniti⁴², l'ONG ProPublica⁴³ ha rivelato gli effetti discriminatori dell'algoritmo utilizzato nel software COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), che mira a valutare il rischio di recidiva al momento in cui il giudice emette sentenza.

Questo algoritmo, sviluppato da una società privata ed utilizzato dai giudici in alcuni stati federali americani, comprende 137 domande a cui il sospetto deve rispondere e informazioni estratte dal casellario giudiziario. Le domande sono piuttosto varie e comprendono la presenza di un telefono a casa, la difficoltà a pagare le bollette, la storia familiare, la storia criminale dell'accusato, ecc.⁴⁴. L'algoritmo valuta la persona su una scala da 1 (basso rischio) a 10 (alto rischio). È un aiuto al processo decisionale giudiziario, le cui conclusioni sono solo una delle variabili considerate dal giudice al momento di decidere la sentenza.

La questione è che alle popolazioni afroamericane è stato assegnato un tasso di recidiva ad alto rischio doppio rispetto a quello di altre popolazioni entro due anni dalla condanna - senza che questo effetto venisse preventivato dai progettisti⁴⁵.

Al contrario, l'algoritmo ha considerato che altre popolazioni sembravano molto meno propense a reiterare un delitto⁴⁶.

Va ovviamente notato che questo tipo di interpretazione fuorviante nella realtà rivela solo la fragilità sociale ed economica di alcuni gruppi di popolazioni che non sono ovviamente criminogene per natura. I ricercatori del *Dartmouth College* hanno anche dimostrato che questo tipo di algoritmo non produce valore aggiunto poiché le persone senza precedenti penali possono riprodurre esattamente la stessa valutazione semplicemente rispondendo al questionario.

Inoltre, la mancanza di trasparenza nei processi operativi dell'algoritmo progettati da società private (che rivendicano la proprietà intellettuale) desta preoccupazione. Poiché le società private *legal tech*, creatrici dell'algoritmo attingono i dati che vanno a costituire la base informativa dalle stesse autorità statali, la loro mancanza di responsabilità nei confronti dei cittadini pone un grave problema democratico, anche perché di norma il pubblico viene informato delle operazioni sui *big data* in modo accidentale, sporadico, in occasione di *data loss* o di *data breach* o di contenziosi giudiziari: un esempio di ciò è quando ProPublica ha rivelato i difetti dell'algoritmo COMPAS a seguito del rifiuto della società proprietaria di condividerlo. La ONG ha dovuto fare appello alle

⁴² Uno studio del 2015 aveva identificato una sessantina di strumenti predittivi negli Stati Uniti.

⁴³ www.propublica.org/article/technical-response-to-northpointe.

⁴⁴ Esistono altri algoritmi che sono stati sviluppati tenendo conto delle osservazioni critiche espresse dalla dottrina e che si basano su variabili più piccole, più direttamente correlate al crimine commesso e meno legate alla razza, al genere o allo stato socioeconomico. Un esempio è lo strumento di valutazione della sicurezza pubblica utilizzato in 30 giurisdizioni americane.

⁴⁵ Questo effetto discriminatorio può essere spiegato con la "calibrazione" del modello di algoritmo, che crea molti "falsi positivi".

⁴⁶ Le popolazioni di colore sono state più frequentemente classificate come ad alto rischio, anche senza reiterazione entro due anni dalla condanna, mentre le popolazioni bianche sono state classificate più frequentemente come a basso rischio ed hanno commesso reati entro i due anni. In breve, l'algoritmo ha sovrastimato il rischio di recidiva per i neri e lo ha sottovalutato per i bianchi (i "falsi positivi" erano per lo più neri, mentre i "falsi negativi" erano principalmente bianchi). In risposta alle accuse di ProPublica, NorthPointe (ora "Equivalent") ha risposto che le popolazioni bianche e nere erano ugualmente rappresentate quando si consideravano i "veri positivi". La questione di come conciliare sia l'accuratezza dell'algoritmo nel rilevare la recidiva, sia la necessità di evitare effetti discriminatori nei confronti delle popolazioni nere è stata la fonte di un intenso dibattito in letteratura; v. in particolare Chouldechova A. (2016), *A fair prediction with a disparate impact: a study on bias in recidivism prediction instruments*, disponibile su <http://arxiv.org/abs/1610.07524>; e anche "Bias in criminal risks scores is mathematically inevitable, Researchers say", disponibile su <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>. Questo dibattito riflette anche la questione della legittimità che una società privata, senza alcun controllo istituzionale, possa scegliere tra due requisiti opposti: quello di difendere la società, da un lato, e quello di rispettare i diritti dei singoli, dall'altro.

autorità pubbliche affinché accedessero ai dati e inviassero un proprio perito per esaminare l'algoritmo.

19. Le sfide della "predittività" in materia penale

Gli esempi sopra riportati mostrano che possono esserci enormi opportunità ma anche rischi reali nell'applicazione di nuove tecnologie che vengono utilizzate senza le necessarie precauzioni. I responsabili delle decisioni pubbliche e le parti interessate nel settore giudiziario devono essere particolarmente vigili e svolgere un ruolo attivo nello sviluppo di queste tecnologie; il monitoraggio continuo è necessario per determinare la loro reale efficacia ed efficienza ed evitare conseguenze impreviste. Ciò è ancora più importante nei procedimenti penali a causa del loro impatto diretto sulle libertà personali degli individui⁴⁷.

I sostenitori di questi strumenti sostengono spesso che essi sono neutrali e fanno affidamento su metodi concreti e oggettivi che contribuiscono a rendere la giustizia più accurata e trasparente. Un altro grande vantaggio, si sostiene, è la loro efficienza, che a volte supera le capacità umane e può essere estremamente preziosa anche in un contesto generale di riduzione dei fondi pubblici o persino di carenza di risorse.

Ma, d'altro canto, l'inclusione di variabili algoritmiche come la storia criminale e lo sfondo della famiglia significa che il comportamento di un determinato gruppo può decidere il destino di un individuo, che è, ovviamente, un essere umano unico, con un background sociale specifico, istruzione, capacità, grado di colpa e motivazioni per la commissione del reato del tutto peculiari⁴⁸.

Sostengono inoltre che le decisioni umane possono essere basate su valori e considerazioni che non alterano invece il giudizio della macchina, ma questa prerogativa della macchina può rivelarsi un'arma a doppio taglio. Ad esempio, un giudice potrebbe decidere di ordinare la cauzione di una donna pur con rischio elevato di recidiva, sulla base di una gerarchia di valori, ad esempio attribuendo maggiore importanza al suo ruolo di madre e protettrice dei suoi figli, mentre l'algoritmo potrebbe determinare il rischio di recidiva in modo più accurato, ma non sarebbe in grado di operare una tale gerarchia di priorità.

In materia penale vi sono anche potenziali rischi di discriminazione se si considera che questi strumenti, costruiti e interpretati dagli esseri umani, possono riprodurre disparità ingiustificate già esistenti nel sistema giudiziario penale interessato; così, anziché correggere esiti discriminatori, la tecnologia potrebbe finire per legittimarli.

Alla luce di quanto precede, quando gli algoritmi vengono utilizzati in un processo penale, è essenziale poter garantire pienamente il rispetto del principio della parità delle armi e della presunzione di innocenza sancito dall'articolo 6 della CEDU.

L'interessato dovrebbe avere accesso e poter contestare la validità scientifica di un algoritmo, la ponderazione effettuata sui suoi vari elementi e qualsiasi conclusione errata a cui giunge ogni volta che un giudice suggerisce che potrebbe usarlo prima di una decisione. Come visto sopra tutte le persone hanno il diritto di non essere soggette alle decisioni che le riguardano in modo significativo,

⁴⁷ Un estratto della decisione della Corte suprema del Wisconsin in "*Wisconsin vs. Loomis*" può fornire ispirazione anche a livello europeo: "*It is important to consider that tools such as COMPAS continue to change and evolve. The concerns we address today may very well be alleviated in the future. It is incumbent upon the criminal justice system to recognize that in the coming months and years, additional research data will become available. Different and better tools may be developed. As data changes, our use of evidence-based tools will have to change as well. The justice system must keep up with the research and continually assess the use of these tools*".

⁴⁸ A. ZAVRSNIK, *Big Data, crime and social control*, 196.

basate unicamente su un trattamento automatizzato dei dati, senza che il loro punto di vista sia stato preso in considerazione in anticipo.

A questo proposito, esiste una differenza tra Europa e Stati Uniti per quanto riguarda il diritto di accesso agli algoritmi: mentre negli Stati Uniti le autorità giudiziarie sono ancora riluttanti a riconoscere pienamente il diritto di difesa in contrapposizione con gli interessi privati e, segnatamente, con i diritti di proprietà intellettuale, in Europa il quadro è più protettivo a causa del GDPR, che stabilisce un diritto all'informazione sulla logica sottostante delle decisioni assunte usando algoritmi⁴⁹.

Le considerazioni espresse in precedenza in merito agli effetti potenzialmente negativi di questi strumenti sull'imparzialità del giudice sono valide anche in materia penale: un giudice che decide contro la previsione di un algoritmo rischia di correre rischi assumendosi una maggiore responsabilità. Non sembra irrealistico immaginare che i giudici sarebbero riluttanti ad assumersi questo onere aggiuntivo, in particolare nei sistemi in cui il loro mandato non è permanente ma soggetto al voto popolare⁵⁰, o in cui è possibile che siano chiamati a rispondere della decisione a titolo personale con una responsabilità disciplinare, civile o persino penale.

20. Le questioni specifiche relative alla protezione dei dati personali

Per sfruttare appieno il potenziale degli algoritmi nel rispetto dei principi di protezione dei dati, si dovrebbe applicare il principio di precauzione e mettere in atto politiche preventive per contrastare i potenziali rischi associati all'uso dei dati elaborati da tali algoritmi e l'impatto del loro uso sugli individui e sulla società in generale.

Il principio di liceità nel trattamento dei dati personali e l'obbligo di prevenire o minimizzare l'impatto del trattamento dei dati sui diritti e sulle libertà fondamentali degli interessati dovrebbero indurre una valutazione preliminare del rischio. Ciò dovrebbe consentire di attuare le misure appropriate, in particolare durante la fase di progettazione (*privacy by design*) e sempre (*privacy by default*), al fine di mitigare i rischi identificati.

Poiché i dati personali devono essere trattati per scopi determinati e legittimi, non devono essere utilizzati in modo incompatibile con tali scopi e non devono essere ulteriormente trattati in modo tale che l'interessato possa considerare inattesi, inappropriati o discutibili (principio di lealtà), il loro riutilizzo deve essere gestito con la massima cautela.

22. Il potenziale e i limiti degli strumenti di giustizia predittiva

Il termine giustizia predittiva dovrebbe essere respinto perché è ambiguo e fuorviante. Questi strumenti si basano su metodi di analisi della giurisprudenza, utilizzando metodi statistici che non riproducono in alcun modo il ragionamento giuridico ma possono tentare di descriverlo. I pregiudizi analitici, se non possono essere completamente eliminati, devono essere identificati ed il processo di progettazione e l'uso dello strumento devono essere integrati in un chiaro quadro etico.

⁴⁹ Article 15, 1. (h) of EU Regulation 2016/679: "The data subject shall have the right to obtain from the controller" ... "the following information:" ... "the existence of automated decision-making, including profiling, as referred to in Article 22, paragraphs 1 and 4, and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject".

⁵⁰ V. *Subjectivity, algorithms and the courtroom*, reperibile all'indirizzo telematico https://www.researchgate.net/publication/331283837_Subjectivity_algorithms_and_the_courtroom.

Già sopra sono stati evidenziati l'ambiguità e l'errore insiti nel concetto di "giustizia predittiva" e come ciò possa operare un fraintendimento nella mente collettiva, portandola a credere che le macchine, prive di qualsiasi emozione, un giorno saranno migliori e in grado di rendere più affidabile l'atto di giudicare.

Oggi più che mai, le sue promesse devono essere esaminate in modo oggettivo e scientifico, basato su solide basi della ricerca fondamentale, al fine di identificare possibili limiti. A tale proposito, va notato che i rischi di interpretazioni distorte del significato delle decisioni giudiziarie sono estremamente elevati, se basati esclusivamente su modelli statistici. Questa osservazione è ulteriormente confermata dalla mancanza di una comprensione precisa dei collegamenti tra i dati e dall'evidente presenza di false correlazioni che non possono essere individuate in grandi masse di dati.

Inoltre, la neutralità degli algoritmi è un mito, poiché i loro creatori trasferiscono consapevolmente o involontariamente i loro sistemi di valori in essi.

Il filosofo Eric Sadin⁵¹, ha osservato che, dietro la loro efficienza ed apparente neutralità vi è una catena di informazioni variabile che va dalla scala di valori del progettista, alla produzione del codice macchina, all'esecuzione dell'algoritmo, al contesto in cui opera, alle attività di manutenzione. Questa osservazione è peraltro condivisa anche dal criminologo Aleš Završnik⁵², che sottolinea come le fasi di costruzione e interpretazione degli algoritmi siano eseguite dall'uomo, per l'uomo e non possano sfuggire a errori, pre-studi, valori, interessi umani e a una rappresentazione umana del mondo, comunque siano concepiti.

Nonostante questi limiti significativi non si dovrebbe trascurare il contributo di una tecnologia con un potere senza pari. I matematici CS Calude e G. Longo⁵³ sottolineano nel loro studio sui *big data* che i loro risultati discutibili, come spesso accade, non devono distruggere la scienza dei dati ma aprire la sfida verso un nuovo metodo scientifico più ampio in grado di incorporare sia nuovi strumenti algoritmici sia strumenti classici, accompagnando il processo con una rigorosa valutazione delle prove.

Come sottolineato nell'introduzione, è probabile che l'uso dell'AI offra un supporto estremamente significativo ai professionisti, compresi giudici e avvocati, ma anche al pubblico in generale, soprattutto se un giorno consentiranno di effettuare ricerche senza pari in materia legislativa, normativa, giurisprudenziale e dottrinale e creare collegamenti dinamici tra tutte queste fonti. Ma questo tipo di applicazione va oltre lo scopo di questo articolo poiché non è progettato per prevedere l'esito di una controversia ma per analizzare la giurisprudenza in un determinato tempo e spazio.

Come già espresso sopra, fatta salva la rappresentatività dei campioni selezionati ed elaborati, l'AI ha contribuito ad elaborare tabelle molto più precise delle somme medie o mediane di denaro stanziato, *mutatis mutandis*, in vari settori (sostegno finanziario, benefici compensativi, risarcimento per lesioni personali, TFR, ecc.). Queste tabelle, che si basano più su un consenso che su un'analisi media di ciò che già esiste, forniscono già un supporto significativo per il processo decisionale e l'orientamento senza voler sostituire la legge stessa.

Come accennato in precedenza, il rischio è che, in assenza di una rappresentazione statistica della realtà, i risultati del software di giustizia predittiva siano stabiliti come standard, senza alcuna convalida da parte dell'ordinamento giuridico e in conflitto con esso.

⁵¹ E. SADIN, *La Vie algorithmique. Critique de la raison numérique*, Paris, L'Échappée, coll. «Pour en finir avec», 2015, 288.

⁵² A. ZAVRSNIK, *Big Data, Crime and Social Control*, Routledge Frontiers of Criminal Justice, Taylor & Francis Ltd, 2017, 230.

⁵³ C. S. CALUDE e G. LONGO, *The Deluge of Spurious Correlations in Big Data*, 2017, <https://www.di.ens.fr/users/longo/files/BigData-Calude-LongoAug21.pdf>.

Infine, consideriamo l'idea di poter fare un passo indietro a piacimento dai sistemi predittivi. Invece di bloccare gli utenti in una probabilità (o in un insieme di probabilità), l'idea sarebbe quella di consentire loro di navigare attraverso le correlazioni che hanno portato il sistema a proporre la sua valutazione e di essere in grado di prendere le distanze selezionando altri concetti più pertinenti o gruppi di parole o per escludere false correlazioni.

Per utilizzare l'esempio UCL, ciò consisterebbe nel proporre una rappresentazione grafica dei diversi termini conservati dal sistema (con i rispettivi coefficienti correttori) per scoprire che c'è stata una violazione (o non violazione) e autorizzare altri percorsi da intraprendere proponendo la selezione di altri termini o gruppi lessicali.

Per quanto audace e seducente possa essere questa proposta, presuppone che gli stessi professionisti (giudici, avvocati, università) prendano in carico collettivamente il sistema al fine di verificarne la fattibilità e non consentano agli operatori privati da soli, di progettare software bloccati nel ragionamento o nel calcolo.

Le promesse ambiziose (e non mantenute) di alcune società *legal-tech* non devono oscurare l'immenso potenziale delle tecnologie e la necessità di applicazioni adattate e integrate direttamente con ambienti di ricerca scientifica e accademica, nonché con tutti i professionisti legali, come magistrati, impiegati, avvocati, notai, ufficiali giudiziari ed esperti sul campo.

In questo contesto dinamico, sembra essenziale, in primo luogo, non assumere decisioni affrettate e prendere tempo per discutere in anticipo i rischi e le applicazioni pratiche di questi strumenti per i sistemi giudiziari e testarli nella prima fase.

Un sistema giudiziario in linea con i tempi sarebbe in grado di stabilire, amministrare e garantire una vera cibernetica, sia per il settore pubblico, sia per quello privato e insistere sulla totale trasparenza e correttezza nel funzionamento degli algoritmi, che potrebbe contribuire un giorno al processo decisionale giudiziario.

23. La necessità di un dibattito pubblico per il rispetto dei diritti fondamentali

Le questioni connesse con l'attuazione di strumenti predittivi sono così numerosi e sfaccettati che richiedono un approccio equilibrato da parte dei responsabili delle decisioni pubbliche.

In primo luogo, è essenziale tenere un dibattito pubblico su queste questioni, riunendo sia i progettisti degli strumenti che i professionisti del diritto. I consigli giudiziari, le associazioni dei giudici e quelle degli avvocati possono indubbiamente contribuire a individuare le opportunità e a cercare soluzioni sugli aspetti più controversi.

Inoltre, la formazione giudiziaria e le università di giurisprudenza possono svolgere un ruolo chiave nella sensibilizzazione e divulgazione di questi temi tra i professionisti della giustizia, in modo che tutti gli operatori possano comprendere meglio e contribuire concretamente agli sviluppi.

È inoltre essenziale effettuare ricerche sulle applicazioni proposte e testarle, sia per comprenderne le potenzialità e le debolezze, sia per svilupparle ulteriormente e adattarle alle diverse esigenze.

Il diritto di esaminare le componenti e le caratteristiche degli strumenti proposti dal settore privato (o quelli sviluppati da istituti pubblici indipendenti e specializzati, una soluzione che dovrebbe essere incoraggiata) sembra altrettanto importante affinché il servizio di giustizia possa svolgere efficacemente la sua missione.

dovrebbe essere condotta una valutazione rigorosa dei risultati dei test prima dell'adozione di tali strumenti. Sembra inoltre fortemente consigliabile valutare regolarmente l'impatto di questi strumenti sul lavoro dei professionisti della giustizia.

24. La creazione di un quadro etico

In primo luogo, la semplice adozione di un quadro legislativo o normativo per l'AI sembra vana in un contesto digitale che è intrinsecamente transnazionale nel suo campo di applicazione. D'altra parte, è probabile che l'attenzione scrupolosa sulla natura e la qualità degli *open data* riduca al minimo i rischi di inadeguate interreferenziazioni e rafforzi la pertinenza dei risultati del trattamento automatizzato. Per quanto riguarda i nomi dei professionisti, una semplice precauzione sarebbe quella di proibire la loro diffusione pubblica in database grezzi strutturati, visti i rischi di uso improprio. Non si tratterebbe di limitare l'accesso alle informazioni già trattate (ad esempio, la composizione di una giuria) ma di filtrare i dati grezzi messi liberamente a disposizione. In breve, occorre distinguere tra l'accesso alle informazioni e l'accesso alle banche dati, che possono essere manipolate a loro volta.

Gli esperti Buttarelli⁵⁴ e Marr hanno sottolineato come i *big data* debbano essere strettamente controllati e protetti. Altri (Pasquale e Morozov) hanno sottolineato la necessità di stabilire procedure trasparenti per la distribuzione dei *big data* e più in generale per l'AI in campo giudiziario, perché le soluzioni proposte non possono mai rappresentare la vita nella sua complessità.

Risulta in questo contesto essenziale lo sviluppo di norme di "Ciberetica" per guidare l'attività degli operatori del settore e promuovere i suddetti principi di trasparenza, equità e neutralità dello strumento.

Il monitoraggio regolare da parte di esperti indipendenti dovrebbe garantire che i sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per assistere i giudici nelle loro decisioni non siano di parte.

Non è inappropriato anticipare l'implementazione, discreta o meno, dei sistemi di riferimento a pagamento (basati sul modello di pubblicità dei motori di ricerca di Google) che consentano a determinati operatori di dare meno peso alle decisioni che sono loro sfavorevoli. Queste norme svolgeranno un ruolo chiave nell'aumentare la fiducia dei cittadini nei loro sistemi giudiziari. A questo proposito, la qualità dei migliori sistemi potrebbe essere riconosciuta con l'assegnazione di un'etichetta o di una certificazione.

In particolare, i sistemi devono garantire una totale trasparenza e una perfetta equità nel modo in cui le informazioni vengono trattate, sia per i professionisti che per i cittadini, per evitare il ripetersi di errori come l'algoritmo COMPAS negli USA.

I professionisti della giustizia devono essere strettamente coinvolti per poter valutare adeguatamente i rischi e l'impatto di tali applicazioni sui sistemi giudiziari. Al giorno d'oggi, tutti gli esperti coinvolti nello sviluppo dell'AI, compresi ricercatori, ingegneri e sviluppatori di software, hanno responsabilità eccezionali e senza precedenti.

Il loro lavoro potrebbe essere accompagnato da un rafforzamento ancora maggiore delle discipline umanistiche. L'esempio di alcune scuole innovative di sviluppatori di computer mostra che dietro la volontà di "hackerare il sistema" si nasconde, secondo alcuni osservatori, in realtà un pragmatismo privo di qualsiasi contestualizzazione della responsabilità che ora pende su tecnici con poteri quasi-demiurgici.

Il Giuramento di Ippocrate ha certamente i suoi limiti in medicina, ma ritualizza la responsabilità e fornisce un quadro etico. Infine, la "Ciberetica" deve essere accompagnata da una formazione su larga scala delle parti interessate, dai progettisti di algoritmi, alle aziende *legal-tech*, ai loro utenti.

⁵⁴ G. BUTTARELLI, *European data protection supervisor encourages the new debate on big data*, EDPS, 2015/11 Brussels, 19 novembre su https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2015-11-edps_big_data_it.pdf.

Nuove discipline umanistiche interdisciplinari dovrebbero essere messe a disposizione di tutti in modo che l'AI diventi un vettore di sviluppo positivo per l'umanità.

Consulta Online

ELENA BASSOLI

La Ciber-Etica: luci e ombre della predittività algoritmizzata

SOMMARIO: 1. I cinque principi della Carta Etica Europea 2018/2019. – 2. L'uso di sistemi AI nei sistemi giudiziari. – 3. Panoramica delle politiche relative agli *open data* relative alle decisioni giudiziarie nei sistemi giudiziari degli Stati membri del Consiglio d'Europa. – 4. La definizione di *open data* su decisioni giudiziarie. – 5. Lo sviluppo degli *open data* in materia giudiziaria negli Stati membri del Consiglio d'Europa e le conseguenze per lo sviluppo della giurisprudenza. – 6. Protezione dei dati personali negli *open data* delle decisioni giudiziarie. – 6.1. I nomi delle parti e dei testimoni. – 6.2 I nomi dei professionisti, inclusi i giudici. – 7. Caratteristiche operative del *machine learning* applicato alle decisioni giudiziarie. – 8. Le funzionalità teoriche del software di "giustizia predittiva". – 9. Il funzionamento pratico dell'intelligenza artificiale: macchine statistiche che costruiscono modelli basati sul passato. – 10. L'intelligenza artificiale può modellare in anticipo il ragionamento legale? – 11. L'AI può spiegare il comportamento dei giudici *a posteriori*? – 12. Come si applica l'AI nella giustizia civile, commerciale e amministrativa. – 13. Un nuovo strumento di calcolo per calcolare i parametri di risarcimento. – 14. La risoluzione delle controversie online (ODR). – 15. Le principali garanzie da riaffermare nei procedimenti civili, commerciali e amministrativi. – Il diritto di accesso a un tribunale. – 15.2. Il principio del contraddittorio. – 15.3. Il principio della parità di armi. – 15.4. Il principio di imparzialità e indipendenza del giudice. – 15.5. Il diritto di assistenza legale. – 16. Le questioni specifiche della giustizia penale: prevenzione dei reati, rischio di recidiva e valutazione del livello di pericolo. – 17. Gli strumenti utilizzati dalle autorità investigative prima del processo penale. – 18. Gli strumenti per il processo penale. – 19. Le sfide della "predittività" in materia penale. – 20. Le questioni specifiche relative alla protezione dei dati personali. – 21. Il potenziale e i limiti degli strumenti di giustizia predittiva. – 22. La necessità di un dibattito pubblico per il rispetto dei diritti fondamentali. – 23. La creazione di un quadro etico.

1. I cinque principi della Carta Etica Europea 2018/2019.

L'intelligenza artificiale applicata al diritto è stata finalmente oggetto di attenzione da parte del Consiglio Europeo per mezzo della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ).

L'organismo ha adottato la "Carta Etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e loro ambiente" a Strasburgo nella 31a riunione plenaria del 3-4 dicembre 2018, e l'ha aggiornata il 13 settembre 2019¹.

La Carta si apre con una dichiarazione di intenti esplicitata in cinque punti fondamentali che dovranno informare tutta la disciplina a livello europeo, e che ricordano in qualche modo le tre leggi della robotica di Asimov.

- 1. Principio del rispetto dei diritti fondamentali: assicurare che il progetto e l'implementazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale sia compatibile con i diritti fondamentali;
- 2. Principio di non discriminazione: prevenire specificamente lo sviluppo o l'intensificazione di ogni discriminazione tra individui o gruppi di individui;
- 3. Principio di qualità e sicurezza: per quanto riguarda il trattamento di decisioni e dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati immateriali con modelli concepiti in modo multidisciplinare, in un ambiente tecnologico sicuro;

¹ Al sito del Consiglio d'Europa (Commissione europea per l'efficienza della giustizia): <https://www.coe.int/>.

- 4. Principio di trasparenza, imparzialità ed equità: utilizzare metodologie accessibili e comprensibili per l'elaborazione dei dati, autorizzando audit esterni;
- 5. Principio "sotto il controllo dell'utente": evitare un approccio prescrittivo e garantire che gli utenti siano informati e abbiano il controllo delle loro scelte.

La Commissione, lungi da un approccio statico, prescrive che la Carta sia soggetta ad una continua revisione al fine di una sempre migliore applicazione dei principi, anche ricercando ed analizzando i motivi della loro mancata o parziale attuazione, unitamente ad un piano d'azione per introdurre le misure necessarie.

Le autorità indipendenti menzionate nella Carta potrebbero valutare periodicamente il livello di approvazione dei principi della Carta tra tutti i soggetti coinvolti e proporre miglioramenti per adattarla al cambiamento tecnologico.

1) In virtù del primo principio il trattamento di decisioni e dati giudiziari deve avere scopi chiari, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e della Convenzione di Strasburgo sulla protezione dei dati personali n. 108/1981, come modificata il 17-18 maggio 2018 dal protocollo di modifica n. 223 firmato ad Elsinore, in Danimarca.

In ossequio a tali discipline, pertanto, quando vengono utilizzati strumenti di intelligenza artificiale per risolvere una controversia, o come strumento di aiuto nel processo decisionale giudiziario, o per fornire assistenza al pubblico, è essenziale garantire che tali strumenti non minino le garanzie del diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice imparziale² e del diritto a un giusto processo, in virtù del principio di uguaglianza degli strumenti per difendersi e di rispetto del principio del contraddittorio.

L'Intelligenza artificiale trova i suoi limiti naturali, poi, nel rispetto del principio di legalità e nell'indipendenza dei giudici nel loro processo decisionale.

Andranno pertanto privilegiati approcci miranti all'etica umana *by design* fin dalla loro progettazione, ponendo cura a che ogni fase dell'apprendimento di sistemi di AI sia informato da regole che impediscano violazioni dirette o indirette dei valori fondamentali dell'uomo.

2) Sulla base del secondo principio di non discriminazione, data la capacità di questi metodi di elaborazione di rivelare informazioni discriminatorie, raggruppando o classificando dati relativi a individui o a gruppi di individui, occorrerà garantire che i metodi non riproducano o aggravino tale discriminazione.

Per far sì che ciò avvenga è necessario prestare particolare attenzione sia allo sviluppo in sé dello strumento di AI, sia alle fasi in cui lo sviluppo si snoda, in particolare quando l'elaborazione si basa direttamente o indirettamente su "dati "sensibili", come presunte origini razziali o etniche, background socioeconomico, opinioni politiche, credenze religiose o filosofiche, appartenenza a sindacati, dati genetici, dati biometrici, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale.

Così, quando in un sistema di AI viene identificato un processo che conduce di fatto ad una discriminazione, debbono essere adottate misure correttive per neutralizzare questi rischi unitamente alla sensibilizzazione dei soggetti coinvolti.

3) In base al terzo principio di qualità e sicurezza, i progettisti di modelli di machine learning dovrebbero essere in grado di attingere ampiamente all'esperienza degli attori coinvolti nel sistema

² Così, riprendendo l'art. 13 della CEDU, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE - Articolo 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale). Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

giudiziario: da un lato giudici, pubblici ministeri, avvocati, cancellieri, ufficiali giudiziari; dall'altro ricercatori e docenti nei settori del diritto e delle scienze sociali, quindi non solo giuristi, ma anche economisti, sociologi e filosofi.

L'approccio all'implementazione di un algoritmo, tanto più se dominato da logiche di Intelligenza artificiale che ne possono modificare il comportamento tramite auto-apprendimento, dovrà partire fin dalla fase di progettazione con un team di progetto di tipo interdisciplinare servendosi di tutte le professionalità coinvolte.

Il team stesso si trova quindi ad essere il primo validatore delle regole etiche, che condivise da tutti i soggetti coinvolti, andranno a vincolare il sistema di AI anche grazie a continue e progressive analisi e processi di feedback.

4) In virtù del quarto principio di trasparenza, imparzialità ed equità, un rilevante elemento di correttezza della procedura è costituito dal fatto che le decisioni giudiziarie inserite nel software che implementa un algoritmo di *machine learning* debbano provenire da fonti certificate e non debbano essere modificate fino a quando non siano state utilizzate dal meccanismo di apprendimento.

L'intero processo deve quindi essere tracciabile, così come i modelli e gli algoritmi creati devono essere memorizzati ed eseguiti in ambienti sicuri, in modo da garantire l'integrità del sistema e la sua inalterabilità.

Le misure di garanzia devono essere applicate, a valle, all'intera catena di progettazione e gestione; a monte al processo di selezione ed organizzazione dei dati che influenzano direttamente la fase di apprendimento.

5) Infine, con riferimento al quinto principio di controllo del sistema da parte dell'utente, la Carta rileva che, come noto, uno dei maggiori ostacoli alla conoscibilità del metodo di funzionamento dell'algoritmo sia costituito dai diritti di proprietà intellettuale degli inventori³.

La Carta Etica sul punto ribadisce la necessità di operare un equilibrio tra la proprietà intellettuale di alcuni metodi di elaborazione e la necessità di trasparenza, imparzialità, equità ed integrità intellettuale, dando la priorità agli interessi della giustizia, soprattutto quando vengono utilizzati strumenti che producono conseguenza giuridiche o che incidono in modo significativo sulla vita delle persone.

Esistono diverse alternative sul punto, ma l'opzione preferibile è quella orientata alla completa trasparenza tecnica mediante conoscibilità del codice sorgente e della relativa documentazione, ma, come visto, tale possibilità si scontra con i diritti di proprietà intellettuale e dei segreti commerciali.

Il sistema potrebbe anche essere spiegato in modo chiaro e con un linguaggio familiare che descriva come vengono prodotti i risultati, comunicando, per esempio, la natura dei servizi offerti, gli strumenti che sono stati sviluppati, le prestazioni e i rischi di errore. Autorità indipendenti o esperti potrebbero essere incaricati di certificare e verificare i metodi di elaborazione o fornire consulenza preventiva.

Poiché l'autonomia dell'utente deve essere aumentata, e non limitata, dall'uso di strumenti e servizi di intelligenza artificiale i professionisti del sistema giudiziario dovrebbero, in qualsiasi momento, essere in grado di mettere in discussione le decisioni giudiziarie assunte dall'algoritmo e

³ Cfr. Consiglio d'Europa, Studio MSI-NET, *Algorithms and Human Rights*, 38: "La disclosure di interi algoritmi o del codice software sottostante è una soluzione improbabile in questo contesto, in quanto le aziende private considerano il loro algoritmo come un software proprietario protetto. Tuttavia, potrebbe esserci la possibilità di richiedere quei sottoinsiemi di informazioni chiave sugli algoritmi forniti al pubblico, ad esempio quali variabili sono in uso, quali obiettivi hanno, come vengono ottimizzati per gli algoritmi, quali sono i dati di trial, i valori medi e le deviazioni standard, i risultati prodotti o la quantità e il tipo di dati elaborati dall'algoritmo". O anche i suggerimenti che appaiono a pagina 117 della relazione "AI for humanity" redatta da CÉDRIC VILLANI, membro dell'Assemblea nazionale francese: "I revisori possono essere soddisfatti semplicemente dalla verifica dell'equità di un programma testando ad esempio la reazione del sistema immettendo dati di input falsi o creando una grande quantità di profili utente secondo precise linee guida.

i dati utilizzati per produrle senza esserne necessariamente vincolati alla luce delle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta in decisione.

È fondamentale, poi, che in virtù del principio di trasparenza l'utente sia informato in un linguaggio chiaro e comprensibile in merito alla vincolatività o meno delle soluzioni offerte dagli strumenti di intelligenza artificiale, conoscendo le opzioni disponibili, e mantenendo fermo il diritto a ricorrere ad una consulenza legale e al potere di accedere comunque a un tribunale imparziale.

L'interessato deve anche essere chiaramente informato di qualsiasi precedente elaborazione di un caso mediante intelligenza artificiale prima o durante un processo giudiziario, con il contestuale diritto di opporsi, in modo che il suo caso possa essere ascoltato direttamente davanti a un tribunale ai sensi dell'articolo 6 della CEDU.

Anche il GDPR è intervenuto sul punto, e di esso occorrerà tenere conto, posto che all'art. 22, par. 1 recita: "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".

2. L'uso di sistemi AI nei sistemi giudiziari

L'ondata di trasformazione digitale nelle nostre società comporta ancora una certa disparità di approcci sui sistemi giudiziari degli Stati membri. Molti paesi europei sembrano aver già sviluppato un livello estremamente avanzato all'utilizzo di applicazioni pratiche (in termini sia di tecnologia che di supporto legale), mentre per altri questo è ancora solo un problema emergente e l'attenzione è rivolta esclusivamente ad una efficace gestione degli strumenti IT.

Tra le tecnologie al lavoro in questa grande trasformazione digitale, l'intelligenza artificiale (AI) sembra essere la più spettacolare e la più sorprendente.

Negli Stati Uniti, "avvocati robot" sono già al lavoro e sembrano conversare in linguaggio naturale con gli umani; start-up *legal-tech* offrono nuovi prodotti ad avvocati, servizi legali e assicuratori, permettendo un accesso approfondito ad informazioni giudiziarie e giurisprudenza che mirano a prevedere le decisioni dei giudici.

Appare tuttavia di prima evidenza come questi strumenti privati non siano propriamente definibili come sistemi di giustizia predittiva.

Per ora nella maggior parte degli Stati europei i giudici non sembrano molto attratti dall'uso quotidiano di software predittivo e la causa è da ricercarsi nella risposta tiepida a livello governativo; mentre nel settore privato la ricerca prosegue a favore però di altri operatori del diritto, un po' come negli USA, vale a dire, avvocati, consulenti, commercialisti, notai e assicurazioni, che mediante tali strumenti tentano di ridurre l'incertezza giuridica e l'imprevedibilità della decisione giudiziarie. Tuttavia, i decisori pubblici stanno iniziando ad essere sempre più sollecitati da un settore privato che desidera vedere questi strumenti - talvolta in versioni "beta" - integrati in politiche pubbliche, anche per il ritorno economico che ciò comporterebbe.

Il CEPEJ si propone di fornire ai decisori pubblici e ai professionisti della giustizia le chiavi di lettura per una migliore comprensione del fenomeno della "giustizia predittiva".

Il primo compito è chiarire la natura di questi sistemi di elaborazione dei dati di giurisprudenza di massa, e le loro limitazioni tecniche e teoriche.

Tra l'altro è interessante notare come questi aspetti non siano stati spesso menzionati nel dibattito in ambito giudiziario, mentre sono molto conosciuti e discussi da matematici, statistici e informatici.

Così da un lato si trovano i sostenitori degli strumenti di AI che evidenziano gli aspetti positivi in termini di trasparenza, prevedibilità e standardizzazione della giurisprudenza, mentre coloro che si

attestano su posizioni critiche puntano alle limitazioni intrinseche dei sistemi di AI che possono persino trascendere l'atto di giudicare ed influire invece su elementi funzionali essenziali dello Stato di diritto e del sistema giudiziario, primo fra tutti il principio di legalità.

Ciò può avvenire quando i sistemi siano strutturati in maniera tale da non avere una mera funzione consultiva, ma prescrittiva, creando, di fatto una normazione occulta che potrebbe integrare, o addirittura sostituire, il *dictum* normativo, intaccando il principio di interpretazione della legge da parte del giudice, potenzialmente conducendo, a lungo termine, verso una standardizzazione delle decisioni giudiziarie basate non più sul ragionamento caso per caso da parte dei tribunali, ma su un puro calcolo statistico collegato al compenso medio precedentemente concesso da altri tribunali.

È inoltre necessario considerare se queste soluzioni siano compatibili con i diritti individuali sanciti dalla CEDU, come il diritto a un processo equo (in particolare il diritto a giudice naturale prestabilito per legge, il diritto a un tribunale indipendente e imparziale e l'uguaglianza delle armi nei procedimenti giudiziari e il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Tenendo conto di questi problemi, il documento evidenzia il grande potenziale dell'AI per aiutare i professionisti legali nel loro lavoro. Non v'è dubbio che alcune applicazioni di AI che sono ancora in fase di sviluppo o testing, come quelli progettati per migliorare la ricerca legale, potrebbero essere molto utili nel rendere più veloce ed efficiente l'elaborazione del carico di lavoro giudiziario.

Nell'ambito dell'Unione europea che, come visto, ha un approccio alla tematica ancora larvale sono stati individuati a livello giudiziario attualmente i seguenti strumenti:

- ▶ Motori di ricerca giurisprudenziali avanzati;
- ▶ Risoluzione delle controversie online (ODR- *Online Dispute Resolution*);
- ▶ Assistenza nella redazione di atti;
- ▶ Analisi (predittiva, tabelle);
- ▶ Classificazione dei contratti in base a criteri e rilevazione di clausole contrattuali divergenti o incompatibili;
- ▶ "Chatbot" per informare le parti in causa o supportarle nei loro procedimenti legali.

La Lettonia ha dichiarato che sta esplorando le possibilità del machine learning applicato alla migliore allocazione di risorse umane e finanziarie nell'amministrazione della giustizia.

Di seguito un elenco non esaustivo di servizi legali che fanno uso di sistemi di intelligenza artificiale:

Software	State	Type
Doctrine.fr	France	Search engine
Prédicte	France	Analysis (except criminal cases)
Case Law Analytics	France	Analysis (except criminal cases)
JurisData Analytics (LexisNexis)	France	Search engine, Analysis (except criminal cases)
Luminance	United Kingdom	Analysis
Watson/Ross (IBM)	USA	Analysis

HART	United Kingdom	Analysis (criminal, risk of reoffending)
Lex Machina (LexisNexis)	USA	Analysis

3. *Panoramica delle politiche relative agli open data relative alle decisioni giudiziarie nei sistemi giudiziari degli Stati membri del Consiglio d'Europa*

La disponibilità dei dati è una condizione essenziale per lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, che consente di eseguire determinati compiti precedentemente svolti dagli esseri umani in modo non automatizzato. Più dati disponibili l'AI ha a disposizione, più è in grado di affinare i modelli e migliorare la loro capacità predittiva.

D'altra parte, l'approccio di open data alle decisioni giudiziarie costituisce un prerequisito per il lavoro delle società *legal-tech* per i motori di ricerca e per la "giustizia predittiva".

Il trattamento di questi dati solleva una serie di problemi, come i cambiamenti nella formazione della giurisprudenza e la protezione dei dati personali (compresi i nomi dei professionisti).

Si dice che i dati raccolti dal computer siano il "petrolio" del 21° secolo così come il loro uso e il riferimento incrociato tra i dati stanno producendo una ricchezza completamente nuova. Nonostante alcuni stakeholder e autori contestino questo argomento, i successi globali dell'industria digitale negli ultimi decenni hanno confermato l'enorme potenziale di crescita di questo campo di attività.

La quantificazione delle attività umane, ora su scala globale, potrebbe non mancare di toccare i dati prodotti dal settore pubblico ed è questo che ha indotto verso un'apertura dei dati pubblici, basati su imperativi molto più vecchi, che sono i principi fondanti dei nostri stati costituzionali.

Il grande cambiamento negli ultimi anni è stato causato dall'emergere di dati pubblici scaricabili (open data), in particolare nel contesto della "Partnership for Open Government" (OGP)⁴.

Lo scopo di questa apertura è migliorare la trasparenza delle attività pubbliche, incoraggiare i cittadini nello sviluppo e nella valutazione di politiche pubbliche e garantire l'integrità del servizio pubblico e di coloro che per eseguirlo elaborano notevoli quantità di informazioni, organizzate in database (big data).

4. *La definizione di open data su decisioni giudiziarie*

Anzitutto la Carta mira a ridefinire e disambiguare lo stesso concetto di "open data", introducendo la distinzione tra l'accesso alle informazioni e l'accesso ai dati (più precisamente, accesso alle informazioni sotto forma di database).

Una certa quantità di informazioni pubbliche, che richiede ampia pubblicità, è già diffusa utilizzando la tecnologia dell'informazione.

In Francia, il sito governativo Légifrance.fr è la principale fonte online di informazioni pubbliche certificate, che comprende non solo testi legislativi e regolamentari, ma anche giurisprudenza e informazioni sui concorsi pubblici. Questa informazione unitaria, sebbene disponibile su Internet,

⁴ L'OGP è un'organizzazione non governativa che riunisce quasi 70 Stati membri (inclusi molti degli Stati membri del Consiglio d'Europa) con rappresentanti della società civile e Big digitali.

differisce completamente dall'accesso diretto a dati organizzati e inclusi in un database che può essere scaricato ed elaborato da un computer.

Pertanto, gli open data implicano solo la diffusione di dati "grezzi" contenuti all'interno di banche dati informatiche strutturate.

Questi dati, aggregati in tutto o in parte con altre fonti strutturate, costituiscono ciò che viene definito *big data*.

Il Comitato consultivo della Convenzione 108 del Consiglio d'Europa definisce i big data come "La crescente capacità tecnologica di raccogliere ed elaborare rapidamente un grande volume di vari dati ed estrarne di nuovi al fine di condurre alla conoscenza predittiva. In termini di protezione dei dati, i problemi principali non riguardano solo il volume, la velocità e la varietà dei dati elaborati, ma anche l'analisi dei dati utilizzando software per estrarre conoscenze nuove e predittive per il processo decisionale riguardanti individui o gruppi di individui. A tali fini, la definizione di Big Data comprende quindi sia i Big Data che i Big Data Analytics"⁵.

5. Lo sviluppo degli open data in materia giudiziaria negli Stati membri del Consiglio d'Europa e le conseguenze per lo sviluppo della giurisprudenza

Il ciclo di valutazione CEPEJ 2016-2018 si è focalizzato per la prima volta sulla questione delle decisioni giudiziarie fornite in open data, cui venga applicata l'intelligenza artificiale valutando anzitutto la questione dell'anonimizzazione o della pseudonimizzazione dei dati nell'ambito del quadro europeo per la protezione dei dati previsto dal Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR, Regolamento UE 2016/679) e dalla Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa.

Di tutti gli Stati e gli osservatori intervistati, nel 2016 solo 5 hanno dichiarato di non aver attuato una politica in materia di open data per le decisioni giudiziarie. Peraltro, questo tasso di risposta dovrebbe essere meglio ponderato visto che alcuni Stati hanno confuso il fatto di rendere accessibili al pubblico le decisioni giudiziarie, con il diverso concetto di open data (Armenia, Belgio, Bosnia ed Erzegovina, Lussemburgo, Federazione Russa, Spagna, Turchia).

Ciò rivela, da un lato, il desiderio di trasparenza da parte delle istituzioni giudiziarie europee e dall'altro, un desiderio da parte di molti paesi di rendere pubbliche le decisioni giudiziarie al fine di sottoporle in seguito ad un trattamento per mezzo di strumenti di Intelligenza Artificiale.

Per quanto riguarda la protezione dei dati personali, 23 paesi hanno dichiarato che stanno pseudonimizzando i dati riguardanti alcuni tipi di cause, come quelle in materia di famiglia o stato delle persone, cancellando i riferimenti che rendono identificabili le parti o i testimoni (nomi, indirizzi, numeri di telefono, numeri di identità, numeri di conto bancario, codici fiscali, stato sanitario, ecc.). Il lavoro di oscuramento dei dati identificativi in questi casi in alcuni paesi è affidato direttamente ai giudici (ad esempio Israele, Repubblica di Moldavia) o ai cancellieri (ad es. Bosnia Erzegovina, Spagna).

Nonostante ciò esiste una reale difficoltà nella misurazione dell'impatto degli open data sull'efficienza e la qualità della giustizia, visto che, come detto più sopra, il riutilizzo di questi dati sembra essere affidato al settore privato che si rivolge a professionisti privati.

Così, se da un lato appaiono numerosi i vantaggi dati dall'ampia diffusione della produzione giurisprudenziale, primo fra tutti una maggiore consapevolezza dell'attività giudiziaria e delle tendenze interpretative, la presumibile maggiore qualità di un sistema giudiziario che sa di essere osservato e la creazione di una base di riferimento fattuale omogenea, dall'altro questo desiderio

⁵ T-PD(2017)1, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of big data*.

teorico di “regolare” la giurisprudenza attraverso la leva digitale solleva una serie di domande generali che sono rilevanti per tutti i paesi che tendono ad un simile approccio.

Anzitutto, la Corte europea dei diritti dell’uomo sottolinea chiaramente la necessità di bilanciare la certezza del diritto, il che rende le decisioni più prevedibili, contro la vitalità dell’interpretazione giudiziaria e poi vi sono una serie di osservazioni, non secondarie, anche di natura tecnica e sostanziale:

1. La raccolta di tutte le decisioni giudiziarie pubblicabili attualmente non è ben coordinata tra tutti i gradi di giudizio: alcune delle applicazioni informatiche utilizzate nei tribunali europei non sono state progettate per questo, in particolare per quanto riguarda le decisioni di primo grado, e alcuni paesi devono ancora stabilire nuovi processi per la raccolta delle decisioni, se vogliono rendere la base di dati esaustiva.

2. Nonostante alcuni sviluppi promettenti, non è stato ancora ideato un meccanismo efficace di post-identificazione che possa prevenire qualsiasi rischio di identificazione o nuova identificazione a tutela dei dati personali.

3. L’implementazione di sistemi che raccolgono le decisioni giurisprudenziali ai fini di una maggiore conoscibilità e prevedibilità comporta una profonda trasformazione della logica stessa della produzione giurisprudenziale al fine di rispondere all’interrogativo su quale sia il valore giuridico dello “standard” derivante dal numero di decisioni già prese su una singola fattispecie. Vale a dire se tale standard si affianchi al *corpus* normativo e se quindi si possa ragionare di una nuova fonte para-normativa.

4. Una questione di non poco momento riguarda il dubbio se i giudici, che nelle proprie decisioni si discostino dallo standard, debbano motivare o meno tale discrasia.

Questa domanda non è secondaria ed essa non potrà ricevere una risposta unitaria valida per tutti i sistemi giudiziari europei. Nella maggior parte degli stati europei, quelli di *civil law*, i giudici devono porre alla base della propria decisione la legge. In tali contesti, se venisse richiesto ai giudici di motivare le proprie decisioni, fornendo tutte le ragioni per le quali hanno deviato dalla presunta tendenza della giurisprudenza maggioritaria, ciò equivarrebbe ad uno svuotamento sostanziale della funzione giudiziaria.

A questo punto i giudici non sarebbero più sottoposti soltanto alla legge, nell’assumere le decisioni, poiché ad essa si affiancherebbe o sostituirebbe lo standard della giurisprudenza maggioritaria, derivante da statistiche compilate da uno strumento digitale (che potrebbe anche essere distorto o sviluppato da un operatore privato senza alcun controllo esterno).

Il quesito va quindi ben oltre un aspetto nazionale specifico, relazionandosi in modo più ampio sul ruolo degli strumenti di intelligenza artificiale nei processi decisionali dei giudici.

5. Inoltre, parrebbe questione non del tutto peregrina quella legata al rischio dello snaturamento della funzione nomofilattica delle Corti superiori.

Se infatti i giudici di grado inferiore dovessero tenere in alta considerazione lo standard maggioritario frutto di algoritmizzazione vi sarebbe il rischio concreto di una eccessiva uniformità di decisioni non più ordinate secondo la gerarchia dei tribunali da cui emanano.

Così, se lo standard divenisse un criterio non meramente programmatico, ma dotato di una certa forza precettiva, nell’assunzione delle proprie decisioni i giudici si troverebbero a dover giustificare non più lo scostamento dalla giurisprudenza delle Corti superiori, ma dallo standard.

6. Infine, esiste la possibilità che le decisioni giudiziarie vengano annullate secondo una logica riproduttiva che non tiene conto del mutare del contesto. Infatti, mentre di norma le decisioni giudiziarie vengono assunte sia sulla base dell’evoluzione del quadro normativo (nazionale, europeo o internazionale), sia sulla base della giurisprudenza disponibile come riferimento (per esempio, da tribunali supremi e tribunali europei) sia del contesto socioeconomico, lo standard rischierebbe di indurre all’eccessiva standardizzazione non ponderata delle decisioni giudiziarie.

Potrebbero anche sorgere dubbi sulle conseguenze per gli utenti, che dovrebbero beneficiare direttamente della trasparenza delle attività decisionali. Vi è il concreto dubbio che il *quisque de populo*, anziché trarre beneficio dalla pubblicazione di tutte le decisioni giudiziarie su Internet, sia sopraffatto dall'enorme quantità di informazioni senza necessariamente trarne benefici qualitativi per mancanza di conoscenza legale e di apparato critico per analizzarli.

Paradossalmente, gli open data sono in grado di fornire informazioni significative proprio perché rendono possibile una considerevole mole di dati non elaborati con un semplice clic su un collegamento, ma il significato del file probabilmente rimane totalmente oscuro per la maggioranza dei cittadini.

Il primo requisito affinché i dati aperti siano trasparenti e informativi è che terze parti possano usarli a fini di analisi e sviluppo, ma un modello economico in cui i dati della giurisprudenza pubblica, vengano elaborati dalle stesse autorità giudiziarie al fine di renderli tecnicamente "leggibili" dai sistemi di intelligenza artificiale e conformi ai requisiti legali per la protezione dei dati personali, per essere poi rivenduti dal settore privato a tribunali, professionisti e cittadini, non può andare esente da qualche perplessità.

6. Protezione dei dati personali negli open data delle decisioni giudiziarie

6.1. I nomi delle parti e dei testimoni

Al fine di trovare un giusto equilibrio tra la necessità di rendere pubbliche le decisioni giudiziarie e il rispetto dei diritti fondamentali delle parti o dei testimoni, i loro nomi e indirizzi non dovrebbero essere pubblicati nelle decisioni, onde evitare il rischio di furti di dati o di riutilizzo illecito di tali informazioni personali e sensibili.

I processi automatizzati possono essere utilizzati per nascondere sistematicamente tali informazioni, così come numeri di telefono, indirizzi e-mail, date di nascita, nomi dei bambini, luoghi, ecc.

In termini di principi di protezione dei dati personali, questo occultamento equivale a una semplice pseudonimizzazione dei dati, non alla completa anonimizzazione, poiché la tipologia di informazioni contenute nelle decisioni giudiziarie, combinate con la facilità crescente di riferimenti incrociati con altri database, in pratica rende impossibile garantire che la persona interessata non possa essere nuovamente identificata.

Nell'assenza di tale garanzia, non potendo questi dati essere qualificati come anonimi, bensì come pseudonimizzati, potendo astrattamente sempre risalire alla versione completa della sentenza contenente i dati nella loro interezza, essi sono soggetti alle norme sulla protezione dei dati personali. Alcuni dati personali, poi, sono particolarmente sensibili e necessitano di particolare attenzione, come previsto dall'articolo 6 della Convenzione 108, poiché la loro diffusione presenterebbe gravi rischi di discriminazione, profilazione e violazione della dignità umana.

Ciò vale per i dati che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, l'appartenenza a sindacati, le credenze religiose o di altro tipo, la salute fisica o mentale, la vita sessuale o gli orientamenti sessuali, i dati genetici e biometrici, i dati giudiziari penali e che spesso confluiscono all'interno del testo di decisioni giurisprudenziali.

6.2 I nomi dei professionisti, inclusi i giudici

Ovviamente, per un avvocato riuscire a prevedere l'esito del giudizio è un elemento essenziale ed alcuni ritengono che conoscere il giudice sia tanto importante quanto conoscere la legge.

Empiricamente, grazie all'esperienza, molti avvocati hanno avuto modo di confrontare commissioni e corti così da fornire una migliore consulenza ai clienti; se però questo metodo poteva ritenersi valido in relazione a un numero limitato di tribunali locali, ora, con il progressivo allentamento delle restrizioni in molti paesi e la libertà di muoversi e lavorare all'interno dell'intera UE tale approccio non appare più adeguato dovendo l'avvocato conoscere la giurisprudenza di ogni giurisdizione nazionale ed europea.

È facile prevedere che, in futuro, vi sarà una crescita incontrollata dell'utilità - e quindi della richiesta e dei relativi costi - delle applicazioni di *machine learning*, molto più efficaci della singola esperienza tradizionale del professionista.

L'uso di tali applicazioni però potrebbe ulteriormente accentuare la distorsione della concorrenza e della disuguaglianza tra studi legali che hanno, o non hanno, disponibilità all'utilizzo di tali software di analisi "predittiva".

Esiste un rischio reale che, a causa di tale vantaggio competitivo, il diritto ad un equo processo stabilito dalla legge venga compromesso.

La possibilità di attuare la profilazione mediante riferimenti incrociati di dati pubblici e privati potrebbe consentire alle società private e ai loro avvocati di impegnarsi ancora di più per pratiche ai limiti della correttezza.

Questa tattica, peraltro, è già stata attuata negli Stati Uniti per i reati di stampa, compresa la diffamazione a la violazione della *privacy* a mezzo stampa, ove i querelanti sono già informati su quale sia il tribunale migliore che concede maggiori risarcimenti.

Sul punto occorre non confondere gli *open data* con la necessità di pubblicare un certo tipo di informazioni che sono, comunque per loro natura, pubbliche.

La fornitura di dati informatici giurisprudenziali è infatti questione diversa dai criteri legali di pubblicazione di copie di decisioni originali o di certificati. L'obiettivo degli *open data* è infatti consentire l'elaborazione automatizzata di giurisprudenza a basso costo e in questo progetto non rientra la pubblicizzazione dei nomi dei professionisti, mentre, è un obbligo comune previsto dagli ordinamenti degli stati europei inserire nelle decisioni il nome dei giudici, in ossequio al principio del processo pubblico di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, al fine di garantire l'imparzialità dei giudici (che devono essere identificabili) e il rispetto delle norme procedurali sulla pubblicità e collegialità.

La sfida più che altro, risiede nel conciliare esigenze spesso contrastanti, come rendere trasparenti le attività pubbliche consentendo ai cittadini di conoscere e valutare i propri giudici, da un lato, proteggendo al contempo la loro *privacy* dall'altro.

Esistono sfide rigorose per garantire l'imparzialità dei giudici e persino degli organismi giudiziari nel loro insieme, e in questo senso gli *open data* possono aiutare; ma ci si può d'altro canto interrogare su quali possano essere le misure pratiche per proteggerli da potenziali tentativi di attacco esterno che potrebbero essere indotti dall'incrociare i dati personali dei giudici di riferimento inclusi nelle banche dati con altre fonti, come social network, o risultati di motori di ricerca generalisti, pur salvando l'individuazione di ipotetici pregiudizi politici, religiosi e di altro genere.

Queste domande non si presentano nella stessa forma ovunque in Europa e sono strettamente dipendenti dalle caratteristiche specifiche del sistema giudiziario interessato (e dalla natura dell'organo di gestione della carriera giudiziaria), dall'emissione collegiale o meno della sentenza e dal livello del tribunale interessato.

In Svizzera, per esempio, in cui i giudici sono eletti, la pubblicazione è una garanzia di trasparenza e responsabilità sociale dei giudici nei confronti di cittadini e gruppi politici, e queste informazioni

sono già disponibili nei motori di ricerca online (che tecnicamente non sono *open data* in senso stretto).

Né queste domande sorgono nella stessa forma a seconda del livello di giurisdizione. La valutazione delle caratteristiche della giurisprudenza dei giudici delle corti inferiori potrebbe non essere la stessa per i giudici delle corti supreme o dei tribunali internazionali.

Ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo autorizza le ricerche delle sentenze con i nomi dei giudici membri del comitato decisionale, ma non consente il calcolo di statistiche relative a un determinato giudice. D'altra parte, ai paesi in cui gli organi giudiziari non hanno familiarità con la pratica delle *dissenting opinions*, può sembrare ingiusto assegnare a un giudice la responsabilità personale per una decisione contro cui ha votato durante la deliberazione in un tribunale collegiale.

Questi dibattiti sono stati ben definiti da una missione di studio condotta nel 2006 in Francia del professor Loïc Cadiet⁶. Le conclusioni della missione rimangono limitate poiché non raccomandano di vietare la pubblicazione ma di riserVARLA per alcuni tipi di contenzioso, escludendola per altri, ad esempio in speciali materie penali.

Allo stato attuale, potrebbe essere applicato un semplice principio di precauzione in ordine alla valutazione dell'interesse, del tipo di controversia e del grado di giurisdizione, nel pubblicare i nomi dei giudici in un database scaricabile. Allo stesso modo, non si può escludere la possibilità che le stesse istituzioni giudiziarie o terzi autorizzati possano sfruttare queste informazioni al di fuori del contesto degli *open data* per conoscere la giurisprudenza.

In ogni caso la pubblicazione di tali dati dovrebbe essere ancora esaminata alla luce delle norme europee internazionali applicabili in materia di protezione dei dati personali, come quelle della Convenzione n. 108, del GDPR e della direttiva 2016/680, in ambito penale.

7. Caratteristiche operative del machine learning applicato alle decisioni giudiziarie

Sono due le tecniche centrali dell'intelligenza artificiale applicata alle decisioni giudiziarie: l'elaborazione del linguaggio naturale e l'apprendimento automatico.

Nella maggior parte dei casi, l'obiettivo di questi sistemi non è riprodurre il ragionamento legale ma identificare le correlazioni tra i diversi parametri di una decisione (ad esempio, in caso di divorzio rivendicare la durata del matrimonio, il reddito dei coniugi, l'esistenza di adulterio, l'entità del beneficio richiesto, ecc.) e, attraverso l'uso dell'apprendimento automatico, inferire uno o più modelli per "prevedere" una futura decisione giudiziaria.

Lo scopo di questo capitolo è chiarire la natura intrinseca del software descritto come "predittivo" - a volte in versione "beta", - sia in termini di potenziale che di limiti spiegando in maniera semplice gli algoritmi di apprendimento automatico, che sono il cuore dell'analisi automatizzata della giurisprudenza.

8. Le funzionalità teoriche del software di "giustizia predittiva"

I software "predittivi" si propongono di individuare le probabilità di successo o di fallimento di un caso davanti a un tribunale mediante la modellizzazione statistica di decisioni precedenti, attingendo a due ampi settori informatici: l'elaborazione del linguaggio naturale e l'apprendimento automatico.

⁶ L. CADIET, *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law* (<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET3.pdf>).

Questi approcci di modellizzazione sono spesso indicati come AI, ma in realtà, si tratta di AI “deboli”⁷ Il termine AI è oggetto di dibattito in quanto conduce a molte ambiguità poiché, se è pur vero che esso è entrato nel nostro linguaggio quotidiano per descrivere una vasta gamma di scienze e tecnologie che consentono ai computer di battere i migliori campioni di scacchi, guidare un’auto, conversare con l’uomo, ecc. è altrettanto vero che occorre distinguere le diverse applicazioni mediante le esatte tecnologie sottostanti, incluso l’apprendimento automatico.

Quando ci si riferisce a tutte queste risorse altamente specializzate esse andrebbero correttamente inquadrare in forme di AI “deboli”, ben lontane dal sogno di strumenti di reale autoapprendimento autonomo.

In relazione specificamente alla giustizia, sono progettati sistemi di giustizia predittiva sia ad uso degli uffici legali, delle assicurazioni e degli avvocati affinché anticipino l’esito di un contenzioso, sia per aiutare i giudici nel loro processo decisionale. Tali strumenti forniscono una rappresentazione grafica della probabilità di successo per ogni risultato di una controversia basato su criteri inseriti dall’utente (specifico per ogni tipo di controversia) e sono in grado, sempre su base statistica, di calcolare il probabile importo del risarcimento dei danni deciso dal tribunale.

9. Il funzionamento pratico dell’intelligenza artificiale: macchine statistiche che costruiscono modelli basati sul passato

Deve essere fatta una distinzione dall’inizio tra ciò che è una “predizione” e ciò che è una “previsione”. La previsione è l’atto di annunciare ciò che accadrà (*prae*, prima - *dictare*, dire) prima che gli eventi si verifichino (per ispirazione soprannaturale, per chiaroveggenza o premonizione).

Previsione è invece il risultato dell’osservazione di un insieme di dati al fine di prevedere una situazione futura. Questo fraintendimento è probabilmente dovuto al fatto che il termine sia stato mutuato da varietà di tecniche di *data science* derivate da matematica, statistica e teoria dei giochi, che analizzano fatti presenti e passati per fare ipotesi su eventi futuri.

Va inoltre notato come la logica del funzionamento dei software di giustizia predittiva si basi essenzialmente sia su classificazioni generative⁸ (comunemente indicate come bayesiane) sia su classificazioni discriminative che alla fine cercano di stimare l’intervallo di valori attuale o futuro di una variabile (ad es. il risultato di una sperimentazione) dall’analisi di esempi passati.

Al proposito è anche importante sfatare il mito dell’idea antropomorfa che le macchine informatiche siano intelligenti e che i loro progettisti siano riusciti ad implementare una sorta di mente umana nei loro meccanismi. Sfortunatamente, questa idea permea ancora molte analisi della giustizia predittiva e induce a ritenere erroneamente che queste funzionalità immediate o future, possano replicare in qualche modo l’intelligenza umana.

Questo atteggiamento, alimentato ogni giorno dal continuo progresso e immissione sul mercato di nuovi dispositivi tecnologici sempre più performanti induce ad avvicinarsi a queste previsioni con

⁷ L’intelligenza artificiale è definita nel glossario finale della Carta Etica come “*A set of scientific methods, theories and techniques whose aim is to reproduce, by a machine, the cognitive abilities of human beings. Current developments seek to have machines perform complex tasks previously carried out by humans. However, the term artificial intelligence is criticised by experts who distinguish between “strong” AIs (yet able to contextualise specialised and varied problems in a completely autonomous manner) and “weak” or “moderate” AIs (high performance in their field of training). Some experts argue that “strong” AIs would require significant advances in basic research, and not just simple improvements in the performance of existing systems, to be able to model the world as a whole*”. Quindi quando si parla, come in questo contesto, di “Machine learning”, si intende riferirsi ad una intelligenza artificiale di tipo debole.

⁸ Molto semplicisticamente, senza alcuna pretesa di esaustività, con l’approccio generativo si stimano le probabilità a priori e le probabilità condizionali, quindi si combinano a formare le probabilità a posteriori e si classificano con la regola di Bayes.

una certa dose, più o meno consapevole, di misticismo, a volte affermando che ciò che non è del tutto possibile oggi, lo sarà inevitabilmente domani.

In realtà ancora non esistono le AI “forti” della letteratura di fantascienza, dotate non solo di intelligenza ma anche di coscienza, infatti, gli attuali sistemi di *machine learning* al momento in fase di sviluppo sono descritti come AI “deboli” e sono in grado di estrarre schemi complessi e di apprendere da grandi volumi di dati in modo efficiente e spesso con alti livelli di precisione predittiva, ma basandosi sempre e comunque sulla statistica fornita dalla mole di dati a cui attingono.

Per superare qualsiasi considerazione istintiva o fantasiosa, occorre comprendere tre concetti fondamentali di queste tecnologie di elaborazione e analisi delle informazioni:

1) L'intelligenza artificiale non è un singolo oggetto omogeneo: è in realtà un assemblaggio di scienze e tecniche (matematica, statistica e informatica) in grado di elaborare dati per progettare sistemi informatici molto complessi.

2) I motori di intelligenza artificiale non producono intelligenza di per sé ma procedono utilizzando un approccio induttivo: associano cioè in modo quasi automatizzato una serie di possibili risultati (output) utilizzando un insieme di osservazioni (input) preconfigurate. In particolare, per la giustizia predittiva, il motore crea collegamenti tra i diversi gruppi lessicali che compongono decisioni giudiziarie. Questi gruppi sono correlati tra quelli identificati nella fase di input (fatti e ragionamento) e quelli nella fase di output (il dispositivo della decisione).

3) L'affidabilità del modello (o della funzione) costruito dipende fortemente sia dalla qualità dei dati utilizzati sia dalla scelta della tecnica di apprendimento automatico.

Per meglio comprendere può valere la pena ripercorrere la storia dell'AI tornando brevemente agli antenati di questi sistemi, vale a dire ai sistemi esperti che si basavano su regole di elaborazione scritte da scienziati informatici. I sistemi esperti (ES) si sono sviluppati rapidamente alla fine degli anni '80 e Anni '90, soprattutto in medicina e finanza. Questi sistemi erano in grado di rispondere a domande specializzate e a ragionare utilizzando fatti noti, eseguendo le regole predefinite in un motore. Nonostante il successo degli ES, come Deep Blu contro Garry Kasparov in una serie di partite di scacchi nel 1997, questi sistemi fallirono, in particolare perché non erano in grado di interpretare “l'infinita varietà di situazioni e contesti”⁹ e diventavano inefficaci superando le 200 o 300 regole di codifica, sia in termini di prestazioni di esecuzione, sia di manutenzione ed erano programmati con regole che riproducevano la logica del ragionamento giuridico, un progetto quindi più ambizioso dell'attuale.

Oggi, l'idea non è più quella di scrivere regole di ragionamento che rispecchino il ragionamento dell'uomo, come per i sistemi esperti più vecchi, ma di lasciare che i sistemi stessi di *machine learning* identifichino modelli statistici esistenti nei dati e li correlino a risultati specifici.

Ad esempio, i traduttori online di oggi non compiono ragionamenti astratti, ma inferiscono una probabile stima della migliore corrispondenza tra gruppi di strutture lessicali e traduzioni già fatte, anche basandosi sulle azioni degli utenti che contribuiscono così al miglioramento della ricerca delle corrispondenze, ma l'algoritmo di machine learning in realtà non esegue una traduzione delle frasi elaborate comprendendone il significato¹⁰.

Questo esempio mostra come sia diverso l'approccio di avvocati e ricercatori: un avvocato cercherà di comprendere l'efficacia delle regole preesistenti, che il ricercatore può solo prevedere attraverso il linguaggio della sua scienza, il che talvolta significa limitarsi ad interpretare migliaia di parametri da un sistema di *machine learning*.

⁹ H. DREYFUS, *What Computers Still Can't Do. A Critique of Artificial Reason*, Cambridge, The MIT Press, 1992 citato in D. CARDON in *A quoi rêvent les algorithmes, nos vies à l'heure des Big Data*, 59.

¹⁰ L. GONG, *La traduction automatique statistique, comment ça marche?*, in *Interstices* 29 October 2013 (<https://interstices.info>).

L'apprendimento automatico è un campo dell'informatica in cui i programmi dei computer apprendono dall'esperienza.

Gli algoritmi fanno sì che una macchina esegua un processo di addestramento, come un bambino che impara nel suo ambiente. In sintesi, queste tecniche di apprendimento possono o meno essere supervisionate da un essere umano.

La categoria più importante dell'apprendimento automatico è attualmente quella dell'apprendimento per rinforzo: la sola macchina raccoglie "ricompense" virtuali se l'azione produce il risultato atteso in un determinato ambiente.

I metodi di *machine learning* includono le reti neurali (o la loro versione più complessa nota come *deep learning*), che sono state ampiamente pubblicizzate in vista della loro autonomia e delle loro applicazioni piuttosto sorprendenti, come quella che riesce a ottenere punteggi elevati sui vecchi videogiochi Atari 2600¹¹ (basati esclusivamente sul posizionamento). Altre applicazioni pratiche per queste tecnologie stanno già influenzando la nostra vita quotidiana e stanno iniziando ad apparire nel mondo professionale della giustizia¹².

Tuttavia, questi algoritmi rimangono altamente specializzati in un compito specifico e presentano problemi di discernimento di fronte a situazioni caotiche o con dati insufficienti per consentire la previsione (come la comprensione effettiva del linguaggio naturale).

Nelle scienze sociali, a cui appartengono la legge e la giustizia, il fallimento sembrerebbe persino inevitabile in assenza di un modello cognitivo convincente. Per Pierre Lévy, l'intelligenza artificiale è in realtà una cassetta degli attrezzi eterogenea (regole logiche, sintassi formali, metodi statistici, simulazioni neurali o sociobiologiche, ecc.) che non offre una soluzione generale al problema della modellistica matematica della cognizione umana¹³.

Pertanto, il vero apprendimento predittivo dovrebbe in realtà basarsi su una buona rappresentazione sistemica del mondo, che il ricercatore di intelligenza artificiale Yann LeCun ritiene sia una questione scientifica e matematica fondamentale, non una questione tecnologica¹⁴.

Il problema è che gli attuali sistemi di elaborazione dei *big data* non tentano di riprodurre il nostro modello di cognizione ma producono statistiche di contesto su una dimensione di dati senza precedenti, senza alcuna reale garanzia di escludere false correlazioni¹⁵.

Mentre è comunemente accettato che i modelli statistici e probabilistici siano migliorabili aumentando i dati che li alimentano, alcuni matematici avvertono del rischio che aumentando i dati vi sia un correlativo aumento di false correlazioni (cioè di collegamenti tra fattori che non hanno assolutamente alcun nesso causale).

I matematici Cristian Sorin Calude e Giuseppe Longo indicano il rischio di un diluvio di false correlazioni nei *big data*: maggiore è un database utilizzato per le correlazioni, maggiori sono le possibilità di trovare schemi ricorrenti e maggiori sono le possibilità di errori¹⁶.

Ciò che può apparire come regolarità per un'intelligenza artificiale (ricorrenti collegamenti tra dati, concetti, contesti o gruppi lessicali diversi) potrebbe effettivamente essere frutto di casualità,

¹¹ In *Nature* (<https://www.nature.com/articles/nature14236>).

¹² L'Intelligenza Artificiale Watson di IBM fornisce un servizio in campo medico con uno strumento di ricerca chiamato "Ross", presentato come un avvocato virtuale, "*Do more than humanly possible*" <https://www.obtanywhere.com/blog/2017/03/01/worlds-first-ai-lawyers-legal-apocalypse>.

¹³ P. LEVY, *Intelligence artificielle et sciences humaines*, Pierre Levy's blog. 8 October 2014. [Online], <https://pierrelevyblog.com/2014/10/08/intelligence-artificielle-et-sciences-humaines/>.

¹⁴ Y. LECUN, *Qu'est-ce que l'intelligence artificielle*, Collège de France website, https://www.college-de-france.fr/media/yann-lecun/UPL4485925235409209505_Intelligence_Artificielle____Y._LeCun.pdf.

¹⁵ D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes, nos vies à l'heure des big data*, La République des idées, Editions du Seuil, 2015, 60.

¹⁶ C. SORIN CALUDE, G. LONGO, *Le déluge des corrélations fallacieuses dans le big data*, in B. Stiegler (dir.) (2017), *La toile que nous voulons*, FYP editions, 156.

così come è stato notato in alcune vaste serie di numeri, punti o oggetti, possono apparire schemi casuali regolari impossibili da distinguere da schemi algoritmici non casuali¹⁷.

Infine, gli algoritmi, indipendentemente dal loro attuale livello di sofisticazione, si riducono automaticamente alle interazioni stabilite nella fase di apprendimento e quindi al loro passato. Il contenuto e la qualità dei flussi di dati utilizzati nella composizione dei calcoli sono quindi fondamentali per comprendere i risultati ottenuti e per identificare possibili distorsioni analitiche. Ci sono molte sfide anche in questo caso poiché, in un approccio esaustivo, l'analisi della maggior quantità possibile di dati relativi ad un'attività produrrà risultati il cui significato deve essere chiarito rispetto a tutti i fattori che hanno avuto un'influenza.

In un approccio più restrittivo in cui vengono campionati i dati in entrata, sorgeranno anche rischi legati al compromesso necessario per selezionare un dato piuttosto che un altro.

10. *L'intelligenza artificiale può modellare in anticipo il ragionamento legale?*

L'intelligenza artificiale supera le difficoltà incontrate con i sistemi esperti più vecchi poiché non tenta di riprodurre il ragionamento legale di un essere umano esperto nel campo, ma conduce a categorizzazioni tra i diversi parametri identificati dai progettisti o tra quelli scoperti dalla macchina.

I sistemi giuridici continentali sono molto lontani dall'ideale di razionalità che informava, ad esempio, le *code civil* del 1804 in Francia. Esistono una moltitudine di fonti che non si inquadrano perfettamente e che si riferiscono ad un insieme di regole il cui significato rimane indeterminato, che il teorico giuridico Herbert L. A. Hart ha definito la "struttura aperta della legge"¹⁸.

Sistemi di common law, sebbene considerati più efficienti, poiché si adattano dinamicamente alle nuove esigenze legali, stanno anche loro evolvendo e non offrono più un elevato grado di certezza giuridica.

Quindi si può affermare che le regole giuridiche non si evolvono in modo lineare, a differenza delle leggi empiriche, quelle delle "scienze esatte", in cui ogni nuova regola integra generalmente le precedenti e non invalida un insieme completo di ragionamento.

Ciò ha determinato una generale complessità dei sistemi legali, che i vecchi sistemi esperti non hanno saputo affrontare, anzitutto perché, i vecchi ES non reggevano più di 200/300 regole logiche, poi perché la divisione della legge in regole di produzione non era sufficiente a fornire una valida rappresentazione del *corpus* di conoscenze e metodi che guidano un avvocato.

Di conseguenza, risultava altrettanto impossibile modellare il ragionamento dei giudici su un computer avente come modello un sistema giuridico positivo.

Come ha evidenziato la teoria del diritto, il ragionamento giudiziario è soprattutto una questione di valutazione e interpretazione dei fatti comprovati e pertinenti di un caso, delle norme giuridiche applicabili (testuali o precedenti) - il cui significato rimane indeterminato -,¹⁹ e dell'interpretazione soggettiva dei giudici del concetto di equità.

Xavier Linant de Bellefonds ha sottolineato che la complessità della legge risiede nella sua natura teleologica e controversa: due argomentazioni coerenti possono condurre a giudizi diversi secondo due priorità differenti²⁰.

¹⁷ R. L. GRAHAM, J. H. SPENCER – *Ramsey Theory*, Scientific American, vol.263, No.1, July 1990, 112-117 citato da C. SORIN CALUDE, G. LONGO, *Le déluge des corrélations fallacieuses dans le big data*, *ibid*.

¹⁸ H. L. A. HART (1976), *Le concept de droit*, Saint-Louis university departments, Brussels.

¹⁹ Sul punto. cfr. M. TROPER (2001), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, spec. 69-84.

²⁰ X. LINANT DE BELLEFONDS (1994), *L'utilisation des systèmes experts en droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, No. 2, 703-718.

Questo perché il famoso sillogismo giuridico è più un modo di presentare ragionamenti legali che la sua traduzione formale. Non riflette l'intero ragionamento del giudice, che in realtà è costituito da una moltitudine di fattori decisionali, che non possono essere formalizzati *a priori*, e talvolta si basano sulla discrezionalità con la quale il giudice stesso risponde ai quesiti su quali siano i fatti rilevanti, quali i fatti provati, quale disposizione applicare, quale sia il significato frutto di interpretazione della disposizione alla fattispecie concreta, quale norma debba prevalere tra una gamma di norme in conflitto.

La coerenza complessiva delle decisioni giudiziarie non viene mai raggiunta ed è più una questione di un resoconto *a posteriori* che i giudici usano nel loro ragionamento, avendo più una funzione di convincersi della validità di una soluzione specifica che di descrivere rigorosamente e obiettivamente tutte le fasi che hanno portato alla decisione presa.

Tuttavia, questo lavoro di interpretazione è esattamente ciò che le tecniche di apprendimento automatico non fanno - e non tentano di fare - oggi, poiché svolgono, come abbiamo visto, elaborazioni automatizzate in cui si suppone che la correlazione di grandi quantità di informazioni sostituisca la comprensione delle reali cause di una decisione.

Lungi dal tentare di formalizzare il ragionamento giuridico, fanno solo sperare che i modelli catturati possano anticipare le probabili decisioni di un giudice in situazioni simili.

I risultati raggiunti dall'AI non sono in realtà correlati alla questione della conformità giuridica di una particolare soluzione e non possono discriminare tra argomenti legali e illegali.

Una revisione del lavoro svolto dall'University College di Londra (UCL) sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo conferma questo assunto.

Lo studio dell'UCL ha ipotizzato che un semplice modello di *machine learning* potesse prevedere l'esito di un caso con un'accuratezza del 79%. Il modello di *machine learning* si è rivelato più accurato rispetto alla parte descrittiva dei fatti delle decisioni studiate rispetto al ragionamento relativo all'applicazione della Convenzione al caso in questione²¹.

L'esame dei termini correlati all'accertamento di una violazione (con una ponderazione positiva) e quelli correlati a una non violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (con una ponderazione negativa) fa luce inequivocabile sulla meccanica sul lavoro, che non è in alcun modo paragonabile al ragionamento legale.

La scelta dei fatti rilevanti e la loro interpretazione costituiscono uno degli elementi della decisione del giudice. In altre parole, lo studio UCL ha evidenziato che il sistema è stato solo in grado di indicare una probabilità sulla base delle sole occorrenze di materiale lessicale ampiamente derivato dal ragionamento e dalla motivazione del giudice e non da quello assemblato dal richiedente.

Questo sistema di intelligenza artificiale stabiliva quindi un'alta probabilità di corrispondenza tra gruppi di parole e una decisione che era già stata formalizzata e poteva solo dare origine a un numero limitato di possibili esiti.

In nessun caso si può parlare di riproduzione del ragionamento dei giudici europei né, soprattutto, prevedere un risultato, sulla base, ad esempio, del dato grezzo di un futuro richiedente dinanzi al tribunale di Strasburgo, la cui domanda sarà soggetta a un esame di ammissibilità molto rigoroso (quasi 70.356 domande sono state dichiarate inammissibili o cancellate dall'elenco nel 2017) in gran parte basate sull'applicazione di standard di valutazione (importanza e gravità della denuncia, ecc.) lasciando un notevole margine di manovra all'interno del processo decisionale.

²¹ Work on a sample of 584 decisions of the European Court of Human Rights: N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO, V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, 24.10.2016 (<https://peerj.com/articles/cs-93/>).

11. *L'AI può spiegare il comportamento dei giudici a posteriori?*

Una spiegazione *a posteriori* del comportamento di un giudice, in particolare la rivelazione di pregiudizi, richiederebbe che tutti i fattori potenzialmente causativi siano identificati attraverso un quadro interpretativo e un'analisi contestualizzata. Il fatto che, statisticamente, l'assistenza all'infanzia sia più spesso affidata alle madri che ai padri non dimostra una propensione da parte dei giudici, ma rivela la necessità di mobilitare discipline diverse dalle scienze sociali per far luce su questo fenomeno.

Da un punto di vista scientifico, spiegare un fenomeno o, per quanto ci riguarda, un pezzo di comportamento umano, equivale a determinare i meccanismi causali che hanno portato a questo comportamento usando una certa quantità di dati contestuali.

Ciò richiede, in modo molto schematico, la costituzione preliminare di un quadro interpretativo, esso stesso derivato dalla ripetuta osservazione di questo tipo di evento o comportamento in presenza di determinati fattori o elementi.

Il quadro interpretativo è costituito da ipotesi o da punti di vista adottati dalle diverse discipline delle scienze sociali. Questo è un ulteriore passo analitico che può essere inserito negli algoritmi, ma che essi non possono eseguire da soli.

Alcune società di *legal-tech* sono andate oltre e hanno pensato di poter identificare possibili pregiudizi personali dei giudici e alimentare sospetti di parzialità. I dati in chiaro dei nomi di alcuni presidenti di tribunali e corti superiori amministrativi in Francia hanno permesso di sviluppare un indicatore del tasso di rigetto dei ricorsi contro l'obbligo di lasciare il territorio francese assunto dalle autorità amministrative.

Alcuni commentatori hanno sostenuto con fervore che la presunta imparzialità dei giudici è stata quindi messa in dubbio dall'intelligenza artificiale, ma perché si possa fondatamente affermare l'esistenza di un pregiudizio personale nei processi decisionali dei giudici (diversi dalle loro dichiarazioni personali e pubbliche nel caso in questione) il loro comportamento, o in questo caso la loro decisione, devono essere determinati da tratti di personalità, opinioni o religione. Tuttavia, come è stato detto, una simile spiegazione causale non può essere semplicemente dedotta dal risultato probabilistico fornito dagli algoritmi; al contrario, richiede un ulteriore lavoro analitico al fine di isolare, tra i molti fattori correlati (compresa l'identità dei membri del gruppo di giudici), quelli che sono realmente causativi.

Ad esempio, il fatto che un tribunale di famiglia decida statisticamente più spesso che i bambini dovrebbero vivere con la madre non riflette necessariamente la propensione del giudice a favore delle donne, ma piuttosto l'esistenza di fattori psicosociali, economici e persino culturali specifici della giurisdizione, come l'orario di lavoro di ciascuno dei genitori, il loro reddito, la disponibilità locale di assistenza all'infanzia collettiva, indipendentemente dal fatto che il bambino sia in età scolare, che uno dei genitori abbia o meno una nuova relazione o anche semplicemente che vi sia la mancanza di interesse da parte di genitore a prendersi cura di un bambino piccolo.

Allo stesso modo, le decisioni di espulsione da un paese emesse da un tribunale amministrativo situato vicino a un grande centro di detenzione non possono essere paragonate equamente a quelle di un tribunale che si occupa di tali controversie solo occasionalmente.

Inoltre, indipendentemente dall'ubicazione del tribunale, la questione della giurisprudenza di un giudice unico che si occupa solo occasionalmente di un certo tipo di controversia, ma che utilizza (o ignora) la giurisprudenza dei suoi colleghi, è particolarmente interessante e può legittimamente sollevare la questione dell'uguaglianza dei cittadini nei procedimenti giudiziari. Tuttavia, l'attenzione dovrà essere puntata sulla revisione o sulla conservazione della natura collegiale del

sistema giudiziario, piuttosto che sulla classificazione o stigmatizzazione tramite strumenti di *machine learning*.

Giunti a tal punto occorre chiedersi cosa si possa dedurre dalla personalità del presidente di un tribunale collegiale, quando il suo nome sia l'unica informazione nominativa visibile nelle decisioni giudiziarie amministrative pubblicate, o ancora come si possano spiegare due distinti approcci filosofici e culturali delle decisioni giudiziarie, per cui, in alcuni paesi europei esiste una cultura del precedente e una conoscenza dettagliata da parte dei giudici dei dati fattuali di tutto il primo e il secondo grado, mentre altri paesi o sistemi favoriscono l'indipendenza intellettuale di ciascun tribunale, insieme al desiderio di affrontare ogni situazione caso per caso.

Fornire una spiegazione accurata di una decisione del tribunale richiede quindi un'analisi molto più dettagliata dei dati contingenti di ciascun caso e delle norme di legge applicabili, piuttosto che sostenere la vana speranza che la massa di collegamenti abbia senso.

12. Come si applica l'AI nella giustizia civile, commerciale e amministrativa

Lo stato di sviluppo delle tecniche di *machine learning* non consente oggi di raggiungere risultati affidabili per quanto riguarda la "previsione" delle decisioni giudiziarie. D'altra parte, la loro applicazione nella giustizia civile, commerciale e amministrativa deve essere presa in considerazione per la creazione di bilanciamenti o per la risoluzione precontenziosa delle controversie online, quando resta possibile un ricorso successivo al giudice.

Come possiamo vedere, la prima domanda sollevata da tale uso dell'intelligenza artificiale non è tanto se sia benefica o dannosa, desiderabile o meno, ma se gli algoritmi proposti possano raggiungere il tipo di risultato cercato. Le conclusioni degli esperimenti condotti nelle corti di appello di Douai e Rennes in Francia dimostrano chiaramente che a fronte di un discorso stimolante che promuove un prodotto di AI, è possibile nascondere difetti di progettazione inaccettabili e risultati di analisi totalmente errati.

Indipendentemente dalla qualità del software testato, anticipare le decisioni dei giudici in materia civile, commerciale e amministrativa sembrerebbe essere un beneficio potenzialmente desiderabile, sia per i responsabili delle politiche pubbliche giudiziarie sia per professionisti privati.

Qualunque sia la tradizione giuridica del paese, l'incertezza giuridica, vale a dire il rischio di far convalidare o respingere il proprio reclamo legale, spinge il desiderio di poter quantificare questi fattori utilizzando queste nuove applicazioni tecnologiche.

Gli avvocati (o l'ufficio legale di una società) vedono la possibilità di utilizzare questa tecnologia per fornire ai propri clienti una consulenza meglio informata valutando empiricamente e sistematicamente le possibilità di successo di una procedura, e incoraggiando la conclusione di transazioni che, se necessario, consentono di evitare una prova lunga e costosa. Alcuni assicuratori offrono già ai loro clienti l'uso di sistemi predittivi per valutare i meriti della loro attività²².

Allo stesso tempo, i decisori pubblici vedono questo approccio come un'opportunità per regolare meglio il flusso di nuovi procedimenti attraverso i tribunali e fornire loro una leva per ridurre i costi operativi giudiziari anche perché si ritiene che ciò incoraggi le parti in causa ad utilizzare metodi alternativi di risoluzione delle controversie (conciliazione, mediazione o arbitrato).

L'approccio che già esiste in molti sistemi giudiziari finalizzato all'armonizzazione di decisioni in molte materie (divorzio, licenziamento, risarcimento per lesioni personali) potrebbe essere migliorato attraverso un approccio probabilistico o attuariale.

²² Il software predittivo viene offerto agli assicurati Allianz, ad esempio.

Sono stati persino creati servizi alternativi di risoluzione delle controversie online per aiutare a valutare l'importo del risarcimento per le controversie di piccole dimensioni.

Tuttavia, questi approcci interessanti non sono imparziali e non devono privare i cittadini dell'accesso a un giudice o mettere in discussione il principio del contraddittorio.

In Francia, su iniziativa del Ministero della Giustizia, nella primavera del 2017 le due corti di appello di Rennes e Douai hanno concordato di testare un software di giustizia predittiva su vari ricorsi in contenzioso, che in realtà era un'analisi delle decisioni civili, sociali e commerciali di tutti le corti d'appello francesi.

Sebbene questi dati interni ed esaustivi sulla giurisprudenza fossero già disponibili gratuitamente per molti anni (banca dati JURICA), il Ministero li ha resi disponibili ad una società *legal-tech* quando questa si è offerta di valutare il valore di un'analisi quantificata delle somme risarcite dai due tribunali, oltre a una classificazione geografica delle discrepanze rilevate per domande e processi simili.

L'obiettivo dichiarato del software era quindi quello di creare uno strumento decisionale al fine di ridurre, se necessario, l'eccessiva variabilità delle decisioni giudiziarie, in nome del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Il risultato dell'esperimento, dibattuto contraddittoriamente tra le due corti d'appello, il Ministero della Giustizia e la società *legal-tech* che ha progettato il prodotto purtroppo ha evidenziato l'assenza di valore aggiunto della versione testata del software per il lavoro di riflessione, decisione e creazione dei magistrati.

Ancora più significativo, sono stati rivelati errori di ragionamento del software che hanno portato a risultati aberranti o inappropriati a causa della confusione tra semplici elementi lessicali tipici del ragionamento giudiziario e le causalità che erano state invece decisive nel ragionamento dei giudici.

13. Un nuovo strumento di calcolo per calcolare i parametri di risarcimento

Le procedure per il calcolo delle tabelle di risarcimento in varie materie civili (ad esempio, compensazione per lesioni personali, indennità compensativa e trattamento di fine rapporto) sembrano migliorare notevolmente se combinate con altre tecniche di elaborazione, al fine di evitare il cd. "effetto performativo" o di autorealizzazione ove il rischio è che un sistema produca lo stesso output progressivamente influenzando gli elementi di input; questo effetto è spesso menzionato per quanto riguarda le tabelle giudiziarie che, quando informate da decisioni basate su queste tabelle, tendono ad essere rappresentative solo di sé stesse.

È importante evidenziare ciò che Jean-Paul Jean, presidente del gruppo di lavoro di valutazione CEPEJ, ha descritto come la sfida qualitativa durante una conferenza sugli open data tenutasi nel 2016 in Francia: la procedura condotta sul *machine learning* dovrebbe utilizzare certificati originali, la cui integrità sia stata verificata²³.

L'altro rischio già affrontato dai progettisti di questi strumenti è quello di "*snooping* dei dati", vale a dire la selezione di soli dati a monte che sono significativi per le griglie di analisi predeterminate, ad esempio escludendo dai campioni decisioni che si prestano male a correlazioni delle sequenze linguistiche attraverso il *machine learning* o qualsiasi altro metodo (ad esempio, decisioni senza presentazione del contenzioso o con un ragionamento limitato).

Ma se calcoliamo una tabella, stiamo già facendo una piccola previsione. Il limite può sembrare relativamente impreciso se non si distingue chiaramente lo scopo del processo: l'obiettivo qui non è quello di fornire informazioni prescrittive ma di fornire informazioni su uno stato di cose.

²³ J-P. JEAN, *Penser les finalités de la nécessaire ouverture des bases de données de jurisprudence*, Conferenza del 14 ottobre 2016 tenuta alla Corte di cassazione francese.

Fatte salve queste precauzioni metodologiche e operative, sono disponibili tabelle per la gestione di determinate controversie che costituiscono un potente strumento per armonizzare la giurisprudenza. Le tabelle erano precedentemente calcolate su campioni di decisioni più o meno limitati, ma gli strumenti di intelligenza artificiale consentono di rilevare più decisioni e sono suscettibili di produrre tabelle più accurate, applicando uno standard e quindi dando più peso ai risultati.

14. La risoluzione delle controversie online (ODR)

Tutti i tribunali europei affrontano in gradi diversi contenziosi civili ripetitivi di basso valore; l'idea quindi di automatizzare la procedura attraverso la tecnologia dell'informazione o esternalizzarli è ampiamente condivisa²⁴.

Gran Bretagna, Paesi Bassi e Lettonia sono esempi di paesi che hanno già implementato o stanno per implementare questo tipo di soluzioni più o meno automatizzate²⁵.

Tuttavia, la portata di questi servizi di risoluzione delle controversie online (*ODR-Online Dispute Resolution*) sembra essersi gradualmente estesa. Si è infatti passati da servizi online limitati a servizi ODR prima del contenzioso giudiziale, a sistemi che operano sempre più nel processo giudiziario stesso, al punto da offrire servizi giudiziari elettronici²⁶.

Tali sistemi ormai non riguardano solo controversie sul valore del risarcimento, ma anche controversie fiscali o relative ai servizi di sicurezza sociale o procedimenti di divorzio.

Per coloro che sostengono tali soluzioni, che interessano una serie di professioni legali e il settore privato, l'accesso alla giustizia potrebbe essere notevolmente migliorato da un'ampia soluzione che combini ODR e AI. L'idea è quella di fornire agli istanti una diagnosi automatica della controversia mediante survey, le cui risposte vengono quindi elaborate dalla macchina che emette proposte per una soluzione. Il lavoro del laboratorio *Cyberjustice de Montréal*, che riunisce le varie fasi precontenziose e contenziose in un processo basato su computer per controversie a bassa intensità (ad esempio, tribunali per le controversie di modesta entità in Quebec), è un buon esempio di ibridazione²⁷.

Secondo per i progettisti, vi sarebbero chiari vantaggi in termini di efficienza e qualità ma l'attenzione sul punto va rivolta al parametro e al metodo sul quale sarebbe calcolata una compensazione proposta da tale sistema. E ancora occorrerebbe predefinire il grado di equità dell'algoritmo, prevedere se la proposta possa essere discussa tra le parti, con l'aiuto di un terzo qualificato e se sia sempre possibile il ricorso a un processo effettivo.

²⁴ Per i crediti transfrontalieri, l'Unione europea ha istituito, con il regolamento n. 524/2013, un quadro comune disponibile su Internet (piccoli crediti europei).

²⁵ Un'analisi della risoluzione delle dispute on line in Gran Bretagna è rinvenibile all'url <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>. Cfr. anche il sistema "Pas" nei Paesi Bassi, che emette decisioni automatizzate basate su autorizzazioni precedentemente concesse e che ha dato origine a controversie a livello nazionale e dinanzi alla Corte di Giustizia europea: vi sono due casi (c-293/17 e c-294/17) portati al Consiglio di Stato dei Paesi Bassi (Agricoltori e conservazione della natura vs. Paesi Bassi) per determinare se un sistema (Programma di regolazione dell'azoto) è autorizzato o meno a decidere se gli agricoltori stanno violando la direttiva Habitat.

²⁶ D. THOMPSON, *Creating new pathways to justice using simple artificial intelligence and online dispute resolution*, Osgoode Hall Law School of York University.

²⁷ <http://www.cyberjustice.ca/projets/odr-plateforme-daide-au-reglement-en-ligne-de-litiges/>.

Alcuni autori vedono persino l'uso diffuso di questi metodi di risoluzione delle controversie come una nuova manifestazione di "soluzionismo" digitale, vale a dire l'uso sistematico di tecnologie per cercare di risolvere problemi che non necessariamente sono alla loro portata²⁸.

Va anche notato che in Europa, recentemente è stato istituito un quadro normativo più protettivo e vincolante per gli Stati membri: l'articolo 22 del GDPR prevede esplicitamente che le persone possano rifiutare di essere oggetto di una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato, con alcune eccezioni.

L'articolo 22 del Regolamento EU/2016/679 prevede: "(Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione) 1. 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". Sono previste eccezioni (come il consenso), ma "il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione".

Nello stesso senso si pone la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale firmata a Strasburgo nel 1981, n. 108 del Consiglio d'Europa, come modificata dal Protocollo adottato nel maggio 2018 ad Elsinore, che all'art. 9.1 prevede che "Ogni individuo ha diritto: (a) a non essere soggetto a una decisione che lo riguardi in modo significativo sulla base unicamente di un trattamento automatizzato di dati senza che le sue opinioni siano prese in considerazione".

Nonostante questo principio di divieto, l'articolo 9, paragrafo 2 afferma che "il paragrafo 1 (a) non si applica se la decisione è autorizzata da una legge a cui il titolare del trattamento è soggetto e prevede anche adeguate misure di salvaguardia dei diritti, delle libertà e degli interessi legittimi dell'interessato".

Così come all'art. 9.1 (c) è previsto che l'interessato possa ottenere, su richiesta, la logica del ragionamento alla base del trattamento dei dati quando i risultati di tale trattamento gli siano applicati.

Nell'*Explanatory Report* al Protocollo di Elsinore del 2018, si legge al paragrafo 75, in relazione all'art. 9.1.a. che "È essenziale che un individuo soggetto ad una decisione puramente automatizzata abbia il diritto di contestare tale decisione presentando, in modo significativo, il suo punto di vista e le sue argomentazioni. In particolare, l'interessato dovrebbe avere l'opportunità di provare l'eventuale inesattezza dei dati personali prima che vengano utilizzati, l'irrelevanza del profilo da applicare alla sua situazione particolare o altri fattori che avranno un impatto sul risultato della decisione automatizzata. Questo in particolare nel caso in cui gli individui siano danneggiati dall'applicazione di ragionamenti algoritmici che comportano la limitazione di un diritto o il rifiuto di un beneficio sociale o in cui vedono la loro capacità di credito valutata solo da un software. Tuttavia, un individuo non può esercitare questo diritto se la decisione automatizzata è autorizzata da una legge alla quale è soggetto il Titolare del trattamento e che prevede anche misure idonee a salvaguardare i diritti, le libertà e gli interessi legittimi dell'interessato".

Sempre nell'*Explanatory Report* di Elsinore, in relazione all'art. 9.1.c) si rinviene il principio in base al quale "gli interessati hanno il diritto di conoscere la logica del ragionamento alla base del trattamento dei dati, comprese le conseguenze di tale ragionamento e le conclusioni che potrebbero essere state tratte da esso, soprattutto quando si utilizzano algoritmi per il processo

²⁸ E. MOROZOV, *Pour tout résoudre cliquez ici*, FYP editions, citato da D. LARROUSSERIE, "Contre le 'solutionnisme' numérique", in *Le Monde*, 6 October 2014, https://www.lemonde.fr/sciences/article/2014/10/06/contre-le-solutionnisme-numerique_4501225_1650684.html.

decisionale automatizzato, in particolare per la profilazione”. Ad esempio, nel caso di un sistema di *rating* del credito, i mutuatari hanno il diritto di conoscere la logica alla base del trattamento dei loro dati che porta alla decisione di concedere o rifiutare il credito, piuttosto che essere semplicemente informati della decisione stessa. La comprensione di questi elementi contribuisce all’efficace esercizio di altre garanzie essenziali come il diritto di opposizione e il diritto al ricorso all’autorità competente”.

Peraltro, lo stesso concetto di permettere all’interessato di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata nel trattamento che lo riguarda, si rinviene anche nel GDPR all’art. 13 c.2 lett. f), all’art. 14, c.2. lett. f), all’art. 15 c.1 lett. h).

I potenziali benefici di un sistema ODR, il suo grado di integrazione in un processo giudiziario completo (dal precontenzioso al contenzioso effettivo) e il ruolo decisivo dell’intelligenza artificiale nell’esecuzione del processo devono quindi essere adeguatamente valutati caso per caso.

Ora, se è innegabile che l’ODR possa contribuire all’attuazione dei servizi di conciliazione e mediazione prima o durante il giudizio, sarebbe opportuno in ogni caso prevedere una supervisione dei giudici prima che essi decidano sull’esito delle controversie in base al merito, in particolare nelle cause per le quali procedimenti di conciliazione preventivi costituiscono condizioni di procedibilità del giudizio²⁹.

Dall’altro lato occorrerà considerare l’effettivo contributo che i sistemi di intelligenza artificiale possono offrire, vale a dire se lo scopo sia utilizzare il *machine learning* solo per stabilire tabelle indicative o se invece si intenda affidare ad esso la decisione, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, neutralità e lealtà³⁰.

Il gruppo di lavoro sulla mediazione CEPEJ (CEPEJ-GT-MED), lanciato nel 2018, ha offerto le sue prime riflessioni sul contributo della tecnologia dell’informazione ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie³¹.

15. Le principali garanzie da riaffermare nei procedimenti civili, commerciali e amministrativi

15.1. Il diritto di accesso a un tribunale

L’utilizzo di strumenti di risoluzione delle controversie online non dovrebbe pregiudicare il diritto di accesso a un tribunale ai sensi dell’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo, anche se questo diritto non è assoluto e si presta a limitazioni implicite³².

In materia civile, ad esempio, ogni parte in giudizio ha il diritto di sottoporre a un tribunale qualsiasi controversia relativa ai suoi “diritti e doveri civili”³³.

Nel 2015, l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa ha adottato una risoluzione su “Accesso alla giustizia e Internet: potenziale e sfide “in cui ha invitato a garantire che “le parti

²⁹ Nei Paesi Bassi, i contratti di assicurazione sanitaria privata sembrano prevedere automaticamente il ricorso a un ODR prima che venga intrapresa un’azione legale.

³⁰ C. PAVILLON, *Concerns over a digital judge*, nrc.nl, <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/01/19/zorgen-om-populaire-digitale-rechter-a1588963>.

³¹ Il CDCJ sta attualmente svolgendo un lavoro approfondito sugli ODR per identificare il potenziale di questi strumenti, ma anche eventuali punti problematici che equivalgono a possibili violazioni degli articoli 6, 8 e 13 della Convenzione europea sui diritti umani.

³² Art.6 §1 «1. 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti». Per le limitazioni v. *Deweert c. Belgique*, § 49; *Kart c. Turquie* [GC], § 67.

³³ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, §§ 28-36.

coinvolte nelle procedure ODR mantengano il diritto di accedere ad una procedura di ricorso giudiziario che soddisfi i requisiti di un processo equo ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione³⁴.

15.2. Il principio del contraddittorio

Sembra indispensabile fornire ai cittadini e, soprattutto, alle parti di un processo, un certo numero di informazioni quantitative (ad esempio il numero di decisioni elaborate per ottenere la tabella) e informazioni qualitative (origine delle decisioni, rappresentatività dei campioni selezionati, distribuzione delle decisioni tra criteri diversi come il contesto economico e sociale) al fine di comprendere come sono state costruite le tabelle, misurare i loro possibili limiti e poterli discutere davanti ad un giudice.

15.3. Il principio della parità di armi

L'uso di mezzi tecnologici non dovrebbe causare squilibri tra le parti, poiché l'uso di mezzi digitali potrebbe effettivamente favorire taluni operatori (istituzioni, società con mezzi, individui avvezzi all'uso delle tecnologie) e, al contrario, porre in difficoltà alcuni tipi di popolazione, meno abbienti o con meno familiarità con i computer. È importante che nessun individuo rimanga solo davanti ai propri schermi e che venga informato che può chiedere assistenza legale ed essere assistito, ove necessario.

15.4. Il principio di imparzialità e indipendenza del giudice

È stato ipotizzato che lo standard maggioritario indotto dall'utilizzo di sistemi di AI possa ripercuotersi negativamente sull'indipendenza e sull'imparzialità della magistratura, in particolare nei sistemi in cui l'indipendenza della magistratura non è pienamente raggiunta. In questi sistemi, non si può escludere il rischio che tali standard possano esercitare pressioni indirette sui giudici a conformarsi all'orientamento maggioritario, a pena di essere sottoposti a verifica da parte del potere esecutivo qualora se ne discostino.

15.5. Il diritto di assistenza legale

All'inizio di questo capitolo, abbiamo menzionato i vantaggi derivanti dall'applicazione di strumenti di giustizia predittiva per gli avvocati e, in particolare, la possibilità di fornire ai loro clienti una consulenza meglio informata valutando empiricamente e sistematicamente le possibilità di successo di una procedura. Tuttavia, immaginiamo un caso in cui le possibilità di successo per la parte in causa siano estremamente scarse: ciò potrebbe influire sulla decisione dell'avvocato di assistere il suo cliente, mentre occorrerebbe minimizzare il rischio che le persone che necessitano di assistenza legale possano in definitiva essere private di esso perché anche l'avvocato decide di conformarsi allo standard senza ricercare soluzioni alternative a favore del cliente.

³⁴ Resolution 2054 (2015) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), 10 November 2015, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22245&lang=en>.

16. *Le questioni specifiche della giustizia penale: prevenzione dei reati, rischio di recidiva e valutazione del livello di pericolo*

Anche se non specificamente progettato per essere discriminatorio, l'uso delle statistiche e dell'intelligenza artificiale nei procedimenti penali ha mostrato il rischio di indurre la rinascita di dottrine deterministiche a discapito delle dottrine dell'individualizzazione della sanzione, che sono state ampiamente acquisite dal 1945 nella maggior parte dei sistemi giudiziari europei.

L'uso della scienza e della tecnologia dell'AI in ambito penale pone questioni specifiche sulla valutazione delle caratteristiche criminali abituali o professionali, sulla tendenza a commettere un crimine, sul carattere e la personalità dell'imputato e, in generale, sulle qualità psicologiche dell'imputato, indipendentemente da cause patologiche.

In Francia, ad esempio, la dottrina della "nuova difesa sociale" sviluppata da Marc Ancel è stata la base del diritto penale: invece di un approccio puramente punitivo e deterministico, è stato introdotto un sistema di riabilitazione sociale per impedire la commissione di un reato evitando le condizioni per il crimine. Questo approccio è condiviso da una serie di strumenti di politica penale europea incentrati sugli obiettivi di rieducazione e reinserimento dei trasgressori³⁵.

Gli strumenti di giustizia penale dovrebbero quindi essere progettati in conformità con questi principi fondamentali di riabilitazione, incluso il ruolo del giudice nell'individualizzazione della pena, sulla base di elementi oggettivi di personalità (formazione, lavoro, medicina regolare e assistenza sociale) senza alcuna altra forma di analisi rispetto a quella effettuata da professionisti appositamente formati. Queste tecniche di analisi dei *big data* potrebbero essere utilizzate da questi professionisti per centralizzare e raccogliere informazioni sulla persona accusata di un reato, e tali dati potrebbero essere archiviati da varie istituzioni e agenzie, a volte per un breve lasso di tempo.

17. *Gli strumenti utilizzati dalle autorità investigative prima del processo penale*

Gli strumenti descritti come "controlli predittivi" (prima del processo giudiziario o prima di un rinvio a giudizio) stanno già crescendo rapidamente e stanno iniziando ad essere conosciuti dal grande pubblico³⁶. In generale, un gran numero di strumenti informatici è comunemente usato per prevenire la commissione di atti criminali (identificando possibili luoghi in cui ciò potrebbe accadere o i loro autori) o perseguirli in modo più efficace³⁷.

La prima categoria include strumenti di "polizia predittiva" utilizzati per prevenire determinati tipi di reato con elementi di regolarità nella loro manifestazione, come furto con scasso, violenza di strada, furto di veicoli. L'utilità di questi strumenti deriva dalla loro capacità di determinare con precisione dove e quando questi reati potrebbero essere commessi e di riprodurre queste informazioni su una mappa geografica sotto forma di *hot spot* monitorati in tempo reale dalle pattuglie della polizia.

Questo processo è chiamato "mappatura criminale predittiva" e la maggior parte del software utilizzato in questo ambito si basa su prove storiche relative all'ubicazione del crimine, come i

³⁵ V. Corte Europea Diritti dell'Uomo, Grand Chamber, *Vinter and Others vs. United Kingdom*, par. 114-118.

³⁶ Si pensi alla *no fly list*, che in realtà è un'applicazione di analisi dei *big data* che raccoglie e analizza i dati su potenziali terroristi al fine di prevenire la commissione di atti criminali o algoritmi utilizzati per rilevare frodi o riciclaggio di denaro.

³⁷ D'altro canto, dovrebbe essere incoraggiato l'uso dell'AI anche a fini terapeutici e riabilitativi (ad esempio per raccogliere dati sul trattamento somministrato o sui metodi di reintegrazione).

rapporti della polizia, ma vengono anche testate nuove tecnologie ancora più potenti che combinano vari dati provenienti da fonti diverse³⁸.

Questi strumenti, che hanno tassi molto persuasivi di efficacia, si dice anche che abbiano effetti dissuasivi sulla commissione di reati nelle aree circostanti i punti caldi, tuttavia, le capacità predittive di questi strumenti, che mostrano i loro limiti in relazione a reati di natura meno regolare o che colpiscono località diverse, come il terrorismo, devono essere attentamente valutate anche perché uno dei loro punti deboli è l'effetto "circolo vizioso" e l'effetto "profezie che si autoavverano": i quartieri considerati a rischio attirano più attenzione della polizia e la polizia rileva più criminalità, il che porta ad un'eccessiva sorveglianza della polizia delle comunità che vivono in quei luoghi.

Vi è inoltre da considerare che i dubbi su una possibile "tirannia dell'algoritmo" che potrebbe minimizzare, o addirittura sostituire progressivamente, il giudizio umano non sono del tutto assenti all'interno degli stessi servizi di polizia, anche se, al momento, la tecnologia viene presentata come al servizio degli esseri umani al fine di fornire strumenti al processo decisionale³⁹.

L'analisi dei *big data* viene sempre più applicata nel perseguimento del crimine con strumenti come Connect, utilizzato dalla polizia del Regno Unito per analizzare miliardi di dati generati in transazioni finanziarie per trovare correlazioni o schemi di operazioni, o l'*International Child Sexual Exploitation Database*, gestito dall'Interpol, che aiuta a identificare le vittime o gli autori di reati attraverso l'analisi, ad esempio, di mobili ed altri oggetti in immagini offensive o l'analisi del rumore di fondo nei video, che si sono dimostrati particolarmente efficaci nella lotta alla criminalità. Con Connect, ad esempio, le ricerche che in precedenza richiedevano mesi di indagine possono ora essere eseguite in pochi minuti, con un livello molto elevato di complessità e volume di dati.

La dottrina mette comunque in discussione la logica gestionale della risposta al crimine fornita da questi strumenti predittivi, in cui un'analisi approfondita delle ragioni del crimine diventa meno importante del fare qualcosa qui e ora. Ciò accade in un momento in cui i budget disponibili si stanno riducendo e la polizia deve fornire lo stesso livello di protezione pubblica, ma con personale, attrezzature e risorse limitati⁴⁰.

18. Gli strumenti per il processo penale

L'uso di strumenti predittivi⁴¹ da parte dei giudici nei processi penali è molto raro in Europa, ma vi è un esempio degno di menzione: si tratta di HART (*Harm Assessment Risk Tool*), sviluppato in collaborazione con l'Università di Cambridge ed attualmente in fase di test nel Regno Unito che si basa su un sistema di *machine learning* che è stato addestrato utilizzando gli archivi della polizia di

³⁸ Ad esempio, nell'ambito del progetto "E-Security - ICT per la sicurezza urbana predittiva" (<http://www.esecurity.trento.it/>), che è stato condotto nella città di Trento tra Novembre 2012 e maggio 2015, è stato creato un database che raccoglie informazioni sui crimini denunciati alla polizia, sui risultati delle indagini condotte dal municipio sulla vittimizzazione e la sicurezza reale e percepita dai cittadini, sul disordine urbano fisico e sociale da parte della polizia, nonché altre variabili relative a "SmartCity" (ad es. informazioni relative al contesto socio-demografico, all'ambiente urbano, all'illuminazione notturna, alla presenza di telecamere di sorveglianza e ai trasporti pubblici). I responsabili del progetto hanno testimoniato l'affidabilità delle tecniche utilizzate, che consentirebbero di prevedere gli atti criminali con un tasso di successo di circa il 60-65%. I test condotti nel Regno Unito nell'ambito di un progetto pilota per prevedere possibili ubicazioni di furto con scasso, furto e rapina dimostrano che le proiezioni del software utilizzate, denominato PREDPOL, erano accurate nel 78% dei casi, rispetto al 51% utilizzando tecniche tradizionali.

³⁹ "How technology is allowing police to predict where and when crime will happen", The Independent, 7 October 2017.

⁴⁰ A. ZAVRSNIK, *Big Data, crime and social control*, 196.

⁴¹ In dottrina questi strumenti sono spesso chiamati "algorithmic justice" or "automated justice", or "simulated justice".

Durham dal 2008 al 2012. Apprendendo dalle decisioni assunte dagli agenti di polizia durante questo periodo su soggetti sospetti, la macchina dovrebbe essere in grado di valutare il rischio di recidiva - basso, medio o alto -, basato su una trentina di fattori, alcuni dei quali però incautamente non correlati al crimine commesso (ad esempio il codice postale del luogo di residenza e il genere).

Nei test inizialmente condotti nel 2013, durante i quali è stato osservato un comportamento sospetto in un periodo di due anni dopo la commissione del crimine, le previsioni di HART sono risultate efficaci al 98% nel prevedere un rischio basso, e dell'88% un alto rischio di recidiva. In questa fase sperimentale, HART avrà un valore puramente consultivo per il giudice. Inoltre, la polizia effettuerà periodicamente audit sul funzionamento di HART e sull'affidabilità delle sue conclusioni.

Anche se è l'unico strumento predittivo finora identificato in Europa, offre l'opportunità di considerare le sfide che i decisori pubblici potrebbero affrontare nel prossimo futuro se questo tipo di applicazione venisse testato su scala più ampia, in particolare alla luce delle esperienze americane.

Negli Stati Uniti⁴², l'ONG ProPublica⁴³ ha rivelato gli effetti discriminatori dell'algoritmo utilizzato nel software COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), che mira a valutare il rischio di recidiva al momento in cui il giudice emette sentenza.

Questo algoritmo, sviluppato da una società privata ed utilizzato dai giudici in alcuni stati federali americani, comprende 137 domande a cui il sospetto deve rispondere e informazioni estratte dal casellario giudiziario. Le domande sono piuttosto varie e comprendono la presenza di un telefono a casa, la difficoltà a pagare le bollette, la storia familiare, la storia criminale dell'accusato, ecc.⁴⁴. L'algoritmo valuta la persona su una scala da 1 (basso rischio) a 10 (alto rischio). È un aiuto al processo decisionale giudiziario, le cui conclusioni sono solo una delle variabili considerate dal giudice al momento di decidere la sentenza.

La questione è che alle popolazioni afroamericane è stato assegnato un tasso di recidiva ad alto rischio doppio rispetto a quello di altre popolazioni entro due anni dalla condanna - senza che questo effetto venisse preventivato dai progettisti⁴⁵.

Al contrario, l'algoritmo ha considerato che altre popolazioni sembravano molto meno propense a reiterare un delitto⁴⁶.

⁴² Uno studio del 2015 aveva identificato una sessantina di strumenti predittivi negli Stati Uniti.

⁴³ www.propublica.org/article/technical-response-to-northpointe.

⁴⁴ Esistono altri algoritmi che sono stati sviluppati tenendo conto delle osservazioni critiche espresse dalla dottrina e che si basano su variabili più piccole, più direttamente correlate al crimine commesso e meno legate alla razza, al genere o allo stato socioeconomico. Un esempio è lo strumento di valutazione della sicurezza pubblica utilizzato in 30 giurisdizioni americane.

⁴⁵ Questo effetto discriminatorio può essere spiegato con la "calibrazione" del modello di algoritmo, che crea molti "falsi positivi".

⁴⁶ Le popolazioni di colore sono state più frequentemente classificate come ad alto rischio, anche senza reiterazione entro due anni dalla condanna, mentre le popolazioni bianche sono state classificate più frequentemente come a basso rischio ed hanno commesso reati entro i due anni. In breve, l'algoritmo ha sovrastimato il rischio di recidiva per i neri e lo ha sottovalutato per i bianchi (i "falsi positivi" erano per lo più neri, mentre i "falsi negativi" erano principalmente bianchi). In risposta alle accuse di ProPublica, NorthPointe (ora "Equivalent") ha risposto che le popolazioni bianche e nere erano ugualmente rappresentate quando si consideravano i "veri positivi". La questione di come conciliare sia l'accuratezza dell'algoritmo nel rilevare la recidiva, sia la necessità di evitare effetti discriminatori nei confronti delle popolazioni nere è stata la fonte di un intenso dibattito in letteratura; v. in particolare Chouldechova A. (2016), *A fair prediction with a disparate impact: a study on bias in recidivism prediction instruments*, disponibile su <http://arxiv.org/abs/1610.07524>; e anche "Bias in criminal risks scores is mathematically inevitable, Researchers say", disponibile su <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>. Questo dibattito riflette anche la questione della legittimità che una società privata, senza alcun controllo istituzionale, possa scegliere tra due requisiti opposti: quello di difendere la società, da un lato, e quello di rispettare i diritti dei singoli, dall'altro.

Va ovviamente notato che questo tipo di interpretazione fuorviante nella realtà rivela solo la fragilità sociale ed economica di alcuni gruppi di popolazioni che non sono ovviamente criminogene per natura. I ricercatori del *Dartmouth College* hanno anche dimostrato che questo tipo di algoritmo non produce valore aggiunto poiché le persone senza precedenti penali possono riprodurre esattamente la stessa valutazione semplicemente rispondendo al questionario.

Inoltre, la mancanza di trasparenza nei processi operativi dell'algoritmo progettati da società private (che rivendicano la proprietà intellettuale) desta preoccupazione. Poiché le società private *legal tech*, creatrici dell'algoritmo attingono i dati che vanno a costituire la base informativa dalle stesse autorità statali, la loro mancanza di responsabilità nei confronti dei cittadini pone un grave problema democratico, anche perché di norma il pubblico viene informato delle operazioni sui *big data* in modo accidentale, sporadico, in occasione di *data loss* o di *data breach* o di contenziosi giudiziari: un esempio di ciò è quando ProPublica ha rivelato i difetti dell'algoritmo COMPAS a seguito del rifiuto della società proprietaria di condividerlo. La ONG ha dovuto fare appello alle autorità pubbliche affinché accedessero ai dati e inviassero un proprio perito per esaminare l'algoritmo.

19. Le sfide della "predittività" in materia penale

Gli esempi sopra riportati mostrano che possono esserci enormi opportunità ma anche rischi reali nell'applicazione di nuove tecnologie che vengono utilizzate senza le necessarie precauzioni. I responsabili delle decisioni pubbliche e le parti interessate nel settore giudiziario devono essere particolarmente vigili e svolgere un ruolo attivo nello sviluppo di queste tecnologie; il monitoraggio continuo è necessario per determinare la loro reale efficacia ed efficienza ed evitare conseguenze impreviste. Ciò è ancora più importante nei procedimenti penali a causa del loro impatto diretto sulle libertà personali degli individui⁴⁷.

I sostenitori di questi strumenti sostengono spesso che essi sono neutrali e fanno affidamento su metodi concreti e oggettivi che contribuiscono a rendere la giustizia più accurata e trasparente. Un altro grande vantaggio, si sostiene, è la loro efficienza, che a volte supera le capacità umane e può essere estremamente preziosa anche in un contesto generale di riduzione dei fondi pubblici o persino di carenza di risorse.

Ma, d'altro canto, l'inclusione di variabili algoritmiche come la storia criminale e lo sfondo della famiglia significa che il comportamento di un determinato gruppo può decidere il destino di un individuo, che è, ovviamente, un essere umano unico, con un background sociale specifico, istruzione, capacità, grado di colpa e motivazioni per la commissione del reato del tutto peculiari⁴⁸.

Sostengono inoltre che le decisioni umane possono essere basate su valori e considerazioni che non alterano invece il giudizio della macchina, ma questa prerogativa della macchina può rivelarsi un'arma a doppio taglio. Ad esempio, un giudice potrebbe decidere di ordinare la cauzione di una donna pur con rischio elevato di recidiva, sulla base di una gerarchia di valori, ad esempio attribuendo maggiore importanza al suo ruolo di madre e protettrice dei suoi figli, mentre

⁴⁷ Un estratto della decisione della Corte suprema del Wisconsin in "*Wisconsin vs. Loomis*" può fornire ispirazione anche a livello europeo: "*It is important to consider that tools such as COMPAS continue to change and evolve. The concerns we address today may very well be alleviated in the future. It is incumbent upon the criminal justice system to recognize that in the coming months and years, additional research data will become available. Different and better tools may be developed. As data changes, our use of evidence-based tools will have to change as well. The justice system must keep up with the research and continually assess the use of these tools*".

⁴⁸ A. ZAVRSNIK, *Big Data, crime and social control*, 196.

l'algoritmo potrebbe determinare il rischio di recidiva in modo più accurato, ma non sarebbe in grado di operare una tale gerarchia di priorità.

In materia penale vi sono anche potenziali rischi di discriminazione se si considera che questi strumenti, costruiti e interpretati dagli esseri umani, possono riprodurre disparità ingiustificate già esistenti nel sistema giudiziario penale interessato; così, anziché correggere esiti discriminatori, la tecnologia potrebbe finire per legittimarli.

Alla luce di quanto precede, quando gli algoritmi vengono utilizzati in un processo penale, è essenziale poter garantire pienamente il rispetto del principio della parità delle armi e della presunzione di innocenza sancito dall'articolo 6 della CEDU.

L'interessato dovrebbe avere accesso e poter contestare la validità scientifica di un algoritmo, la ponderazione effettuata sui suoi vari elementi e qualsiasi conclusione errata a cui giunge ogni volta che un giudice suggerisce che potrebbe usarlo prima di una decisione. Come visto sopra tutte le persone hanno il diritto di non essere soggette alle decisioni che le riguardano in modo significativo, basate unicamente su un trattamento automatizzato dei dati, senza che il loro punto di vista sia stato preso in considerazione in anticipo.

A questo proposito, esiste una differenza tra Europa e Stati Uniti per quanto riguarda il diritto di accesso agli algoritmi: mentre negli Stati Uniti le autorità giudiziarie sono ancora riluttanti a riconoscere pienamente il diritto di difesa in contrapposizione con gli interessi privati e, segnatamente, con i diritti di proprietà intellettuale, in Europa il quadro è più protettivo a causa del GDPR, che stabilisce un diritto all'informazione sulla logica sottostante delle decisioni assunte usando algoritmi⁴⁹.

Le considerazioni espresse in precedenza in merito agli effetti potenzialmente negativi di questi strumenti sull'imparzialità del giudice sono valide anche in materia penale: un giudice che decide contro la previsione di un algoritmo rischia di correre rischi assumendosi una maggiore responsabilità. Non sembra irrealistico immaginare che i giudici sarebbero riluttanti ad assumersi questo onere aggiuntivo, in particolare nei sistemi in cui il loro mandato non è permanente ma soggetto al voto popolare⁵⁰, o in cui è possibile che siano chiamati a rispondere della decisione a titolo personale con una responsabilità disciplinare, civile o persino penale.

20. Le questioni specifiche relative alla protezione dei dati personali

Per sfruttare appieno il potenziale degli algoritmi nel rispetto dei principi di protezione dei dati, si dovrebbe applicare il principio di precauzione e mettere in atto politiche preventive per contrastare i potenziali rischi associati all'uso dei dati elaborati da tali algoritmi e l'impatto del loro uso sugli individui e sulla società in generale.

Il principio di liceità nel trattamento dei dati personali e l'obbligo di prevenire o minimizzare l'impatto del trattamento dei dati sui diritti e sulle libertà fondamentali degli interessati dovrebbero indurre una valutazione preliminare del rischio. Ciò dovrebbe consentire di attuare le misure appropriate, in particolare durante la fase di progettazione (*privacy by design*) e sempre (*privacy by default*), al fine di mitigare i rischi identificati.

⁴⁹ Article 15, 1. (h) of EU Regulation 2016/679: "The data subject shall have the right to obtain from the controller" ... "the following information:" ... "the existence of automated decision-making, including profiling, as referred to in Article 22, paragraphs 1 and 4, and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject".

⁵⁰ V. *Subjectivity, algorithms and the courtroom*, reperibile all'indirizzo telematico https://www.researchgate.net/publication/331283837_Subjectivity_algorithms_and_the_courtroom.

Poiché i dati personali devono essere trattati per scopi determinati e legittimi, non devono essere utilizzati in modo incompatibile con tali scopi e non devono essere ulteriormente trattati in modo tale che l'interessato possa considerare inattesi, inappropriati o discutibili (principio di lealtà), il loro riutilizzo deve essere gestito con la massima cautela.

22. Il potenziale e i limiti degli strumenti di giustizia predittiva

Il termine giustizia predittiva dovrebbe essere respinto perché è ambiguo e fuorviante. Questi strumenti si basano su metodi di analisi della giurisprudenza, utilizzando metodi statistici che non riproducono in alcun modo il ragionamento giuridico ma possono tentare di descriverlo. I pregiudizi analitici, se non possono essere completamente eliminati, devono essere identificati ed il processo di progettazione e l'uso dello strumento devono essere integrati in un chiaro quadro etico.

Già sopra sono stati evidenziati l'ambiguità e l'errore insiti nel concetto di "giustizia predittiva" e come ciò possa operare un fraintendimento nella mente collettiva, portandola a credere che le macchine, prive di qualsiasi emozione, un giorno saranno migliori e in grado di rendere più affidabile l'atto di giudicare.

Oggi più che mai, le sue promesse devono essere esaminate in modo oggettivo e scientifico, basato su solide basi della ricerca fondamentale, al fine di identificare possibili limiti. A tale proposito, va notato che i rischi di interpretazioni distorte del significato delle decisioni giudiziarie sono estremamente elevati, se basati esclusivamente su modelli statistici. Questa osservazione è ulteriormente confermata dalla mancanza di una comprensione precisa dei collegamenti tra i dati e dall'evidente presenza di false correlazioni che non possono essere individuate in grandi masse di dati.

Inoltre, la neutralità degli algoritmi è un mito, poiché i loro creatori trasferiscono consapevolmente o involontariamente i loro sistemi di valori in essi.

Il filosofo Eric Sadin⁵¹, ha osservato che, dietro la loro efficienza ed apparente neutralità vi è una catena di informazioni variabile che va dalla scala di valori del progettista, alla produzione del codice macchina, all'esecuzione dell'algoritmo, al contesto in cui opera, alle attività di manutenzione. Questa osservazione è peraltro condivisa anche dal criminologo Aleš Završnik⁵², che sottolinea come le fasi di costruzione e interpretazione degli algoritmi siano eseguite dall'uomo, per l'uomo e non possano sfuggire a errori, pre-studi, valori, interessi umani e a una rappresentazione umana del mondo, comunque siano concepiti.

Nonostante questi limiti significativi non si dovrebbe trascurare il contributo di una tecnologia con un potere senza pari. I matematici CS Calude e G. Longo⁵³ sottolineano nel loro studio sui *big data* che i loro risultati discutibili, come spesso accade, non devono distruggere la scienza dei dati ma aprire la sfida verso un nuovo metodo scientifico più ampio in grado di incorporare sia nuovi strumenti algoritmici sia strumenti classici, accompagnando il processo con una rigorosa valutazione delle prove.

Come sottolineato nell'introduzione, è probabile che l'uso dell'AI offra un supporto estremamente significativo ai professionisti, compresi giudici e avvocati, ma anche al pubblico in generale, soprattutto se un giorno consentiranno di effettuare ricerche senza pari in materia

⁵¹ E. SADIN, *La Vie algorithmique. Critique de la raison numérique*, Paris, L'Échappée, coll. «Pour en finir avec», 2015, 288.

⁵² A. ZAVRSNIK, *Big Data, Crime and Social Control*, Routledge Frontiers of Criminal Justice, Taylor & Francis Ltd, 2017, 230.

⁵³ C. S. CALUDE e G. LONGO, *The Deluge of Spurious Correlations in Big Data*, 2017, <https://www.di.ens.fr/users/longo/files/BigData-Calude-LongoAug21.pdf>.

legislativa, normativa, giurisprudenziale e dottrinale e creare collegamenti dinamici tra tutte queste fonti. Ma questo tipo di applicazione va oltre lo scopo di questo articolo poiché non è progettato per prevedere l'esito di una controversia ma per analizzare la giurisprudenza in un determinato tempo e spazio.

Come già espresso sopra, fatta salva la rappresentatività dei campioni selezionati ed elaborati, l'AI ha contribuito ad elaborare tabelle molto più precise delle somme medie o mediane di denaro stanziato, *mutatis mutandis*, in vari settori (sostegno finanziario, benefici compensativi, risarcimento per lesioni personali, TFR, ecc.). Queste tabelle, che si basano più su un consenso che su un'analisi media di ciò che già esiste, forniscono già un supporto significativo per il processo decisionale e l'orientamento senza voler sostituire la legge stessa.

Come accennato in precedenza, il rischio è che, in assenza di una rappresentazione statistica della realtà, i risultati del software di giustizia predittiva siano stabiliti come standard, senza alcuna convalida da parte dell'ordinamento giuridico e in conflitto con esso.

Infine, consideriamo l'idea di poter fare un passo indietro a piacimento dai sistemi predittivi. Invece di bloccare gli utenti in una probabilità (o in un insieme di probabilità), l'idea sarebbe quella di consentire loro di navigare attraverso le correlazioni che hanno portato il sistema a proporre la sua valutazione e di essere in grado di prendere le distanze selezionando altri concetti più pertinenti o gruppi di parole o per escludere false correlazioni.

Per utilizzare l'esempio UCL, ciò consisterebbe nel proporre una rappresentazione grafica dei diversi termini conservati dal sistema (con i rispettivi coefficienti correttori) per scoprire che c'è stata una violazione (o non violazione) e autorizzare altri percorsi da intraprendere proponendo la selezione di altri termini o gruppi lessicali.

Per quanto audace e seducente possa essere questa proposta, presuppone che gli stessi professionisti (giudici, avvocati, università) prendano in carico collettivamente il sistema al fine di verificarne la fattibilità e non consentano agli operatori privati da soli, di progettare software bloccati nel ragionamento o nel calcolo.

Le promesse ambiziose (e non mantenute) di alcune società *legal-tech* non devono oscurare l'immenso potenziale delle tecnologie e la necessità di applicazioni adattate e integrate direttamente con ambienti di ricerca scientifica e accademica, nonché con tutti i professionisti legali, come magistrati, impiegati, avvocati, notai, ufficiali giudiziari ed esperti sul campo.

In questo contesto dinamico, sembra essenziale, in primo luogo, non assumere decisioni affrettate e prendere tempo per discutere in anticipo i rischi e le applicazioni pratiche di questi strumenti per i sistemi giudiziari e testarli nella prima fase.

Un sistema giudiziario in linea con i tempi sarebbe in grado di stabilire, amministrare e garantire una vera cibernetica, sia per il settore pubblico, sia per quello privato e insistere sulla totale trasparenza e correttezza nel funzionamento degli algoritmi, che potrebbe contribuire un giorno al processo decisionale giudiziario.

23. La necessità di un dibattito pubblico per il rispetto dei diritti fondamentali

Le questioni connesse con l'attuazione di strumenti predittivi sono così numerosi e sfaccettati che richiedono un approccio equilibrato da parte dei responsabili delle decisioni pubbliche.

In primo luogo, è essenziale tenere un dibattito pubblico su queste questioni, riunendo sia i progettisti degli strumenti che i professionisti del diritto. I consigli giudiziari, le associazioni dei giudici e quelle degli avvocati possono indubbiamente contribuire a individuare le opportunità e a cercare soluzioni sugli aspetti più controversi.

Inoltre, la formazione giudiziaria e le università di giurisprudenza possono svolgere un ruolo chiave nella sensibilizzazione e divulgazione di questi temi tra i professionisti della giustizia, in modo che tutti gli operatori possano comprendere meglio e contribuire concretamente agli sviluppi.

È inoltre essenziale effettuare ricerche sulle applicazioni proposte e testarle, sia per comprenderne le potenzialità e le debolezze, sia per svilupparle ulteriormente e adattarle alle diverse esigenze.

Il diritto di esaminare le componenti e le caratteristiche degli strumenti proposti dal settore privato (o quelli sviluppati da istituti pubblici indipendenti e specializzati, una soluzione che dovrebbe essere incoraggiata) sembra altrettanto importante affinché il servizio di giustizia possa svolgere efficacemente la sua missione.

dovrebbe essere condotta una valutazione rigorosa dei risultati dei test prima dell'adozione di tali strumenti. Sembra inoltre fortemente consigliabile valutare regolarmente l'impatto di questi strumenti sul lavoro dei professionisti della giustizia.

24. La creazione di un quadro etico

In primo luogo, la semplice adozione di un quadro legislativo o normativo per l'AI sembra vana in un contesto digitale che è intrinsecamente transnazionale nel suo campo di applicazione. D'altra parte, è probabile che l'attenzione scrupolosa sulla natura e la qualità degli *open data* riduca al minimo i rischi di inadeguate interreferenziazioni e rafforzi la pertinenza dei risultati del trattamento automatizzato. Per quanto riguarda i nomi dei professionisti, una semplice precauzione sarebbe quella di proibire la loro diffusione pubblica in database grezzi strutturati, visti i rischi di uso improprio. Non si tratterebbe di limitare l'accesso alle informazioni già trattate (ad esempio, la composizione di una giuria) ma di filtrare i dati grezzi messi liberamente a disposizione. In breve, occorre distinguere tra l'accesso alle informazioni e l'accesso alle banche dati, che possono essere manipolate a loro volta.

Gli esperti Buttarelli⁵⁴ e Marr hanno sottolineato come i *big data* debbano essere strettamente controllati e protetti. Altri (Pasquale e Morozov) hanno sottolineato la necessità di stabilire procedure trasparenti per la distribuzione dei *big data* e più in generale per l'AI in campo giudiziario, perché le soluzioni proposte non possono mai rappresentare la vita nella sua complessità.

Risulta in questo contesto essenziale lo sviluppo di norme di "Ciberetica" per guidare l'attività degli operatori del settore e promuovere i suddetti principi di trasparenza, equità e neutralità dello strumento.

Il monitoraggio regolare da parte di esperti indipendenti dovrebbe garantire che i sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per assistere i giudici nelle loro decisioni non siano di parte.

Non è inappropriato anticipare l'implementazione, discreta o meno, dei sistemi di riferimento a pagamento (basati sul modello di pubblicità dei motori di ricerca di Google) che consentano a determinati operatori di dare meno peso alle decisioni che sono loro sfavorevoli. Queste norme svolgeranno un ruolo chiave nell'aumentare la fiducia dei cittadini nei loro sistemi giudiziari. A questo proposito, la qualità dei migliori sistemi potrebbe essere riconosciuta con l'assegnazione di un'etichetta o di una certificazione.

⁵⁴ G. BUTTARELLI, *European data protection supervisor encourages the new debate on big data*, EDPS, 2015/11 Brussels, 19 novembre su https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2015-11-edps_big_data_it.pdf.

In particolare, i sistemi devono garantire una totale trasparenza e una perfetta equità nel modo in cui le informazioni vengono trattate, sia per i professionisti che per i cittadini, per evitare il ripetersi di errori come l'algoritmo COMPAS negli USA.

I professionisti della giustizia devono essere strettamente coinvolti per poter valutare adeguatamente i rischi e l'impatto di tali applicazioni sui sistemi giudiziari. Al giorno d'oggi, tutti gli esperti coinvolti nello sviluppo dell'AI, compresi ricercatori, ingegneri e sviluppatori di software, hanno responsabilità eccezionali e senza precedenti.

Il loro lavoro potrebbe essere accompagnato da un rafforzamento ancora maggiore delle discipline umanistiche. L'esempio di alcune scuole innovative di sviluppatori di computer mostra che dietro la volontà di "hackerare il sistema" si nasconde, secondo alcuni osservatori, in realtà un pragmatismo privo di qualsiasi contestualizzazione della responsabilità che ora pende su tecnici con poteri quasi-demiurgici.

Il Giuramento di Ippocrate ha certamente i suoi limiti in medicina, ma ritualizza la responsabilità e fornisce un quadro etico. Infine, la "Ciberetica" deve essere accompagnata da una formazione su larga scala delle parti interessate, dai progettisti di algoritmi, alle aziende *legal-tech*, ai loro utenti. Nuove discipline umanistiche interdisciplinari dovrebbero essere messe a disposizione di tutti in modo che l'AI diventi un vettore di sviluppo positivo per l'umanità.

GIACOMO CANALE
**L'uso "tendenziale" del precedente nella giurisprudenza costituzionale
e i suoi possibili sviluppi futuri**

SOMMARIO: 1. Premessa: gli effetti dell'innovazione tecnologica e ordinamentale sull'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale. – 2. Il dibattito dottrinale sul suo valore giuridico. – 3. L'uso del precedente nel processo decisionale della Corte costituzionale. – 4. L'uso del precedente nella pronuncia. – 5. La tesi dell'uso prevalentemente tendenziale. – 6. Prospettive future: ritorno al passato?

1. *Premessa: gli effetti dell'innovazione tecnologica e ordinamentale sull'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale.*

1. Ci si potrebbe domandare perché affrontare nuovamente un tema così classico, come quello dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale, già più volte affrontato autorevolmente in dottrina¹. La domanda non sarebbe certo peregrina, soprattutto se lo studio non avesse, come in questo caso, il solo scopo di riassumere criticamente il dibattito, ma invece volesse tragarlo da altri angoli visuali, sulla base delle evoluzioni ordinamentali e, soprattutto, tecnologici nel frattempo intervenute.

E se può sembrare naturale "aggiornare" uno studio giuridico alle novità normative e istituzionali, può sembrarlo meno il riferimento ai progressi tecnologici.

A noi invece pare che questi abbiano enorme importanza per il nostro tema. In primo luogo, perché la tecnologia, e in particolare quella informatica e telematica², non rappresenta un mero fatto giuridicamente neutro, in quanto essa stessa di per sé è idonea a produrre molteplici effetti sul mondo del diritto³, potendone favorire l'evoluzione e/o trasformazione di istituti e concetti⁴. E ciò vale per il nostro tema, come peraltro dimostra la singolare circostanza che quasi tutti gli studi

¹ Una prima risalente riflessione articolata sul tema si vedano G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, UTET, Torino, 1971; A. PIZZORUSSO, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss. A. ANZON, *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

² Al riguardo, si può certo affermare che il Prof. Pasquale Costanzo sia stato uno dei primi a percepire questo fenomeno, dedicando larga parte della sua produzione scientifica a queste tematiche, soprattutto con la direzione della rivista telematica *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), al punto che qualsiasi studioso voglia approfondire le complesse questioni giuridiche poste dalla rivoluzione digitale e telematica non possa non considerarlo come un punto di riferimento imprescindibile.

³ «Già ora noi pratichiamo il diritto in modo diverso da quanto facessimo in passato: abbiamo a disposizione computer sui quali scrivere i nostri atti (e, come sa chi utilizza entrambi gli strumenti, il pensiero che passa dalla penna stilografica - della biro non saprei che dire... - non è lo stesso che passa dalla tastiera); anche dati digitali (di leggi, sentenze, contributi dottrinali, atti amministrativi) alle quali attingere (sulle quali operiamo attraverso le parole chiave e non più con quella sorta di percorso iniziatico che era implicato dalla ricerca cartacea); pur meno diffuse - allo stato - previsioni probabilistiche robotiche sull'esito di una possibile controversia (le quali, addirittura, possono rendere recessivo il nostro ruolo di chierici, se è vero che le informazioni degli esperti "in realtà altro non sono che valutazioni di probabilità")». M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2018, 892.

⁴ Si pensi anche al notevole contributo allo sviluppo della scienza costituzionale (e non solo) fornito dalla pubblicazione delle riviste elettroniche sulla rete Internet. G. GRASSO, *Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo*, in questi stessi scritti.

sul tema del precedente nella giurisprudenza costituzionale facessero riferimento al possibile sviluppo dell'evoluzione tecnologica⁵.

Al riguardo, è indubbio che la catalogazione informatica del materiale giurisprudenziale consenta una facilità di ricerca che semmai capovolge i problemi pratici del giurista che oggi non sperimenta più la difficoltà del reperimento archivistico dei precedenti anche relativamente recenti (chiunque oggi sarebbe atterrito all'idea di ricercare in un archivio pubblico un fascicolo processuale cartaceo di 20 o 30 anni fa), quanto semmai la difficoltà di delimitare esattamente il campo della ricerca per selezionare soltanto i casi di effettivo interesse e non essere sepolto da una marea di dati⁶. E dell'incidenza di tale strumento sull'argomento del precedente dimostrava di esserne consapevole la medesima Corte costituzionale, quando adottò alla fine degli anni Ottanta l'allora nuovo sistema informatico "SIGICO"⁷.

Nello stesso tempo si profilano orizzonti di impiego che avremmo confinato fino a ieri nella letteratura o cinematografia fantascientifica grazie alle possibili applicazioni concrete dell'Intelligenza Artificiale⁸.

L'altro elemento di cambiamento che giustifica una nuova riflessione sul tema concerne l'arricchimento dei modelli giuridici di riferimento. Infatti, come è noto, il tema è stato affrontato usando come termine di riferimento la tradizionale distinzione tra ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*, allo scopo di indagare la possibile sussistenza, seppur in forme diverse, della nota regola dello *stare decisis* anche nella nostra giurisprudenza costituzionale⁹. Ma oggi questa prospettiva di analisi, che, come si vedrà meglio *infra* ha originato due principali distinti

⁵ Ad esempio nella nota conclusiva della monografia citata *supra* (A. ANZON, *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*), l'autrice scriveva: «Di particolare interesse, da questo punto di vista (quello della raccolta delle decisioni e della loro corretta sistematizzazione, NdA), sono sia la progettata schedatura elettronica di tutte le pronunzie (...), sia la recente istituzione (...) dell'Ufficio ruolo e massimario, sia la redazione da parte del Servizio Studi, di raccolte ragionate e sistematiche di giurisprudenza per argomenti o per problemi, come pure la migliore messa a punto, sotto il profilo organizzativo e funzionale di alcuni servizi, quali quello di cancelleria e quello di assistenza di studio ai singoli giudici.» (148). È evidente l'importanza che correttamente veniva attribuita al progresso tecnico, ancorché allora nemmeno si potevano prevedere i successivi straordinari sviluppi, e all'organizzazione interna che, come vedremo, è successivamente stata affinata ulteriormente. Ma già il Treves scriveva nel 1971 che «Se pure la Corte non ha sviluppato le tecniche raffinate dei giudici di common law, non essendo obbligata a seguire i propri precedenti, è tuttavia fuori di dubbio l'esistenza di taluni punti di contatto fra i due sistemi. Un elaboratore elettronico potrebbe certo fornire dati più completi e sicuri, ma, pure seguendo, mezzi artigianali si possono individuare taluni procedimenti tipici, anche se non sempre si presentano con nettezza». G. TREVES, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 8.

⁶ «È anche per questo che la completezza e l'efficienza di un sistema informatico rappresenta uno strumento essenziale nel reperimento dei precedenti». E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008, 285.

⁷ Infatti, il Presidente Saia in occasione della consueta conferenza stampa, presentando il nuovo sistema informatico affermava che «il preciso e rapido riscontro delle precedenti decisioni attraverso un'attenta ed omogenea massimazione di una giurisprudenza più che trentennale avrebbe consentito anche ai terzi di seguire lo svolgimento del processo dall'inizio alla conclusione, nonché di conoscere gli elementi comuni a giudizi affini». Conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 1988.

⁸ A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017; A. CARLEO, *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli editore, Torino, 2016.

⁹ Prospettiva di analisi giustificata anche dal fatto che la Corte costituzionale avrebbe le caratteristiche strutturali per una implementazione della regola del precedente vincolante, essendo un giudice unico composto da un numero limitato di persone che adotta un numero relativamente basso di pronunce. Situazione totalmente distinta dagli organi supremi della giurisdizione civile e penale (ma anche amministrativa) che sono strutturalmente contraddistinti dalla compresenza di più sezioni e dalla numerosità dei membri, in particolare per la Corte di Cassazione, i quali costituiscono fortissimi ostacoli ad una forte coerenza giurisprudenziale. G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017.

orientamenti dottrinali, può essere ampliata in virtù della "comparsa"¹⁰ di nuove corti sovranazionali, Corte di Giustizia¹¹ e Corte EDU¹², divenute indubbiamente i principali, *rectius* i più frequenti, riferimenti della nostra giurisprudenza costituzionale (e non solo).

Il tema del precedente può inoltre essere riesaminato anche alla luce del riferimento anche ad altri attori istituzionali italiani che conoscono la medesima problematica. Si fa riferimento all'uso del precedente nell'attività parlamentare¹³, poiché tale esperienza mostra significative suggestioni e, soprattutto, consente di evidenziare un processo in corso sul ruolo della Corte costituzionale che forse giustifica un parallelismo un tempo impensabile.

2. Il dibattito dottrinale sul suo valore giuridico.

Se queste sono le tante ragioni che inducono a tornare sul tema del precedente nella giurisprudenza costituzionale, sembra comunque necessario riassumere sinteticamente i termini del dibattito dottrinale che perlopiù ha riguardato la possibilità di individuare nell'ordinamento costituzionale il fondamento dell'efficacia del precedente giudiziale.

Come si diceva, sono individuabili due principali orientamenti teorici¹⁴: secondo l'uno, l'osservanza del precedente da parte della Corte costituzionale esclude ogni rilevanza giuridica, ossia è un dato di mero fatto posto che non vi è nessun vincolo legale in tal senso¹⁵; secondo l'altro, si riconosce una limitata efficacia giuridica al precedente, poiché «per i nostri giudici il precedente si impone per varie ragioni, fra le quali balza in primo piano la sua forza persuasiva¹⁶. E se pure essi sono liberi di seguire il proprio convincimento, non essendo tenuti a *stare decisis*, non può scordarsi che il diritto, in un dato momento, è in sostanza quello che risulta dalle loro decisioni»¹⁷.

Non sorprende dunque che tale posizione, la quale tende ad essere sostenuta sulla base dei principi di certezza del diritto, di affidamento di eguaglianza davanti alla legge e alla giurisdizione, enfatizzi il riconoscimento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, poiché «la stessa

¹⁰ In verità, come noto, questi due organi già esistevano ai tempi dei primi studi sul precedente nella giurisprudenza costituzionale, ma, a parte i loro successivi passi evolutivi che ne hanno ampliato significativamente il raggio di azione, allora non era ancora così diffuso quel rapporto costante tra Corte costituzionale e queste corti sovranazionali, testimoniata dalla sterminata letteratura sul c.d. dialogo tra le Corti che comprova l'arricchimento dei modelli di riferimento da cui attingere concrete modalità di funzionamento.

¹¹ Va infatti osservato che il processo comunitario di integrazione subisce un deciso cambio di passo con il trattato di Maastricht, che trasforma quella che era nata come un'unione puramente economica in un'organizzazione attiva in tutta una serie di settori che vanno dal clima all'ambiente, alla salute, alle relazioni esterne e alla sicurezza, alla giustizia e all'immigrazione. Per riflettere questo cambiamento, nel 1993 il nome di Comunità economica europea (CEE) è stato sostituito da Unione europea (UE).

¹² Il cui ambito di tutela giurisdizionale è stato significativamente esteso al novembre 1998, con l'applicazione del protocollo XI, il quale ha eliminato il filtro del controllo statale al ricorso individuale che ha permesso al giudice europeo l'estensione del suo intervento. B. RANDAZZO, *Gli effetti delle pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi e Ricerche* del sito web della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

¹³ Si veda, N. LUPO, *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁴ M. PEDRAZZA GORLERO, *Introduzione ad una ricerca sul precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 11.

¹⁵ A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, cit., 69.

¹⁶ A. PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 31-82; *Id.*, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss.

¹⁷ G. TREVES, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, cit., 6.

natura e gli stessi scopi di tale funzione (...) implicherebbero necessariamente il valore giuridico dei precedenti della Cassazione»¹⁸.

Non sono mancati in dottrina altresì tentativi di attribuire un'efficacia giuridica almeno parziale ai precedenti della giurisprudenza costituzionale¹⁹, ma è rimasta prevalente la tesi dell'efficacia persuasiva²⁰ nella quale la posizione che la Corte attribuisce al richiamo del precedente costituisce «un modo di esprimersi in sintesi con un rinvio»²¹.

Se questo è, in estrema sintesi, il quadro delle posizioni dottrinali sul tema, sembra comunque opportuno quando si affrontano queste tematiche non smarrire mai l'orizzonte più ampio delle fondamenta dell'edificio istituzionale dello stato costituzionale della tradizione liberaldemocratica che poggia sul principio della separazione dei poteri, con particolare riferimento alla tesi della scomposizione del potere in funzioni di Vezio Crisafulli²², secondo la quale bisognava distinguere tra il momento del "disporre", in via tendenzialmente generale e astratta, e il momento dell'individuale e concreto "provvedere" e come su queste basi il potere viene distribuito tra i diversi segmenti dell'apparato statale, secondo la propria fonte di legittimazione: «il potere di disporre in via generale ed astratta è –almeno tendenzialmente – appannaggio degli organi appartenenti al circuito democratico-rappresentativo, mentre quello di provvedere in termini individuali e concreti spetta ad organi sganciati da tale circuito»²³ e che invece sono riconducibili ad un circuito tecnico-professionale²⁴.

Questa breve digressione di contesto ha il compito di tenere a mente il quadro costituzionale generale anche quando si discorre di diritto giurisprudenziale come fonte del diritto, onde evitare che facili entusiasmi conducano a sentieri pericolosi, ma, per quel che qui interessa, anche per la valutazione complessiva sull'uso del precedente della Corte costituzionale, la quale probabilmente è difficilmente inquadrabile in uno dei due menzionati circuiti, potendo contare al contempo su un certo grado di rappresentatività, determinato dalle modalità di nomina ed elezione dei suoi

¹⁸ A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime di Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995, 85. L'autrice, continuando a riassumere il pensiero di Gorla e Pizzorusso per poi confutarlo con la sua posizione più tradizionalista di mero elemento fattuale del precedente, prosegue così: «sarebbe impensabile infatti – dicono – che l'assolvimento di una simile altissima funzione (nomofilattica NdA), collegata per di più ad interessi e principi fondamentali dell'ordinamento, quali l'uniformità dell'interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, la certezza del diritto e l'uguaglianza dei cittadini, fosse assicurato mediante una semplice autorità di fatto dei precedenti della stessa Corte.»

¹⁹ C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1994. L'autrice sostiene che l'inimpugnabilità delle decisioni della Corte rappresenterebbe «un referente costituzionale a sostegno dell'imposizione di fedeltà al proprio precedente».

Altri autori invece hanno tentato di attribuire rilevanza giuridica ai precedenti sul fondamento del principio di eguaglianza. A. CARLI GARDINO, *Il principio del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale sulle Regioni a statuto ordinario*, in *Quaderni Regionali*, 1985.

²⁰ Un'autorevole dottrina equiparava l'influenza persuasiva alla efficacia vincolante, osservando che la prima «pur non essendo per lo più meno intensa di quella derivante dalla comminatoria di una sanzione vera e propria» non era qualitativamente diversa dalla seconda, «in quanto si risolve anch'essa in una forma, sia pur blanda di concezione alla osservanza della norma». A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, a cura di, Bologna- Roma, 1971, 51.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, in G. VISENTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, CEDAM, Padova, 1988, 96.

²² V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 255.

²³ A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Terza edizione, Giappichelli editore, Torino, 2012, 56.

²⁴ Sullo specifico rapporto tra separazione degli apparati e delle funzioni, si veda F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, trad. it. G. SAVINI, seconda edizione, Il Mulino, Bologna, 1984.

membri²⁵, e su una specifica legittimazione tecnica²⁶. E forse questo angolo visuale potrebbe rivelare qualche sorpresa sulla valutazione dell'uso del precedente della Corte costituzionale, che potrebbe risultare più vicino alla logica di un organo rappresentativo piuttosto che a quello di un organo giurisdizionale²⁷.

3. L'uso del precedente nel processo decisionale della Corte costituzionale.

L'analisi sull'uso del precedente da parte della Corte costituzionale crediamo debba avere inizio dall'esame del suo uso nel processo decisionale, cioè come viene utilizzato il precedente nelle attività di assistenza necessarie alla decisione e alla redazione della pronuncia da parte rispettivamente degli assistenti di studio (ed eventualmente del Servizio Studi, se incaricato di predisporre apposito quaderno di ricerca) e dell'Ufficio Massimario.

Infatti, va preliminarmente osservato che nelle attività compiute dal Servizio Cancelleria (verifica regolarità notifiche e comunicazioni; completezza del fascicolo ecc.) e dall'Ufficio Ruolo (iscrizione della causa nei registri telematici con evidenziazione delle questioni e delle liti pendenti) non sembrano sussistere profili di particolare interesse per il nostro studio (naturalmente ve ne sono molti altri ma, appunto, relativi ad altri aspetti).

Non è invece così per il momento centrale del lavoro preparatorio che, come è noto, consiste nella predisposizione di un quaderno di ricerca da parte degli assistenti di studio del giudice relatore, nonché talvolta da uno, più generale, preparato dal Servizio Studi e da uno di indagine delle principali esperienze ordinamentali straniere da parte dell'area di diritto comparato del medesimo Servizio Studi.

Il principale strumento è dunque il quaderno predisposto dagli assistenti di studio, che è preparato per qualsiasi pronuncia da parte del giudice relatore e che viene distribuito all'intero collegio prima della sua discussione.

La struttura dei quaderni di ricerca degli assistenti è ormai collaudata e pacificamente adottata da tutti per evidenti ragioni di uniformità. I quaderni sono normalmente introdotti dall'esposizione succinta della questione in esame e dalle indicazioni delle disposizioni normative e dei parametri costituzionali di precipua pertinenza del giudizio. Subito dopo questa breve parte introduttiva, che ha lo scopo di far percepire con immediatezza i termini della questione da discutere e decidere, vi è una lunga parte dedicata ai propri precedenti. A seguire vi sono i precedenti di altri giudici, la

²⁵ Infatti, non solo i giudici costituzionali di provenienza parlamentare hanno un certo grado di rappresentatività, ma anche quelli di nomina presidenziale e quelli eletti dalle supreme magistrature. Naturalmente, la rappresentatività non va confusa con la vicinanza a partiti o movimenti politici o correnti sindacali, quanto la capacità di rappresentare nel collegio orientamenti culturali, giuridici e politici in senso lato.

²⁶ In virtù delle note elevate qualifiche professionali richieste per potere essere eletti o nominati giudici costituzionali.

²⁷ Peraltro, ciò potrebbe dipendere dal fatto che «la caratteristica differenziale più saliente e macroscopica è che nel processo costituzionale la controversia non verte intorno alla valutazione di un fatto, come nel processo ordinario, *ma intorno alla valutazione di una norma*» (E. CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 303). Così anche F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli editore, Torino, 2002, 47, secondo cui il processo costituzionale è «un giudizio su norme che solo indirettamente ed eventualmente, nel caso di accesso incidentale, incide su posizioni soggettive». È altresì segnalato che l'asse del giudizio di costituzionalità, tenderebbe a spostarsi «in moltissimi casi, dalle norme ai principî, dal confronto tra norme al «bilanciamento» tra diversi interessi e valori sottesi alle norme. Altre deviazioni dal modello hanno riguardato l'arricchimento della tipologia delle sentenze, lo spostamento del giudizio dalle disposizioni alle norme, concepite come possibili varianti contenute nella stessa disposizione, e l'avvicinamento al giudizio di merito attraverso il sindacato di ragionevolezza». M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1147.

normativa estesa, vario materiale istruttorio²⁸ (lavori parlamentari, pareri, relazioni ecc.) e, infine, la dottrina.

Già la posizione topografica dei precedenti può fornire l'idea di quanta rilevanza la Corte assegni alla propria giurisprudenza e, soprattutto, l'incidenza che essa concretamente può svolgere nell'operato di ciascun giudice, posto che è quasi materialmente impossibile consultare tutto il materiale della ricerca (che verosimilmente dovrebbe essere contenuta in spazi di effettiva e concreta consultabilità integrale), ma ciò che rileva maggiormente, a nostro parere, è un altro aspetto maggiormente indicativo del valore dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale.

Si fa riferimento al fatto che i precedenti riportati per argomenti processuali e sostanziali sono inseriti senza sostanziale distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*²⁹, o tra *ratio decidendi* ancora vincolante o non più, anche se talvolta il curatore della ricerca evidenzia in grassetto le parti che ritiene di maggiore rilevanza, ma con citazione estesa dei brani di pronunce ritenuti di interesse e allegazione delle intere pronunce citate. Si tratta, in definitiva, di un ampio materiale giurisprudenziale di autocitazioni, dal quale la Corte può (quasi) liberamente trarre spunto per la motivazione della sua decisione. E ciò vale sostanzialmente anche per i quaderni predisposti dal Servizio Studi e per l'area comparata (ma qui è tutto sommato naturale che sia così, non potendo certo sussistere un qualsiasi obbligo giuridico posto da un precedente di un giudice supremo di un altro ordinamento).

Sembra dunque mancare una concezione "prescrittiva" del precedente, come, appunto, dimostrerebbe la copiosa selezione di brani di giurisprudenza costituzionale forniti a corredo del materiale di ricerca da impiegare per la soluzione della questione.

Un'indiretta prova fattuale di tale tesi è rappresentata dall'assenza di uno strumento informatico dedicato al precedente³⁰. Come detto, esiste una banca dati (adesso SIGICO2)³¹ accessibile ai diversi

²⁸ Verosimilmente se i quaderni delle ricerche fossero pubblici, almeno dopo la pubblicazione delle relative pronunce, la questione dell'attività istruttorie della Corte potrebbe essere ridimensionata, poiché spesso la Corte non adotta specifiche ordinanze istruttorie perché ha acquisito i dati in modo informale attraverso dati pubblici, oltre che direttamente dalle parti che abbiano voluto allegarli, cosicché la Corte ne fa uso anche quando ciò non traspare nella motivazione.

²⁹ Infatti, in dottrina è stato evidenziato che «il concetto stesso di *ratio decidendi* va inteso in maniera meno stringente: andrà considerato come *obiter dictum* esclusivamente lo «svolazzo» dell'estensore, mentre altre considerazioni all'interno della motivazione potranno fungere da precedente, proprio per la probabile formulazione in termini più generali conseguente alla minor importanza dei fatti della causa». M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 1148. In senso conforme v. anche R. CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1996, 1279 ss., che mette in evidenza come «nel caso della Corte, soprattutto mediante la lettura della sentenze più recenti, è stato possibile invece riscontrare una quasi totale equiparazione tra le *rationes* ed i *dicta* cui la Corte fa riferimento nelle proprie pronunce, ed è anzi rilevabile un'utilizzazione molto frequente degli *obiter dicta*, tesa ad iniziare ad elaborare i principi guida della futura giurisprudenza, o per dare spazio ad opinioni minoritarie che, nelle decisioni successive, trovando maggiore consenso entrano nella sentenza come *rationes decidendi*».

³⁰ Si era tentato di fare una ricerca statistica sui precedenti, ma non è stato possibile se non manualmente, cioè consultando tutte le pronunce ma solo per il 2019.

³¹ Il Sigico è il sistema informatico della Corte costituzionale che gestisce l'intero processo giudiziario, dalla registrazione dell'atto di promovimento al deposito della decisione della Corte costituzionale.

Il sistema Sigico2 si compone di due sottosistemi, uno dedicato agli uffici, Sigico2 Gestione, e l'altro rivolto alla consultazione dei dati disponibili, Sigico2 Consultazione.

Il sistema Sigico 2 Gestione ha funzionalità specifiche per i seguenti uffici:

- Cancelleria
- Ruolo
- Servizio Studi
- Massimario

Il sistema Sigico2 Consultazione permette la consultazione dei seguenti archivi/registri:

operatori del giudizio costituzionale, i quali possono fare svariate ricerche sulle pronunce, ovviamente potendo distinguere molteplici campi (tipo di giudizio, tipo di pronuncia, anno, attore, relatore, ricerca per parola, ricerca per parametro ecc.), ma non esiste un database dei precedenti, cioè non tanto un programma che consenta di visualizzare le catene dei precedenti, ma nemmeno uno che permetta di estrapolare normali dati di ricerca sui precedenti (numero di precedenti citati per pronuncia, tipo di precedente: processuale o sostanziale, precedenti citati maggiormente, ricerca cronologica dei precedenti ecc.). Questo strumento di facile acquisizione tecnica è molto indicativo perché rende evidente come non sia stata finora avvertita esigenza di indicizzare i precedenti citati in motivazione, affidandosi alle consuete ricerche per avere a disposizione il più ampio materiale, senza che questo sia organizzato concettualmente secondo verosimilmente accadrebbe ad un giudice che avverta obbligo di essere vincolato alle proprie precedenti decisioni.

Dopo la decisione della questione, come noto, il relatore redige la pronuncia che, prima di essere letta e approvata dal collegio, viene revisionata dall'Ufficio Massimario, di recente istituzione, il quale non si limita a fare il correttore di bozze, dovendo altresì contribuire a favorire l'uniformità redazionale e, ai nostri fini, controlla la regolarità di tutti i riferimenti normativi e giurisprudenziali citati nella motivazione. Quindi, si può ragionevolmente prevedere che al Presidente e al relatore, i due interlocutori delle risultanze dell'Ufficio Massimario, vengano segnalate le eventuali citazioni di precedenti non congrue o, in ipotesi, mancanti.

In conclusione, l'intervento di diversi attori in varie fasi del processo di decisione del giudice costituzionale ci può far presumere con un affidabile grado di certezza che i precedenti siano stati tutti ben individuati e valutati.

4. L'uso del precedente nella pronuncia.

Occorre ora verificare l'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale per avere conferma che i precedenti individuati in fase di preparazione della decisione trovino poi piena corrispondenza nel corpo delle motivazioni che la Corte usa. Per ragioni di economia espositiva, non sarà possibile fare un'elencazione esaustiva delle molteplici eterogenee ipotesi di uso nel precedente nella giurisprudenza costituzionale³², ma ci si limiterà a riportare alcuni esempi casistici per poi tentare di tirare delle (necessariamente) sommarie considerazioni generali, facendo riferimento anche alle più recenti ricerche sull'argomento.

A tal fine, va osservato in via preliminare che la Corte dimostra, ovviamente oserei dire, di sapere applicare con maestria le tecniche elaborate nella dottrina del precedente in uso nelle Corti dei Paesi di *common law*. Un recente esempio è fornito dalla sentenza n. 77/2018 in materia di disciplina processuale relativa alla compensazione delle spese in giudizio, nella quale, appunto, il Collegio evidenzia che la decisione della questione (definita con una sentenza di illegittimità costituzionale

-
- Registro delle ordinanze
 - Registro dei ricorsi
 - Registro dei conflitti tra poteri
 - Registro dei conflitti tra enti
 - Registro dell'ammissibilità referendaria
 - Registro delle decisioni
 - Archivio delle massime
 - Archivio delle note a sentenza

Sono previste funzionalità di reportistica e di stampa oltre che di gestione utenti e accessi.

Il Sigico è un'applicazione web accessibile esclusivamente nell'ambito della rete interna Corte costituzionale.

³² Basti pensare che già Treves nel 1971 contava otto diversi modi frequenti con cui la Corte manifestava la tendenza a adeguarsi alle proprie decisioni (*op. cit.* 8-13).

di tipo additivo) è differente da un'altra analoga (decisa con un'inammissibilità), in quanto la "fattispecie" è sostanzialmente diversa e espressamente indica che alcune argomentazioni del precedente non costituivano la sua *ratio decidendi*. In definitiva, nella motivazione della sentenza citata vi è una esauriente e corretta motivazione delle ragioni che conducono ad un esito diverso, senza che si possa configurare un mutamento di orientamento.

Eppure non è sempre così. E sembra difficile ritenere che ciò accada inconsapevolmente.

Un primo esempio si può rinvenire nella pronuncia n. 120/2018, che peraltro può evidenziare come tale fenomeno possa manifestarsi anche in casi largamente condivisibili negli esiti finali. La sentenza, infatti, riguarda la dichiarazione di illegittimità dell'art. 1475, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), in quanto prevede che «I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali» invece di prevedere che «I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali».

È singolare osservare che nella motivazione si dia adeguatamente conto della precedente giurisprudenza costituzionale - che sul punto specifico aveva stabilito, anche in tempi relativamente recenti³³, che le specificità dell'ordinamento militare giustificavano l'esclusione di forme associative ritenute non rispondenti alle conseguenti esigenze di compattezza ed unità degli organismi militari³⁴ - ma che il significativo, ancorché graduale e parziale, mutamento del precedente orientamento venga descritto come un'ulteriore verifica della corretta attuazione della disciplina costituzionale, senza che si dimostrino le ragioni per le quali la costituzione di un'associazione sindacale tra solo militari non metta a rischio la coesione interna e la neutralità dei reparti militari, mentre l'adesione a sindacati comuni invece sì. Si precisa che ci sono ben chiare, e si condividono appieno, le ragioni sottese a questa innovazione graduale, ma è sul piano della tecnica argomentativa che pare esservi una non piena conformità con le tecniche tipiche impiegate. Qui sembra emergere un profilo di politicità, non nel senso ovviamente di partigianeria partitica quanto semmai di un decisore pubblico che interpreta (correttamente) l'evoluzione dei temi e adegua conseguentemente l'ordinamento, cioè detta una nuova disciplina normativa, operando discrezionalmente un bilanciamento tra diversi beni giuridici (la libertà sindacale, la specificità funzionale delle Forze Armate) sulla base di una ricostruzione giuridica che può suscitare qualche perplessità (il riferimento alla disciplina normativa prevista per la costituzione di associazioni tra militari, ad esempio le associazioni combattentistiche, per la prima attuazione dell'associazionismo sindacale, con il singolare aspetto che un'associazione militare sindacale deve ottenere l'approvazione per la sua costituzione del Ministro della Difesa).

³³ Cioè dopo che la Corte, con la pronuncia n. 278 del 1987, aveva chiarito che la Costituzione repubblicana ha superato radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e ha ricondotto anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini, militari oppure no.

³⁴ «Di particolare rilevanza, infine, i principi richiamati nella sentenza n. 449 del 1999. Questa Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, della legge n. 382 del 1978, in relazione all'art. 39, letto in sistema con l'art. 52, terzo comma, Cost. La disposizione, abrogata a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 66 del 2010, era sostanzialmente identica a quella attuale, prevedendo che "I militari non possono esercitare il diritto di sciopero, costituire associazioni professionali a carattere sindacale, aderire ad altre associazioni sindacali", e questa Corte, nel dichiarare non fondata la questione, ha affermato la sussistenza di peculiari esigenze di "coesione interna e neutralità", che distinguono le Forze armate dalle altre strutture statali; ha rilevato in particolare che l'art. 52, terzo comma, Cost. "parla di 'ordinamento delle Forze armate', non per indicare una sua (inammissibile) estraneità all'ordinamento generale dello Stato, ma per riassumere in tale formula l'assoluta specialità della funzione"» (sent. n. 120/2018).

E comunque questo è ancora un caso nel quale la lettura della motivazione dà sufficientemente conto del sostanziale mutamento giurisprudenziale e in cui i precedenti sono riportati correttamente.

Talvolta, infatti, la Corte mimetizza i suoi *revirements*, nascondendo i precedenti non conformi alla decisione che si vuole assumere al fine di trasmettere comunque una immagine di lineare continuità, anche quando vi è stata una decisa inversione di marcia.

Ne è un emblematico recente esempio la pronuncia n. 122/2019, la quale, come noto, supera il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte, che «interpretava in senso limitativo lo spazio di autonomia delle Regioni con riguardo alla tassa automobilistica, ricomprendendo il tributo in questione, al pari dell'IRAP, nell'alveo dei tributi propri 'derivati'. Ciò sul presupposto che, pur essendo il gettito della tassa attribuito alle Regioni, unitamente all'attività amministrativa connessa alla sua riscossione, nonché ad un limitato potere di variazione dell'importo dovuto, la disciplina sostanziale della tassa permaneva nell'esclusiva competenza dello Stato, così impedendo la configurazione di misure, anche agevolative, da parte del legislatore regionale al di fuori dei limiti dettati dal legislatore statale»³⁵, come prima aveva stabilito la Corte nelle pronunce n. 199 del 21 luglio 2016, n. 242 del 22 novembre 2016 e n. 269 del 26 settembre 2003.

Ciò che qui colpisce è che dalla lettura della pronuncia non solo non traspare nessun *overruling* - semmai sembrerebbe che la Corte continui nel solco della sua giurisprudenza seppur con la specificazione di una distinzione che giustifica un esito diverso - ma nemmeno cita i precedenti summenzionati. Semplicemente decide che non esistono (non si può in alcun modo ritenere che il Collegio li ignorasse o che in sede di ricerca da parte degli assistenti di studio o di revisione dell'Ufficio Massimario ciò non sia emerso). Non si possono certo immaginare le ragioni di tale omissione, ma la circostanza che il relatore delle due pronunce del 2016 fosse il Presidente della Corte della sentenza in argomento indurrebbe a ritenere che ci si possa trovarsi dinanzi ad un caso di deferenza istituzionale, non volendo forse "sconfessare" pubblicamente il proprio Presidente. È ovvio, o almeno a me così pare, che nessuna sconfessione vi sarebbe stata se la Corte avesse adeguatamente ed espressamente motivato le ragioni del suo mutamento di indirizzo; anzi ciò sarebbe stato quanto mai necessario, proprio in considerazione del breve lasso di tempo intercorso dalle ultime pronunce contrarie e della consistenza del precedente orientamento, definito in dottrina granitico³⁶.

5. La tesi dell'uso prevalentemente tendenziale.

Sembra dunque evidente che siamo in presenza di un caso nel quale deliberatamente la Corte tralascia le tecniche giudiziarie sul precedente che molto bene padroneggia, se e quando vuole farlo.

Ed è questo il punto che, forse, solleva maggiori interrogativi: la libertà che talvolta la Corte manifesta nell'uso dei suoi precedenti può rappresentare una epifania della sua natura politica³⁷?

³⁵ S. M. RONCO, *Tassa automobilistica ed autonomia finanziaria: quali nuovi spazi per la discrezionalità del legislatore regionale?*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2019.

³⁶ «Con la pronuncia qui in esame, la Corte sembra infatti aver aperto un varco nella (sinora) granitica giurisprudenza costituzionale che aveva assimilato a tutti gli effetti la cosiddetta tassa automobilistica regionale ai tributi propri derivati, anche nella fase successiva alla l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale. Se tale orientamento fosse confermato, si consoliderebbe un presupposto di non secondario momento per consentire la manovrabilità regionale del tributo in funzione delle specifiche e differenziate esigenze». G. RIVISECCHI, *Una convincente pronuncia sulla manovrabilità (al ribasso) della tassa automobilistica regionale*, in *Le Regioni*, 2019.

³⁷ Ciò sembra ancor più evidente nel giudizio di ammissibilità dei referendum, nel quale la prevalente dottrina ha spesso ritenuto la giurisprudenza costituzionale ondivaga (G. AZZARITI, *Il modello della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: ritorno al futuro?*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*,

Da questo punto di vista sembra interessante evidenziare come anche da questa pronuncia emerga un uso retorico del precedente, nel senso che la Corte ricorre spesso all'autocitazione perché questa tecnica trasmette l'idea di una coerenza, continuità e prevedibilità del suo operato³⁸.

Ma un uso analogo di questa tecnica retorica si trova anche in un altro ambito istituzionale, o almeno così a noi sembrerebbe. Si fa riferimento all'uso del precedente nelle assemblee parlamentari, nelle quali un'attenta dottrina evidenzia come in Parlamento sia diffusa «una <propensione al precedente> piuttosto che <una dottrina del precedente>. Ben lungi, cioè, gli attori dei procedimenti parlamentari dal ritenere che esista anche un solo implicito vincolo formale allo *stare decisis* o possibilità strutturali di sviluppare precedenti di vera autorità in senso verticale o orizzontale è però comune la sensazione per cui richiamarsi o essere richiamati al rispetto dei propri precedenti è un modo per rafforzare la legittimazione politica delle Camere»³⁹.

È suggestiva la possibile trasposizione di quanto detto con quanto spesso la dottrina dica con riferimento alla funzione legittimante delle autocitazioni della Corte.

E invero è sufficiente la lettura delle pronunce della Corte per appurare l'ampio ricorso all'autocitazione⁴⁰, che possono far ritenere prevalente il ricorso a questo schema funzionale di legittimazione, posto che il ricorso alle tecniche giudiziarie del precedente sembrano meno frequenti.

Naturalmente, questa affermazione va giustamente intesa, nel senso che vi sono anche casi in cui si fa ricorso ad un uso vincolante del precedente⁴¹.

Tale elemento apparentemente contraddittorio è forse indicativo di una doppia anima della Corte costituzionale⁴², grazie anche alla sua potenziale ascrivibilità a entrambi i circuiti di potere dello schema crisafulliano (o se si preferisce avendo, al contempo, caratteri di rappresentatività e di competenza, tipici, rispettivamente, degli organi democratici e di quelli burocratici) di cui occorre tenere sempre conto.

Ma, come si diceva prima, è la libertà con cui la Corte decide di argomentare secondo le tecniche tipiche della dottrina del precedente ovvero secondo quella (prevalente) retorica dell'uso tendenziale del precedente a costituire un indice paradigmatico di una maggiore vicinanza al modello parlamentare, secondo il quale «il precedente non è una prescrizione, non è un comando, e non è neppure una mera situazione di fatto, piuttosto è la traccia, l'iscrizione lasciata su un determinata situazione di fatto dall'applicazione delle norme e dei principi del diritto parlamentare.

Giuffré, Milano, 2005) e sostanzialmente ondivaga (E. Rossi, *Corte e referendum abrogativo*, in *Foro italiano*, 2006). In particolare, questo autore sostiene che la sostanziale imprevedibilità dell'esito del giudizio di ammissibilità referendaria possa dipendere dai vari criteri adottati che «appaiono di volta in volta utilizzati in una diversità di significati e con una latitudine di senso tale che non è garantita affatto la loro riaffermazione successiva (almeno allo stesso rigoroso significato), si da far parlare di assenza di un modello di ammissibilità del referendum, malgrado il tentativo compiuto con la sentenza n. 16/1978» (337). Per un recente studio sull'uso del precedente nei giudizi di ammissibilità dei referendum si veda L. BERTOLASO, *Il precedente nella giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo*, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 71- 128.

³⁸ E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, cit., 284.

³⁹ D. PICCIONE, *Le ombre della dottrina del precedente conforme e i dualismi dell'odierno parlamentarismo*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, cit., 257.

⁴⁰ Prendendo come campione statistico le prime 38 pronunce del 2019, la media delle citazioni è di 18,23, con la sentenza n. 13 del 2019 che ne conta ben 61. Come detto, in assenza di un apposito applicativo l'indagine va svolta manualmente su ogni pronuncia e pertanto non è facile svolgere indagini statistiche più estese o qualitativamente più significative.

⁴¹ Per economia espositiva, si rinvia alla recente accurata casistica di E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, cit., 285.

⁴² In dottrina è stata usata la metafora della Corte come anello di raccordo fra sfera giurisdizionale e sfera politica, da cui deriverebbe una necessità di massima elasticità per ciò che attiene all'esercizio delle funzioni. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, 3.

Il che significa che, di fronte ad una situazione successivamente determinatasi, analoga o accostabile ad altre situazioni in precedenza verificatesi, il soggetto (chiamato ad applicare il regolamento) che si avvale dei precedenti non decide semplicemente secondo lo schema della riconduzione della situazione concreta al corrispondente comando, ma opera ermeneuticamente ricostruendo concettualmente gli elementi della situazione concreta, percorrendo le tracce dei precedenti e riferendosi al sistema dei principi e degli istituti del diritto parlamentare per dare alla situazione concreta la disciplina di cui necessita»⁴³. Se si provasse a mutare i soggetti e i parametri normativi del brano appena citato, potremo constatare che tale meccanismo di selezione e uso del precedente, cioè come traccia da cui partire per interpretare il dato costituzionale, è quello più frequentemente usato dalla Corte o, forse ancor più significativamente, è quello usato nei casi di maggiore rilevanza generale.

Tale tendenza sembra inserirsi in una più generale che percorre le principali esperienze ordinamentali⁴⁴ e delle Corti sovranazionali europee, incline a valorizzare la dimensione storica, perfettibile e incrementale dell'attività giurisdizionale del giudice (soprattutto di quello costituzionale), il quale con le pronunce tenta di cogliere l'essenza e lo spirito del testo costituzionale, più che il suo tenore testuale. Di ciò si trova, appunto, conferma nelle esperienze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, «le quali tentano d'interpretare dinamiche transnazionali che sfuggono alle strutture dello stato regolatore, per puntare alla flessibilità del diritto più che alla sua stabilità. Anche a causa degli ambiti in cui operano le corti di maggiore impatto, tali ricostruzioni si muovono all'interno della narrativa prevalente del diritto internazionale, che interpreta la storia in senso incrementale, concependo il diritto come progresso e investendosi del ruolo di liberazione e affermazione dei diritti umani, ormai le direttrici prevalenti proprio del costituzionalismo contemporaneo. Il progredire della riflessione sui diritti fondamentali e sui diritti umani, rilanciata dalle corti sovranazionali, non a caso ha contribuito, a fianco delle giurisdizioni nazionali, al declino del positivismo ottocentesco e del primo Novecento»⁴⁵.

Questa tendenza potrebbe far comprendere la diffusa percezione di un maggiore attivismo "politico" della Corte costituzionale che si traduce anche in un accentuato bisogno comunicativo, inconsueto per un organo giurisdizionale. Si pensi non solo ai comunicati stampa, nei quali traspare evidente il bisogno di stabilire un contatto diretto con l'opinione pubblica⁴⁶, ma anche alle più recenti iniziative di "viaggi" dei giudici costituzionali nelle scuole e, soprattutto, nelle carceri, indicative di un bisogno di visibilità esterna, come testimonia la pubblicazione sul sito istituzionale

⁴³ G. FILIPPETTA, *La raccolta dei precedenti al Senato, tra archivistica, codicistica ed ermeneutica*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, cit., 29.

⁴⁴ Si pensi all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale statunitense secondo la quale «il meccanismo dello *stare decisis* non era dunque più un punto fisso del ragionamento del giudice, ma solo il punto di partenza della sua analisi». A PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2018, 118.

⁴⁵ A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, cit., 6-7.

⁴⁶ E difatti la più attenta dottrina ha iniziato a indagare il tema. Si veda A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, Relazione al convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, 17-18 ottobre 2019, Torino. L'autrice sostiene, tra l'altro, che nel rapporto diretto con l'opinione pubblica, «la Corte non troverebbe la sua fonte di legittimazione, ma, al contrario, nuove forme per svolgere un "ruolo collaterale" rispetto agli organi politici, per operare – per richiamare ancora Pizzorusso – "di rincalzo" rispetto ad essi e "correggere il flusso principale o per rimetterlo in moto ove si arresti". Tuttavia, non si può negare che proprio in questa attività di stimolo, per quanto volto alla conservazione dei valori costituzionali svincolati dalla politica contingente – si ponga la sottile linea di confine tra attività "giurisdizionale" e quella più propriamente qualificabile come "politica". Il rapporto con l'opinione pubblica, il contatto diretto con il "Paese reale" e, quindi, con le sue istanze e sollecitazioni, accentua il rischio che la Corte possa "cedere alla tentazione del consenso popolare" divenendo "agente di una parte politica» (38 – 39).

di ampia attività documentale (foto e video) a supporto di queste iniziative, nonché la pubblicazione di un documentario tematico sul viaggio alle carceri che può prestarsi a fornire letture politiche alle più controverse pronunce della Corte costituzionale sui temi connessi alla detenzione carceraria.

E non è un caso che una delle critiche più severe⁴⁷ a questa tendenza concluda la sua riflessione richiamando il principio della separazione dei poteri: «I costituzionalisti si sono a lungo accapigliati sul confine che dovrebbe separare il parlamento e il governo, ma hanno finito per mettere nell'ombra il fatto che il principio di divisione attiene soprattutto al rapporto tra istituzioni di governo e giurisdizione. Anche se la giurisdizione in questione è quella della Corte costituzionale. In questo ambito la separazione dei poteri è un bene assoluto: il costituzionalismo – (...) – aveva eretto formidabili steccati per separare *gubernaculum* e *iurisdictio*. Tutto ciò non vale a creare sfere di intollerabile immunità, (...), ma è la migliore garanzia per assicurare l'autonomia e l'indipendenza (in sé e nei rapporti reciproci) degli organi di governo e dei giudici, anche costituzionali».

6. Prospettive future: ritorno al passato?

Ma, forse, un aiuto insperato a “mitigare” la necessaria elasticità dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale può venire dallo sviluppo delle applicazioni di intelligenza artificiale. Queste, infatti, sembrano aprire scenari straordinari di feconda utilità applicativa in ambito giurisdizionale.

Si è già visto come la catalogazione elettronica abbia favorito la ricerca giurisprudenziale così che oggi chiunque in pochi istanti può avere a disposizione una completa serie di precedenti. E abbiamo anche constatato che ciò vale sia per il giudice, il quale ha un formidabile strumento di ricerca dei suoi precedenti, sia per lo studioso (o il cittadino) che voglia controllare l'esercizio del potere giurisdizionale tramite la verifica delle citazioni dei precedenti richiamati in motivazione, onde appurarne la completezza e la congruità.

Ma altri scenari saranno a breve possibili, tra i quali, ad esempio, la decisione automatizzata di una decisione giudiziaria⁴⁸. Questo può sembrare un argomento fantascientifico, ma non lo è, come dimostra la recente decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, sull'uso di un algoritmo per la realizzazione delle graduatorie scolastiche⁴⁹, nella quale il Collegio sottolinea che «per rispettare il concetto di massima trasparenza e dunque consentire di attuare quel meccanismo di spiegabilità che consiste nella traduzione della formula tecnica nella regola giuridica a essa sottesa, non basta fornire le istruzioni del *software* ma occorre che siano resi noti i suoi autori, il procedimento utilizzato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti: in altri termini, il linguaggio sorgente del *software*. Infatti, gli algoritmi funzionano attraverso appositi *software*, cioè programmi informatici specifici. A ben vedere, il fulcro della sentenza del Consiglio di Stato sta proprio in questo passaggio argomentativo e nell'accezione “sostanziale” di trasparenza che propone. Non vi è alcun ostacolo giuridico all'utilizzo dell'algoritmo nei procedimenti

⁴⁷ Per una lettura particolarmente critica verso questa tendenza, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionale*, 2019, 251-290.

⁴⁸ Un'attenta dottrina parla infatti di una “società dell'algoritmo”. M. C. CAVALLARO – G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019.

⁴⁹ Si veda commento alla sentenza di D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2020.

amministrativi che, anzi, si pone del tutto in linea con il *favor* generale dell'ordinamento per la digitalizzazione degli uffici pubblici»⁵⁰.

D'altronde, sembra indubbia «l'utilità delle formule digitali con riferimento alle procedure seriali e standardizzate, rispetto alle quali la scelta di sostituire l'attività umana affidando a un elaboratore informatico la classificazione e il riordino d'istanze di numero elevato consente di raggiungere i medesimi obiettivi con un minor dispendio di risorse»⁵¹.

Se già questo è lo stato dell'arte del progresso tecnologico, già si intravede la possibilità di una decisione automatizzata anche per la giurisdizione, che però per il nostro ordinamento costituzionale appare come ipotesi concreta remota⁵².

Più concreta appare un altro orizzonte applicativo dell'Intelligenza Artificiale dedicata alla giurisdizione⁵³: l'utilizzabilità di una banca dati per conoscere preventivamente la sorte che potrebbe avere una causa su una data materia, con un chiaro messaggio di prevedibilità e di probabilità, la c.d. giustizia predittiva⁵⁴.

Al riguardo, sembra opportuno, per comprendere i possibili effetti di tale tecnologia sulla giustizia costituzionale, riportare gli esiti di una ricerca condotta ormai nel lontano 2016 dalla University College of London (UCL), che si è occupata di 584 decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁵. Gli esiti di questa ricerca sono sembrati stupefacenti, poiché con tecniche AI di

⁵⁰ I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 22 novembre 2019, 15.

⁵¹ I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, cit., 2.

⁵² Sul punto sembrano pienamente condivisibili le osservazioni di una dottrina molto autorevole: «Nondimeno, e ragionevole pensare che mettere in pratica l'idea estrema del robot giudice abbia più svantaggi che vantaggi. Come ben sanno i matematici che si occupano del calcolo delle probabilità, la previsione non è predizione, sicché quando chiediamo che le decisioni giudiziarie siano prevedibili eleviamo una pretesa di certezza giuridica, non di infallibilità matematica (ammesso - e nient'affatto concesso - che il robot possa essere infallibile). Forse il problema che l'idea della decisione robotica intenderebbe risolvere potrebbe essere rimosso se, da un lato, noi elevassimo pretese meno estreme (difficilmente compatibili, del resto, con un mondo fisico segnato dalla perdita delle credenze deterministiche, nel quale "tutti e sempre ci troviamo - nei confronti di tutte o quasi tutte le cose - in condizioni d'incertezza") nei confronti del giudice e, dall'altro, questi recuperasse una cultura della giurisdizione che ne cogliesse la funzione servente (ma non per questo meno importante) rispetto alla legislazione (e quindi alla decisione democratica)». M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, cit., 893.

⁵³ Nonché all'attività amministrativa, come recentemente affermato dal Presidente del Consiglio di Stato nell'ultima relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario: «L'applicazione dell'intelligenza artificiale all'attività amministrativa richiede una paziente opera di adattamento delle tradizionali forme e categorie giuridiche. Premessa la generale ammissibilità e utilità dell'algoritmo nell'azione amministrativa, anche discrezionale, si è ritenuto, che occorre assicurare, quali elementi di minima garanzia: 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; c) la verifica e la sindacabilità in sede giurisdizionale dei dati immessi e dei criteri utilizzati. Si segnalano sezione VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 e 8 aprile 2019, n. 2270, la quale ultima ha riguardato le contestazioni mosse da alcuni docenti di scuola secondaria a seguito della loro assegnazione presso sedi di servizio sulla base delle risultanze di un algoritmo a loro sconosciuto». F. PATRONI GRIFFI, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, Roma, 4 febbraio 2020.

⁵⁴ «Chiariamoci innanzitutto sul concetto, esprimendoci con termini da linguaggio di programmazione: parliamo di algoritmi, cioè funzioni, i cui argomenti (cioè il cosa fare) sono contenuti decisionali (sentenze, provvedimenti, dottrina, testi) e gli output sono probabilità di orientamento decisionale, oppure di *range* di indennizzi e costi, con finalità analitiche (individuazione di pattern) o predittive riguardo l'orientamento probabile del giudice. Non sono sistemi che simulano il ragionamento umano (sistemi di AI "forte"), e quindi in grado di sostituire il ragionamento del giudice. Ma sistemi di AI "debole" quali *Natural language processing* e *machine learning* (incrocio di gran mole di dati in entrata, ricerca di correlazione tra dati (pattern), deduzione di un modello e applicazione del modello ai casi in entrata, in autoapprendimento)». C. MORELLI, *Giustizia predittiva: il progetto (concreto) della Corte d'appello di Brescia*, in *Altalex* (www.altalex.it), 8 aprile 2019.

⁵⁵ Al riguardo, va evidenziato che un'autorevole dottrina ha mosso acute critiche sulla possibile obiettività sull'uso predittivo di banche dati giuridiche (M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, cit., 886-887) che però non sembrano

apprendimento automatico la macchina ha riprodotto le decisioni umane con una percentuale di successo del 79%. «Questo risultato è, in realtà, tanto sorprendente quanto la meccanica utilizzata. La macchina è stata programmata su diversi elementi costitutivi delle sentenze della Corte: i fatti, l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il dispositivo (binario: violazione o non violazione). La frequenza della presenza di gruppi lessicali coerenti è stata, poi, registrata in una banca dati e confrontata con la violazione (o meno) della Convenzione. In sintesi, le parole che potrebbero portare a una violazione (o non violazione) della Convenzione sono state ponderate in base alla loro presenza predominante nei diversi tipi di decisioni esaminate. Così, secondo lo studio, i termini «condizioni di detenzione», «obblighi dello Stato», «esecuzione delle decisioni» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati in una decisione di violazione. Al contrario, la «mancanza di prove», i «diritti di proprietà», la «precedente violazione degli articoli 2 e 11» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati nelle decisioni di non violazione. La macchina non ha dunque cercato di simulare un ragionamento giuridico; ha, semplicemente, provveduto al trattamento statistico dei dati raccolti e calcolato delle probabilità. Lo stesso lavoro, svolto sull'applicazione della Convenzione, ha portato a una riduzione del tasso di successo della riproduzione delle decisioni al 62%. Questo risultato, più che soddisfacente a prima vista, deve tuttavia essere riconsiderato alla luce del fatto che chiunque ha una possibilità di "predire" l'esito di una decisione affermando a caso "violazione" o "non violazione" (50%)»⁵⁶.

Questi sorprendenti risultati potrebbero ancora essere migliorati con l'uso di tecniche matematiche più sofisticate e con il progresso tecnologico delle macchine, ma quello che ai nostri fini interessa non è tanto l'uso di software predittivo da parte della Corte costituzionale⁵⁷, quanto piuttosto il fatto che una sua esistenza potrebbe condizionarne l'operato per la sua disponibilità alle varie parti processuali e alla dottrina.

In altri termini, lo sviluppo di sistemi avanzati di "giustizia predittiva", o se si preferisce di accurata prevedibilità delle decisioni sulla base dei precedenti e del testo normativo di riferimento (nel nostro caso la Costituzione), potrebbero "costringere" il giudice costituzionale a ricorrere maggiormente alle tecniche tipiche della "dottrina del precedente".

In conclusione, paradossalmente l'ulteriore sviluppo tecnologico potrebbe favorire il ritorno al passato del costituzionalismo liberaldemocratico, nel senso di un maggior rispetto del principio della separazione, favorendo un rapporto più armonico, e non antagonista, tra il diritto giurisprudenziale e il diritto politico⁵⁸.

pienamente condivisibili, se non nella conclusione della impraticabilità di una decisione giurisprudenziale robotica nel nostro ordinamento. In particolare, le critiche relative alla gestione del dato cronologico o valoriale del precedente possono essere opportunamente superate con una ponderazione del precedente anche attraverso l'indicizzazione dei precedenti citati nella motivazione.

⁵⁶ C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione Giustizia*, (www.questionegiustizia.it), n. 4/2018.

⁵⁷ Infatti, gli spazi per una giustizia costituzionale predittiva sembrano molto angusti poiché tramite le tecniche di giudizio del bilanciamento, della ragionevolezza, della proporzionalità il giudice costituzionale ha creato delle fughe dal determinismo decisionale, potendo di volta in volta dosare diversamente i diversi beni costituzionali in gioco o ridefinire le contrapposte priorità valoriali sulla base delle cangianti situazioni sociali.

⁵⁸ A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2019/III, 727-728.

Bibliografia

- AINIS M. (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.
- ANZON A., *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.
- ANZON A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime di Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995.
- BARBARO A. *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018.
- CALVANO R., *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1996.
- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017.
- CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- CARLEO A., *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- CARLI GARDINO A., *Il principio del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale sulle Regioni a statuto ordinario*, in *Quaderni Regionali*, 1985.
- CHELI E., *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959.
- CHELI E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna 1996.
- CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959.
- CROCE M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006.
- D'ATENA A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Terza edizione, Giappichelli editore, Torino, 2012.
- DALFINO D., *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in *Questione Giustizia*, 2020.
- DAL CANTO F., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- GRASSO G., *Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo*, in *questi stessi scritti*.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli editore, Torino, 2016.
- LUCIANI M., *La decisione giuridica robotica*, in *Rivista AIC*, 2018.
- LUPO N., *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionale*, 2019.
- NEUMANN F., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, trad. it. G. SAVINI, seconda edizione, Il Mulino, Bologna, 1984.
- NICOTRA I. - VARONE V., *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019.
- PEDRAZZA GORLERO M., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008, p. 285.
- PIN, A. *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2018.
- PIZZORUSSO A., *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966.
- PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in SCIALOJA A. – BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, a cura di, Bologna-Roma, 1971.
- RANDAZZO B., *Gli effetti delle pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo*, in (www.cortecostituzionale.it) del sito web della Corte costituzionale
- RIVOSECCHI G., *Una convincente pronuncia sulla manovrabilità (al ribasso) della tassa automobilistica regionale*, in *Le Regioni*, 2019.

RONCO S. M., *Tassa automobilistica ed autonomia finanziaria: quali nuovi spazi per la discrezionalità del legislatore regionale?*, in *Osservatorio costituzionale* (<http://www.osservatorioaic.it/>) 2019.

ROSSI E., *Corte e referendum abrogativo*, in *Foro italiano*, 2006.

RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1994.

RUGGERI A., *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta On Line*, 2019.

SPERTI A., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, Relazione al convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, 17-18 ottobre 2019, Torino, in corso di pubblicazione in *Diritto e Società*.

TREVES G. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, UTET, Torino, 1971.

VISENTINI G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, CEDAM, Padova, 1988.

GIACOMO CANALE
**L'uso "tendenziale" del precedente nella giurisprudenza costituzionale
e i suoi possibili sviluppi futuri**

SOMMARIO: 1. Premessa: gli effetti dell'innovazione tecnologica e ordinamentale sull'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale. – 2. Il dibattito dottrinale sul suo valore giuridico. – 3. L'uso del precedente nel processo decisionale della Corte costituzionale. – 4. L'uso del precedente nella pronuncia. – 5. La tesi dell'uso prevalentemente tendenziale. – 6. Prospettive future: ritorno al passato?

1. *Premessa: gli effetti dell'innovazione tecnologica e ordinamentale sull'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale.*

1. Ci si potrebbe domandare perché affrontare nuovamente un tema così classico, come quello dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale, già più volte affrontato autorevolmente in dottrina¹. La domanda non sarebbe certo peregrina, soprattutto se lo studio non avesse, come in questo caso, il solo scopo di riassumere criticamente il dibattito, ma invece volesse tragarlo da altri angoli visuali, sulla base delle evoluzioni ordinamentali e, soprattutto, tecnologici nel frattempo intervenute.

E se può sembrare naturale "aggiornare" uno studio giuridico alle novità normative e istituzionali, può sembrarlo meno il riferimento ai progressi tecnologici.

A noi invece pare che questi abbiano enorme importanza per il nostro tema. In primo luogo, perché la tecnologia, e in particolare quella informatica e telematica², non rappresenta un mero fatto giuridicamente neutro, in quanto essa stessa di per sé è idonea a produrre molteplici effetti sul mondo del diritto³, potendone favorire l'evoluzione e/o trasformazione di istituti e concetti⁴. E ciò vale per il nostro tema, come peraltro dimostra la singolare circostanza che quasi tutti gli studi

¹ Una prima risalente riflessione articolata sul tema si vedano G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, UTET, Torino, 1971; A. PIZZORUSSO, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss. A. ANZON, *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

² Al riguardo, si può certo affermare che il Prof. Pasquale Costanzo sia stato uno dei primi a percepire questo fenomeno, dedicando larga parte della sua produzione scientifica a queste tematiche, soprattutto con la direzione della rivista telematica *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), al punto che qualsiasi studioso voglia approfondire le complesse questioni giuridiche poste dalla rivoluzione digitale e telematica non possa non considerarlo come un punto di riferimento imprescindibile.

³ «Già ora noi pratichiamo il diritto in modo diverso da quanto facessimo in passato: abbiamo a disposizione computer sui quali scrivere i nostri atti (e, come sa chi utilizza entrambi gli strumenti, il pensiero che passa dalla penna stilografica - della biro non saprei che dire... - non è lo stesso che passa dalla tastiera); anche dati digitali (di leggi, sentenze, contributi dottrinali, atti amministrativi) alle quali attingere (sulle quali operiamo attraverso le parole chiave e non più con quella sorta di percorso iniziatico che era implicato dalla ricerca cartacea); pur meno diffuse - allo stato - previsioni probabilistiche robotiche sull'esito di una possibile controversia (le quali, addirittura, possono rendere recessivo il nostro ruolo di chierici, se è vero che le informazioni degli esperti "in realtà altro non sono che valutazioni di probabilità")». M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2018, 892.

⁴ Si pensi anche al notevole contributo allo sviluppo della scienza costituzionale (e non solo) fornito dalla pubblicazione delle riviste elettroniche sulla rete Internet. G. GRASSO, *Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo*, in questi stessi scritti.

sul tema del precedente nella giurisprudenza costituzionale facessero riferimento al possibile sviluppo dell'evoluzione tecnologica⁵.

Al riguardo, è indubbio che la catalogazione informatica del materiale giurisprudenziale consenta una facilità di ricerca che semmai capovolge i problemi pratici del giurista che oggi non sperimenta più la difficoltà del reperimento archivistico dei precedenti anche relativamente recenti (chiunque oggi sarebbe atterrito all'idea di ricercare in un archivio pubblico un fascicolo processuale cartaceo di 20 o 30 anni fa), quanto semmai la difficoltà di delimitare esattamente il campo della ricerca per selezionare soltanto i casi di effettivo interesse e non essere sepolto da una marea di dati⁶. E dell'incidenza di tale strumento sull'argomento del precedente dimostrava di esserne consapevole la medesima Corte costituzionale, quando adottò alla fine degli anni Ottanta l'allora nuovo sistema informatico "SIGICO"⁷.

Nello stesso tempo si profilano orizzonti di impiego che avremmo confinato fino a ieri nella letteratura o cinematografia fantascientifica grazie alle possibili applicazioni concrete dell'Intelligenza Artificiale⁸.

L'altro elemento di cambiamento che giustifica una nuova riflessione sul tema concerne l'arricchimento dei modelli giuridici di riferimento. Infatti, come è noto, il tema è stato affrontato usando come termine di riferimento la tradizionale distinzione tra ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*, allo scopo di indagare la possibile sussistenza, seppur in forme diverse, della nota regola dello *stare decisis* anche nella nostra giurisprudenza costituzionale⁹. Ma oggi questa prospettiva di analisi, che, come si vedrà meglio *infra* ha originato due principali distinti

⁵ Ad esempio nella nota conclusiva della monografia citata *supra* (A. ANZON, *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*), l'autrice scriveva: «Di particolare interesse, da questo punto di vista (quello della raccolta delle decisioni e della loro corretta sistematizzazione, NdA), sono sia la progettata schedatura elettronica di tutte le pronunzie (...), sia la recente istituzione (...) dell'Ufficio ruolo e massimario, sia la redazione da parte del Servizio Studi, di raccolte ragionate e sistematiche di giurisprudenza per argomenti o per problemi, come pure la migliore messa a punto, sotto il profilo organizzativo e funzionale di alcuni servizi, quali quello di cancelleria e quello di assistenza di studio ai singoli giudici.» (148). È evidente l'importanza che correttamente veniva attribuita al progresso tecnico, ancorché allora nemmeno si potevano prevedere i successivi straordinari sviluppi, e all'organizzazione interna che, come vedremo, è successivamente stata affinata ulteriormente. Ma già il Treves scriveva nel 1971 che «Se pure la Corte non ha sviluppato le tecniche raffinate dei giudici di common law, non essendo obbligata a seguire i propri precedenti, è tuttavia fuori di dubbio l'esistenza di taluni punti di contatto fra i due sistemi. Un elaboratore elettronico potrebbe certo fornire dati più completi e sicuri, ma, pure seguendo, mezzi artigianali si possono individuare taluni procedimenti tipici, anche se non sempre si presentano con nettezza». G. TREVES, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 8.

⁶ «È anche per questo che la completezza e l'efficienza di un sistema informatico rappresenta uno strumento essenziale nel reperimento dei precedenti». E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008, 285.

⁷ Infatti, il Presidente Saia in occasione della consueta conferenza stampa, presentando il nuovo sistema informatico affermava che «il preciso e rapido riscontro delle precedenti decisioni attraverso un'attenta ed omogenea massimazione di una giurisprudenza più che trentennale avrebbe consentito anche ai terzi di seguire lo svolgimento del processo dall'inizio alla conclusione, nonché di conoscere gli elementi comuni a giudizi affini». Conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 1988.

⁸ A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017; A. CARLEO, *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli editore, Torino, 2016.

⁹ Prospettiva di analisi giustificata anche dal fatto che la Corte costituzionale avrebbe le caratteristiche strutturali per una implementazione della regola del precedente vincolante, essendo un giudice unico composto da un numero limitato di persone che adotta un numero relativamente basso di pronunce. Situazione totalmente distinta dagli organi supremi della giurisdizione civile e penale (ma anche amministrativa) che sono strutturalmente contraddistinti dalla compresenza di più sezioni e dalla numerosità dei membri, in particolare per la Corte di Cassazione, i quali costituiscono fortissimi ostacoli ad una forte coerenza giurisprudenziale. G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017.

orientamenti dottrinali, può essere ampliata in virtù della "comparsa"¹⁰ di nuove corti sovranazionali, Corte di Giustizia¹¹ e Corte EDU¹², divenute indubbiamente i principali, *rectius* i più frequenti, riferimenti della nostra giurisprudenza costituzionale (e non solo).

Il tema del precedente può inoltre essere riesaminato anche alla luce del riferimento anche ad altri attori istituzionali italiani che conoscono la medesima problematica. Si fa riferimento all'uso del precedente nell'attività parlamentare¹³, poiché tale esperienza mostra significative suggestioni e, soprattutto, consente di evidenziare un processo in corso sul ruolo della Corte costituzionale che forse giustifica un parallelismo un tempo impensabile.

2. Il dibattito dottrinale sul suo valore giuridico.

Se queste sono le tante ragioni che inducono a tornare sul tema del precedente nella giurisprudenza costituzionale, sembra comunque necessario riassumere sinteticamente i termini del dibattito dottrinale che perlopiù ha riguardato la possibilità di individuare nell'ordinamento costituzionale il fondamento dell'efficacia del precedente giudiziale.

Come si diceva, sono individuabili due principali orientamenti teorici¹⁴: secondo l'uno, l'osservanza del precedente da parte della Corte costituzionale esclude ogni rilevanza giuridica, ossia è un dato di mero fatto posto che non vi è nessun vincolo legale in tal senso¹⁵; secondo l'altro, si riconosce una limitata efficacia giuridica al precedente, poiché «per i nostri giudici il precedente si impone per varie ragioni, fra le quali balza in primo piano la sua forza persuasiva¹⁶. E se pure essi sono liberi di seguire il proprio convincimento, non essendo tenuti a *stare decisis*, non può scordarsi che il diritto, in un dato momento, è in sostanza quello che risulta dalle loro decisioni»¹⁷.

Non sorprende dunque che tale posizione, la quale tende ad essere sostenuta sulla base dei principi di certezza del diritto, di affidamento di eguaglianza davanti alla legge e alla giurisdizione, enfatizzi il riconoscimento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, poiché «la stessa

¹⁰ In verità, come noto, questi due organi già esistevano ai tempi dei primi studi sul precedente nella giurisprudenza costituzionale, ma, a parte i loro successivi passi evolutivi che ne hanno ampliato significativamente il raggio di azione, allora non era ancora così diffuso quel rapporto costante tra Corte costituzionale e queste corti sovranazionali, testimoniata dalla sterminata letteratura sul c.d. dialogo tra le Corti che comprova l'arricchimento dei modelli di riferimento da cui attingere concrete modalità di funzionamento.

¹¹ Va infatti osservato che il processo comunitario di integrazione subisce un deciso cambio di passo con il trattato di Maastricht, che trasforma quella che era nata come un'unione puramente economica in un'organizzazione attiva in tutta una serie di settori che vanno dal clima all'ambiente, alla salute, alle relazioni esterne e alla sicurezza, alla giustizia e all'immigrazione. Per riflettere questo cambiamento, nel 1993 il nome di Comunità economica europea (CEE) è stato sostituito da Unione europea (UE).

¹² Il cui ambito di tutela giurisdizionale è stato significativamente esteso al novembre 1998, con l'applicazione del protocollo XI, il quale ha eliminato il filtro del controllo statale al ricorso individuale che ha permesso al giudice europeo l'estensione del suo intervento. B. RANDAZZO, *Gli effetti delle pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi e Ricerche* del sito web della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

¹³ Si veda, N. LUPO, *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁴ M. PEDRAZZA GORLERO, *Introduzione ad una ricerca sul precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 11.

¹⁵ A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, cit., 69.

¹⁶ A. PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 31-82; *Id.*, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss.

¹⁷ G. TREVES, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, cit., 6.

natura e gli stessi scopi di tale funzione (...) implicherebbero necessariamente il valore giuridico dei precedenti della Cassazione»¹⁸.

Non sono mancati in dottrina altresì tentativi di attribuire un'efficacia giuridica almeno parziale ai precedenti della giurisprudenza costituzionale¹⁹, ma è rimasta prevalente la tesi dell'efficacia persuasiva²⁰ nella quale la posizione che la Corte attribuisce al richiamo del precedente costituisce «un modo di esprimersi in sintesi con un rinvio»²¹.

Se questo è, in estrema sintesi, il quadro delle posizioni dottrinali sul tema, sembra comunque opportuno quando si affrontano queste tematiche non smarrire mai l'orizzonte più ampio delle fondamenta dell'edificio istituzionale dello stato costituzionale della tradizione liberaldemocratica che poggia sul principio della separazione dei poteri, con particolare riferimento alla tesi della scomposizione del potere in funzioni di Vezio Crisafulli²², secondo la quale bisognava distinguere tra il momento del "disporre", in via tendenzialmente generale e astratta, e il momento dell'individuale e concreto "provvedere" e come su queste basi il potere viene distribuito tra i diversi segmenti dell'apparato statale, secondo la propria fonte di legittimazione: «il potere di disporre in via generale ed astratta è –almeno tendenzialmente – appannaggio degli organi appartenenti al circuito democratico-rappresentativo, mentre quello di provvedere in termini individuali e concreti spetta ad organi sganciati da tale circuito»²³ e che invece sono riconducibili ad un circuito tecnico-professionale²⁴.

Questa breve digressione di contesto ha il compito di tenere a mente il quadro costituzionale generale anche quando si discorre di diritto giurisprudenziale come fonte del diritto, onde evitare che facili entusiasmi conducano a sentieri pericolosi, ma, per quel che qui interessa, anche per la valutazione complessiva sull'uso del precedente della Corte costituzionale, la quale probabilmente è difficilmente inquadrabile in uno dei due menzionati circuiti, potendo contare al contempo su un

¹⁸ A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime di Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995, 85. L'autrice, continuando a riassumere il pensiero di Gorla e Pizzorusso per poi confutarlo con la sua posizione più tradizionalista di mero elemento fattuale del precedente, prosegue così: «sarebbe impensabile infatti – dicono – che l'assolvimento di una simile altissima funzione (nomofilattica NdA), collegata per di più ad interessi e principi fondamentali dell'ordinamento, quali l'uniformità dell'interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, la certezza del diritto e l'uguaglianza dei cittadini, fosse assicurato mediante una semplice autorità di fatto dei precedenti della stessa Corte.»

¹⁹ C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1994. L'autrice sostiene che l'inimpugnabilità delle decisioni della Corte rappresenterebbe «un referente costituzionale a sostegno dell'imposizione di fedeltà al proprio precedente».

Altri autori invece hanno tentato di attribuire rilevanza giuridica ai precedenti sul fondamento del principio di eguaglianza. A. CARLI GARDINO, *Il principio del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale sulle Regioni a statuto ordinario*, in *Quaderni Regionali*, 1985.

²⁰ Un'autorevole dottrina equiparava l'influenza persuasiva alla efficacia vincolante, osservando che la prima «pur non essendo per lo più meno intensa di quella derivante dalla comminatoria di una sanzione vera e propria» non era qualitativamente diversa dalla seconda, «in quanto si risolve anch'essa in una forma, sia pur blanda di concezione alla osservanza della norma». A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, a cura di, Bologna- Roma, 1971, 51.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, in G. VISENTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, CEDAM, Padova, 1988, 96.

²² V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 255.

²³ A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Terza edizione, Giappichelli editore, Torino, 2012, 56.

²⁴ Sullo specifico rapporto tra separazione degli apparati e delle funzioni, si veda F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, trad. it. G. SAVINI, seconda edizione, Il Mulino, Bologna, 1984.

certo grado di rappresentatività, determinato dalle modalità di nomina ed elezione dei suoi membri²⁵, e su una specifica legittimazione tecnica²⁶.

E forse questo angolo visuale potrebbe rivelare qualche sorpresa sulla valutazione dell'uso del precedente della Corte costituzionale, che potrebbe risultare più vicino alla logica di un organo rappresentativo piuttosto che a quello di un organo giurisdizionale²⁷.

3. L'uso del precedente nel processo decisionale della Corte costituzionale.

L'analisi sull'uso del precedente da parte della Corte costituzionale crediamo debba avere inizio dall'esame del suo uso nel processo decisionale, cioè come viene utilizzato il precedente nelle attività di assistenza necessarie alla decisione e alla redazione della pronuncia da parte rispettivamente degli assistenti di studio (ed eventualmente del Servizio Studi, se incaricato di predisporre apposito quaderno di ricerca) e dell'Ufficio Massimario.

Infatti, va preliminarmente osservato che nelle attività compiute dal Servizio Cancelleria (verifica regolarità notifiche e comunicazioni; completezza del fascicolo ecc.) e dall'Ufficio Ruolo (iscrizione della causa nei registri telematici con evidenziazione delle questioni e delle liti pendenti) non sembrano sussistere profili di particolare interesse per il nostro studio (naturalmente ve ne sono molti altri ma, appunto, relativi ad altri aspetti).

Non è invece così per il momento centrale del lavoro preparatorio che, come è noto, consiste nella predisposizione di un quaderno di ricerca da parte degli assistenti di studio del giudice relatore, nonché talvolta da uno, più generale, preparato dal Servizio Studi e da uno di indagine delle principali esperienze ordinamentali straniere da parte dell'area di diritto comparato del medesimo Servizio Studi.

Il principale strumento è dunque il quaderno predisposto dagli assistenti di studio, che è preparato per qualsiasi pronuncia da parte del giudice relatore e che viene distribuito all'intero collegio prima della sua discussione.

La struttura dei quaderni di ricerca degli assistenti è ormai collaudata e pacificamente adottata da tutti per evidenti ragioni di uniformità. I quaderni sono normalmente introdotti dall'esposizione succinta della questione in esame e dalle indicazioni delle disposizioni normative e dei parametri costituzionali di precipua pertinenza del giudizio. Subito dopo questa breve parte introduttiva, che ha lo scopo di far percepire con immediatezza i termini della questione da discutere e decidere, vi è

²⁵ Infatti, non solo i giudici costituzionali di provenienza parlamentare hanno un certo grado di rappresentatività, ma anche quelli di nomina presidenziale e quelli eletti dalle supreme magistrature. Naturalmente, la rappresentatività non va confusa con la vicinanza a partiti o movimenti politici o correnti sindacali, quanto la capacità di rappresentare nel collegio orientamenti culturali, giuridici e politici in senso lato.

²⁶ In virtù delle note elevate qualifiche professionali richieste per potere essere eletti o nominati giudici costituzionali.

²⁷ Peraltro, ciò potrebbe dipendere dal fatto che «la caratteristica differenziale più saliente e macroscopica è che nel processo costituzionale la controversia non verte intorno alla valutazione di un fatto, come nel processo ordinario, ma intorno alla valutazione di una norma» (E. CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 303). Così anche F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli editore, Torino, 2002, 47, secondo cui il processo costituzionale è «un giudizio su norme che solo indirettamente ed eventualmente, nel caso di accesso incidentale, incide su posizioni soggettive». È altresì segnalato che l'asse del giudizio di costituzionalità, tenderebbe a spostarsi «in moltissimi casi, dalle norme ai principî, dal confronto tra norme al «bilanciamento» tra diversi interessi e valori sottesi alle norme. Altre deviazioni dal modello hanno riguardato l'arricchimento della tipologia delle sentenze, lo spostamento del giudizio dalle disposizioni alle norme, concepite come possibili varianti contenute nella stessa disposizione, e l'avvicinamento al giudizio di merito attraverso il sindacato di ragionevolezza». M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1147.

una lunga parte dedicata ai propri precedenti. A seguire vi sono i precedenti di altri giudici, la normativa estesa, vario materiale istruttorio²⁸ (lavori parlamentari, pareri, relazioni ecc.) e, infine, la dottrina.

Già la posizione topografica dei precedenti può fornire l'idea di quanta rilevanza la Corte assegni alla propria giurisprudenza e, soprattutto, l'incidenza che essa concretamente può svolgere nell'operato di ciascun giudice, posto che è quasi materialmente impossibile consultare tutto il materiale della ricerca (che verosimilmente dovrebbe essere contenuta in spazi di effettiva e concreta consultabilità integrale), ma ciò che rileva maggiormente, a nostro parere, è un altro aspetto maggiormente indicativo del valore dell'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale.

Si fa riferimento al fatto che i precedenti riportati per argomenti processuali e sostanziali sono inseriti senza sostanziale distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*²⁹, o tra *ratio decidendi* ancora vincolante o non più, anche se talvolta il curatore della ricerca evidenzia in grassetto le parti che ritiene di maggiore rilevanza, ma con citazione estesa dei brani di pronunce ritenuti di interesse e allegazione delle intere pronunce citate. Si tratta, in definitiva, di un ampio materiale giurisprudenziale di autocitazioni, dal quale la Corte può (quasi) liberamente trarre spunto per la motivazione della sua decisione. E ciò vale sostanzialmente anche per i quaderni predisposti dal Servizio Studi e per l'area comparata (ma qui è tutto sommato naturale che sia così, non potendo certo sussistere un qualsiasi obbligo giuridico posto da un precedente di un giudice supremo di un altro ordinamento).

Sembra dunque mancare una concezione "prescrittiva" del precedente, come, appunto, dimostrerebbe la copiosa selezione di brani di giurisprudenza costituzionale forniti a corredo del materiale di ricerca da impiegare per la soluzione della questione.

Un'indiretta prova fattuale di tale tesi è rappresentata dall'assenza di uno strumento informatico dedicato al precedente³⁰. Come detto, esiste una banca dati (adesso SIGICO2)³¹ accessibile ai diversi

²⁸ Verosimilmente se i quaderni delle ricerche fossero pubblici, almeno dopo la pubblicazione delle relative pronunce, la questione dell'attività istruttorie della Corte potrebbe essere ridimensionata, poiché spesso la Corte non adotta specifiche ordinanze istruttorie perché ha acquisito i dati in modo informale attraverso dati pubblici, oltre che direttamente dalle parti che abbiano voluto allegarli, cosicché la Corte ne fa uso anche quando ciò non traspare nella motivazione.

²⁹ Infatti, in dottrina è stato evidenziato che «il concetto stesso di *ratio decidendi* va inteso in maniera meno stringente: andrà considerato come *obiter dictum* esclusivamente lo «svolazzo» dell'estensore, mentre altre considerazioni all'interno della motivazione potranno fungere da precedente, proprio per la probabile formulazione in termini più generali conseguente alla minor importanza dei fatti della causa». M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 1148. In senso conforme v. anche R. CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1996, 1279 ss., che mette in evidenza come «nel caso della Corte, soprattutto mediante la lettura della sentenze più recenti, è stato possibile invece riscontrare una quasi totale equiparazione tra le *rationes* ed i *dicta* cui la Corte fa riferimento nelle proprie pronunce, ed è anzi rilevabile un'utilizzazione molto frequente degli *obiter dicta*, tesa ad iniziare ad elaborare i principi guida della futura giurisprudenza, o per dare spazio ad opinioni minoritarie che, nelle decisioni successive, trovando maggiore consenso entrano nella sentenza come *rationes decidendi*».

³⁰ Si era tentato di fare una ricerca statistica sui precedenti, ma non è stato possibile se non manualmente, cioè consultando tutte le pronunce ma solo per il 2019.

³¹ Il Sigico è il sistema informatico della Corte costituzionale che gestisce l'intero processo giudiziario, dalla registrazione dell'atto di promovimento al deposito della decisione della Corte costituzionale.

Il sistema Sigico2 si compone di due sottosistemi, uno dedicato agli uffici, Sigico2 Gestione, e l'altro rivolto alla consultazione dei dati disponibili, Sigico2 Consultazione.

Il sistema Sigico 2 Gestione ha funzionalità specifiche per i seguenti uffici:

- Cancelleria
- Ruolo
- Servizio Studi

operatori del giudizio costituzionale, i quali possono fare svariate ricerche sulle pronunce, ovviamente potendo distinguere molteplici campi (tipo di giudizio, tipo di pronuncia, anno, attore, relatore, ricerca per parola, ricerca per parametro ecc.), ma non esiste un database dei precedenti, cioè non tanto un programma che consenta di visualizzare le catene dei precedenti, ma nemmeno uno che permetta di estrapolare normali dati di ricerca sui precedenti (numero di precedenti citati per pronuncia, tipo di precedente: processuale o sostanziale, precedenti citati maggiormente, ricerca cronologica dei precedenti ecc.). Questo strumento di facile acquisizione tecnica è molto indicativo perché rende evidente come non sia stata finora avvertita esigenza di indicizzare i precedenti citati in motivazione, affidandosi alle consuete ricerche per avere a disposizione il più ampio materiale, senza che questo sia organizzato concettualmente secondo verosimilmente accadrebbe ad un giudice che avverta obbligo di essere vincolato alle proprie precedenti decisioni.

Dopo la decisione della questione, come noto, il relatore redige la pronuncia che, prima di essere letta e approvata dal collegio, viene revisionata dall'Ufficio Massimario, di recente istituzione, il quale non si limita a fare il correttore di bozze, dovendo altresì contribuire a favorire l'uniformità redazionale e, ai nostri fini, controlla la regolarità di tutti i riferimenti normativi e giurisprudenziali citati nella motivazione. Quindi, si può ragionevolmente prevedere che al Presidente e al relatore, i due interlocutori delle risultanze dell'Ufficio Massimario, vengano segnalate le eventuali citazioni di precedenti non congrue o, in ipotesi, mancanti.

In conclusione, l'intervento di diversi attori in varie fasi del processo di decisione del giudice costituzionale ci può far presumere con un affidabile grado di certezza che i precedenti siano stati tutti ben individuati e valutati.

4. L'uso del precedente nella pronuncia.

Occorre ora verificare l'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale per avere conferma che i precedenti individuati in fase di preparazione della decisione trovino poi piena corrispondenza nel corpo delle motivazioni che la Corte usa. Per ragioni di economia espositiva, non sarà possibile fare un'elencazione esaustiva delle molteplici eterogenee ipotesi di uso nel precedente nella giurisprudenza costituzionale³², ma ci si limiterà a riportare alcuni esempi casistici per poi tentare di tirare delle (necessariamente) sommarie considerazioni generali, facendo riferimento anche alle più recenti ricerche sull'argomento.

A tal fine, va osservato in via preliminare che la Corte dimostra, ovviamente oserei dire, di sapere applicare con maestria le tecniche elaborate nella dottrina del precedente in uso nelle Corti dei Paesi di *common law*. Un recente esempio è fornito dalla sentenza n. 77/2018 in materia di disciplina

- Massimario

Il sistema Sigico2 Consultazione permette la consultazione dei seguenti archivi/registri:

- Registro delle ordinanze
- Registro dei ricorsi
- Registro dei conflitti tra poteri
- Registro dei conflitti tra enti
- Registro dell'ammissibilità referendaria
- Registro delle decisioni
- Archivio delle massime
- Archivio delle note a sentenza

Sono previste funzionalità di reportistica e di stampa oltre che di gestione utenti e accessi.

Il Sigico è un'applicazione web accessibile esclusivamente nell'ambito della rete interna Corte costituzionale.

³² Basti pensare che già Treves nel 1971 contava otto diversi modi frequenti con cui la Corte manifestava la tendenza a adeguarsi alle proprie decisioni (*op. cit.* 8-13).

processuale relativa alla compensazione delle spese in giudizio, nella quale, appunto, il Collegio evidenzia che la decisione della questione (definita con una sentenza di illegittimità costituzionale di tipo additivo) è differente da un'altra analoga (decisa con un'inammissibilità), in quanto la "fattispecie" è sostanzialmente diversa e espressamente indica che alcune argomentazioni del precedente non costituivano la sua *ratio decidendi*. In definitiva, nella motivazione della sentenza citata vi è una esauriente e corretta motivazione delle ragioni che conducono ad un esito diverso, senza che si possa configurare un mutamento di orientamento.

Eppure non è sempre così. E sembra difficile ritenere che ciò accada inconsapevolmente.

Un primo esempio si può rinvenire nella pronuncia n. 120/2018, che peraltro può evidenziare come tale fenomeno possa manifestarsi anche in casi largamente condivisibili negli esiti finali. La sentenza, infatti, riguarda la dichiarazione di illegittimità dell'art. 1475, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), in quanto prevede che «I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali» invece di prevedere che «I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali».

È singolare osservare che nella motivazione si dia adeguatamente conto della precedente giurisprudenza costituzionale - che sul punto specifico aveva stabilito, anche in tempi relativamente recenti³³, che le specificità dell'ordinamento militare giustificavano l'esclusione di forme associative ritenute non rispondenti alle conseguenti esigenze di compattezza ed unità degli organismi militari³⁴ - ma che il significativo, ancorché graduale e parziale, mutamento del precedente orientamento venga descritto come un'ulteriore verifica della corretta attuazione della disciplina costituzionale, senza che si dimostrino le ragioni per le quali la costituzione di un'associazione sindacale tra solo militari non metta a rischio la coesione interna e la neutralità dei reparti militari, mentre l'adesione a sindacati comuni invece sì. Si precisa che ci sono ben chiare, e si condividono appieno, le ragioni sottese a questa innovazione graduale, ma è sul piano della tecnica argomentativa che pare esservi una non piena conformità con le tecniche tipiche impiegate. Qui sembra emergere un profilo di politicità, non nel senso ovviamente di partigianeria partitica quanto semmai di un decisore pubblico che interpreta (correttamente) l'evoluzione dei temi e adegua conseguentemente l'ordinamento, cioè detta una nuova disciplina normativa, operando discrezionalmente un bilanciamento tra diversi beni giuridici (la libertà sindacale, la specificità funzionale delle Forze Armate) sulla base di una ricostruzione giuridica che può suscitare qualche perplessità (il riferimento alla disciplina normativa prevista per la costituzione di associazioni tra militari, ad esempio le associazioni combattentistiche,

³³ Cioè dopo che la Corte, con la pronuncia n. 278 del 1987, aveva chiarito che la Costituzione repubblicana ha superato radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e ha ricondotto anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini, militari oppure no.

³⁴ «Di particolare rilevanza, infine, i principi richiamati nella sentenza n. 449 del 1999. Questa Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, della legge n. 382 del 1978, in relazione all'art. 39, letto in sistema con l'art. 52, terzo comma, Cost. La disposizione, abrogata a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 66 del 2010, era sostanzialmente identica a quella attuale, prevedendo che "I militari non possono esercitare il diritto di sciopero, costituire associazioni professionali a carattere sindacale, aderire ad altre associazioni sindacali", e questa Corte, nel dichiarare non fondata la questione, ha affermato la sussistenza di peculiari esigenze di "coesione interna e neutralità", che distinguono le Forze armate dalle altre strutture statali; ha rilevato in particolare che l'art. 52, terzo comma, Cost. "parla di 'ordinamento delle Forze armate', non per indicare una sua (inammissibile) estraneità all'ordinamento generale dello Stato, ma per riassumere in tale formula l'assoluta specialità della funzione"» (sent. n. 120/2018).

per la prima attuazione dell'associazionismo sindacale, con il singolare aspetto che un'associazione militare sindacale deve ottenere l'approvazione per la sua costituzione del Ministro della Difesa).

E comunque questo è ancora un caso nel quale la lettura della motivazione dà sufficientemente conto del sostanziale mutamento giurisprudenziale e in cui i precedenti sono riportati correttamente.

Talvolta, infatti, la Corte mimetizza i suoi *revirements*, nascondendo i precedenti non conformi alla decisione che si vuole assumere al fine di trasmettere comunque una immagine di lineare continuità, anche quando vi è stata una decisa inversione di marcia.

Ne è un emblematico recente esempio la pronuncia n. 122/2019, la quale, come noto, supera il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte, che «interpretava in senso limitativo lo spazio di autonomia delle Regioni con riguardo alla tassa automobilistica, ricomprendendo il tributo in questione, al pari dell'IRAP, nell'alveo dei tributi propri 'derivati'. Ciò sul presupposto che, pur essendo il gettito della tassa attribuito alle Regioni, unitamente all'attività amministrativa connessa alla sua riscossione, nonché ad un limitato potere di variazione dell'importo dovuto, la disciplina sostanziale della tassa permaneva nell'esclusiva competenza dello Stato, così impedendo la configurazione di misure, anche agevolative, da parte del legislatore regionale al di fuori dei limiti dettati dal legislatore statale»³⁵, come prima aveva stabilito la Corte nelle pronunce n. 199 del 21 luglio 2016, n. 242 del 22 novembre 2016 e n. 269 del 26 settembre 2003.

Ciò che qui colpisce è che dalla lettura della pronuncia non solo non traspare nessun *overruling* - semmai sembrerebbe che la Corte continui nel solco della sua giurisprudenza seppur con la specificazione di una distinzione che giustifica un esito diverso - ma nemmeno cita i precedenti summenzionati. Semplicemente decide che non esistono (non si può in alcun modo ritenere che il Collegio li ignorasse o che in sede di ricerca da parte degli assistenti di studio o di revisione dell'Ufficio Massimario ciò non sia emerso). Non si possono certo immaginare le ragioni di tale omissione, ma la circostanza che il relatore delle due pronunce del 2016 fosse il Presidente della Corte della sentenza in argomento indurrebbe a ritenere che ci si possa trovarsi dinanzi ad un caso di deferenza istituzionale, non volendo forse "sconfessare" pubblicamente il proprio Presidente. È ovvio, o almeno a me così pare, che nessuna sconfessione vi sarebbe stata se la Corte avesse adeguatamente ed espressamente motivato le ragioni del suo mutamento di indirizzo; anzi ciò sarebbe stato quanto mai necessario, proprio in considerazione del breve lasso di tempo intercorso dalle ultime pronunce contrarie e della consistenza del precedente orientamento, definito in dottrina granitico³⁶.

5. La tesi dell'uso prevalentemente tendenziale.

Sembra dunque evidente che siamo in presenza di un caso nel quale deliberatamente la Corte tralascia le tecniche giudiziarie sul precedente che molto bene padroneggia, se e quando vuole farlo.

³⁵ S. M. RONCO, *Tassa automobilistica ed autonomia finanziaria: quali nuovi spazi per la discrezionalità del legislatore regionale?*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2019.

³⁶ «Con la pronuncia qui in esame, la Corte sembra infatti aver aperto un varco nella (sinora) granitica giurisprudenza costituzionale che aveva assimilato a tutti gli effetti la cosiddetta tassa automobilistica regionale ai tributi propri derivati, anche nella fase successiva alla l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale. Se tale orientamento fosse confermato, si consoliderebbe un presupposto di non secondario momento per consentire la manovrabilità regionale del tributo in funzione delle specifiche e differenziate esigenze». G. RIVISECCHI, *Una convincente pronuncia sulla manovrabilità (al ribasso) della tassa automobilistica regionale*, in *Le Regioni*, 2019.

Ed è questo il punto che, forse, solleva maggiori interrogativi: la libertà che talvolta la Corte manifesta nell'uso dei suoi precedenti può rappresentare una epifania della sua natura politica³⁷?

Da questo punto di vista sembra interessante evidenziare come anche da questa pronuncia emerga un uso retorico del precedente, nel senso che la Corte ricorre spesso all'autocitazione perché questa tecnica trasmette l'idea di una coerenza, continuità e prevedibilità del suo operato³⁸.

Ma un uso analogo di questa tecnica retorica si trova anche in un altro ambito istituzionale, o almeno così a noi sembrerebbe. Si fa riferimento all'uso del precedente nelle assemblee parlamentari, nelle quali un'attenta dottrina evidenzia come in Parlamento sia diffusa «una <propensione al precedente> piuttosto che <una dottrina del precedente>. Ben lungi, cioè, gli attori dei procedimenti parlamentari dal ritenere che esista anche un solo implicito vincolo formale allo *stare decisis* o possibilità strutturali di sviluppare precedenti di vera autorità in senso verticale o orizzontale è però comune la sensazione per cui richiamarsi o essere richiamati al rispetto dei propri precedenti è un modo per rafforzare la legittimazione politica delle Camere»³⁹.

È suggestiva la possibile trasposizione di quanto detto con quanto spesso la dottrina dica con riferimento alla funzione legittimante delle autocitazioni della Corte.

E invero è sufficiente la lettura delle pronunce della Corte per appurare l'ampio ricorso all'autocitazione⁴⁰, che possono far ritenere prevalente il ricorso a questo schema funzionale di legittimazione, posto che il ricorso alle tecniche giudiziarie del precedente sembrano meno frequenti.

Naturalmente, questa affermazione va giustamente intesa, nel senso che vi sono anche casi in cui si fa ricorso ad un uso vincolante del precedente⁴¹.

Tale elemento apparentemente contraddittorio è forse indicativo di una doppia anima della Corte costituzionale⁴², grazie anche alla sua potenziale ascrivibilità a entrambi i circuiti di potere dello schema crisafulliano (o se si preferisce avendo, al contempo, caratteri di rappresentatività e di competenza, tipici, rispettivamente, degli organi democratici e di quelli burocratici) di cui occorre tenere sempre conto.

Ma, come si diceva prima, è la libertà con cui la Corte decide di argomentare secondo le tecniche tipiche della dottrina del precedente ovvero secondo quella (prevalente) retorica dell'uso

³⁷ Ciò sembra ancor più evidente nel giudizio di ammissibilità dei referendum, nel quale la prevalente dottrina ha spesso ritenuto la giurisprudenza costituzionale ondivaga (G. AZZARITI, *Il modello della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: ritorno al futuro?*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005) e sostanzialmente ondivaga (E. ROSSI, *Corte e referendum abrogativo*, in *Foro italiano*, 2006). In particolare, questo autore sostiene che la sostanziale imprevedibilità dell'esito del giudizio di ammissibilità referendaria possa dipendere dai vari criteri adottati che «appaiono di volta in volta utilizzati in una diversità di significati e con una latitudine di senso tale che non è garantita affatto la loro riaffermazione successiva (almeno allo stesso rigoroso significato), si da far parlare di assenza di un modello di ammissibilità del referendum, malgrado il tentativo compiuto con la sentenza n. 16/1978» (337). Per un recente studio sull'uso del precedente nei giudizi di ammissibilità dei referendum si veda L. BERTOLASO, *Il precedente nella giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo*, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 71- 128.

³⁸ E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, cit., 284.

³⁹ D. PICCIONE, *Le ombre della dottrina del precedente conforme e i dualismi dell'odierno parlamentarismo*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, cit., 257.

⁴⁰ Prendendo come campione statistico le prime 38 pronunce del 2019, la media delle citazioni è di 18,23, con la sentenza n. 13 del 2019 che ne conta ben 61. Come detto, in assenza di un apposito applicativo l'indagine va svolta manualmente su ogni pronuncia e pertanto non è facile svolgere indagini statistiche più estese o qualitativamente più significative.

⁴¹ Per economia espositiva, si rinvia alla recente accurata casistica di E. CRIVELLI, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, cit., 285.

⁴² In dottrina è stata usata la metafora della Corte come anello di raccordo fra sfera giurisdizionale e sfera politica, da cui deriverebbe una necessità di massima elasticità per ciò che attiene all'esercizio delle funzioni. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, 3.

tendenziale del precedente a costituire un indice paradigmatico di una maggiore vicinanza al modello parlamentare, secondo il quale «il precedente non è una prescrizione, non è un comando, e non è neppure una mera situazione di fatto, piuttosto è la traccia, l'iscrizione lasciata su un determinata situazione di fatto dall'applicazione delle norme e dei principi del diritto parlamentare. Il che significa che, di fronte ad una situazione successivamente determinatasi, analoga o accostabile ad altre situazioni in precedenza verificatesi, il soggetto (chiamato ad applicare il regolamento) che si avvale dei precedenti non decide semplicemente secondo lo schema della riconduzione della situazione concreta al corrispondente comando, ma opera ermeneuticamente ricostruendo concettualmente gli elementi della situazione concreta, percorrendo le tracce dei precedenti e riferendosi al sistema dei principi e degli istituti del diritto parlamentare per dare alla situazione concreta la disciplina di cui necessita»⁴³. Se si provasse a mutare i soggetti e i parametri normativi del brano appena citato, potremo constatare che tale meccanismo di selezione e uso del precedente, cioè come traccia da cui partire per interpretare il dato costituzionale, è quello più frequentemente usato dalla Corte o, forse ancor più significativamente, è quello usato nei casi di maggiore rilevanza generale.

Tale tendenza sembra inserirsi in una più generale che percorre le principali esperienze ordinamentali⁴⁴ e delle Corti sovranazionali europee, incline a valorizzare la dimensione storica, perfettibile e incrementale dell'attività giurisdizionale del giudice (soprattutto di quello costituzionale), il quale con le pronunce tenta di cogliere l'essenza e lo spirito del testo costituzionale, più che il suo tenore testuale. Di ciò si trova, appunto, conferma nelle esperienze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, «le quali tentano d'interpretare dinamiche transnazionali che sfuggono alle strutture dello stato regolatore, per puntare alla flessibilità del diritto più che alla sua stabilità. Anche a causa degli ambiti in cui operano le corti di maggiore impatto, tali ricostruzioni si muovono all'interno della narrativa prevalente del diritto internazionale, che interpreta la storia in senso incrementale, concependo il diritto come progresso e investendosi del ruolo di liberazione e affermazione dei diritti umani, ormai le direttrici prevalenti proprio del costituzionalismo contemporaneo. Il progredire della riflessione sui diritti fondamentali e sui diritti umani, rilanciata dalle corti sovranazionali, non a caso ha contribuito, a fianco delle giurisdizioni nazionali, al declino del positivismo ottocentesco e del primo Novecento»⁴⁵.

Questa tendenza potrebbe far comprendere la diffusa percezione di un maggiore attivismo "politico" della Corte costituzionale che si traduce anche in un accentuato bisogno comunicativo, inconsueto per un organo giurisdizionale. Si pensi non solo ai comunicati stampa, nei quali traspare evidente il bisogno di stabilire un contatto diretto con l'opinione pubblica⁴⁶, ma anche alle più

⁴³ G. FILIPPETTA, *La raccolta dei precedenti al Senato, tra archivistica, codicistica ed ermeneutica*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, cit., 29.

⁴⁴ Si pensi all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale statunitense secondo la quale «il meccanismo dello *stare decisis* non era dunque più un punto fisso del ragionamento del giudice, ma solo il punto di partenza della sua analisi». A PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2018, 118.

⁴⁵ A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, cit., 6-7.

⁴⁶ E difatti la più attenta dottrina ha iniziato a indagare il tema. Si veda A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, Relazione al convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, 17-18 ottobre 2019, Torino. L'autrice sostiene, tra l'altro, che nel rapporto diretto con l'opinione pubblica, «la Corte non troverebbe la sua fonte di legittimazione, ma, al contrario, nuove forme per svolgere un "ruolo collaterale" rispetto agli organi politici, per operare – per richiamare ancora Pizzorusso – "di rincalzo" rispetto ad essi e "correggere il flusso principale o per rimetterlo in moto ove si arresti". Tuttavia, non si può negare che proprio in questa attività di stimolo, per quanto volto alla conservazione dei valori costituzionali svincolati dalla politica contingente – si ponga la sottile linea di confine tra attività "giurisdizionale" e quella più propriamente qualificabile come "politica". Il rapporto con l'opinione pubblica, il contatto

recenti iniziative di “viaggi” dei giudici costituzionali nelle scuole e, soprattutto, nelle carceri, indicative di un bisogno di visibilità esterna, come testimonia la pubblicazione sul sito istituzionale di ampia attività documentale (foto e video) a supporto di queste iniziative, nonché la pubblicazione di un documentario tematico sul viaggio alle carceri che può prestarsi a fornire letture politiche alle più controverse pronunce della Corte costituzionale sui temi connessi alla detenzione carceraria.

E non è un caso che una delle critiche più severe⁴⁷ a questa tendenza concluda la sua riflessione richiamando il principio della separazione dei poteri: «I costituzionalisti si sono a lungo accapigliati sul confine che dovrebbe separare il parlamento e il governo, ma hanno finito per mettere nell’ombra il fatto che il principio di divisione attiene soprattutto al rapporto tra istituzioni di governo e giurisdizione. Anche se la giurisdizione in questione è quella della Corte costituzionale. In questo ambito la separazione dei poteri è un bene assoluto: il costituzionalismo – (...) – aveva eretto formidabili steccati per separare *gubernaculum* e *iurisdictio*. Tutto ciò non vale a creare sfere di intollerabile immunità, (...), ma è la migliore garanzia per assicurare l’autonomia e l’indipendenza (in sé e nei rapporti reciproci) degli organi di governo e dei giudici, anche costituzionali».

6. Prospettive future: ritorno al passato?

Ma, forse, un aiuto insperato a “mitigare” la necessaria elasticità dell’uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale può venire dallo sviluppo delle applicazioni di intelligenza artificiale. Queste, infatti, sembrano aprire scenari straordinari di feconda utilità applicativa in ambito giurisdizionale.

Si è già visto come la catalogazione elettronica abbia favorito la ricerca giurisprudenziale così che oggi chiunque in pochi istanti può avere a disposizione una completa serie di precedenti. E abbiamo anche constatato che ciò vale sia per il giudice, il quale ha un formidabile strumento di ricerca dei suoi precedenti, sia per lo studioso (o il cittadino) che voglia controllare l’esercizio del potere giurisdizionale tramite la verifica delle citazioni dei precedenti richiamati in motivazione, onde appurarne la completezza e la congruità.

Ma altri scenari saranno a breve possibili, tra i quali, ad esempio, la decisione automatizzata di una decisione giudiziaria⁴⁸. Questo può sembrare un argomento fantascientifico, ma non lo è, come dimostra la recente decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, sull’uso di un algoritmo per la realizzazione delle graduatorie scolastiche⁴⁹, nella quale il Collegio sottolinea che «per rispettare il concetto di massima trasparenza e dunque consentire di attuare quel meccanismo di spiegabilità che consiste nella traduzione della formula tecnica nella regola giuridica a essa sottesa, non basta fornire le istruzioni del *software* ma occorre che siano resi noti i suoi autori, il procedimento utilizzato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti: in altri termini, il linguaggio sorgente del *software*. Infatti, gli algoritmi funzionano attraverso appositi *software*, cioè programmi informatici specifici. A ben vedere, il fulcro della sentenza del Consiglio di Stato sta proprio in questo passaggio argomentativo e nell’accezione “sostanziale” di trasparenza

diretto con il “Paese reale” e, quindi, con le sue istanze e sollecitazioni, accentua il rischio che la Corte possa “cedere alla tentazione del consenso popolare” divenendo “agente di una parte politica» (38 – 39).

⁴⁷ Per una lettura particolarmente critica verso questa tendenza, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionale*, 2019, 251-290.

⁴⁸ Un’attenta dottrina parla infatti di una “società dell’algoritmo”. M. C. CAVALLARO – G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’Amministrazione nella società dell’algoritmo*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019.

⁴⁹ Si veda commento alla sentenza di D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una “buona scuola”*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2020.

che propone. Non vi è alcun ostacolo giuridico all'utilizzo dell'algoritmo nei procedimenti amministrativi che, anzi, si pone del tutto in linea con il *favor* generale dell'ordinamento per la digitalizzazione degli uffici pubblici»⁵⁰.

D'altronde, sembra indubbia «l'utilità delle formule digitali con riferimento alle procedure seriali e standardizzate, rispetto alle quali la scelta di sostituire l'attività umana affidando a un elaboratore informatico la classificazione e il riordino d'istanze di numero elevato consente di raggiungere i medesimi obiettivi con un minor dispendio di risorse»⁵¹.

Se già questo è lo stato dell'arte del progresso tecnologico, già si intravede la possibilità di una decisione automatizzata anche per la giurisdizione, che però per il nostro ordinamento costituzionale appare come ipotesi concreta remota⁵².

Più concreta appare un altro orizzonte applicativo dell'Intelligenza Artificiale dedicata alla giurisdizione⁵³: l'utilizzabilità di una banca dati per conoscere preventivamente la sorte che potrebbe avere una causa su una data materia, con un chiaro messaggio di prevedibilità e di probabilità, la c.d. giustizia predittiva⁵⁴.

Al riguardo, sembra opportuno, per comprendere i possibili effetti di tale tecnologia sulla giustizia costituzionale, riportare gli esiti di una ricerca condotta ormai nel lontano 2016 dalla University College of London (UCL), che si è occupata di 584 decisioni della Corte europea dei diritti

⁵⁰ I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 22 novembre 2019, 15.

⁵¹ I. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, cit., 2.

⁵² Sul punto sembrano pienamente condivisibili le osservazioni di una dottrina molto autorevole: «Nondimeno, e ragionevole pensare che mettere in pratica l'idea estrema del robot giudice abbia più svantaggi che vantaggi. Come ben sanno i matematici che si occupano del calcolo delle probabilità, la previsione non è predizione, sicché quando chiediamo che le decisioni giudiziarie siano prevedibili eleviamo una pretesa di certezza giuridica, non di infallibilità matematica (ammesso - e nient'affatto concesso - che il robot possa essere infallibile). Forse il problema che l'idea della decisione robotica intenderebbe risolvere potrebbe essere rimosso se, da un lato, noi elevassimo pretese meno estreme (difficilmente compatibili, del resto, con un mondo fisico segnato dalla perdita delle credenze deterministiche, nel quale "tutti e sempre ci troviamo - nei confronti di tutte o quasi tutte le cose - in condizioni d'incertezza") nei confronti del giudice e, dall'altro, questi recuperasse una cultura della giurisdizione che ne cogliesse la funzione servente (ma non per questo meno importante) rispetto alla legislazione (e quindi alla decisione democratica)». M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, cit., 893.

⁵³ Nonché all'attività amministrativa, come recentemente affermato dal Presidente del Consiglio di Stato nell'ultima relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario: «L'applicazione dell'intelligenza artificiale all'attività amministrativa richiede una paziente opera di adattamento delle tradizionali forme e categorie giuridiche. Premessa la generale ammissibilità e utilità dell'algoritmo nell'azione amministrativa, anche discrezionale, si è ritenuto, che occorre assicurare, quali elementi di minima garanzia: 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; c) la verifica e la sindacabilità in sede giurisdizionale dei dati immessi e dei criteri utilizzati. Si segnalano sezione VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 e 8 aprile 2019, n. 2270, la quale ultima ha riguardato le contestazioni mosse da alcuni docenti di scuola secondaria a seguito della loro assegnazione presso sedi di servizio sulla base delle risultanze di un algoritmo a loro sconosciuto». F. PATRONI GRIFFI, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, Roma, 4 febbraio 2020.

⁵⁴ «Chiariamoci innanzitutto sul concetto, esprimendoci con termini da linguaggio di programmazione: parliamo di algoritmi, cioè funzioni, i cui argomenti (cioè il cosa fare) sono contenuti decisionali (sentenze, provvedimenti, dottrina, testi) e gli output sono probabilità di orientamento decisionale, oppure di *range* di indennizzi e costi, con finalità analitiche (individuazione di pattern) o predittive riguardo l'orientamento probabile del giudice. Non sono sistemi che simulano il ragionamento umano (sistemi di AI "forte"), e quindi in grado di sostituire il ragionamento del giudice. Ma sistemi di AI "debole" quali *Natural language processing* e *machine learning* (incrocio di gran mole di dati in entrata, ricerca di correlazione tra dati (pattern), deduzione di un modello e applicazione del modello ai casi in entrata, in autoapprendimento)». C. MORELLI, *Giustizia predittiva: il progetto (concreto) della Corte d'appello di Brescia*, in *Altalex* (www.altalex.it), 8 aprile 2019.

dell'uomo⁵⁵. Gli esiti di questa ricerca sono sembrati stupefacenti, poiché con tecniche AI di apprendimento automatico la macchina ha riprodotto le decisioni umane con una percentuale di successo del 79%. «Questo risultato è, in realtà, tanto sorprendente quanto la meccanica utilizzata. La macchina è stata programmata su diversi elementi costitutivi delle sentenze della Corte: i fatti, l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il dispositivo (binario: violazione o non violazione). La frequenza della presenza di gruppi lessicali coerenti è stata, poi, registrata in una banca dati e confrontata con la violazione (o meno) della Convenzione. In sintesi, le parole che potrebbero portare a una violazione (o non violazione) della Convenzione sono state ponderate in base alla loro presenza predominante nei diversi tipi di decisioni esaminate. Così, secondo lo studio, i termini «condizioni di detenzione», «obblighi dello Stato», «esecuzione delle decisioni» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati in una decisione di violazione. Al contrario, la «mancanza di prove», i «diritti di proprietà», la «precedente violazione degli articoli 2 e 11» sembravano avere maggiori probabilità di essere trovati nelle decisioni di non violazione. La macchina non ha dunque cercato di simulare un ragionamento giuridico; ha, semplicemente, provveduto al trattamento statistico dei dati raccolti e calcolato delle probabilità. Lo stesso lavoro, svolto sull'applicazione della Convenzione, ha portato a una riduzione del tasso di successo della riproduzione delle decisioni al 62%. Questo risultato, più che soddisfacente a prima vista, deve tuttavia essere riconsiderato alla luce del fatto che chiunque ha una possibilità di "predire" l'esito di una decisione affermando a caso "violazione" o "non violazione" (50%)»⁵⁶.

Questi sorprendenti risultati potrebbero ancora essere migliorati con l'uso di tecniche matematiche più sofisticate e con il progresso tecnologico delle macchine, ma quello che ai nostri fini interessa non è tanto l'uso di software predittivo da parte della Corte costituzionale⁵⁷, quanto piuttosto il fatto che una sua esistenza potrebbe condizionarne l'operato per la sua disponibilità alle varie parti processuali e alla dottrina.

In altri termini, lo sviluppo di sistemi avanzati di "giustizia predittiva", o se si preferisce di accurata prevedibilità delle decisioni sulla base dei precedenti e del testo normativo di riferimento (nel nostro caso la Costituzione), potrebbero "costringere" il giudice costituzionale a ricorrere maggiormente alle tecniche tipiche della "dottrina del precedente".

In conclusione, paradossalmente l'ulteriore sviluppo tecnologico potrebbe favorire il ritorno al passato del costituzionalismo liberaldemocratico, nel senso di un maggior rispetto del principio della separazione, favorendo un rapporto più armonico, e non antagonista, tra il diritto giurisprudenziale e il diritto politico⁵⁸.

Bibliografia

AINIS M. (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁵⁵ Al riguardo, va evidenziato che un'autorevole dottrina ha mosso acute critiche sulla possibile obiettività sull'uso predittivo di banche dati giuridiche (M. LUCIANI, *La decisione giuridica robotica*, cit., 886-887) che però non sembrano pienamente condivisibili, se non nella conclusione della impraticabilità di una decisione giurisprudenziale robotica nel nostro ordinamento. In particolare, le critiche relative alla gestione del dato cronologico o valoriale del precedente possono essere opportunamente superate con una ponderazione del precedente anche attraverso l'indicizzazione dei precedenti citati nella motivazione.

⁵⁶ C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione Giustizia*, (www.questionegiustizia.it), n. 4/2018.

⁵⁷ Infatti, gli spazi per una giustizia costituzionale predittiva sembrano molto angusti poiché tramite le tecniche di giudizio del bilanciamento, della ragionevolezza, della proporzionalità il giudice costituzionale ha creato delle fughe dal determinismo decisionale, potendo di volta in volta dosare diversamente i diversi beni costituzionali in gioco o ridefinire le contrapposte priorità valoriali sulla base delle cangianti situazioni sociali.

⁵⁸ A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2019/III, 727-728.

ANZON A., *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

ANZON A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime di Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995.

BARBARO A., *Usò dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018.

CALVANO R., *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1996.

CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017.

CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.

CARLEO A., *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019.

CARLI GARDINO A., *Il principio del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale sulle Regioni a statuto ordinario*, in *Quaderni Regionali*, 1985.

CHELI E., *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959.

CHELI E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna 1996.

CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959.

CROCE M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006.

D'ATENA A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Terza edizione, Giappichelli editore, Torino, 2012.

DALFINO D., *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in *Questione Giustizia*, 2020.

DAL CANTO F., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli editore, Torino, 2002.

GRASSO G., *Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo*, in *questi stessi scritti*.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli editore, Torino, 2016.

LUCIANI M., *La decisione giuridica robotica*, in *Rivista AIC*, 2018.

LUPO N., *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013.

MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionale*, 2019.

NEUMANN F., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, trad. it. G. SAVINI, seconda edizione, Il Mulino, Bologna, 1984.

NICOTRA I. - VARONE V., *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019.

PEDRAZZA GORLERO M., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 2008, p. 285.

PIN, A., *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2018.

PIZZORUSSO A., *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966.

PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in SCIALOJA A. – BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, a cura di, Bologna-Roma, 1971.

RANDAZZO B., *Gli effetti delle pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo*, in (www.cortecostituzionale.it) del sito web della Corte costituzionale

RIVOSECCHI G., *Una convincente pronuncia sulla manovrabilità (al ribasso) della tassa automobilistica regionale*, in *Le Regioni*, 2019.

RONCO S. M., *Tassa automobilistica ed autonomia finanziaria: quali nuovi spazi per la discrezionalità del legislatore regionale?*, in *Osservatorio costituzionale* (<http://www.osservatorioaic.it/>) 2019.

ROSSI E., *Corte e referendum abrogativo*, in *Foro italiano*, 2006.

RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1994.

RUGGERI A., *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta On Line*, 2019.

SPERTI A., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, Relazione al convegno *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, 17-18 ottobre 2019, Torino, in corso di pubblicazione in *Diritto e Società*.

TREVES G. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, UTET, Torino, 1971.

VISENTINI G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, CEDAM, Padova, 1988.

Consulta Online

ALESSANDRO MORELLI

Il giudice robot e il legislatore naïf

La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche

SOMMARIO: 1. Nuove tecnologie, Intelligenza artificiale e funzioni pubbliche. – 2. Questioni etiche e problemi giuridici nell'applicazione dell'IA: i principi enunciati dalla *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti* e dalle *Linee guida per un'IA affidabile* predisposte dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione europea. – 3. Il *legislatore naïf*: gli eccessi dell'irrazionalismo normativo. – 4. La qualità della normazione: la logica del *ciclo della regolazione* nella prospettiva dei cicli funzionali. – 5. Il mito del *giudice robot*, tra utopia e distopia.

1. Nuove tecnologie, Intelligenza artificiale e funzioni pubbliche

L'impatto delle nuove tecnologie sulle dinamiche di funzionamento della democrazia è un tema su cui lo studioso al quale è dedicato il presente contributo ha offerto importanti riflessioni. Le trasformazioni istituzionali indotte dallo sviluppo della tecnica, le varie accezioni del concetto di *e-democracy* e le garanzie dei diritti fondamentali in Internet sono tra i temi sui quali si è maggiormente concentrata l'attenzione di Pasquale Costanzo¹.

Non manca mai, nelle analisi condotte dall'Autore su tali argomenti, la consapevolezza che tutti i più avanzati prodotti della tecnica impiegabili nel mondo del diritto o che, per la rilevanza sociale delle loro applicazioni, rivestono comunque una significativa importanza per i giuristi, sono e

¹ Tra i tanti scritti (alcuni dei quali davvero pionieristici) di P. COSTANZO, cfr. almeno, con riguardo all'impatto delle nuove tecnologie sulla democrazia, *The impact of new technologies, fundamental liberties and the Italian legal system: an Overview*, in S. FLOGAITIS, U. KARPEN, A. MASUCCI (ed.), *EGovernment and E-Democracy*, Esperia Publications Ltd, London, 2006, 251 ss.; *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss.

Sul concetto di democrazia elettronica (o *e-democracy*) v. soprattutto *La democrazia elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.; cfr., inoltre, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 71 ss., nonché i contributi al *Forum su Le Sfide della Democrazia Digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 3/2019, 233 ss.

Sulla tutela dei diritti in Internet, cfr., tra i diversi scritti dell'Autore, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 2/1996, 183 ss.; *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 831 ss.; *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Le telecomunicazioni*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997, 32 ss.; *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" su Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 370 ss.; *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 347 ss.; *Internet e forme evolutive della libertà di comunicazione*, in *Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 4/1999, 141 ss.; *Profili costituzionali di internet*, in E. TOSI (a cura di), *Diritto di internet e dell'e-business*, III ed., t. I, Giuffrè, Milano, 2003, 53 ss.; *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in AA.VV., *Diritto pubblico e diritto privato nelle rete delle nuove tecnologie*, Edizioni Plus, Pisa, 2010, 5 ss.; *Contributo ad una storia della libertà d'informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, 691 ss.; *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9 ss.; *La governance di internet in Italia*, in E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma, 2013, 41 ss.; *Internet e libertà d'informazione dentro le mura carcerarie*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 939 ss.; *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. PASSAGLIA, D. POLETTI (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, UPI, Pisa, 2017, 17 ss.; *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Milano, 2017, 3 ss.

rimangono pur sempre *strumenti* a disposizione di attività e finalità umane. E degli strumenti, com'è noto, si può fare un uso buono o cattivo.

D'altro canto, l'idea che qualsiasi mezzo della tecnica, anche il più invasivo e pericoloso, possa trovare giustificazione nell'esigenza di raggiungere un fine superiore appare estranea all'ispirazione della democrazia pluralista, la cui sopravvivenza dipende dal mantenimento, nell'esercizio delle pubbliche funzioni, di una condizione di equilibrio tra i principi ispiratori dell'ordinamento, la libertà e l'eguaglianza, al cui contestuale sviluppo appare orientata l'organizzazione dello Stato costituzionale². Il fine, insomma, *non* giustifica mai i mezzi se questi ultimi determinano una compressione sproporzionata di diritti e principi fondamentali.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, l'applicazione delle nuove tecnologie nei più disparati ambiti della vita sociale non pone soltanto problemi relativi alla necessità di salvaguardare i diritti coinvolti ma tocca anche il tema della condivisione delle stesse tecnologie, spesso ostacolata dal *digital divide*, nel quale trova espressione una delle più penalizzanti disparità del nostro tempo (basti pensare a quanto ha pesato il divario digitale – che non consiste soltanto nelle diverse possibilità di accesso a Internet ma anche nelle differenti capacità d'uso delle *Information and Communication Technologies* – sul diritto all'istruzione durante il periodo del *lockdown* determinato dalla pandemia da Covid-19)³.

Se si affronta, poi, il tema dell'applicazione dell'intelligenza artificiale – la più affascinante e promettente frontiera delle nuove tecnologie – all'esercizio delle pubbliche funzioni (su cui verteranno prevalentemente le osservazioni che seguono), emerge quanto sbilanciato sia l'impatto di tale fenomeno, il quale tende a favorire forme di concentrazione e di privatizzazione del potere, a discapito delle esigenze di certezza del diritto e soprattutto di controllo democratico degli stessi detentori del potere istituzionale e delle altre forme di potere – quello economico privato – che sfuggono ai vincoli e ai limiti propri dello Stato costituzionale.

2. *Questioni etiche e problemi giuridici nell'applicazione dell'IA: i principi enunciati dalla Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti e dalle Linee guida per un'IA affidabile predisposte dall'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence della Commissione europea*

Nelle idee che circolano intorno all'applicazione dell'intelligenza artificiale al mondo del diritto e, in particolare, alle modalità di svolgimento delle funzioni pubbliche, si riscontra un paradosso.

Riprendendo la definizione proposta nel *Glossario* in appendice alla *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia, nel dicembre del 2018, l'Intelligenza artificiale (IA) consiste in un «insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine

² Cfr. R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 2000, trad. it. ID., *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002, 139; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 43 ss. e 85 ss. Di «coppia assiologica fondamentale» parla, a proposito dei principi di libertà e di eguaglianza riconosciuti e garantiti dagli artt. 2 e 3 Cost., A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2015, spec. 15 ss., e *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2015/III, spec. 784 ss.

³ In tema, cfr., in generale, L. SARTORI, *Il digital divide. Internet e le nuove diseguaglianze*, Il Mulino, Bologna, 2006; J. VAN DIJK, *The digital divide*, Cambridge, Medford, Polity pres, 2020.

Sul *digital divide* nell'emergenza da Covid-19 cfr., per tutti, S. DE VIDO, *Diritto all'istruzione e accesso ad Internet all'epoca del Covid-19*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>), 20 aprile 2020; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3/2020, 285 ss.

le capacità cognitive degli esseri umani. Gli attuali sviluppi mirano a far svolgere alle macchine compiti complessi precedentemente svolti da esseri umani»⁴. Un'analoga definizione è stata fornita, più di recente, dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione UE: nel *Glossario* contenuto negli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, si legge che l'IA si traduce in «sistemi software (ed eventualmente hardware) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato. I sistemi di IA possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento analizzando gli effetti che le loro azioni precedenti hanno avuto sull'ambiente»⁵. In poche parole, gli sforzi in campo di IA parrebbero mirare a creare macchine quanto più possibile simili agli esseri umani. D'altro canto, si cerca negli strumenti dell'IA risorse utili ad assicurare la perfetta prevedibilità o anche solo una maggiore prevedibilità e certezza delle decisioni e degli esiti delle funzioni svolte dai pubblici poteri, soprattutto da quello giudiziario, allo scopo di far fronte al diffuso soggettivismo interpretativo e all'ipercreatività di giudici e Corti, di cui da tempo si denunciano gli eccessi⁶. Se, dunque, da un lato, si tende a creare macchine sempre più simili agli uomini, che sappiano interagire con situazioni nuove, imparando dalle stesse, dall'altro lato, si pretende di far fronte all'eccessivo soggettivismo della giurisdizione attraverso il ricorso agli strumenti dell'intelligenza artificiale, sopperendo ai difetti umani riscontrabili nell'esercizio della funzione.

L'apparenza del paradosso si rivela subito, tuttavia, se si considera la premessa da cui si è partiti: l'IA, come ogni tecnologia, fornisce *mezzi* impiegabili per diversi *fini* e differenti sono appunto gli scopi cui tendono i promotori di tale tecnologia. Alcuni aspirano a porre limiti più stringenti al potere, mentre altri, al contrario, hanno in mente proprio il rafforzamento del potere; alcuni tendono a una maggiore certezza delle decisioni pubbliche, altri al conseguimento di un più alto grado di giustizia, qualsiasi cosa s'intenda con questo termine così evocativo.

Per la versatilità di tali strumenti, le varie, possibili applicazioni dell'IA sollevano importanti questioni etiche, che si riflettono anche nella sfera giuridica. I principi enunciati nella *Carta etica europea* e quelli espressi negli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, predisposte dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione europea, rivelano tutta la complessità del quadro e la necessità di un'attiva collaborazione da parte dei vari operatori istituzionali (nazionali ed europei) per evitare pericolosi abusi nell'impiego di tali tecnologie.

La *Carta etica* riconosce, in particolare, cinque principi.

Il primo è quello del *rispetto dei diritti fondamentali*: il trattamento dei dati e delle pronunce giudiziarie deve essere funzionale a scopi chiari e deve avere luogo nel pieno rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dalla Convenzione sulla protezione dei dati personali.

Il secondo principio è quello di *non discriminazione*. Negli Stati Uniti d'America, il ricorso a sistemi di valutazione automatizzata di predizione del rischio di recidiva (*risk assessment tools*) ha suscitato forti dubbi in merito ai rischi che applicazioni degli strumenti di IA a tale ambito possano finire con

⁴ Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, Appendice III: Glossario (<https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>), adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia nel corso della sua 31 Riunione plenaria (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018), 47.

⁵ Cfr. *Orientamenti etici per un'IA affidabile* del Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'Intelligenza Artificiale, istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, 45.

⁶ Cfr., sul tema, con particolare riguardo alla tematica in esame, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018, 872 ss.

il veicolare pregiudizi razziali o sociali. Nel noto caso Loomis, l'utilizzo di uno strumento di valutazione automatizzata di predizione della recidiva è stato contestato per la possibilità che le valutazioni di rischio funzionali alla determinazione della pena o alla possibilità di fruire di benefici penitenziari fossero condizionate in senso discriminatorio⁷.

Il terzo principio è quello di *qualità e sicurezza* e prescrive che, nel trattamento di decisioni e di dati giudiziari, occorre utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati in modo interdisciplinare, in un ambiente tecnologicamente sicuro.

Il quarto principio è quello di *trasparenza, imparzialità ed equità* e prevede che occorra rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzando anche verifiche esterne.

Il quinto principio è, infine, quello del *controllo da parte dell'utilizzatore*, secondo cui è necessario precludere un approccio prescrittivo, assicurando che gli utilizzatori siano attori informati e che abbiano il controllo delle loro scelte. Si tratta di un obiettivo piuttosto ambizioso, che implica un'alfabetizzazione tecnologica diffusa, non certo agevole da conseguire.

Non meno impegnative appaiono le indicazioni fornite dagli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, che richiedono il mantenimento della necessaria sorveglianza umana; la robustezza e la sicurezza degli algoritmi, utili ad affrontare eventuali errori durante le diverse fasi di vita dei sistemi d'intelligenza artificiale; l'assicurazione ai cittadini del pieno controllo dei propri dati e della protezione da ogni possibile uso dannoso o discriminatorio degli stessi; la salvaguardia della trasparenza nell'uso dei sistemi di IA, la cui tracciabilità deve sempre essere garantita; la tutela delle diversità, il divieto di ogni discriminazione e la salvaguardia dell'equità; l'impiego di tali sistemi allo scopo di promuovere lo sviluppo sociale e agevolare la sostenibilità ecologica del progresso; la garanzia di meccanismi idonei a far valere le responsabilità connesse al funzionamento e ai risultati dei sistemi d'IA.

Si tratta, com'è evidente, di principi riconducibili al patrimonio costituzionale comune europeo⁸, rappresentandone anzi la traduzione nella dimensione tecnologica.

Tali dichiarazioni d'intenti tracciano l'orizzonte di senso entro cui devono trovare definizione gli interventi volti a promuovere uno sviluppo dell'IA coerente con i principi ispiratori delle democrazie che hanno dato vita all'organizzazione sovranazionale europea. È evidente, però, che esse non bastano, essendo necessari sforzi concreti e interventi attivi diretti a creare le condizioni necessarie a tale sviluppo. Proprio sul piano dell'effettività, si riscontrano, infatti, le carenze maggiori.

Se, in particolare, si pone attenzione al tema delle potenzialità applicative degli strumenti d'IA nell'ambito di esercizio delle funzioni pubbliche, si può notare come a difettare siano le precondizioni indispensabili a uno sviluppo di tali tecnologie coerente con le esigenze di un ordinamento liberaldemocratico.

⁷ Sul caso Loomis cfr. S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale* (www.giurisprudenzapenale.com/), 24 aprile 2019.

Più ampiamente, in tema, C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in questi stessi scritti; A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, ivi; E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*; A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, ivi; P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, ivi, 16 marzo 2020; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 415 ss.; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, ivi, 3/2020, 318 ss.

⁸ Su cui cfr., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002 e, con particolare riguardo agli strumenti di giustizia costituzionale utili a tutelare tale patrimonio, i contributi pubblicati in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino 2012. In tema v. anche L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, V ed., Giappichelli, Torino, 2019, spec. 101.

3. Il legislatore naïf: gli eccessi dell'irrazionalismo normativo

Una prima osservazione che può essere fatta, al riguardo, è che se appare piuttosto avanzato il dibattito pubblico intorno all'applicazione dell'IA alla giurisdizione, molto meno sviluppata risulta essere la riflessione intorno all'uso di tale tecnologia all'attività di produzione normativa, come se si potessero conseguire progressi nello svolgimento della prima a prescindere dalla riorganizzazione e dal perfezionamento delle modalità di esercizio della seconda.

Si afferma spesso l'esigenza di razionalizzare l'organizzazione della giustizia e l'esercizio della funzione giurisdizionale, della quale si denunciano il carattere episodico e imprevedibile e l'eccessiva creatività, senza tenere conto del fatto che tale funzione non si esercita nel vuoto ma dipende anche, e soprattutto, dal modo d'essere del sistema normativo vigente, il quale, dal canto suo, soffre degli interventi spesso irrazionali di un legislatore naïf, ben poco incline a sottomettersi a misure di controllo della qualità della regolazione.

L'assetto delle fonti del diritto e il "sistema" normativo (che, in verità, hanno oggi ben poco di "sistematico") appaiono pervasi da una forte connotazione irrazionalistica. Dal livello più alto – quello delle fonti costituzionali – a quello della normazione regolamentare, risulta evidente la sovrapposizione di discipline difettose e tra loro incoerenti. Si pensi soltanto alla fisionomia dell'attuale Titolo V della Parte II della Costituzione, riscritto dalle leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, che sembra ispirarsi a modelli di rapporti tra centro e periferia differenti e non facilmente conciliabili e che presenta vistose carenze redazionali (per tutte, si vedano quelle dell'art. 116, comma 3, Cost., che prevede il meccanismo di acquisizione dell'"autonomia differenziata"⁹). Una riforma costituzionale, quest'ultima, che, se, da un lato, in base a un'altra ricorrente pratica delle odierne dinamiche di produzione normativa, è stata anticipata da una riforma legislativa, materialmente costituzionale ma approvata a Costituzione invariata (la c.d. riforma "Bassanini"), dall'altro lato, non è stata seguita da un'adeguata attuazione legislativa ma, al contrario, da qualche tentativo, peraltro fallito, d'introdurre discipline costituzionali di segno opposto. Più di recente, si è tentato ancora di anticipare alcuni contenuti di un'altra riforma costituzionale, quella promossa dal Governo Renzi e bocciata nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, con leggi ordinarie, come la n. 56 del 2014, relativa all'assetto degli enti locali.

A proposito della tendenza ad approvare riforme costituzionali che non rispondono a esigenze ampiamente condivise di riorganizzazione istituzionale bensì alle inclinazioni di maggioranze politiche contingenti, intenzionate a farsi una legge fondamentale "a propria immagine e somiglianza", si è parlato di un «uso congiunturale della Costituzione»¹⁰, ma forse, in una prospettiva più ampia, potrebbe discorrersi di un *uso congiunturale di tutti gli strumenti di produzione normativa*, riscontrabile non soltanto nell'ambito della materia costituzionale, ma anche in diversi altri settori dell'ordinamento. Basti pensare, ad esempio, alla copiosa produzione

⁹ Sul punto, sia consentito rinviare al mio *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna on-line* (<http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline>), n. speciale 2/2019, 18 ss., e, più ampiamente, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2019, 114 ss..

¹⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 9 luglio 2001; ID., *Devolution, "controriforma" del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovverosia quando le "ragioni" della politica offuscano la ragione costituzionale*, ivi, 24 aprile 2003; ID., *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 43 ss.; E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 147 ss.

legislativa simbolica che ha coinvolto, soprattutto negli ultimi anni, il diritto penale, con la frequente creazione di nuovi reati, in base a una prassi funzionale ad alimentare una propaganda che fa leva sulle pulsioni giustizialiste dell'opinione pubblica¹¹. Anche in questo caso, l'introduzione d'inedite fattispecie sanzionatorie non ha tenuto conto dell'impatto che l'innovazione avrebbe prodotto sul sistema.

Il culmine dell'irrazionalismo normativo sembra essersi raggiunto, però, di recente, in occasione dell'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19: il profluvio di decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, provvedimenti ministeriali e ordinanze contingibili e urgenti di Regioni e Comuni ha prodotto, in breve tempo, una condizione caotica, nella quale è apparso estremamente difficile, se non, in alcuni casi, del tutto impossibile orientarsi, a causa della contestuale introduzione di previsioni normative tra loro contraddittorie. La situazione emergenziale parrebbe giustificare solo in parte l'insostenibile livello di confusione determinatasi, avendo essa, in realtà, accentuato per lo più fenomeni e tendenze già presenti nell'ordinamento¹².

4. La qualità della normazione: la logica del ciclo della regolazione nella prospettiva dei cicli funzionali

Il tema della qualità formale e sostanziale della regolazione è stato ampiamente approfondito in dottrina, tanto riguardo alla produzione normativa dell'UE quanto a quella nazionale¹³. Non mancano, inoltre, le disposizioni (statali e regionali) che prescrivono l'applicazione delle tecniche di *better regulation* ai procedimenti di produzione normativa, ma, com'è noto, si tratta di previsioni di scarsa effettività.

Se si guarda alle esperienze nazionali, l'irrazionalismo continua ad essere la cifra dominante della normazione a tutti i livelli istituzionali. Il che dipende, con tutta probabilità, dal fatto che l'applicazione di tali strumenti implica un controllo sull'attività degli organi di produzione normativa al quale questi ultimi appaiono pervicacemente refrattari. A supporto di tale insofferenza, peraltro, continua a predicarsi talora una rappresentazione della legge come atto totalmente libero nel fine, a ben vedere incompatibile con i paradigmi della democrazia costituzionale, che pone limiti e obiettivi anche al legislatore, oltre che a tutti gli altri pubblici poteri.

La logica ispiratrice degli strumenti di garanzia e di promozione della qualità della normazione è quella per cui quest'ultima non si traduce mai in un atto isolato ma si colloca, acquisisce senso e può

¹¹ Sul *diritto penale simbolico* si rinvia, per tutti, a E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, Giappichelli, Torino, 2009, 201 ss.; i contributi al dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, tratti da *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 2016; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹² Sul punto sia consentito rinviare al mio *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali (www.dirittiregionali.it)*, Forum su *La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 2/2020, 518 ss.

¹³ Mentre le tecniche di garanzia della qualità formale della normazione (*drafting*) curano le modalità espressive dei testi normativi, gli strumenti di promozione della qualità sostanziale (come le analisi preventive e successive dell'adeguatezza dei testi normativi agli interessi sociali e ai contesti socioeconomici) mirano ad assicurare la rispondenza degli interventi normativi alle esigenze della collettività e l'effettività degli stessi. In tema cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna 2011; i contributi pubblicati in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012; e quelli in M. CAVINO-L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Novara, 15-16 novembre 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; nonché E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Seconda edizione interamente rivista e aggiornata, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

aspirare all'effettività soltanto all'interno di un complessivo «ciclo della regolazione», che include anche la fase di verifica e di controllo degli effetti prodotti da ogni atto normativo¹⁴. Quest'ultima fase dà avvio, a sua volta, a un ulteriore ciclo di regolazione, alla cui dinamica non può rimanere estranea la stessa giurisdizione, le cui pronunce, del resto, sono parametri di cui tenere conto soprattutto nell'analisi tecnico-normativa, che mira proprio a verificare la compatibilità dell'intervento normativo in preparazione con il diritto vigente, compreso quello giurisprudenziale.

Si tratta di una prospettiva che, in ambito teorico, riecheggia la concezione della separazione dei poteri come teoria dei «cicli funzionali», una ricostruzione in base alla quale a caratterizzare gli ordinamenti liberaldemocratici non sarebbe la pretesa di distinguere in modo definitivo i titolari delle funzioni pubbliche, bensì quella di evitare pericolose concentrazioni di potere all'interno di ciascun ciclo funzionale, ferma restando la fungibilità dei ruoli quando esigenze di efficienza e di efficacia dell'intervento pubblico richiedano la sostituzione di un organo all'altro¹⁵.

Il ciclo della regolazione come ciclo funzionale appare coerente con i principi costituzionali liberaldemocratici nella misura in cui riesca a mantenere ferma la distinzione tra *controllore* e *controllato*, ma può trovare uno sviluppo soddisfacente per le esigenze di funzionalità del sistema istituzionale soltanto a patto che gli attori in esso coinvolti agiscano in uno spirito cooperativo (di *leale collaborazione*, come si usa dire).

5. Il mito del giudice robot, tra utopia e distopia

Se la razionalizzazione tecnica dell'attività normativa è un obiettivo idealmente auspicato dai più, di fatto, non perseguito dagli attori istituzionali per i vincoli e i controlli che essa comporta alla loro attività, l'immagine del "robot legislatore" corrisponde, invece, a una prospettiva ritenuta incompatibile con i paradigmi dello Stato costituzionale, a cominciare dal principio di sovranità popolare¹⁶.

Sul versante della funzione giurisdizionale, invece, l'idea del "giudice robot" è vista da taluni come il paradigma di una prospettiva distopica, immagine emblematica di un mondo disumanizzato e dominato dalla tecnica; da altri, invece, come «un buon paradigma idealtipico da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione, che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo», un «modello», una «prospettiva di orientamento [...] cui occorre volgersi non per ragioni ideo-logiche, ma logiche e giuridico-positive: perché occorre identificare un confine fra *legis-latio* e *iuris-dictio*, se alla distinzione fra le due funzioni si vuole dare ancora un senso, evitando di affogarle nella rigorosa, ma irrealistica, indistinzione kelseniana della nomopoiesi; perché quel confine è presupposto dalle norme costituzionali che disegnano l'assetto istituzionale della Repubblica»¹⁷.

Oscillante tra utopia e distopia, il modello del "giudice robot" appare però difficilmente realizzabile, ponendo tutta una serie di problemi giuridici, prima ancora che tecnici, di non agevole risoluzione: dal tema del modo in cui potrebbero essere decise le numerose questioni dubbie, che

¹⁴ Sul «ciclo vitale della regolazione» v. M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., 50.

¹⁵ La teoria dei «cicli funzionali» si deve, com'è noto, a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano, 1984, spec. 245 ss.; Id., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 670 ss. e spec. 710 ss.; dello stesso A. v. anche, per alcune implicazioni di tale teoria, *La parabola della sovranità. Ascea, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., anche in Id., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, 9 ss. Su tale teoria cfr. ora G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 1132 ss.

¹⁶ Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 891. Più ampiamente, sul tema, v. i contributi pubblicati in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019.

¹⁷ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 881.

richiedono l'esercizio di margini più o meno consistenti di discrezionalità, ai problemi inerenti ai possibili "errori" commessi dalle macchine chiamate a giudicare su uomini, delle connesse responsabilità e dei rimedi azionabili¹⁸.

La trattazione di temi tanto complessi esula dalle finalità di queste brevi notazioni. Quel che si vuole qui sottolineare è che una proficua applicazione delle nuove tecnologie e dei più avanzati strumenti dell'IA all'esercizio delle funzioni pubbliche non può adottare una prospettiva, per così dire, "monofunzionale" ma deve necessariamente guardare alla totalità delle attività di normazione, di esecuzione e di controllo, considerando tutte le fasi di ogni singolo ciclo di regolazione e le interconnessioni esistenti tra le stesse. Ammesso che sia una prospettiva auspicabile, non può realisticamente pensarsi di ottenere quanto di buono vi sia, in termini di maggiore certezza e giustizia delle prestazioni, nel modello idealtipico del "giudice robot", mantenendo e perfino esaltando le presunte virtù di un legislatore *naïf*, magari sulla base di visioni populiste della rappresentanza e della sovranità popolare, che individuano nell'irrazionalità degli organi di produzione normativa il riflesso della stessa volontà dei rappresentati¹⁹. Le incertezze della giustizia dipendono, in misura non irrilevante, dalle carenze riscontrabili nell'assetto delle fonti normative, i cui effetti deleteri si ripercuotono sugli stessi interessi dei rappresentati.

Resta sullo sfondo la questione dei rischi di degenerazione tecnocratica della forma di Stato. Tema non nuovo, né risolto, che non può essere affrontato con i soli strumenti della scienza giuridica, presupponendo un'indagine sulle condizioni fattuali (e, innanzitutto, culturali) di sopravvivenza della democrazia pluralista. Com'è noto da tempo, ogni forma ordinamentale poggia su presupposti extragiuridici (politici, economici e sociali). Tra questi propri della democrazia, un ruolo decisivo ha certamente il grado di diffusione della conoscenza: una società che voglia beneficiare in misura notevole dei vantaggi offerti dalla tecnica, se, al contempo, vuole mantenere un'organizzazione autenticamente democratica, non può prescindere da un elevato livello di cultura e di consapevolezza in merito al funzionamento e all'impiego degli stessi strumenti tecnologici. Oltre a ciò, occorre l'adozione di adeguati paradigmi culturali, in base a un processo al quale non possono rimanere estranei i giuristi e i cultori del diritto costituzionale. Di notevole interesse, in tal senso, è la proposta di promuovere un nuovo «costituzionalismo tecnologico» (e non tecnocratico), avanzata da Pasquale Costanzo, un costituzionalismo che, sul piano istituzionale, solleciti «i parlamenti a votare sull'impiego e sullo sviluppo delle diverse tecnologie, senza limitarsi a decidere soltanto sul loro finanziamento, in un dibattito continuo, pubblico e trasparente con il ceto degli scienziati, realizzandosi, pertanto, reciproci contrappesi tra i valori democratici e le spinte tecnocratiche», mentre, sul piano dei diritti, definisca «un quadro di principi orientati alla razionalità globale, con lo scopo di dar vita ad una nuova "cittadinanza tecnologica", accrescendo le probabilità di sopravvivenza individuale e collettiva»²⁰. In tale prospettiva, il costituzionalismo può effettivamente aspirare a far valere, anche negli attuali contesti sociali dominati dalla tecnologia, la sua originaria e più autentica aspirazione a limitare il potere con gli strumenti del diritto.

¹⁸ Su tali problemi si rinvia ancora a M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 883 ss.

¹⁹ Sulle concezioni populiste della rappresentanza sia consentito rinviare ai miei *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018 e *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, in Atti del Convegno di Studi 'La sovranità in Europa' Catania-Siracusa 27-28 aprile 2018, curati da M. BLANCATO e G. DI ROSA, *Notabilis* (<https://www.notabilis.it/notabilis>), Numero Speciale, giugno 2019.

²⁰ P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 81.

ALESSANDRO MORELLI

Il giudice robot e il legislatore naïf

La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche

SOMMARIO: 1. Nuove tecnologie, Intelligenza artificiale e funzioni pubbliche. – 2. Questioni etiche e problemi giuridici nell'applicazione dell'IA: i principi enunciati dalla *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti* e dalle *Linee guida per un'IA affidabile* predisposte dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione europea. – 3. Il *legislatore naïf*: gli eccessi dell'irrazionalismo normativo. – 4. La qualità della normazione: la logica del *ciclo della regolazione* nella prospettiva dei cicli funzionali. – 5. Il mito del *giudice robot*, tra utopia e distopia.

1. Nuove tecnologie, Intelligenza artificiale e funzioni pubbliche

L'impatto delle nuove tecnologie sulle dinamiche di funzionamento della democrazia è un tema su cui lo studioso al quale è dedicato il presente contributo ha offerto importanti riflessioni. Le trasformazioni istituzionali indotte dallo sviluppo della tecnica, le varie accezioni del concetto di *e-democracy* e le garanzie dei diritti fondamentali in Internet sono tra i temi sui quali si è maggiormente concentrata l'attenzione di Pasquale Costanzo¹.

Non manca mai, nelle analisi condotte dall'Autore su tali argomenti, la consapevolezza che tutti i più avanzati prodotti della tecnica impiegabili nel mondo del diritto o che, per la rilevanza sociale delle loro applicazioni, rivestono comunque una significativa importanza per i giuristi, sono e

¹ Tra i tanti scritti (alcuni dei quali davvero pionieristici) di P. COSTANZO, cfr. almeno, con riguardo all'impatto delle nuove tecnologie sulla democrazia, *The impact of new technologies, fundamental liberties and the Italian legal system: an Overview*, in S. FLOGAITIS, U. KARPEN, A. MASUCCI (ed.), *EGovernment and E-Democracy*, Esperia Publications Ltd, London, 2006, 251 ss.; *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss.

Sul concetto di democrazia elettronica (o *e-democracy*) v. soprattutto *La democrazia elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.; cfr., inoltre, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 71 ss., nonché i contributi al *Forum su Le Sfide della Democrazia Digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 3/2019, 233 ss.

Sulla tutela dei diritti in Internet, cfr., tra i diversi scritti dell'Autore, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 2/1996, 183 ss.; *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 831 ss.; *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Le telecomunicazioni*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997, 32 ss.; *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" su Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 370 ss.; *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 347 ss.; *Internet e forme evolutive della libertà di comunicazione*, in *Rivista delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 4/1999, 141 ss.; *Profili costituzionali di internet*, in E. TOSI (a cura di), *Diritto di internet e dell'e-business*, III ed., t. I, Giuffrè, Milano, 2003, 53 ss.; *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in AA.VV., *Diritto pubblico e diritto privato nelle rete delle nuove tecnologie*, Edizioni Plus, Pisa, 2010, 5 ss.; *Contributo ad una storia della libertà d'informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, 691 ss.; *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9 ss.; *La governance di internet in Italia*, in E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma, 2013, 41 ss.; *Internet e libertà d'informazione dentro le mura carcerarie*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 939 ss.; *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. PASSAGLIA, D. POLETTI (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, UPI, Pisa, 2017, 17 ss.; *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Milano, 2017, 3 ss.

rimangono pur sempre *strumenti* a disposizione di attività e finalità umane. E degli strumenti, com'è noto, si può fare un uso buono o cattivo.

D'altro canto, l'idea che qualsiasi mezzo della tecnica, anche il più invasivo e pericoloso, possa trovare giustificazione nell'esigenza di raggiungere un fine superiore appare estranea all'ispirazione della democrazia pluralista, la cui sopravvivenza dipende dal mantenimento, nell'esercizio delle pubbliche funzioni, di una condizione di equilibrio tra i principi ispiratori dell'ordinamento, la libertà e l'eguaglianza, al cui contestuale sviluppo appare orientata l'organizzazione dello Stato costituzionale². Il fine, insomma, *non* giustifica mai i mezzi se questi ultimi determinano una compressione sproporzionata di diritti e principi fondamentali.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, l'applicazione delle nuove tecnologie nei più disparati ambiti della vita sociale non pone soltanto problemi relativi alla necessità di salvaguardare i diritti coinvolti ma tocca anche il tema della condivisione delle stesse tecnologie, spesso ostacolata dal *digital divide*, nel quale trova espressione una delle più penalizzanti disparità del nostro tempo (basti pensare a quanto ha pesato il divario digitale – che non consiste soltanto nelle diverse possibilità di accesso a Internet ma anche nelle differenti capacità d'uso delle *Information and Communication Technologies* – sul diritto all'istruzione durante il periodo del *lockdown* determinato dalla pandemia da Covid-19)³.

Se si affronta, poi, il tema dell'applicazione dell'intelligenza artificiale – la più affascinante e promettente frontiera delle nuove tecnologie – all'esercizio delle pubbliche funzioni (su cui verteranno prevalentemente le osservazioni che seguono), emerge quanto sbilanciato sia l'impatto di tale fenomeno, il quale tende a favorire forme di concentrazione e di privatizzazione del potere, a discapito delle esigenze di certezza del diritto e soprattutto di controllo democratico degli stessi detentori del potere istituzionale e delle altre forme di potere – quello economico privato – che sfuggono ai vincoli e ai limiti propri dello Stato costituzionale.

2. *Questioni etiche e problemi giuridici nell'applicazione dell'IA: i principi enunciati dalla Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti e dalle Linee guida per un'IA affidabile predisposte dall'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence della Commissione europea*

Nelle idee che circolano intorno all'applicazione dell'intelligenza artificiale al mondo del diritto e, in particolare, alle modalità di svolgimento delle funzioni pubbliche, si riscontra un paradosso.

Riprendendo la definizione proposta nel *Glossario* in appendice alla *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia, nel dicembre del 2018, l'Intelligenza artificiale (IA) consiste in un «insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine

² Cfr. R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 2000, trad. it. ID., *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002, 139; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 43 ss. e 85 ss. Di «coppia assiologica fondamentale» parla, a proposito dei principi di libertà e di eguaglianza riconosciuti e garantiti dagli artt. 2 e 3 Cost., A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2015, spec. 15 ss., e *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2015/III, spec. 784 ss.

³ In tema, cfr., in generale, L. SARTORI, *Il digital divide. Internet e le nuove diseguaglianze*, Il Mulino, Bologna, 2006; J. VAN DIJK, *The digital divide*, Cambridge, Medford, Polity pres, 2020.

Sul *digital divide* nell'emergenza da Covid-19 cfr., per tutti, S. DE VIDO, *Diritto all'istruzione e accesso ad Internet all'epoca del Covid-19*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>), 20 aprile 2020; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3/2020, 285 ss.

le capacità cognitive degli esseri umani. Gli attuali sviluppi mirano a far svolgere alle macchine compiti complessi precedentemente svolti da esseri umani»⁴. Un'analoga definizione è stata fornita, più di recente, dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione UE: nel *Glossario* contenuto negli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, si legge che l'IA si traduce in «sistemi software (ed eventualmente hardware) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato. I sistemi di IA possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento analizzando gli effetti che le loro azioni precedenti hanno avuto sull'ambiente»⁵. In poche parole, gli sforzi in campo di IA parrebbero mirare a creare macchine quanto più possibile simili agli esseri umani. D'altro canto, si cerca negli strumenti dell'IA risorse utili ad assicurare la perfetta prevedibilità o anche solo una maggiore prevedibilità e certezza delle decisioni e degli esiti delle funzioni svolte dai pubblici poteri, soprattutto da quello giudiziario, allo scopo di far fronte al diffuso soggettivismo interpretativo e all'ipercreatività di giudici e Corti, di cui da tempo si denunciano gli eccessi⁶. Se, dunque, da un lato, si tende a creare macchine sempre più simili agli uomini, che sappiano interagire con situazioni nuove, imparando dalle stesse, dall'altro lato, si pretende di far fronte all'eccessivo soggettivismo della giurisdizione attraverso il ricorso agli strumenti dell'intelligenza artificiale, sopperendo ai difetti umani riscontrabili nell'esercizio della funzione.

L'apparenza del paradosso si rivela subito, tuttavia, se si considera la premessa da cui si è partiti: l'IA, come ogni tecnologia, fornisce *mezzi* impiegabili per diversi *fini* e differenti sono appunto gli scopi cui tendono i promotori di tale tecnologia. Alcuni aspirano a porre limiti più stringenti al potere, mentre altri, al contrario, hanno in mente proprio il rafforzamento del potere; alcuni tendono a una maggiore certezza delle decisioni pubbliche, altri al conseguimento di un più alto grado di giustizia, qualsiasi cosa s'intenda con questo termine così evocativo.

Per la versatilità di tali strumenti, le varie, possibili applicazioni dell'IA sollevano importanti questioni etiche, che si riflettono anche nella sfera giuridica. I principi enunciati nella *Carta etica europea* e quelli espressi negli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, predisposte dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* della Commissione europea, rivelano tutta la complessità del quadro e la necessità di un'attiva collaborazione da parte dei vari operatori istituzionali (nazionali ed europei) per evitare pericolosi abusi nell'impiego di tali tecnologie.

La *Carta etica* riconosce, in particolare, cinque principi.

Il primo è quello del *rispetto dei diritti fondamentali*: il trattamento dei dati e delle pronunce giudiziarie deve essere funzionale a scopi chiari e deve avere luogo nel pieno rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dalla Convenzione sulla protezione dei dati personali.

Il secondo principio è quello di *non discriminazione*. Negli Stati Uniti d'America, il ricorso a sistemi di valutazione automatizzata di predizione del rischio di recidiva (*risk assessment tools*) ha suscitato forti dubbi in merito ai rischi che applicazioni degli strumenti di IA a tale ambito possano finire con

⁴ Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, Appendice III: Glossario (<https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>), adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia nel corso della sua 31 Riunione plenaria (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018), 47.

⁵ Cfr. *Orientamenti etici per un'IA affidabile* del Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'Intelligenza Artificiale, istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, 45.

⁶ Cfr., sul tema, con particolare riguardo alla tematica in esame, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018, 872 ss.

il veicolare pregiudizi razziali o sociali. Nel noto caso Loomis, l'utilizzo di uno strumento di valutazione automatizzata di predizione della recidiva è stato contestato per la possibilità che le valutazioni di rischio funzionali alla determinazione della pena o alla possibilità di fruire di benefici penitenziari fossero condizionate in senso discriminatorio⁷.

Il terzo principio è quello di *qualità e sicurezza* e prescrive che, nel trattamento di decisioni e di dati giudiziari, occorre utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati in modo interdisciplinare, in un ambiente tecnologicamente sicuro.

Il quarto principio è quello di *trasparenza, imparzialità ed equità* e prevede che occorra rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzando anche verifiche esterne.

Il quinto principio è, infine, quello del *controllo da parte dell'utilizzatore*, secondo cui è necessario precludere un approccio prescrittivo, assicurando che gli utilizzatori siano attori informati e che abbiano il controllo delle loro scelte. Si tratta di un obiettivo piuttosto ambizioso, che implica un'alfabetizzazione tecnologica diffusa, non certo agevole da conseguire.

Non meno impegnative appaiono le indicazioni fornite dagli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, che richiedono il mantenimento della necessaria sorveglianza umana; la robustezza e la sicurezza degli algoritmi, utili ad affrontare eventuali errori durante le diverse fasi di vita dei sistemi d'intelligenza artificiale; l'assicurazione ai cittadini del pieno controllo dei propri dati e della protezione da ogni possibile uso dannoso o discriminatorio degli stessi; la salvaguardia della trasparenza nell'uso dei sistemi di IA, la cui tracciabilità deve sempre essere garantita; la tutela delle diversità, il divieto di ogni discriminazione e la salvaguardia dell'equità; l'impiego di tali sistemi allo scopo di promuovere lo sviluppo sociale e agevolare la sostenibilità ecologica del progresso; la garanzia di meccanismi idonei a far valere le responsabilità connesse al funzionamento e ai risultati dei sistemi d'IA.

Si tratta, com'è evidente, di principi riconducibili al patrimonio costituzionale comune europeo⁸, rappresentandone anzi la traduzione nella dimensione tecnologica.

Tali dichiarazioni d'intenti tracciano l'orizzonte di senso entro cui devono trovare definizione gli interventi volti a promuovere uno sviluppo dell'IA coerente con i principi ispiratori delle democrazie che hanno dato vita all'organizzazione sovranazionale europea. È evidente, però, che esse non bastano, essendo necessari sforzi concreti e interventi attivi diretti a creare le condizioni necessarie a tale sviluppo. Proprio sul piano dell'effettività, si riscontrano, infatti, le carenze maggiori.

Se, in particolare, si pone attenzione al tema delle potenzialità applicative degli strumenti d'IA nell'ambito di esercizio delle funzioni pubbliche, si può notare come a difettare siano le

⁷ Sul caso Loomis cfr. S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale* (www.giurisprudenzapenale.com/), 24 aprile 2019.

Più ampiamente, in tema, C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in questi stessi scritti; A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, ivi; E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*; A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, ivi; P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, ivi, 16 marzo 2020; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 415 ss.; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, ivi, 3/2020, 318 ss.

⁸ Su cui cfr., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002 e, con particolare riguardo agli strumenti di giustizia costituzionale utili a tutelare tale patrimonio, i contributi pubblicati in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino 2012. In tema v. anche L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, V ed., Giappichelli, Torino, 2019, spec. 101 ss.

precondizioni indispensabili a uno sviluppo di tali tecnologie coerente con le esigenze di un ordinamento liberaldemocratico.

3. Il legislatore naïf: gli eccessi dell'irrazionalismo normativo

Una prima osservazione che può essere fatta, al riguardo, è che se appare piuttosto avanzato il dibattito pubblico intorno all'applicazione dell'IA alla giurisdizione, molto meno sviluppata risulta essere la riflessione intorno all'uso di tale tecnologia all'attività di produzione normativa, come se si potessero conseguire progressi nello svolgimento della prima a prescindere dalla riorganizzazione e dal perfezionamento delle modalità di esercizio della seconda.

Si afferma spesso l'esigenza di razionalizzare l'organizzazione della giustizia e l'esercizio della funzione giurisdizionale, della quale si denunciano il carattere episodico e imprevedibile e l'eccessiva creatività, senza tenere conto del fatto che tale funzione non si esercita nel vuoto ma dipende anche, e soprattutto, dal modo d'essere del sistema normativo vigente, il quale, dal canto suo, soffre degli interventi spesso irrazionali di un legislatore naïf, ben poco incline a sottomettersi a misure di controllo della qualità della regolazione.

L'assetto delle fonti del diritto e il "sistema" normativo (che, in verità, hanno oggi ben poco di "sistematico") appaiono pervasi da una forte connotazione irrazionalistica. Dal livello più alto – quello delle fonti costituzionali – a quello della normazione regolamentare, risulta evidente la sovrapposizione di discipline difettose e tra loro incoerenti. Si pensi soltanto alla fisionomia dell'attuale Titolo V della Parte II della Costituzione, riscritto dalle leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, che sembra ispirarsi a modelli di rapporti tra centro e periferia differenti e non facilmente conciliabili e che presenta vistose carenze redazionali (per tutte, si vedano quelle dell'art. 116, comma 3, Cost., che prevede il meccanismo di acquisizione dell'"autonomia differenziata"⁹). Una riforma costituzionale, quest'ultima, che, se, da un lato, in base a un'altra ricorrente pratica delle odierne dinamiche di produzione normativa, è stata anticipata da una riforma legislativa, materialmente costituzionale ma approvata a Costituzione invariata (la c.d. riforma "Bassanini), dall'altro lato, non è stata seguita da un'adeguata attuazione legislativa ma, al contrario, da qualche tentativo, peraltro fallito, d'introdurre discipline costituzionali di segno opposto. Più di recente, si è tentato ancora di anticipare alcuni contenuti di un'altra riforma costituzionale, quella promossa dal Governo Renzi e bocciata nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, con leggi ordinarie, come la n. 56 del 2014, relativa all'assetto degli enti locali.

A proposito della tendenza ad approvare riforme costituzionali che non rispondono a esigenze ampiamente condivise di riorganizzazione istituzionale bensì alle inclinazioni di maggioranze politiche contingenti, intenzionate a farsi una legge fondamentale "a propria immagine e somiglianza", si è parlato di un «uso congiunturale della Costituzione»¹⁰, ma forse, in una prospettiva più ampia, potrebbe discorrersi di un *uso congiunturale di tutti gli strumenti di*

⁹ Sul punto, sia consentito rinviare al mio *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna on-line* (<http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline>), n. speciale 2/2019, 18 ss., e, più ampiamente, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2019, 114 ss..

¹⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 9 luglio 2001; ID., *Devolution, "controriforma" del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, oltretutto quando le "ragioni" della politica offuscano la ragione costituzionale*, ivi, 24 aprile 2003; ID., *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 43 ss.; E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 147 ss.

produzione normativa, riscontrabile non soltanto nell'ambito della materia costituzionale, ma anche in diversi altri settori dell'ordinamento. Basti pensare, ad esempio, alla copiosa produzione legislativa simbolica che ha coinvolto, soprattutto negli ultimi anni, il diritto penale, con la frequente creazione di nuovi reati, in base a una prassi funzionale ad alimentare una propaganda che fa leva sulle pulsioni giustizialiste dell'opinione pubblica¹¹. Anche in questo caso, l'introduzione d'inedite fattispecie sanzionatorie non ha tenuto conto dell'impatto che l'innovazione avrebbe prodotto sul sistema.

Il culmine dell'irrazionalismo normativo sembra essersi raggiunto, però, di recente, in occasione dell'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19: il profluvio di decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, provvedimenti ministeriali e ordinanze contingibili e urgenti di Regioni e Comuni ha prodotto, in breve tempo, una condizione caotica, nella quale è apparso estremamente difficile, se non, in alcuni casi, del tutto impossibile orientarsi, a causa della contestuale introduzione di previsioni normative tra loro contraddittorie. La situazione emergenziale parrebbe giustificare solo in parte l'insostenibile livello di confusione determinatasi, avendo essa, in realtà, accentuato per lo più fenomeni e tendenze già presenti nell'ordinamento¹².

4. *La qualità della normazione: la logica del ciclo della regolazione nella prospettiva dei cicli funzionali*

Il tema della qualità formale e sostanziale della regolazione è stato ampiamente approfondito in dottrina, tanto riguardo alla produzione normativa dell'UE quanto a quella nazionale¹³. Non mancano, inoltre, le disposizioni (statali e regionali) che prescrivono l'applicazione delle tecniche di *better regulation* ai procedimenti di produzione normativa, ma, com'è noto, si tratta di previsioni di scarsa effettività.

Se si guarda alle esperienze nazionali, l'irrazionalismo continua ad essere la cifra dominante della normazione a tutti i livelli istituzionali. Il che dipende, con tutta probabilità, dal fatto che l'applicazione di tali strumenti implica un controllo sull'attività degli organi di produzione normativa al quale questi ultimi appaiono pervicacemente refrattari. A supporto di tale insofferenza, peraltro, continua a predicarsi talora una rappresentazione della legge come atto totalmente libero nel fine, a ben vedere incompatibile con i paradigmi della democrazia costituzionale, che pone limiti e obiettivi anche al legislatore, oltre che a tutti gli altri pubblici poteri.

¹¹ Sul *diritto penale simbolico* si rinvia, per tutti, a E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, Giappichelli, Torino, 2009, 201 ss.; i contributi al dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, tratti da *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 2016; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹² Sul punto sia consentito rinviare al mio *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali (www.dirittiregionali.it)*, Forum su *La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 2/2020, 518 ss.

¹³ Mentre le tecniche di garanzia della qualità formale della normazione (*drafting*) curano le modalità espressive dei testi normativi, gli strumenti di promozione della qualità sostanziale (come le analisi preventive e successive dell'adeguatezza dei testi normativi agli interessi sociali e ai contesti socioeconomici) mirano ad assicurare la rispondenza degli interventi normativi alle esigenze della collettività e l'effettività degli stessi. In tema cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna 2011; i contributi pubblicati in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012; e quelli in M. CAVINO-L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Novara, 15-16 novembre 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; nonché E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Seconda edizione interamente rivista e aggiornata, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

La logica ispiratrice degli strumenti di garanzia e di promozione della qualità della normazione è quella per cui quest'ultima non si traduce mai in un atto isolato ma si colloca, acquisisce senso e può aspirare all'effettività soltanto all'interno di un complessivo «ciclo della regolazione», che include anche la fase di verifica e di controllo degli effetti prodotti da ogni atto normativo¹⁴. Quest'ultima fase dà avvio, a sua volta, a un ulteriore ciclo di regolazione, alla cui dinamica non può rimanere estranea la stessa giurisdizione, le cui pronunce, del resto, sono parametri di cui tenere conto soprattutto nell'analisi tecnico-normativa, che mira proprio a verificare la compatibilità dell'intervento normativo in preparazione con il diritto vigente, compreso quello giurisprudenziale.

Si tratta di una prospettiva che, in ambito teorico, riecheggia la concezione della separazione dei poteri come teoria dei «cicli funzionali», una ricostruzione in base alla quale a caratterizzare gli ordinamenti liberaldemocratici non sarebbe la pretesa di distinguere in modo definitivo i titolari delle funzioni pubbliche, bensì quella di evitare pericolose concentrazioni di potere all'interno di ciascun ciclo funzionale, ferma restando la fungibilità dei ruoli quando esigenze di efficienza e di efficacia dell'intervento pubblico richiedano la sostituzione di un organo all'altro¹⁵.

Il ciclo della regolazione come ciclo funzionale appare coerente con i principi costituzionali liberaldemocratici nella misura in cui riesca a mantenere ferma la distinzione tra *controllore* e *controllato*, ma può trovare uno sviluppo soddisfacente per le esigenze di funzionalità del sistema istituzionale soltanto a patto che gli attori in esso coinvolti agiscano in uno spirito cooperativo (di *leale collaborazione*, come si usa dire).

5. Il mito del giudice robot, tra utopia e distopia

Se la razionalizzazione tecnica dell'attività normativa è un obiettivo idealmente auspicato dai più ma, di fatto, non perseguito dagli attori istituzionali per i vincoli e i controlli che essa comporta alla loro attività, l'immagine del "robot legislatore" corrisponde, invece, a una prospettiva ritenuta incompatibile con i paradigmi dello Stato costituzionale, a cominciare dal principio di sovranità popolare¹⁶.

Sul versante della funzione giurisdizionale, invece, l'idea del "giudice robot" è vista da taluni come il paradigma di una prospettiva distopica, immagine emblematica di un mondo disumanizzato e dominato dalla tecnica; da altri, invece, come «un buon paradigma idealtipico da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione, che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo», un «modello», una «prospettiva di orientamento [...] cui occorre volgersi non per ragioni ideo-logiche, ma logiche e giuridico-positive: perché occorre identificare un confine fra *legis-latio* e *iuris-dictio*, se alla distinzione fra le due funzioni si vuole dare ancora un senso, evitando di affogarle nella rigorosa, ma irrealistica, indistinzione kelseniana della nomopoiesi; perché quel confine è presupposto dalle norme costituzionali che disegnano l'assetto istituzionale della Repubblica»¹⁷.

¹⁴ Sul «ciclo vitale della regolazione» v. M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., 50.

¹⁵ La teoria dei «cicli funzionali» si deve, com'è noto, a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano, 1984, spec. 245 ss.; ID., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 670 ss. e spec. 710 ss.; dello stesso A. v. anche, per alcune implicazioni di tale teoria, *La parabola della sovranità. Ascea, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., anche in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, 9 ss. Su tale teoria cfr. ora G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 1132 ss.

¹⁶ Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 891. Più ampiamente, sul tema, v. i contributi pubblicati in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019.

¹⁷ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 881.

Oscillante tra utopia e distopia, il modello del “giudice robot” appare però difficilmente realizzabile, ponendo tutta una serie di problemi giuridici, prima ancora che tecnici, di non agevole risoluzione: dal tema del modo in cui potrebbero essere decise le numerose questioni dubbie, che richiedono l’esercizio di margini più o meno consistenti di discrezionalità, ai problemi inerenti ai possibili “errori” commessi dalle macchine chiamate a giudicare su uomini, delle connesse responsabilità e dei rimedi azionabili¹⁸.

La trattazione di temi tanto complessi esula dalle finalità di queste brevi notazioni. Quel che si vuole qui sottolineare è che una proficua applicazione delle nuove tecnologie e dei più avanzati strumenti dell’IA all’esercizio delle funzioni pubbliche non può adottare una prospettiva, per così dire, “monofunzionale” ma deve necessariamente guardare alla totalità delle attività di normazione, di esecuzione e di controllo, considerando tutte le fasi di ogni singolo ciclo di regolazione e le interconnessioni esistenti tra le stesse. Ammesso che sia una prospettiva auspicabile, non può realisticamente pensarsi di ottenere quanto di buono vi sia, in termini di maggiore certezza e giustizia delle prestazioni, nel modello idealtipico del “giudice robot”, mantenendo e perfino esaltando le presunte virtù di un legislatore *naïf*, magari sulla base di visioni populiste della rappresentanza e della sovranità popolare, che individuano nell’irrazionalità degli organi di produzione normativa il riflesso della stessa volontà dei rappresentati¹⁹. Le incertezze della giustizia dipendono, in misura non irrilevante, dalle carenze riscontrabili nell’assetto delle fonti normative, i cui effetti deleteri si ripercuotono sugli stessi interessi dei rappresentati.

Resta sullo sfondo la questione dei rischi di degenerazione tecnocratica della forma di Stato. Tema non nuovo, né risolto, che non può essere affrontato con i soli strumenti della scienza giuridica, presupponendo un’indagine sulle condizioni fattuali (e, innanzitutto, culturali) di sopravvivenza della democrazia pluralista. Com’è noto da tempo, ogni forma ordinamentale poggia su presupposti extragiuridici (politici, economici e sociali). Tra questi propri della democrazia, un ruolo decisivo ha certamente il grado di diffusione della conoscenza: una società che voglia beneficiare in misura notevole dei vantaggi offerti dalla tecnica, se, al contempo, vuole mantenere un’organizzazione autenticamente democratica, non può prescindere da un elevato livello di cultura e di consapevolezza in merito al funzionamento e all’impiego degli stessi strumenti tecnologici. Oltre a ciò, occorre l’adozione di adeguati paradigmi culturali, in base a un processo al quale non possono rimanere estranei i giuristi e i cultori del diritto costituzionale. Di notevole interesse, in tal senso, è la proposta di promuovere un nuovo «costituzionalismo tecnologico» (e non tecnocratico), avanzata da Pasquale Costanzo, un costituzionalismo che, sul piano istituzionale, solleciti «i parlamenti a votare sull’impiego e sullo sviluppo delle diverse tecnologie, senza limitarsi a decidere soltanto sul loro finanziamento, in un dibattito continuo, pubblico e trasparente con il ceto degli scienziati, realizzandosi, pertanto, reciproci contrappesi tra i valori democratici e le spinte tecnocratiche», mentre, sul piano dei diritti, definisca «un quadro di principi orientati alla razionalità globale, con lo scopo di dar vita ad una nuova “cittadinanza tecnologica”, accrescendo le probabilità di sopravvivenza individuale e collettiva»²⁰. In tale prospettiva, il costituzionalismo può effettivamente aspirare a far valere, anche negli attuali contesti sociali dominati dalla tecnologia, la sua originaria e più autentica aspirazione a limitare il potere con gli strumenti del diritto.

¹⁸ Su tali problemi si rinvia ancora a M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 883 ss.

¹⁹ Sulle concezioni populiste della rappresentanza sia consentito rinviare ai miei *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018 e *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, in Atti del Convegno di Studi ‘La sovranità in Europa’ Catania-Siracusa 27-28 aprile 2018, curati da M. BLANCATO e G. DI ROSA, *Notabilis* (<https://www.notabilis.it/notabilis>), Numero Speciale, giugno 2019.

²⁰ P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., 81.

PAOLO ZUDDAS
Intelligenza artificiale e discriminazioni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le principali fasi della decisione algoritmica in cui si pongono le premesse per le *AI-driven discriminations*. – 2.1. La programmazione: le discriminazioni algoritmiche dirette e indirette e i problemi connessi all'individuazione dei caratteri *proxy*. – 2.2. La configurazione del set di dati: i rischi derivanti dai dati "inquinati" e dai dati incompleti. – 2.3. (*Segue*) i margini di autonomia dell'algoritmo. – 3. Le soluzioni: il ruolo del diritto e i suoi limiti. – 3.1. I profili "interni" della decisione algoritmica: il divieto di produrre effetti discriminatori tra dimensione tecnica e dimensione etica. – 3.2. I profili "esterni": la significatività della decisione algoritmica ed i margini dell'intervento umano. – 4. In conclusione.

1. Introduzione

Prima di affrontare il tema posto ad oggetto dell'indagine, si ritiene opportuno offrire alcune definizioni relative a strumenti dei quali si discuterà nelle pagine seguenti, accennando sinteticamente al loro funzionamento. Tali strumenti sono essenzialmente tre: algoritmo, intelligenza artificiale, *machine learning*.

L'algoritmo può essere definito come la descrizione astratta e formalizzata di una procedura computazionale¹: in particolare, la trascrizione di un algoritmo mediante un linguaggio di programmazione dà luogo al "programma" che consente al computer di svolgere specifiche operazioni.

Si definisce intelligenza artificiale quel ramo dell'informatica che concerne la progettazione di sistemi sia *hardware* che *software* che consentono di dotare le macchine di alcune caratteristiche tipicamente umane, quali le percezioni visive, spazio-temporali o decisionali².

Il *machine learning*, invece, è un tipo specifico di intelligenza artificiale che consiste in un processo automatico di individuazione di correlazioni tra variabili all'interno di un set di dati, allo scopo di compiere previsioni o stime di certi effetti³. In sostanza, ai sistemi di *machine learning* – o di apprendimento automatico – viene assegnato un obiettivo e fornita una vasta mole di dati da utilizzare come esempi del modo in cui l'obiettivo può essere raggiunto o dai quali far derivare modelli di decisione. Il sistema, analizzando i dati forniti, "impara" come meglio realizzare l'obiettivo richiesto⁴.

¹ Cfr. T.Z. ZARSKY, *An analytic challenge: discrimination theory in the age of predictive analytics*, in 14 *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* (<https://www.is-journal.org/>) 2017, 12.

² In tema cfr., per tutti, M. SOMALVICO, *L'intelligenza artificiale*, Milano, 1987.

³ Cfr. D. LEHR-P. OHM, *Playing with the data: What legal scholars should learn about machine learning*, in 51 *University of California, Davis, Law Review* (<https://lawreview.law.ucdavis.edu/>) 2017, 671.

⁴ Cfr. ROYAL SOCIETY (UK), *Machine learning: the power and promise of computers that learn by example* (April 2017), 19. Il *machine learning*, dunque, basandosi principalmente su dati statistici, utilizza il metodo induttivo in alternativa al metodo logico-deduttivo della programmazione attraverso regole. Questo sistema non soltanto contraddice il metodo tradizionale seguito nella programmazione informatica ma, come è stato più volte osservato, sconta un duplice errore logico: per un verso, la pretesa di trarre forme di causazione da correlazioni statistiche (come ricorda, da ultimo, A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 1/2019, 48); per altro verso, e con specifico riguardo all'impiego di tali strumenti ai fini di produzione giuridica, la pretesa di far derivare dall'essere il dover essere (come osservano A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2019, 102, rievocando la critica mossa da David Hume al giusnaturalismo). Questo non significa che nei sistemi di *machine learning* non esistano regole di partenza che precedono la "nutrizione" dell'algoritmo con i dati da utilizzare. Il vero problema è che, come vedremo, la macchina è predisposta in modo da "apprendere autonomamente", a partire dalle

Correlata al concreto funzionamento dei sistemi di *machine learning* è la disponibilità e l'utilizzo dei cosiddetti *big data*, cioè di un insieme di dati estremamente cospicuo, che viene impiegato da algoritmi noti come "reti neurali" per rendere possibile l'apprendimento automatico⁵. Tanto più ampia, infatti, sarà la mole di dati messa a disposizione per alimentare il sistema di *machine learning*, tanto maggiore risulterà la capacità di apprendimento del sistema, e tanto più precisa ed efficace sarà la risposta data dall'algoritmo al problema posto.

In proposito occorre sin d'ora precisare che, se la sede più è rilevante di reperimento dei *big data* è internet, ed è stata proprio la Rete – e l'immensa quantità di informazioni in essa custodita – che ha consentito lo sviluppo dei sistemi di apprendimento automatico⁶, i *big data* utilizzati dai sistemi di *machine learning* non provengono sempre dal *web*⁷. Ad oggi sono infatti disponibili numerose banche dati informatiche non necessariamente collegate alla rete internet, che possono essere in grado di offrire un adeguato *training* ai sistemi di *machine learning*. Si consideri, in proposito, che alcuni tra i più noti esperimenti che hanno visto impegnati sistemi di apprendimento automatico in attività creative particolarmente evolute si sono realizzati a seguito di *training* basati su banche dati specializzate, contenenti informazioni solo in parte disponibili in Rete: così è avvenuto nel caso delle intelligenze artificiali "alimentate" con i quadri di Rembrandt⁸ o con gli spartiti di Bach⁹, o che hanno

informazioni fornite, ai fini della risoluzione del problema posto; ciò comporta peraltro che non risulti sempre evidente e comprensibile la logica seguita nella selezione dei caratteri ricorrenti e il meccanismo di correlazione fra di loro (cfr., sul punto, A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 92). Anche sotto questo profilo, pertanto, vengono meno elementi essenziali che caratterizzano la norma: da un lato, l'assenza di una *ratio*, cioè di una ragione giustificativa della regola (che contraddice un elemento qualificante del diritto per cui esso esprime sempre una ragione per agire in un certo modo) compromette la forza persuasiva su cui si fonda la sua obbligatorietà (e la stessa normatività); dall'altro, si contraddice un "dogma" del diritto contemporaneo, e cioè il "nesso di causalità tra i fenomeni umani", per cui la causa precede l'effetto e mai il contrario (anche sul tema spunti in A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 93 ss.): nei sistemi di *machine learning*, infatti, le "cause" (le correlazioni poste alla base dello schema decisionale proposto dall'algoritmo) si fanno derivare dagli "effetti" (il set di dati che incorpora i modelli di decisione che emergono dalle scelte compiute in passato).

⁵ Cfr. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 87 ss.

⁶ Cfr. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 87 ss. Come è noto, diversi tentativi di sviluppare sistemi di *machine learning* furono operati a partire dalla fine degli anni '50 (la data di nascita ufficiale è di norma indicata nel 1956, anno in cui si organizzò il primo seminario così denominato presso il *Dartmouth College* di Hanover nel New Hampshire), ma la loro successiva implementazione fu ostacolata principalmente dalla impossibilità di reperire una mole di dati sufficiente a consentirne un corretto funzionamento (per un'accurata ricostruzione della storia dell'intelligenza artificiale, arricchita da utili spunti relativi agli scenari futuri, cfr. H. HAENLEIN-A. KAPLAN, *A brief history of artificial intelligence: On the past, present, and future of artificial intelligence*, in *California Management Review*, 2019).

⁷ Sul punto si vedano ad esempio D.M. BOYD-K. CRAWFORD, *Critical questions for big data: Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon* in *15 Information, Communication & Society*, 2012, 662 ss. che definiscono i *big data* semplicemente come un insieme di dati estremamente cospicuo.

⁸ Ci si riferisce al progetto di ricerca chiamato "The Next Rembrandt" e promosso negli Stati Uniti dalla *Smithsonian Institution* e condotto in collaborazione con le aziende *Ing* e *Microsoft*, con la consulenza del Politecnico olandese di Delft (TuDelft) e del museo *Rembrandthuis*, che, utilizzando sistemi di apprendimento automatico, ha prodotto un ritratto nel puro stile di Rembrandt. Nell'arco di un anno e mezzo ingegneri, storici dell'arte e analisti dei dati hanno studiato 346 opere di Rembrandt, dopodiché hanno "addestrato" un sistema informatico a dipingere riproducendo esattamente lo stile dell'artista. In particolare, il sistema di intelligenza artificiale ha studiato oltre 168.000 particolari dei dipinti del pittore olandese, memorizzando le proporzioni del viso, la distanza fra gli occhi, la pennellata. Sulla base di questi dato ha prodotto un disegno, che poi una stampante 3D ha trasformato in un dipinto, sovrapponendo gli strati di colore in modo da riprodurre il tratto di Rembrandt (cfr. S. YANISKY-RAVID-S. MOORHEAD, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Accountability and Copyright – The Human-like Workers are Already Here – A New Model*, in *Michigan State Law Review*, 2017).

⁹ Il 21 marzo 2019 *Google* ha lanciato il suo primo *doodle* basato sull'intelligenza artificiale, che consente, attraverso un sistema di apprendimento automatico, di creare, a partire da una qualsiasi melodia caricata sul sistema, un'armonia musicale nello stesso stile barocco di Johann Sebastian Bach. Il progetto, nato in collaborazione con i team di *Google Magenta* e *PAIR*, è stato reso possibile a seguito della "nutrizione" dell'AI con 306 corali del compositore tedesco (cfr.

imparato a dipingere elaborando le immagini di capolavori dell'arte figurativa tratte dagli archivi museali¹⁰.

Infine, va ricordato che uno degli impieghi più controversi dell'intelligenza artificiale, in relazione al quale emergono con maggiore evidenza le potenzialità discriminatorie delle decisioni algoritmiche, concerne la cosiddetta profilazione: essa consiste essenzialmente nel ricorso a sistemi automatici di elaborazione di dati per sviluppare profili che possono essere usati per prendere decisioni riguardanti persone¹¹.

Ciò premesso, veniamo al punto: costituisce un'evidenza ormai difficilmente eludibile il progressivo coinvolgimento dell'intelligenza artificiale nella formulazione di decisioni che producono un impatto significativo sulla vita individuale e collettiva e che sempre più interessano funzioni pubbliche fondamentali come l'amministrazione della giustizia; interessi pubblici primari come la sicurezza, la prevenzione dei reati, il contrasto al terrorismo, o il controllo dei flussi migratori; servizi pubblici essenziali come il sistema d'istruzione o l'accesso ad altri servizi sociali¹². In tutti questi ambiti, peraltro, l'intelligenza artificiale si è dimostrata in grado di produrre risultati estremamente proficui – soprattutto in termini di maggiore efficienza e rapidità dei processi decisionali – tra i quali cui può ricomprendersi a pieno titolo anche una riduzione delle disuguaglianze¹³.

Tuttavia, è vero anche il contrario. I sistemi di intelligenza artificiale, infatti, non soltanto possono commettere errori¹⁴, ma possono anche assumere – in assenza di adeguati interventi preventivi (e talvolta, come vedremo, anche *malgrado* l'intervento preventivo) – decisioni fortemente discriminatorie¹⁵. L'evenienza più frequente è quella dei c.d. *bias* (associati di norma ai sistemi di *machine learning* note come reti neurali, prima accennate), cioè delle distorsioni che interessano quei sistemi informatici che “discriminano sistematicamente e ingiustamente certi individui o gruppi

in argomento M. KUROSU (a cura di), *Human-Computer Interaction: Perspectives on Design; Thematic Area, HCI 2019, Held As Part of the 21st HCI International Conference, HCII 2019 Orlando, USA, July 26–31, 2019, Proceedings, Part I*, Springer, 2019, 291 ss.).

¹⁰ Ci si riferisce ad AICAN, un programma creato da *AI Rutgers' Art & AI Lab*, in grado di riconoscere stili pittorici differenti e di generare immagini innovative proprie. In particolare, l'algoritmo è stato alimentato da 80.000 immagini che rappresentano il canone dell'arte occidentale nei cinque secoli precedenti (cfr. B. SALEH-A. ELGAMMAL, *Large-scale Classification of Fine-Art Paintings: Learning The Right Metric on The Right Feature*, in *Digital Art History*, 2/2016, 71 ss.).

¹¹ In argomento cfr., *ex multis*, M. HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?* in M. HILDEBRANDT-S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European citizen*, Springer, Berlin, 2008. Per dettagli ulteriori v. il Considerando 71 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 (GDPR), citato *infra*.

¹² Cfr. sul punto, *ex multis*, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2/2019, 211-212.

¹³ Sul punto v. ancora G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 218, che richiama in proposito tra l'altro: l'allocazione mirata di prestazioni sociali; lo stimolo allo sviluppo di processi partecipativi; il contrasto a frodi e all'evasione fiscale.

¹⁴ Ciò accade quando ad esempio un algoritmo non riesce a identificare correttamente un soggetto o elabora previsioni fallaci, pur senza penalizzare sistematicamente alcuna categoria in particolare.

Si ricordi in proposito che l'esigenza di minimizzare il rischio di errori è presa in considerazione, da ultimo, dal GDPR, che nel Considerando 71, ribadisce l'opportunità che il titolare del trattamento di dati personali, “al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente”, metta in atto “misure tecniche e organizzative adeguate al fine, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori”.

¹⁵ Ciò accade – come sarà meglio precisato *infra* – quando un algoritmo formula previsioni scorrette discriminando regolarmente specifiche classi di soggetti. Cfr. Sul punto M. GALEOTTI, *Discriminazioni e algoritmi. Incontri e scontri tra diverse idee di fairness*, in *The Lab's Quarterly*, 4/2018, 73 ss.

di individui a favore di altri”, negando opportunità o generando risultati indesiderati per motivi irragionevoli o inappropriati¹⁶.

Non a caso, tutti i principali atti di *soft law* che disciplinano a vario titolo l'utilizzo dell'intelligenza artificiale mettono in guardia rispetto al rischio di discriminazione e di *bias*. Volendo limitare il richiamo ai documenti più rilevanti adottati negli ultimi anni in ambito europeo e nazionale, può essere utile ricordare che il principio di non discriminazione viene evocato: nella risoluzione concernente norme di diritto civile sulla robotica approvata dal parlamento europeo nel febbraio 2017¹⁷; nella risoluzione su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale approvata dal Parlamento europeo nel febbraio 2019¹⁸; negli orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile adottati dal gruppo di esperti istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018¹⁹; nella carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, adottata dalla commissione europea per l'efficacia nella giustizia del Consiglio d'Europa nel dicembre 2018²⁰; nel libro bianco sull'intelligenza artificiale al servizio del cittadino adottato dall'Agenzia per l'Italia digitale nel marzo 2018²¹; nel documento che illustra la strategia nazionale per l'intelligenza artificiale predisposta dal Ministero dello sviluppo economico nel luglio 2019²².

¹⁶ Così B. FRIEDMAN-H. NISSENBAUM, *Bias in Computer Systems*, in 14 *ACM Transactions on Information Systems*, 1996, 332: “Accordingly, we use the term *bias* to refer to computer systems that systematically and unfairly discriminate against certain individuals or groups of individuals in favor of others. A system discriminates unfairly if it denies an opportunity or a good or if it assigns an undesirable outcome to an individual or group of individuals on grounds that are unreasonable or inappropriate” (cfr., sul punto, anche A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 96). Posto che la discriminazione è di per sé un trattamento differenziato irrazionale, irragionevole, improprio e ingiusto, il termine più rilevante nella definizione richiamata è “sistematicamente”: ciò significa, nel caso più evidente (ma, come vedremo, si verificano anche situazioni molto diverse, nelle quali l'effetto discriminatorio si realizza in modo indiretto e meno vistoso) che l'appartenenza alla categoria discriminata viene individuata dall'algoritmo come carattere rilevante per il conseguimento di un risultato indesiderato, come ad esempio l'esclusione da un beneficio.

¹⁷ Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, 2015/2103(INL), *Principi etici*, nn. 10 e 13.

¹⁸ Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, 2018/2088(INI), 1.2. *Utilizzo doloso dell'intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, n. 12; 2.4. *Condizioni di sostegno: connettività, accessibilità dei dati, calcolo ad alte prestazioni e infrastruttura cloud*, n. 39; 5.2. *Valori incorporati nella tecnologia – “ethical-by-design”*, n. 147; 5.4. *Trasparenza, distorsioni e spiegabilità degli algoritmi*, nn. 157, 177 e 180; 6.1. *Coordinamento a livello di Unione*, n. 187.

¹⁹ Cfr. *gli Orientamenti etici per un'IA affidabile*, predisposti dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, nel testo reso pubblico l'8 aprile 2019; in particolare, il documento indica il Principio di equità come uno dei quattro principi etici fondamentali per garantire un'IA affidabile (cfr. *Principio di equità*, n. 52); ulteriori richiami al divieto di discriminazioni nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale si trovano in: *Legalità dell'IA*, n. 23; 2.1 *I diritti fondamentali come base per un'IA affidabile*, n. 44; *Requisiti per un'IA affidabile*, n. 58-5; *Diversità, non discriminazione ed equità*, n. 80.

²⁰ Cfr. *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata dalla CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia) nel corso della sua 31ª Riunione plenaria, Strasburgo, 3-4 dicembre 2018 (CEPEJ(2018)14), 8 ss.

²¹ Cfr. *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, a cura della Task force sull'Intelligenza Artificiale dell'Agenzia per l'Italia Digitale, Versione 1.0 Marzo 2018; in particolare, il documento indica la prevenzione delle diseguaglianze come una delle nove “sfide dell'IA al servizio del cittadino” (*Sfida 7: Prevenire le diseguaglianze*, 62-65) e individua, tra le raccomandazioni finali, la promozione di una piattaforma nazionale dedicata allo sviluppo di soluzioni di intelligenza artificiale al fine, tra l'altro, di “organizzare e veicolare in maniera aperta i test prima del rilascio dei sistemi di IA utilizzati nella PA al fine di valutarne il comportamento e limitare le anomalie e l'amplificazione dei *bias*” (73).

²² Cfr. *Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale*, bozza per la consultazione pubblicata dal Ministero per lo Sviluppo Economico in data 31 luglio 2019; in particolare, nel documento si ribadisce che, nell'ambito della strategia del Governo italiano per l'IA, viene posto un forte accento sulla necessità di un utilizzo etico dell'intelligenza artificiale e sull'esigenza di assicurarne l'affidabilità tecnica sin dalla progettazione, nella consapevolezza che tale approccio

In che modo l'intelligenza artificiale può discriminare? All'interno della ormai amplissima letteratura disponibile in argomento, soprattutto a livello internazionale, compaiono numerosi schemi esplicativi, alcuni dei quali estremamente articolati, che individuano le possibili cause o sorgenti dei *bias* e, più in generale, delle cosiddette “*AI-driven discriminations*”, cioè delle discriminazioni indotte dall'intelligenza artificiale²³. Tuttavia, possano individuarsi essenzialmente tre ambiti – o tre diverse fasi della decisione algoritmica – nei quali possono porsi le premesse per il prodursi di un effetto discriminatorio legato all'uso di sistemi di intelligenza artificiale.

2. Le principali fasi della decisione algoritmica in cui si pongono le premesse per le AI-driven discriminations

La (apparente) neutralità dell'intelligenza artificiale²⁴ è messa a rischio, nel caso in cui una decisione sia elaborata da un sistema di *machine learning*, sotto almeno tre punti di vista²⁵: la decisione algoritmica, in primo luogo, può risentire dei pregiudizi del progettista (riflettendo i preconcetti propri del programmatore o generati dai valori di riferimento dell'organizzazione in cui il programmatore opera), che possono condizionare l'impostazione dell'algoritmo attraverso, ad esempio, l'inclusione o l'esclusione di caratteri che identificano o rinviano ad una categoria protetta, a rischio di discriminazione. In secondo luogo, gli effetti discriminatori possono derivare dai contenuti del set di dati utilizzati per alimentare il sistema di *machine learning*, risultando essi stessi già “inquinati” in quanto formati da soggetti che vi hanno trasfuso i propri pregiudizi – fino al caso estremo dai dati estratti dal *web* in assenza di filtri specifici, che vede riflessi i pregiudizi diffusi nella società globale – o perché raccolti in modo tale da presentare una visione distorta della realtà. In terzo luogo, gli effetti discriminatori possono derivare dalla circostanza, tutt'altro che infrequente, che il sistema di *machine learning* individui alcune caratteristiche che rinviano indirettamente a categorie protette – associando ai loro detentori un trattamento peggiore – in modo sostanzialmente autonomo; in assenza, cioè, di specifiche indicazioni in tal senso fornite in sede di programmazione o comunque operate in sede di selezione dei dati (e talvolta, come vedremo, anche in presenza di interventi finalizzati a scongiurare tali esiti). Nei primi due casi la decisione algoritmica risulta condizionata da quelli che potrebbero definirsi pregiudizi digitali “derivati”; nel terzo caso può invece parlarsi – pur con qualche cautela, come si preciserà *infra* – di pregiudizi digitali “autonomi”²⁶.

2.1. La programmazione: le discriminazioni algoritmiche dirette e indirette e i problemi connessi all'individuazione dei caratteri proxy

Il primo e fondamentale stadio temporale nel quale è possibile intervenire allo scopo di impedire il prodursi di una decisione algoritmica discriminatoria è quello della programmazione: quella fase

“contribuirà a contrastare i rischi di esacerbazione delle discriminazioni e di inasprimento degli squilibri sociali e territoriali potenzialmente derivanti da un uso inconsapevole dell'IA” (5).

²³ In tema cfr., *ex multis*, F.Z. BORGESIU, *Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, 10 ss. e B. FRIEDMAN-H. NISSENBAUM, *Bias in Computer Systems*, cit., 330 ss.

²⁴ In tema cfr., per tutti, M. AIROLDI, D. GAMBETTA, *Sul mito della neutralità algoritmica*, in *The Lab's Quarterly*, 2018, n. 4, 25 ss.

²⁵ Spunti in proposito, tra gli altri, in A. VENANZONI, *La valle del perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, in *Politica del diritto*, 2/2019, 237-238.

²⁶ Cfr. in argomento A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 253.

cioè nella quale si progetta l'algoritmo, impostando il "metodo di lavoro" che dovrà seguire il sistema di apprendimento automatico, consistente – come prima accennato – nella individuazione di correlazioni all'interno di un set di dati volta a identificare modelli di decisione. In sede di programmazione, infatti, è possibile "ordinare" al sistema di *machine learning* di escludere (cioè di considerare irrilevanti) alcuni caratteri ricorrenti nel set di dati che potrebbero condurre ad una decisione discriminatoria.

Tali caratteri possono essere essenzialmente di due tipi: anzitutto, al sistema può essere chiesto di non prendere in considerazione caratteristiche legate tradizionalmente a scelte discriminatorie, con riferimento alle discriminazioni storicamente più note: razza, colore della pelle, sesso, ecc.²⁷. Gli interventi così concepiti mirano ad evitare le discriminazioni algoritmiche "dirette", cioè basate sulla esclusione di caratteri che identificano in via immediata la categoria protetta.

Un ulteriore intervento sull'algoritmo può essere finalizzato a rendere irrilevanti caratteri formalmente "neutri", ma che di norma ricorrono con particolare frequenza nelle categorie protette²⁸: è questo il caso delle azioni volte ad evitare le c.d. *proxy discriminations* (letteralmente "discriminazioni per procura") ed a scongiurare di conseguenza le discriminazioni algoritmiche "indirette", basate cioè sulla esclusione di caratteri che rimandano indirettamente alla categoria protetta o che rinviano a caratteri distintivi non consentiti.

Vale ribadire che le *proxy discriminations* rappresentano una pratica risalente²⁹, cui si è fatto ricorso anche prima della nascita dei sistemi di *machine learning* per occultare pratiche discriminatorie³⁰. La novità rappresentata dall'avvento dell'intelligenza artificiale è legata alla circostanza che in questo caso il carattere *proxy* potrebbe essere individuato autonomamente dal sistema di apprendimento automatico, senza che l'utilizzatore ne sia consapevole³¹: così, ad esempio, se un sistema informatico generasse autonomamente un modello che impone premi più elevati per l'assicurazione sanitaria a richiedenti che risultino iscritti ad un gruppo *Facebook* costituito per sollecitare un aumento della disponibilità del test genetico per le mutazioni dei geni BRCA correlate ad un alto rischio di sviluppare alcuni tumori, opererebbe una *proxy discrimination* sulla base dei dati genetici³².

Un tale intervento di esclusione e di "accecamiento" dell'algoritmo rispetto alle *proxies*, tuttavia, si trova a fronteggiare almeno due problemi pratici.

²⁷ Si tratta delle c.d. "categorizzazioni vietate", su cui v. D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 3/2019, 21-22, definite anche come "categorie algoritmiche sospette". Nella procedura richiamata, secondo gli Autori citati, troverebbe applicazione il principio di non discriminazione algoritmica, in base al quale si richiede di operare in fase di progettazione e implementazione di algoritmi intelligenti al fine di prevenire il rischio che i sistemi di intelligenza artificiale elaborino informazioni distinguendo in base ai caratteri dianzi richiamati.

²⁸ Il discorso potrebbe estendersi anche ai profili attinenti al principio di eguaglianza sostanziale, considerando i caratteri che, più in generale, risultano strettamente collegati alle condizioni di soggetti deboli sul piano economico e sociale: in questa sede, tuttavia, si ragionerà unicamente dell'impatto generato dalle decisioni algoritmiche sul principio di eguaglianza formale.

²⁹ Per una panoramica sul tema cfr. L. ALEXANDER-K. COLE, *Discrimination by Proxy*, in *14 Constitutional Commentary*, 1997, 453 ss.

³⁰ V., in proposito, F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 13-14, che richiamano uno degli esempi più noti di *proxy discrimination*, rappresentato dall'utilizzo del codice postale quale dato indicativo dell'appartenenza ad una specifica comunità discriminata o per ragioni razziali o per ragioni socioeconomiche.

³¹ Sul tema cfr., ampiamente, A. PRINCE-D.B. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 5 agosto 2019.

³² Così A. PRINCE-D.B. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination*, cit., 5. A quest'ultimo proposito, F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., suggerisce che quando una organizzazione avvia un progetto che prevede il ricorso all'intelligenza artificiale dovrebbe effettuare una procedura di *risk assessment* o *risk mitigation*, impegnandosi a non prendere in considerazione caratteri potenzialmente (o indirettamente) discriminatori.

Il primo riguarda l'individuazione preventiva delle *proxies* potenzialmente discriminatorie. Una predeterminazione di tale caratteri (non certo completa, ma che aspiri almeno ad un livello soddisfacente di compiutezza) appare ad oggi sostanzialmente impossibile per almeno due motivi: in primo luogo, le *proxies* discriminatorie emergono di norma a seguito della concreta applicazione del sistema di apprendimento automatico (e dunque oggi possiamo basarci solo sulla limitata esperienza di *proxies* emerse in passato); in secondo luogo, i sistemi di *machine learning* operano con logiche e ruoli differenti nei diversi settori di applicazione³³. Peraltro, la nozione giuridica di *proxy* non risulta al momento compiutamente formalizzata, oltre a scontare una certa genericità che ne rende complicata l'applicazione ai casi concreti.

Il secondo problema applicativo riguarda lo "slittamento" – operato dal sistema di *machine learning* a seguito del divieto di utilizzo di caratteri direttamente identificativi di categorie protette o delle *proxies* più "prossime" a tali categorie – verso *proxies* più "distanti", che rinviano comunque a quelle categorie, pur essendo più imprecise (e, peraltro, meno facilmente individuabili). Questo fenomeno è inevitabile quando ci si trova di fronte ad un set di dati "inquinato", in cui le decisioni assunte in passato (e sulle cui orme il sistema informatico è costretto a procedere) hanno sistematicamente discriminato alcune categorie protette³⁴.

È appena il caso di ricordare, in conclusione, che può anche accadere che chi programma l'algoritmo ordini al sistema informatico di selezionare a priori gli appartenenti a categorie protette al fine, ad esempio, di escluderle da un beneficio, o indicando espressamente il carattere immediatamente indicativo della classe³⁵ o – come accade più di frequente, come prima ricordato – occultando la discriminazione dietro l'indicazione un carattere *proxy*, che rinvia indirettamente alla categoria da discriminare. Il vero problema, tuttavia – è bene ribadirlo – è rappresentato dalle *proxy discriminations* di origine algoritmica: le *proxies* di origine umana sono più facilmente individuabili e sono assoggettabili ad un controllo preventivo; quelle "inintenzionali", che originano dagli algoritmi, risultano invece di norma più difficilmente individuabili e tendono di conseguenza a sfuggire alle successive verifiche³⁶.

2.2. La configurazione del set di dati: i rischi derivanti dai dati "inquinati" e dai dati incompleti

Il secondo "momento" che caratterizza l'impostazione della decisione algoritmica consiste nella configurazione del set di dati da utilizzare nel *training* del sistema di apprendimento automatico³⁷. La configurazione del *data set* implica sempre una scelta che, anche in questo frangente, dovrebbe fondarsi sulla consapevolezza dei rischi legati alla possibilità di dare origine a decisioni algoritmiche

³³ Cfr. F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 5.

³⁴ Cfr. A. PRINCE-D.B. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination*, cit., 29 ss.

³⁵ Come è accaduto, ed esempio, nei casi di pubblicità *online* richieste a *social network* in modo da escludere ispanici o omosessuali, ricordati da G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 218.

³⁶ Anche sul punto cfr. A. PRINCE-D. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination*, cit., 29 ss.

³⁷ In proposito vale ribadire sin d'ora che la distinzione tra la prima e la seconda fase (ma analoghe considerazioni possono formularsi anche con riferimento alla terza) intende unicamente porre l'attenzione su tre diversi ordini di problemi concernenti il concreto operare dei sistemi di *machine learning*; nella consapevolezza che anche quelli che vengono indicati come "momenti" successivi alla programmazione iniziale individuano fasi successive del funzionamento del sistema informatico ordinate in base a una sequenza cronologica (la costruzione dell'algoritmo che individua il "problema" che il sistema dovrà risolvere – l'acquisizione dei dati nella fase di *training* – l'elaborazione dei dati immessi), ma sono comunque riconducibili alla "programmazione" iniziale (prima fase), nella quale, insieme all'assegnazione dell'obiettivo all'intelligenza artificiale, possono definirsi anche le regole da seguire nella selezione dei dati da utilizzare per l'apprendimento (seconda fase) e si scontano i limiti dell'intervento umano dai quali scaturiscono i margini di autonomia del sistema informatico nella elaborazione delle informazioni (terza fase).

discriminatorie. Tale scelta può muovere anzitutto da una opzione di base, che consiste nell'alternativa tra l'impiego di un set di dati "chiuso" ovvero il ricorso ad un set di dati tendenzialmente "aperto". Come dianzi accennato, la necessaria presenza di *big data* per alimentare il sistema di apprendimento automatico non implica necessariamente che questi dati vengano acquisiti dalla rete Internet, ma tale mole di dati può anche provenire da archivi digitali *offline* (come potrebbero essere gli archivi giudiziari o di polizia) o da banche dati formate *ad hoc* da parte degli utenti. All'interno del set di dati prescelto, si operano poi di norma ulteriori interventi di selezione. Questa selezione può implicare diversi livelli di controllo, che, occorre sottolinearlo, non sono una volta per tutte legati alla scelta di base tra sistema aperto e sistema chiuso. Anche se la "navigazione" del sistema di apprendimento automatico nel *mare magnum* del web sembrerebbe a prima vista esporre il sistema informatico ad un flusso di dati tendenzialmente incontrollabile rispetto alla – in apparenza – più rassicurante "nutrizione" dell'intelligenza artificiale con i dati provenienti da una banca dati *offline*, occorre sottolineare che non necessariamente l'acquisizione di dati dalla Rete è meno selettiva dell'acquisizione di informazioni da banche dati "chiuso". La ricerca sulla Rete può infatti riguardare il contenuto di un numero molto circoscritto di siti o di piattaforme, o svolgersi in base a parole-chiave molto precise; per contro, la banca dati *offline* può essere estremamente cospicua e la raccolta delle informazioni in essa contenute potrebbe avvenire senza alcun filtro.

La configurazione del set di dati e, in particolare, la scelta del tipo di banca dati e gli interventi di selezione del loro contenuto, è essenziale per evitare i pregiudizi digitali (che, anche in questo frangente, sono pregiudizi "derivati" dall'intervento umano nella progettazione e nella implementazione del sistema informatico). In questa fase opera infatti il principio del *garbage in-garbage out*: se i dati acquisiti dall'intelligenza artificiale sono incongrui, inesatti o non affidabili, condurranno inevitabilmente a decisioni inaffidabili³⁸. Il rilievo di questa scelta, non a caso, è ribadito da molti degli strumenti di *soft law* intervenuti in materia che si sono dianzi richiamati: in particolare, è molto chiara sul punto la risoluzione del Parlamento europeo, prima ricordata, sulla politica industriale europea in materia di robotica del 2019, nella quale, con riferimento al *deep learning*³⁹, si sottolinea l'importanza della qualità dei dati utilizzati, ribadendosi che "l'utilizzo di dati di scarsa qualità, obsoleti, incompleti o inesatti può portare a previsioni inadeguate e, di conseguenza, a discriminazioni e pregiudizi"⁴⁰.

In particolare, in presenza di un set di dati "chiuso", si può procedere essenzialmente in due modi: il *data set* può essere assunto senza operare alcun filtro o, al contrario, i dati possono essere variamente selezionati. Nel primo caso sono numerose le modalità attraverso le quali può verificarsi una distorsione del risultato finale, con effetti potenzialmente discriminatori; nel caso invece in cui si operino interventi di filtraggio, un'adeguata selezione dei dati operata a monte può contribuire ad eliminare molte distorsioni.

Si consideri anzitutto l'assenza di filtri: l'algoritmo viene "alimentato" con una statistica storica delle decisioni compiute in passato, per far sì che sia in grado di assumere le medesime decisioni in futuro. Il rischio maggiore in questo caso è che il sistema si nutra di *biased data*, cioè che si alimenti di dati "inquinati", incorporando – e quindi replicando – le discriminazioni compiute nel passato.

³⁸ Cfr. sul punto G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 208.

³⁹ Il *deep learning* è un modello di apprendimento automatico che consente a modelli computazionali composti da più livelli di elaborazione di apprendere da rappresentazioni di dati con più livelli di astrazione. Il suo impiego riguarda settori quali il riconoscimento vocale e visivo, il rilevamento di oggetti e la genomica. In argomento cfr., per tutti, Y. LECUN-Y. BENGIO-G. HINTON, *Deep learning*, in *521 Nature*, 2015, 436 ss.

⁴⁰ Cfr., *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, cit., n. 39.

Gli esempi a riguardo sono numerosi⁴¹: una delle vicende più note è quella legata all'utilizzo di COMPAS⁴², un *software* alimentato in prevalenza da una banca dati costituita da precedenti giudiziari⁴³, in grado di predire il rischio di recidiva e di pericolosità sociale degli imputati e impiegato per decidere sull'entità e sulle modalità di esecuzione delle sanzioni penali (soprattutto in ordine alla possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione); la successiva verifica sulla correttezza delle previsioni dimostrò che i precedenti giudiziari utilizzati, sfavorevoli ai condannati di colore, avevano indotto il sistema a sottostimare la probabilità di recidiva dei condannati bianchi ed a sovrastimare quella dei condannati neri⁴⁴. Analoghi timori si legano all'impiego del PSA⁴⁵, un *software* utilizzato dalle Corti di diversi Stati americani per calcolare l'ammontare della cauzione o del periodo di custodia cautelare degli imputati e collegato ad una banca dati contenente casi simili, precedenti giudiziari e dati anagrafici degli imputati, alle cui decisioni i giudici tendono ad uniformarsi in modo pedissequo, adottando pronunce "integralmente basate sugli scores stabiliti" dal sistema informatico⁴⁶.

Gli esempi riportati dimostrano chiaramente che le decisioni fondate su statistiche storiche tendono inevitabilmente ad "incorporare" le distorsioni (e in particolare i pregiudizi dei decisori precedenti) e dunque, in certo senso, a cristallizzarli⁴⁷. Da questo punto di vista il risultato appare

⁴¹ Uno dei casi più risalenti è quello verificatosi negli anni '80 del secolo scorso in una Scuola di medicina Regno Unito, che ricorse ad un sistema di intelligenza artificiale per la selezione del personale: il sistema, basandosi sulle assunzioni operate in passato, penalizzò i candidati immigrati e quelli di sesso femminile (cfr. in argomento S. LOWRY-G. MACPHERSON, *A blot on the profession*, in 296 *British Medical Journal*, 1988, 657 ss.).

⁴² L'acronimo corrisponde a "*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*".

⁴³ In particolare, i dati da prendere in esame erano stabiliti dalla società (privata) che forniva il software: anzitutto i precedenti giudiziari, diversi altri dati statistici, un questionario somministrato all'imputato, cui si aggiungevano ulteriori variabili non rivelati dalla società produttrice in quanto coperti dalla proprietà intellettuale (cfr. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 95 ss.).

Il caso è citatissimo e per molti aspetti emblematico: lo richiamano, *ex multis*, A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., *passim*; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi*, cit., 47; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 215-216 (che ricorda come in questo caso il sistema, operando su *biased data*, abbia effettuato anche una *proxy discrimination*, basata sull'acquisizione di informazioni quali residenza, istruzione, consumo di stupefacenti, collegati indirettamente all'origine razziale).

⁴⁴ Un'indagine operata successivamente all'applicazione del *software* riscontrò infatti che l'errore nella predizione della recidiva si aggirava intorno al 30%; ma, in particolare, la percentuale di falsi positivi era pari a circa al doppio per gli imputati di colore rispetto agli imputati bianchi e, per converso, la percentuale di falsi negativi era pari a quasi il doppio per gli imputati bianchi rispetto agli imputati di colore (cfr. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 97-98).

⁴⁵ L'acronimo corrisponde a *Public Safety Assessment*.

⁴⁶ Così A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 249.

⁴⁷ L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nello svolgimento della funzione giurisdizionale, che accomuna gli esempi proposti, inoltre, induce ad interrogarsi sul mito del "giudice bot" come giudice perfetto: la specializzazione cognitiva dell'algoritmo, infatti – che comporta l'assenza di stati d'animo e di emozioni, posto che l'obiettivo del programmatore non è quello di riprodurre esattamente il funzionamento della mente umana – rende solo in apparenza l'algoritmo un giudice perfetto in quanto massimamente oggettivo (sul punto si rinvia alle considerazioni sull'aspirazione all'oggettività e la spersonalizzazione della funzione giurisdizionale di M. LUCIANI, *La decisione robotica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018, 873 ss.), perché se i dati – come i precedenti giudiziari – sono "soggettivamente inquinati" da pregiudizi, tali pregiudizi appaiono destinati a cristallizzarsi (cfr. A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 253, in particolare nota 47).

Ma non solo: l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nelle decisioni giudiziarie pone una molteplicità di problemi ulteriori. Volendone richiamare sinteticamente alcuni (rinviando, per una più ampia trattazione del tema, ad A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 254 ss.): la possibilità che il sistema incontri difficoltà di ordine logico che conducano alla paralisi decisionale; il fatto che le emozioni e le sensazioni dei giudici si connettano funzionalmente ai precedenti giudiziari; la circostanza che le opinioni del giudice siano il riflesso del dibattito dottrinale; l'insuperabile difficoltà per un algoritmo di apprezzare il *fatto* nelle sue complesse e uniche caratteristiche, evenienza possibile solo a condizione di immettere nel sistema informatico un complesso di dati pressoché infinito.

addirittura peggiorativo della situazione esistente, in quanto la cristallizzazione comporta una perpetuazione delle distorsioni (e in questo senso un aggravamento)⁴⁸.

Un ulteriore rischio di *bias* (e dunque di possibili esiti discriminatori) può derivare - oltre che dall'utilizzo di dati "inquinati" da pregiudizi (come nel caso dell'impiego *sic et simpliciter* di statistiche storiche acquisite integralmente) - anche dall'impiego di dati incompleti, che forniscano una rappresentazione parziale della realtà⁴⁹.

Tale incompletezza genera una distorsione quando la quota di dati raccolta risulta più ampia per un certo gruppo e più esigua per un altro (o meglio, quando la quota di dati riguardante un determinato gruppo risulta troppo ampia o troppo esigua rispetto alle dimensioni e al rilievo effettivo del gruppo all'interno della popolazione considerata); e comporta un effetto discriminatorio quando il gruppo sovra o sottorappresentato risulta sfavorito dalla falsa rappresentazione della realtà. In particolare, la distorsione può derivare sia dalle *modalità* di raccolta dei dati, sia dallo *strumento* utilizzato per acquisirli. Un'ipotesi di errata modalità di raccolta dei dati potrebbe verificarsi nel caso in cui, ad esempio, si alimentasse un sistema di apprendimento automatico, destinato a prevedere in quali quartieri si commetteranno più reati, con le informazioni contenute in uno schedario della polizia in cui la percentuale di schedati immigrati fosse più elevata rispetto alla loro presenza nella popolazione: in tale circostanza il sistema "imparerebbe" che gli immigrati sono più inclini a commettere reati⁵⁰. Un esempio delle distorsioni prodotte dall'utilizzo di uno strumento di raccolta dei dati inidoneo è invece offerto da un esperimento condotto nel 2011 nella città di Boston (denominato *Street Bump*), che impiegò un sistema di intelligenza artificiale per raccogliere informazioni sulla presenza di gravi irregolarità nel manto stradale della rete viaria cittadina attraverso gli *smartphone* degli automobilisti: nei quartieri più degradati - dove le strade versavano generalmente in condizioni peggiori ma gli abitanti erano in larga parte sprovvisti di *smartphone* - le segnalazioni inviate risultarono numericamente inferiori a quelle registrate nei quartieri abitati dalle classi più abbienti; di conseguenza il sistema privilegiò gli interventi di manutenzione nei quartieri nei quali la qualità delle strade risultava generalmente migliore⁵¹.

Al fine di scongiurare i cennati fenomeni di "cristallizzazione" dei pregiudizi generati da *biased data*, si rende necessario operare opportuni interventi di "filtraggio", selezionando accuratamente i dati statistici immessi allo scopo di evitare disallineamenti socioculturali. Tale selezione deve anzitutto tenere conto della connessione tra dati apparentemente neutri e condizioni di disparità, eliminando preventivamente le informazioni in grado di riflettere l'appartenenza a categorie protette⁵²: la "depurazione" dei dati immessi - riprendendo la metafora dell'inquinamento - comporta cioè l'eliminazione non solo dei caratteri direttamente identificativi di categorie protette,

⁴⁸ Come osserva sul punto G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 214, riportando il tema alla sua dimensione più generale, "qualora le tecniche predittive si appuntino su stati dell'uomo e sui processi sociali [...] uno dei pericoli più evidenti è che le condizioni di disparità sociale esistenti in un dato momento storico si riflettono sul giudizio prognostico tramite la costruzione di profili individuali o più spesso di gruppo, composti per inferenza da fattori come la propensione al consumo, la capacità di spesa, il luogo di residenza, i trascorsi familiari, il grado di istruzione, la storia giudiziaria, ecc. Se non adeguatamente monitorate e rese neutre rispetto ai rischi di *bias* già inseriti nella selezione dei dati rilevanti, le decisioni algoritmiche che si basano su tali fattori sono atte a produrre effetti discriminatori e ad *aggravare il peso delle disuguaglianze* invece che contribuire a ridurle come pure la tecnologia potrebbe fare" (corsivi aggiunti).

⁴⁹ La differenza è ricondotta dalla letteratura in argomento alla distinzione tra *biased data* e *biased samples* (cfr. sul tema F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 11-12).

⁵⁰ Cfr. F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 11. Una tale evenienza peraltro rischierebbe di determinare una reazione a catena per cui si invierebbero più poliziotti nei quartieri cui vivono gli immigrati e la presenza di un maggior numero di poliziotti in quei quartieri registrerebbe un numero più elevato di reati.

⁵¹ La vicenda è richiamata da F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 12.

⁵² Cfr. in argomento, con particolare riguardo agli effetti discriminatori legati all'impiego dei giudice-robot, M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era delle intelligenze artificiali*, Milano, 2018, 143.

ma altresì – e anche in questo caso – l’eliminazione preventiva delle *proxies* responsabili di discriminazioni indirette; ma, anche in questo frangente, nella consapevolezza dei limiti dell’operazione, legati ai due fenomeni prima rilevati della impossibilità di predeterminare compiutamente le *proxies* discriminatorie e dello slittamento verso *proxies* più distanti. Parimenti, in presenza di *biased samples* legati alla incompletezza dei dati raccolti, è possibile intervenire migliorando le modalità e gli strumenti di raccolta dei dati.

Un cenno, in conclusione, al set di dati “aperto”, che il sistema di apprendimento automatico acquisisce quando viene collegato alla rete Internet: un *data set* estremamente “appetibile”, in quanto ingentissimo nello stock totale e in crescita esponenziale quanto a velocità di sviluppo, che lo rendono la sede ideale dei *big data*⁵³.

Il rischio più rilevante legato a tale procedura – per quanto sia possibile circoscrivere la ricerca dei dati delimitandola, come prima ricordato, soltanto a certi siti o piattaforme, o indirizzandola attraverso specifiche parole chiave con l’ausilio di motori di ricerca⁵⁴ – è legato alla circostanza che il sistema di apprendimento automatico incorpori i pregiudizi presenti nel web; o, per certi versi, considerata la copertura dell’anonimato, una versione esasperata dei pregiudizi: anche di quelli inconfessabili, che di norma non trovano espressione attraverso i canali più trasparenti e non coperti dall’anonimato⁵⁵. Gli esempi di questo fenomeno sono numerosi e significativi. Per limitarsi ad alcuni tra i più noti, può qui ricordarsi l’esperimento condotto da *Microsoft* nel 2016, che diede vita a TAY, un’intelligenza artificiale che venne collegata ai principali *social network* per apprendere e replicare il linguaggio degli adolescenti: la macchina venne spenta dopo pochi giorni di attività, in quanto Tay si era rivelato un bot razzista, misogino e di aperte simpatie naziste⁵⁶. O, ancora, una ricerca condotta sempre nel 2016 attraverso *Google images*, alla richiesta di individuare e riconoscere immagini ritraenti “tre ragazzi bianchi” restituì in prevalenza foto di *teenager* bianchi colti in atteggiamenti giovali, mentre alla richiesta di immagini di “tre ragazzi neri” restituì in prevalenza foto segnaletiche della polizia⁵⁷.

2.3. (Segue) i margini di autonomia dell’algoritmo

L’individuazione delle correlazioni all’interno del set di dati, in vista della decisione da assumere, attraverso l’individuazione dei caratteri rilevanti per la soluzione del problema, rappresenta l’essenza dell’apprendimento automatico. Tuttavia – come prima rilevato – essa può essere guidata solo in parte: per il resto il meccanismo di individuazione di correlazioni resta in parte ignoto agli stessi programmatori⁵⁸.

L’ultima fase della decisione algoritmica, dunque, nella quale il sistema di apprendimento automatico analizza il set di dati ed elabora il risultato, è insieme quella decisiva ma anche la meno

⁵³ Cfr. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 89.

⁵⁴ In particolare, in quest’ultimo caso il ricorso all’intelligenza artificiale è duplice: si coinvolge l’AI del motore di ricerca nel compiere la selezione e la raccolta dei dati, su cui interverrà l’AI che li utilizzerà per il proprio *training*. Ciò rafforza, naturalmente, il rischio di distorsioni, considerata peraltro la capacità dei motori di ricerca non solo di profilare l’utenza, ma anche di orientarne le scelte.

⁵⁵ È noto infatti, ad esempio, che la Rete esaspera gli stereotipi razziali e di genere (cfr. in tema F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 17).

⁵⁶ Cfr. sul punto A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 238.

⁵⁷ Come ricordato da F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 16.

⁵⁸ È quella che si definisce la *black box*, secondo la nota e felice formula di Frank Pasquale, di norma evocata in questo contesto (si v. ad esempio: D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 15-16; A. VENANZONI, *La valle del perturbante*, cit., 237 ss.) per designare la sostanziale opacità dei software a codice chiuso, che operano senza mostrare il proprio metodo di lavoro.

governabile. In particolare, è in questa fase che nasce la possibilità che l'algoritmo individui *proxies* discriminatorie non volute, soprattutto in conseguenza di quel fenomeno prima rilevato di slittamento verso *proxies* più distanti; ma è soprattutto in questa fase che sorge il rischio che il sistema generi delle nuove classi di soggetti sottoposti ad un trattamento peggiore in base a caratteristiche ricorrenti individuate dall'algoritmo in totale autonomia⁵⁹. Occorrerà allora interrogarsi sugli strumenti offerti dal diritto – e segnatamente dalla legislazione antidiscriminatoria – per fronteggiare i pericoli richiamati, individuando gli ambiti di intervento, le modalità della disciplina e le sfide che rimangono ancora aperte.

3. Le soluzioni: il ruolo del diritto e i suoi limiti

Volendo interrogarsi sul modo in cui il legislatore può affrontare i rischi legati all'uso dell'intelligenza artificiale che si sono sinteticamente evocati, vale osservare, anzitutto, che tale intervento va modulato sulla base di almeno tre elementi: la finalità, l'oggetto specifico della regolazione, la modalità della disciplina del fenomeno.

La finalità è evidente: la disciplina giuridica deve riuscire a impedire (e a prevenire) le *AI-driven discriminations*, cioè le discriminazioni indotte dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale per prendere decisioni. Perché questa finalità possa aspirare a realizzarsi occorre ampliare la prospettiva rispetto a quanto si è detto finora: se il problema è l'effetto (discriminatorio) dell'uso dell'intelligenza artificiale per assumere decisioni (con una gravità particolare nel caso in cui si prendano decisioni pubbliche), esso va affrontato sotto un profilo più generale, che induce ad interrogarsi su come regolare i *processi decisionali* in cui sono coinvolti algoritmi (avendo riguardo sia all'iter decisionale sia agli effetti sociali)⁶⁰. Questo implica un'estensione dell'oggetto della disciplina giuridica, che deve rivolgersi essenzialmente a due diversi profili della decisione algoritmica: un profilo, per così dire, "interno", che concerne il funzionamento dell'intelligenza artificiale, nelle diverse fasi rilevanti che abbiamo esaminato, rispetto al quale occorre dettare regole volte ad evitare che, sia in sede di programmazione, sia in sede di configurazione del set di dati, si predisponga il sistema a generare modelli decisionali discriminatori; e un profilo "esterno" al funzionamento dell'intelligenza artificiale, che investe il ruolo dell'algoritmo nell'ambito della decisione finale. Su questo versante, occorre affrontare una questione cruciale, legata al ruolo assegnato all'intelligenza artificiale nella decisione umana: si tratta in sostanza del problema della *significatività* dell'algoritmo, e della connessa possibilità di un intervento umano in funzione di controllo, teso a mitigare degli effetti discriminatori della decisione algoritmica.

3.1. I profili "interni" della decisione algoritmica: il divieto di produrre effetti discriminatori tra dimensione tecnica e dimensione etica

Un modello di disciplina della decisione algoritmica in grado di fronteggiare le potenzialità discriminatorie connesse a tale procedura, che può rappresentare un utile e significativo un punto

⁵⁹ Sulla possibilità che i sistemi di apprendimento automatico – progettate per individuare correlazioni in base ad associazioni di elementi ricorrenti – introducano trattamenti differenziati in base a caratteristiche estranee alle tradizionali categorie protette, v. F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 36 (e i diversi esempi ivi richiamati).

⁶⁰ Cfr. in argomento G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 200. Il tema è di grande rilievo generale: se questi processi – specialmente quando riguardano decisioni pubbliche e lo svolgimento di funzioni pubbliche fondamentali – non sono democraticamente governati, rischiano di consolidare le posizioni di privilegio e le disuguaglianze (ivi, 201).

di riferimento per la legislazione in materia – perlomeno in ambito europeo – è costituito dal Considerando n. 71 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 (GDPR); tale enunciato introduce quello che è stato opportunamente denominato il “principio di non discriminazione per via algoritmica”⁶¹, invitando il titolare del trattamento di dati personali a “mett[ere] in atto misure tecniche e organizzative adeguate [...] secondo una modalità che [...] impedisca, tra l’altro, effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell’origine etnica, delle opinioni politiche, della religione e delle convinzioni personali, dell’appartenenza sindacale, dello *status* genetico, dello stato di salute o dell’orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti”⁶².

Tale modello di disciplina presenta almeno due profili di interesse.

In primo luogo, offre utili indicazioni sul *modo* in cui vanno disciplinati i profili interni della decisione algoritmica, indicando cosa deve vietare una legislazione che ambisca ad essere efficace contro le discriminazioni algoritmiche: occorre ricordare, in proposito, che uno dei tratti distintivi più rilevanti della decisione algoritmica è rappresentato dalla mancata identificazione, in via preliminare, dei caratteri distintivi in base ai quali i soggetti destinatari della soluzione proposta dal sistema di apprendimento automatico saranno sottoposti a trattamenti differenziati. Muovendo dunque da questo dato, una legislazione antidiscriminatoria destinata a rivolgersi alle decisioni algoritmiche che concentrasse la propria attenzione specificamente sui *criteri* utilizzati nella *elaborazione* della decisione e non unicamente sul risultato, sull’effetto della decisione stessa, riuscirebbe verosimilmente ad impedire soltanto le discriminazioni algoritmiche “dirette”, cioè quelle fondate sulla individuazione di caratteri in base ai quali operare la decisione che siano immediatamente identificativi della categoria protetta, nella sola eventualità (e nei ristretti margini entro i quali tale eventuale intervento opererebbe) che tali caratteri siano stati “indicati” in sede di programmazione al sistema di apprendimento automatico o che siano stati individuati dall’algoritmo come elementi in base ai quali operare un trattamento differenziato⁶³. Ma nulla potrebbe contro le *proxies*, che formalmente si presentano come caratteri neutri; o, al limite, il divieto potrebbe essere esteso alle *proxies* più direttamente collegate alle categorie protette, ma scontrerebbe comunque i limiti legati alla individuazione preventiva, che abbiamo visto.

Al contrario, le norme antidiscriminatorie che rivolgono la propria attenzione esclusivamente al risultato finale, vietando decisioni algoritmiche che sfavoriscano irrazionalmente gli appartenenti alle categorie protette⁶⁴, sono in grado di attenuare gli effetti del ricorso – volontario o anche involontario, nei termini dianzi descritti – alle *proxies*, limitando il prodursi di *proxy discriminations*: in questi casi occorrerà verificare se (anche a partire da caratteri “neutri”) la decisione assunta

⁶¹ Così A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 101.

⁶² Il testo non fa espresso riferimento al trattamento automatizzato, ma esso può ritenersi implicito in ragione sia del richiamo, presente nella parte omissa, alla opportunità che il titolare del trattamento “utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione”, sia del riferimento al “trattamento automatizzato” dei dati personali e al “processo decisionale automatizzato” che rispettivamente aprono e chiudono il Considerando in commento.

⁶³ Trattamento differenziato che si fonda proprio su quella base, senza fondamento razionale: o perché ad esempio il programmatore lo ha indicato espressamente, o perché deriva dal set di dati “inquinato” che riflette discriminazioni operate nel passato.

⁶⁴ In questa prospettiva, sarebbe incostituzionale, in quanto discriminatorio, l’algoritmo che produce effetti discriminatori: cfr., in proposito, A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 102, che parlano di algoritmo “strutturalmente” incostituzionale, ma alludendo in particolare alle distorsioni presenti nel set di dati immesso nel sistema. Potrebbe tuttavia estendersi il concetto di algoritmo “strutturalmente” discriminatorio ai casi in cui l’algoritmo discrimina autonomamente, producendo un risultato discriminatorio a seguito di una selezione dei caratteri individuati dal sistema informatico come rilevanti, pure in presenza di dati *unbiased*.

dall'algoritmo avrà riservato un trattamento irragionevolmente deteriore alle categorie individuate dalla legislazione antidiscriminatoria.

Va rilevato tuttavia che neanche quest'ultima soluzione consente di superare del tutto le difficoltà connesse all'uso delle *proxies*: quando queste, infatti, sono molto "distanti" dalla categoria discriminata, non è sempre dimostrabile il nesso tra il carattere distintivo individuato dall'algoritmo come elemento in base al quale operare un trattamento differenziato e la categoria protetta che risulta sfavorita dalla decisione; riemergono cioè, ancora una volta, gli inconvenienti connessi alla difficoltà di individuare compiutamente le *proxies* vietate.

Un secondo profilo del modello di disciplina richiamato che merita di essere valorizzato è costituito dall'accento posto sulle misure tecniche e organizzative, alle quali viene affidato il compito di impedire il prodursi di effetti discriminatori. Si tratta, in certo senso, di un percorso obbligato, che deriva dall'attitudine esibita dell'enunciato in commento a non addentrarsi – opportunamente – nei meccanismi di formazione della decisione algoritmica (ma di occuparsi invece solo delle sue conseguenze finali), sottraendosi al duplice rischio di lasciarsi sfuggire "passaggi" decisivi del processo decisionale o di stabilire regole che il ritmo frenetico dell'evoluzione tecnologica condannerebbe ad una repentina obsolescenza.

In particolare, è prioritariamente nella dimensione tecnica che sembra doversi giocare la partita: è infatti costante la sollecitazione da parte dei documenti di *soft law* dianzi richiamati a costruire iter procedurali, sia di programmazione che di configurazione dei set di dati impiegati nel *training* dei sistemi di apprendimento automatico, idonei a scongiurare effetti discriminatori nella decisione finale⁶⁵. A tale obiettivo si lega l'auspicio di un forte impegno educativo volto ad integrare la formazione di tutti i soggetti coinvolti nella progettazione dell'intelligenza artificiale, affinché acquisiscano la capacità di individuare i caratteri ed i dati "potenzialmente discriminatori": uno sforzo che nasce dalla convinzione che la piena consapevolezza dei rischi di *proxy discrimination* legati alla selezione dei caratteri rilevanti – e degli effetti distorsivi implicati dalla scelta dei dati da utilizzare o dalle modalità della loro raccolta – debba costituire un presupposto della programmazione algoritmica.

Tale esigenza postula la necessità di una saldatura tra dimensione tecnica e dimensione etica, alla quale può ricondursi una molteplicità di interventi in larga misura *preliminari* rispetto alla regolazione degli effetti della decisione algoritmica. Il primo intervento operabile "a monte" concerne il *set di valori* in base al quale orientare la programmazione⁶⁶. È infatti soprattutto nella fase di progettazione dell'algoritmo – come è stato autorevolmente affermato⁶⁷ – che andrebbe anticipata la tutela dei valori costituzionali, tra i quali il principio di non discriminazione. In questa direzione si muove l'auspicio – dianzi sottolineato – di un impegno rafforzato nella educazione dei tecnici informatici affinché interiorizzino i valori in oggetto (dignità, libertà, ma anche non discriminazione) in modo che la progettazione dell'algoritmo ne sia ispirata⁶⁸: è stato ribadito in proposito il ruolo essenziale svolto dalle "agenzie formative, ovvero dalle associazioni professionali o accademiche"⁶⁹, richiamando l'esempio dell'associazione statunitense della meccanica computazionale che ha pubblicato nel 2017 un documento sulla trasparenza e la responsabilità degli algoritmi, in cui si contempla, tra i principi da rispettare durante ogni fase di sviluppo e

⁶⁵ In particolare, sul rilievo cruciale, ai fini delineati, delle modalità di raccolta dei dati fruibili per i trattamenti algoritmici, cfr. le considerazioni di G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 200.

⁶⁶ Cfr. sul punto G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 214.

⁶⁷ Così A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 103 ss., che criticano le scelte operate da aziende come Google che fanno validare l'eticità degli algoritmi *dopo* la loro progettazione.

⁶⁸ A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 103, parlano in proposito di tutela *by education* come premessa per un'adeguata tutela *by design*, che condizioni a sua volta la tutela *by default*.

⁶⁹ A. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 104.

implementazione, la necessaria “consapevolezza” dei possibili effetti discriminatori dell’algoritmo. Il tema è ripreso anche negli Orientamenti etici definiti dall’Unione europea per un’intelligenza artificiale affidabile, prima richiamati, in cui si sottolinea come occorra formare sistematicamente una nuova generazione di esperti in etica dell’IA⁷⁰. Questa sollecitazione chiama in causa il principio responsabilità e segnatamente la necessità che i programmatori di intelligenze artificiali avanzate siano considerati responsabili delle implicazioni morali di tali sistemi, come ribadito, da ultimo, nella dichiarazione di Asilomar del 2017⁷¹. Una sensibilità rispetto alle implicazioni etiche delle decisioni algoritmiche che è richiesta in realtà a tutti i soggetti che concorrono a vario titolo alla “costruzione” di tali decisioni: poiché infatti – come dianzi osservato – il progettista dell’algoritmo può risentire dei valori propri della organizzazione di appartenenza, i soggetti che devono essere consapevoli delle implicazioni etiche dell’algoritmo sono pertanto anche i proprietari delle imprese produttrici dei software impiegati nella decisione; occorre altresì ribadire la necessità di educare ai valori in oggetto sia i manager delle organizzazioni che impiegano sistemi di intelligenza artificiale – che devono essere a conoscenza dei rischi legati all’uso degli algoritmi⁷² – sia più in generale gli utilizzatori di tali strumenti, chiamati ad acquisire una piena consapevolezza delle potenzialità discriminatorie connesse al ricorso a tali tecnologie, soprattutto quando si tratti di autorità pubbliche impegnate nell’esercizio di funzioni amministrative o giurisdizionali⁷³.

Quanto alla dimensione organizzativa – anch’essa rilevante come presupposto della programmazione da “modulare” in chiave antidiscriminatoria – merita di essere valorizzato uno spunto che compare negli Orientamenti etici per un’intelligenza artificiale affidabile, che suggerisce la costituzione di team di progettisti provenienti da contesti, culture e discipline diverse⁷⁴.

Tuttavia, permangono ancora significative zone d’ombra in relazione ai margini di funzionamento autonomo dei sistemi di apprendimento automatico. Come prima ricordato, infatti, gli algoritmi che governano i sistemi di *machine learning* individuano autonomamente criteri distintivi suscettibili di generare nuove classi di soggetti discriminati, non sempre riconducibili alle categorie protette. Su queste nuove classi di individui la legislazione antidiscriminatoria attuale sembra poter fare poco⁷⁵: le norme antidiscriminatorie, infatti, riescono ad impedire le discriminazioni, anche indirette, causate dall’intelligenza artificiale, ma aventi ad oggetto categorie identificate in base alle caratteristiche protette “tradizionalmente” indicate dalla legislazione in materia⁷⁶. Trattandosi peraltro di una fase in cui il sistema informatico lavora in modo autonomo, risulta estremamente complicato stabilire rimedi preventivi. L’unica soluzione, in questo caso, andrebbe ricercata nel ricorso al principio di precauzione, che, nella sua versione più radicale, imporrebbe di non ricorrere all’intelligenza artificiale quando non sia quantificabile il rischio di distorsioni potenzialmente generabili; anche perché l’incremento dell’accuratezza della previsione aumenta il rischio di

⁷⁰ Cfr. *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., 3.

⁷¹ Cfr. gli *Asilomar AI Principles*, adottati a conclusione della *Asilomar Conference on Beneficial AI* tenutasi in California dal 5 all’8 gennaio 2017, principio n. 9.

⁷² Come suggerito, da ultimo, da F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 28.

⁷³ Con riguardo a quest’ultimo aspetto, va ricordato che in Italia è previsto solo un obbligo di formazione del personale delle amministrazioni pubbliche all’uso delle ITC (cfr. l’art. 13 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell’amministrazione digitale*), peraltro non sostenuto da adeguati stanziamenti economici (come lamentano D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 14): alla luce di quanto osservato, sembra opportuno auspicare che tale formazione ricomprenda anche i rischi di *AI-driven discrimination*.

⁷⁴ Cfr. *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., 5. *Diversità, non discriminazione ed equità*, n. 80, in cui si afferma che va incoraggiata l’assunzione di personale, destinato a programmare ed implementare l’AI, “proveniente da contesti, culture e discipline diverse”.

⁷⁵ Cfr. F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 5.

⁷⁶ Cfr. Sul punto F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 20.

disparità di risultati tra gruppi, e dunque di effetti discriminatori⁷⁷. Ma l'abbandono della tecnologia dovrebbe prospettarsi unicamente nella evenienza – estrema – in cui questa “non riesc[a] più a controllare sé stessa”⁷⁸, ad esempio generando risultati del tutto incompatibili con i principi etici che tale programmazione hanno ispirato⁷⁹; in alternativa dovrebbero individuarsi – sempre in coerenza con il principio di precauzione, inteso tuttavia in senso “debole”, e colto dunque nella sua attitudine a sollecitare l'adozione di procedure che inglobino l'analisi del rischio nella implementazione del sistema informatico – soluzioni tecnologiche che consentano di migliorare l'affidabilità dei *software*, riducendo le distorsioni⁸⁰: spunti in proposito si trovano nella Risoluzione del parlamento europeo del 2017 sul diritto civile robotico, nel quale il principio di precauzione compare tra i principi qualificanti la ricerca nel campo della robotica⁸¹.

In questa prospettiva, per fronteggiare adeguatamente le situazioni di incertezza rispetto agli effetti discriminatori, può farsi utilmente ricorso ad alcune misure, adottabili in sede programmazione, che si trovano indicate in alcuni degli atti di *soft law* intervenuti in materia, prima ricordati.

Per limitarsi, conclusivamente, a un solo esempio, andrebbe valorizzato lo spunto che compare nella Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari – rivolta anzitutto a progettisti, sviluppatori e sperimentatori – che suggerisce l'effettuazione di uno *stress-test* sull'impiego di algoritmi nell'amministrazione della giustizia teso a valutare il loro impatto sulla protezione dei dati personali e sui diritti previsti dalla CEDU (incluso il rispetto del principio di eguaglianza)⁸².

3.2. I profili “esterni”: la significatività della decisione algoritmica ed i margini dell'intervento umano

I possibili effetti discriminatori prodotti dalle decisioni algoritmiche possono essere mitigati anche attraverso una disciplina che operi non soltanto, per così dire, “a monte” (nei termini finora illustrati) rispetto a tali decisioni, ma anche “a valle”, richiedendo un intervento umano di controllo che consenta di individuare e correggere le eventuali distorsioni generate dall'intelligenza artificiale.

⁷⁷ Cfr. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 97. La discriminazione sembrerebbe quindi una sorta di “effetto collaterale” della precisione nella capacità predittiva.

⁷⁸ Si mutua la formula da D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2/2002 (numero speciale su *Il principio precauzionale fra scienza e diritto*), 20.

⁷⁹ In proposito, nella *check-list* che conclude gli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, cit., 31, si suggerisce di prevedere in sede di programmazione la presenza di un “pulsante di arresto” al quale potrebbe ricorrersi anche nell'evenienza richiamata.

⁸⁰ Un peculiare rilievo rivestono, in questo ambito, le ricerche nel campo della c.d. *algorithmic bias detection*: in tema v., per tutti, R. COURTLAND, *Bias Detectives. The Researchers Striving to Make Algorithms Fair*, in 558 *Nature*, 2018, 357 ss.

⁸¹ Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., *Principi generali riguardanti lo sviluppo della robotica e dell'intelligenza artificiale per uso civile*, nn. 7 e 23; il principio di precauzione viene richiamato anche in due documenti allegati alla risoluzione e segnatamente nel *Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici* (v. par. *Massimizzare i vantaggi e ridurre al minimo il danno*) e nel *Codice per i comitati etici di ricerca (CER)*, che inserisce il principio di precauzione tra i principi etici di riferimento per i ricercatori nel settore della robotica.

⁸² Cfr. *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, cit., *Introduzione*, n. 8, 7.3. *Le sfide della “predizione” in materia penale*, n. 138, e *passim*. L'attenzione che il documento riserva al principio di non discriminazione è poi ulteriormente ribadita laddove si raccomanda l'imparzialità non solo nel garantire l'eguale accesso al sistema informatico, ma anche il diritto ad un “eguale trattamento da parte dell'intelligenza artificiale”.

Anche questa esigenza trova riscontro anzitutto nella normativa europea: il richiamo va, anche in questo caso, al GDPR, che all'art. 22 (rubricato "processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione"), primo comma, stabilisce che "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"⁸³. La disposizione stabilisce un confine minimo, operante in certo senso come "punto di partenza" delle garanzie in questo ambito: il divieto di automatizzazione integrale, che postula il necessario intervento umano nelle decisioni incidenti sulle situazioni giuridiche soggettive⁸⁴.

Si tratta di un punto di partenza anche perché la norma presenta una portata molto circoscritta e soffre di rilevanti eccezioni. In particolare, quanto ai limiti della disciplina, possono ricordarsi sinteticamente: l'applicazione ai soli soggetti sottoposti a un trattamento di dati personali⁸⁵ e la limitazione del divieto di automatizzazione totale alle sole "decisioni"⁸⁶ che siano produttive di "effetti giuridici" sul singolo "interessato"⁸⁷.

Sono tuttavia le eccezioni che rivelano i più pericolosi punti deboli della disciplina in commento. La norma evocata, infatti, non trova applicazione non soltanto nell'evenienza in cui la decisione sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento – il che dovrebbe avvenire nel caso di trattamenti giustificati da finalità di interesse pubblico, da operarsi peraltro nel pieno rispetto dei principi di legalità e di proporzionalità⁸⁸ – ma anche nella circostanza in cui essa "sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento" (par. 2, lett. a) o "si basi sul consenso esplicito dell'interessato" (par. 2, lett. c). Ora, è vero che in questi ultimi due casi la decisione interamente automatizzata è possibile a condizione tuttavia che il titolare del trattamento attui "misure appropriate per tutelare i diritti di libertà e i legittimi interessi dell'interessato", garantendo

⁸³ In particolare, il Considerando 71 del GDPR specifica in cosa consista la profilazione, definendola come "una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato".

⁸⁴ Un principio che rappresenta, a ben vedere, una garanzia ineliminabile della dignità umana in senso kantiano, posto che stabilisce che una persona non può essere "oggetto passivo di decisioni assunte in forma deumanizzata" (così G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 222).

⁸⁵ Il destinatario della disciplina è infatti unicamente "l'interessato" nel caso di "trattamento" dei suoi dati personali. Si v. sul punto G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 223, il quale ricorda che la disciplina della decisione automatizzata nel GDPR – come conferma anche il precedente art. 15, comma 1, lett. h), che prescrive la necessaria informazione sulla logica utilizzata nel trattamento – si muove esclusivamente "a partire dai dati personali".

⁸⁶ Il che escluderebbe dall'orizzonte applicativo della disposizione interventi diversi, quali ad esempio il *microtargeting* (come ricorda, da ultimo, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 225); ma includerebbe comunque decisioni molto rilevanti: valgano in proposito gli esempi proposti dal Considerando 71 del GDPR, primo paragrafo, che anticipa nella sostanza il contenuto della disposizione in commento: "il rifiuto automatico di una domanda di credito online" o "pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani".

⁸⁷ Quest'ultima limitazione, in particolare, varrebbe ad escludere dall'ambito di applicazione della norma decisioni che non incidano in via diretta sulla sfera giuridica del singolo. Non sarebbe di conseguenza sottoponibile a questa disciplina, ad esempio, l'invio di *fake news* rivolte a specifiche categorie di soggetti. Resta quindi scoperta la "somma di microviolazioni individuali [suscettibile di] produrre un effetto lesivo discriminatorio per l'intero gruppo di riferimento": così G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 226, nel ribadire la "prevalente logica individualistica" del GDPR. Portata individualistica che però contrasta con la portata prevalentemente collettiva delle decisioni algoritmiche (cfr. in argomento F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 5).

⁸⁸ Come ricordano D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 1 ss. e spec. 16-17. A ciò si aggiunga che il par. 2 dell'articolo 22, lett. b), stabilisce inoltre che la disciplina europea o nazionale limitativa è tenuta altresì a precisare "misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato".

“almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione” (par. 3)⁸⁹; tuttavia, è risaputo quanto sia facile ottenere un consenso in cambio dell'accesso a servizi fondati su decisioni algoritmiche⁹⁰. Rischio peraltro aggravato dalla circostanza che il consenso esplicito dell'interessato consenta decisioni fondate sul trattamento integralmente automatizzato anche di dati sensibili⁹¹.

Infine, non va sottaciuta un'ulteriore possibile difficoltà applicativa: se infatti va riconosciuto che l'automatizzazione integrale si realizza di fatto in un numero molto limitato di casi e sostanzialmente mai quando decide una pubblica amministrazione⁹² o un'autorità giudiziaria⁹³, occorre sempre tener ben presente – nel caso in cui la decisione amministrativa o giudiziaria si avvalga comunque del contributo dell'intelligenza artificiale – il rischio di “cattura” della decisione da parte del sistema informatico, che si realizza di fatto pur non manifestandosi sul piano formale (e che dunque sfugge alla disciplina in commento): laddove vi sia stato un intervento umano, infatti, dimostrare che l'intelligenza artificiale abbia totalmente influenzato la decisione è una *probatio diabolica*⁹⁴, perché anche la circostanza che il decisore si sia integralmente conformato alle indicazioni provenienti del sistema informatico non costituirebbe di per sé la prova dell'assenza di un controllo o di una riponderazione della decisione che abbia condotto a condividere consapevolmente l'esito indicato dall'algoritmo⁹⁵.

⁸⁹ Con particolare riferimento al diritto di ottenere, da parte del titolare del trattamento, l'intervento umano, vale precisare che tale intervento “dovrà ovviamente avere carattere sostanziale e non meramente formale: infatti, il soggetto che interverrà in tale fase dovrà avere il potere di esaminare i dati su cui si è fondata la decisione, prendere in considerazione i dati aggiuntivi eventualmente messi a disposizione dall'interessato e le sue ragioni e, in ultima istanza, modificare la decisione automatizzata. Sotto diverso profilo, eventuali errori o imprecisioni nei dati esaminati potrebbero comportare classificazioni non corrette con conseguente assunzione di valutazioni fondate su presupposti errati e possibili impatti negativi sugli individui. Quindi, il titolare dovrebbe effettuare frequenti verifiche sui dati a propria disposizione attraverso *audit* sugli algoritmi utilizzati e sull'accuratezza dei processi di profilazione e valutazione sino a quel momento adottati”: così I. DESTRI-A.M. LOTTO, *La profilazione*, in G. Cassano, V. Colarocco, G.B. Gallus, F.P. Micozzi (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, 144.

⁹⁰ Cfr. A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 99.

⁹¹ Cfr. il par. 4 dell'art. 22 GDPR, che contempla, insieme alla condizione evocata, anche i motivi di interesse pubblico che giustificano il trattamento (di cui all'art. 9 GDPR, par. 2, lett. g) e la vigenza di “misure adeguate a tutela dei diritti delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”.

⁹² Così G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 225. In particolare, nel campo dell'attività amministrativa, vi sono almeno due elementi che impediscono di affidare integralmente la decisione all'intelligenza artificiale: in primo luogo, il ruolo del responsabile del procedimento nella fase istruttoria, che deve intervenire, guidare e controllare lo svolgimento dell'istruttoria procedimentale (e che non può essere sostituito dal sistema informatico); in secondo luogo, la responsabilità giuridica del provvedimento: l'errore va sempre imputato all'essere umano, titolare dell'organo competente. Si tratta, di tutta evidenza, di schemi di comportamento pensati per l'essere umano (cfr. sul punto D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 22).

⁹³ Con riguardo alla situazione italiana, va ricordato che la Corte costituzionale ha imposto ai giudici il divieto, nel momento in cui decidono sui diritti, di ricorrere a schemi automatici che influenzino la loro decisione, che deve essere sempre “personalizzata” (richiamando la formula che compare in A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 101).

In materia, peraltro, è intervenuta anche la *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, cit., che ha formulato una specifica raccomandazione in ordine alla significatività della decisione algoritmica, richiamando la garanzia dell'*under user control* (oltre a ribadire che la decisione finale dev'essere assunta da un giudice umano e che devono essere assicurate sia la spiegazione dei *pattern* seguiti dall'intelligenza artificiale, sia la possibilità di proporre ricorso): si v. in particolare il *Principio n. 5 (Principio del “controllo da parte dell'utilizzatore”)*.

⁹⁴ Così A. SIMONCINI e S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 100.

⁹⁵ Ai rischi evocati si aggiunge inoltre un ulteriore limite di effettività, legato al diffuso *deficit* di poteri sanzionatori esercitabili dalle autorità nazionali preposte alla protezione dei dati personali (denunciato da F.Z. BORGESIU, *Discrimination*, cit., 24).

4. In conclusione

Il timore più forte che scaturisce dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale per assumere decisioni che incidono sulla vita collettiva – e dai connessi rischi di realizzare *AI-driven discriminations* – è legato al potenziale affermarsi di quello che è stato efficacemente definito un “nuovo medioevo digitale”⁹⁶, che rinvia allo scenario di “una società connotata da una segmentazione per caste, ove lo *status* non è però dato dalla nascita o dall'appartenenza a classificazioni sociali tradizionali (quelle su cui vigilano le norme in materia di non-discriminazione), ma da algoritmi e dai valori di coloro che li generano.

Classificazioni che sono poi impiegate per prendere decisioni che coinvolgono una pluralità di soggetti, i quali però non hanno contezza della propria posizione”⁹⁷: decisioni, peraltro, che – nei casi più infausti – si avvalgono dei dati elaborati dagli algoritmi per operare forme esasperate di controllo sociale e politico⁹⁸.

La prospettiva diventa ancor più preoccupante se si ha riguardo alle capacità di sviluppo incontrollato dei sistemi di apprendimento automatico: la possibilità che l'algoritmo sia in grado di individuare autonomamente caratteri distintivi suscettibili di generare nuove classi di soggetti potenzialmente discriminati – senza poter operare preventivamente e senza una piena consapevolezza di come ciò possa accadere – ci proietta in uno scenario preconizzato in eminenti riflessioni sullo sviluppo tecnologico⁹⁹, che avvertono da tempo come l'incremento della tecnica e della sua inarrestabile potenza sia destinato a prendere il sopravvento su qualsiasi altra forma di manifestazione e di aspirazione umana, divenendo esso stesso lo scopo primario e fondamentale dell'umanità.

Letti in questa chiave, i temi qui affrontati fanno assumere un concreto rilievo alle leggi della robotica elaborate da Asimov nel 1942; o, almeno, a due delle esigenze di fondo che le hanno ispirate¹⁰⁰: l'idea di giustizia, fortemente connessa al principio di non discriminazione; la necessità del controllo umano, che riporta al tema della significatività “limitata” dell'algoritmo nella decisione. Limitazione tanto più necessaria quanto più si abbia consapevolezza, ancora una volta, che “la tecnica si è da molto tempo sottratta alla mera utilizzazione come mezzo e che, al contrario, è essa stessa a trascinarsi dietro l'uomo come suo strumento, sia che egli segua ciecamente questo strappo in avanti, sia che si sforzi in continuazione di indirizzare la tecnica, quanto ai suoi effetti, verso ciò che è propizio e utile”¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit., 233.

⁹⁷ A. MANTELERO, *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in A. Mantelero, D. Poletti (a cura di) *Regolare la tecnologia: il Regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 302.

⁹⁸ Come nel caso arcinoto del *social credit system* introdotto in Cina a partire dal 2014: in argomento si v., *ex multis*, F. LIANG-V. DAS-N. KOSTYUK-M.M. HUSSAIN, *Constructing a Data-Driven Society: China's Social Credit System as a State Surveillance Infrastructure*, in *10 Policy & Internet, Special Issue: Social Media and Big Data in China*, 2008, 415 ss. e D. MAC SÍTHIGH-M. SIEMS, *The Chinese Social Credit System: A Model for Other Countries?*, in *82 Modern Law Review*, 2019, 1034 ss.

⁹⁹ Sul progressivo incontrastabile dominio della tecnica nel mondo occidentale e, in prospettiva, su scala planetaria, v. soprattutto le riflessioni di E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 2009.

¹⁰⁰ Cfr. sul punto A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi*, cit., 47.

¹⁰¹ M. HEIDEGGER, *Conferenze di Brema e Friburgo*, trad. it. di G. Gurisatti, Milano, 2002, 88

ANNA PAPA
**La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa
nella *big data society***

SOMMARIO: 1. Introduzione: circolazione dei dati, dignità della persona e diritto alla "autodeterminazione informativa". – 2. Il profilo "attivo" del diritto all'autodeterminazione informativa. – 3. Il profilo "passivo" dell'autodeterminazione informativa. – 4. Tutela della autodeterminazione informativa e profilazione degli utenti. – 5. Quali prospettive della garanzia di autodeterminazione informativa degli utenti del *web*.

1. Introduzione: circolazione dei dati, dignità della persona e diritto alla "autodeterminazione informativa"

L'affermarsi delle tecnologie digitali ha, come è noto, intensificato in modo esponenziale la formazione, la circolazione e l'aggregazione di dati e informazioni che, aspetto questo di particolare rilievo, sono oggi nella maggior parte dei casi il risultato dell'interazione tra gli utenti del *web* e della profilazione, che dalla stessa scaturisce, e danno la misura di quanto sia incessante la creazione e lo scambio di informazioni nella *Internet society* e di come, accanto ad una realtà fisica, si sia ormai formata una realtà digitale, in costante evoluzione e diversificazione¹.

Il ruolo centrale degli utenti nelle dinamiche della Rete è ormai da tempo analizzato dagli studiosi del diritto, per la parte che qui rileva, costituzionale, essendo ormai condivisa l'attenzione e l'esigenza di ricondurre tali processi nell'alveo dei principi costituzionali ed in particolare del rispetto dei diritti individuali coinvolti in questi processi.

La partecipazione del singolo a questo incessante flusso, da un lato quale fornitore – spesso non pienamente consapevole – di dati e dall'altro quale destinatario di informazioni, sovente non richieste, porta infatti in rilievo l'esigenza di definire forme di tutela non soltanto della sua *privacy* digitale ma anche del suo diritto ad essere informato, ricavabile dall'art. 21 Cost., che nella loro combinazione costituiscono la dimensione positiva e negativa di quello che può essere definito il "diritto alla autodeterminazione informativa"².

¹ Cfr. L. FLORIDI, *The Online Manifesto*, Springer Open, 2015, il quale sottolinea che "The deployment of ICTs and their uptake by society affect radically the human condition, insofar as it modifies our relationships to ourselves, to others, and to the world. This digital transition shakes established reference frameworks, which impact the public space, politics itself, and societal expectations toward policy making". Da qui l'esigenza di superare la distinzione tra realtà fisica e virtuale per concentrarsi sulle molteplici prospettazioni della persona che l'interazione tra spazio fisico e spazio virtuale produce.

² Come è noto, il tema del diritto alla autodeterminazione si presenta alquanto complesso e per molti aspetti "divisivo", sia in dottrina che in giurisprudenza, atteso l'indubbio legame che, in qualsiasi regime politico, unisce l'individuo alla società nel quale egli realizza la propria personalità. In questa sede, essendo necessario delimitare il tema, il riferimento è esclusivamente al concetto di autodeterminazione che la Corte costituzionale ha elaborato proprio in materia di *privacy*, nello specifico con riferimento al consenso informato laddove ha affermato che "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello alla autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione". Cfr. Corte cost., sent. n. 438/2008. Con la sent. n. 253/2009, la Corte ha, poi, ribadito il proprio orientamento. Per una ricostruzione delle problematiche che attengono al tema dell'autodeterminazione in senso ampio, cfr., tra gli altri, L. ANTONINI, *L'autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in AA.VV.,

2. Il profilo “attivo” del diritto all’autodeterminazione informativa

Il diritto di ricevere informazioni corrette e plurali può essere ascritto in modo diretto al riconoscimento, prodottosi nel tempo da parte della giurisprudenza costituzionale, dell’esistenza di una specifica situazione giuridica soggettiva, ricavabile dall’art. 21 Cost., che si sostanzia nel “diritto ad essere informati”. Come appare evidente, fonte di questo diritto non è la disposizione costituzionale di tutela della manifestazione del pensiero, *lato sensu* intesa, dal momento che quest’ultima non appare suscettibile di produrre alcuna pretesa in chi legge o ascolta tale esternazione, stante la sua natura squisitamente individuale. A dare fondamento a questo diritto è l’altra situazione giuridica soggettiva tutelata dall’art. 21 Cost., ossia il *diritto di informare*; infatti, pur non essendo configurabile un obbligo di informare, è altrettanto vero – come più volte ricordato dalla Corte costituzionale – che qualora un individuo, in particolar modo un giornalista, decida di farlo in modo professionale debba impegnarsi a produrre una informazione corretta ed imparziale, mentre è compito dell’ordinamento giuridico garantire che la stessa sia anche “plurale”³. Da qui la riconducibilità nella generale accezione di libertà di informazione di due distinte situazioni giuridiche soggettive, una finalizzata ad informare e l’altra ad informarsi⁴.

Il riconoscimento di questa duplicità assume un rilievo fondamentale ai fini dell’identificazione dell’essenza stessa dell’art. 21 Cost. e del valore, in relazione all’evoluzione in senso democratico della società, di questo disposto costituzionale, definito dalla Corte costituzionale sin dalle prime sentenze la “pietra angolare dell’ordine democratico”⁵ al punto da essere considerato, nella sua

Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?, Torino, 2012.

³ La bibliografia sul tema della libertà di espressione è quanto mai ampia; cfr., tra gli altri, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. PALADIN, *La libertà di informazione*, Torino, 1979; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985; C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani vol. XIX, Roma, 1988; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992; AA.VV., *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, 1992; R. ZACCARIA - L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, vol. XII, Padova, 1992; L. CARLASSARRE, *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000; A. PACE - F. PETRANGELI, voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2002; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d’espressione. Media, mercato, potere nella società dell’informazione*, Bologna, 2004; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005; A. Pizzorusso - R. Romboli - A. Ruggeri - A. Saitta - G. Silvestri (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; A. PACE - M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014; M. BIANCA - A. GAMBINO - R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, 2016.

⁴ Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte costituzionale n. 112/93 e, in precedenza, nn. 122/70; 105/72; 1/81; 194/87. La Corte correla quindi in modo stringente la possibilità per il cittadino di informarsi e la partecipazione “consapevole” alla formazione della volontà generale. Appare infatti evidente che la Corte voglia sottolineare l’esigenza di offrire all’elettore la possibilità che egli possa formarsi una opinione prima del voto, se vuole, fermo restando che la partecipazione del cittadino alla formazione della volontà popolare mediante il voto è, in un sistema istituzionale basato sul suffragio universale, un diritto assoluto, non limitabile sul piano generale, con la conseguenza che chiunque può votare senza prima formarsi una opinione e senza doverne dare giuridicamente conto ad alcuno.

⁵ Il riferimento è alla nota sentenza della Corte cost. n. 84/1969. Sulla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sull’art. 21 Cost. si consenta il rinvio a A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit.

poliedricità, coesistente alla forma democratica fissata dalla Carta Costituzionale, sulla base della convinzione che “[...] i principi fondanti del nostro Stato esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale”⁶.

Le due situazioni giuridiche soggettive (informare, essere informati) non costituiscono tuttavia situazioni giuridiche perfettamente speculari. In altri termini, il diritto di informare rappresenta una situazione giuridica autonoma e distinta dal diritto ad essere informati e la sua singola realizzazione non è direttamente correlata e soprattutto non vincolata alle esigenze della seconda. Tuttavia, una volta attivata, essa trova nelle garanzie del diritto ad essere informati il proprio limite.

Con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale di quest'ultima situazione giuridica soggettiva la Corte costituzionale, in una prima fase, si è limitata, come è noto, a stabilire l'indubbia sussistenza di una tutela implicita e soprattutto indiretta, ex art. 21 Cost., non tanto di un diritto bensì di un “interesse generale della collettività all'informazione”⁷, come tale necessitante di pluralità di fonti di informazioni, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee e l'esclusione di interventi dei pubblici poteri suscettibili di tradursi, anche indirettamente, e contro le intenzioni, in forme di pressione per indirizzare la stampa verso obiettivi predeterminati a preferenza di altri”⁸. In un momento successivo la Corte, inaugurando una giurisprudenza ormai consolidata che collega in modo stringente *democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica*, ha, invece, riconosciuto il diritto ad essere informati quale situazione giuridica soggettiva costituzionale inviolabile e ricavabile dagli artt. 2-21 Cost. e ne ha definito le garanzie democraticamente necessarie che, come ricordato *supra*, si sostanziano nella completezza, oggettività e pluralità dell'informazione ricevuta⁹.

Quanto appena ricostruito potrebbe, a prima lettura, presentare rilevanza solo nell'ambito, seppure fondamentale, della formazione dell'opinione pubblica e quindi dei rapporti tra governanti e governati. In realtà, ad una più attenta analisi, emerge chiaramente come la tutela del diritto ad

⁶ Nella sentenza n. 112/1993, la Corte costituzionale ha sottolineato come “il ‘diritto all'informazione’ va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale” (su tale decisione, P. COSTANZO, “Diritto all'informazione” e “diritto d'informazione” nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, in P. Barile e R. Zaccaria (a cura di), *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1994, 479 ss.)

⁷ Corte costituzionale, sent. n. 94/1977, Al riguardo si è altresì specificato come “non è dubitabile che sussista, e sia implicitamente tutelato dall'art. 21 Cost., un interesse generale della collettività all'informazione di tal che i grandi mezzi di diffusione del pensiero (nella più lata accezione, comprensiva delle notizie) sono a buon diritto suscettibili di essere considerati nel nostro ordinamento, come in genere nelle democrazie contemporanee, quali servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse”.

⁸ Corte costituzionale, sent. n. 105/1972. Nello specifico, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni che, nel loro insieme, impedivano la libera diffusione e circolazione delle notizie e delle opinioni sia a mezzo della stampa periodica sia attraverso altri mezzi equipollenti, in quanto lesive non solo della libertà di manifestare il proprio pensiero ma anche e soprattutto “dell'interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione, il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee”.

⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 155 del 2002. In questa sentenza la Corte conclude affermando che la prospettiva della necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica costituisce il metro di valutazione delle regole in materia di “comunicazione politica”, quest'ultima intesa come momento di scambio e confronto su contenuti di interesse pubblico, prodotti dal sistema dei media, dal sistema politico e dal cittadino elettore. Il tema è stato ripreso anche nella sentenza n. 69 del 2009, nella quale la Corte ha sottolineato che l'imparzialità e l'obiettività dell'informazione possono essere garantite solo dal pluralismo delle fonti e dagli orientamenti ideali, culturali e politici, attesa la difficoltà che le singole notizie e i contenuti dei programmi siano, in sé e per sé, sempre e comunque obiettivi.

una informazione corretta e plurale permei non solo i rapporti socio-politici ma tutti gli aspetti della vita degli individui¹⁰, assumendo quindi particolare rilevanza nell'ecosistema digitale dove l'informazione e la comunicazione tendono ad assumere una connotazione sempre più intersettoriale e lo scambio dei dati e delle informazioni si presenta suscettibile di assolvere a diverse finalità e a soddisfare plurimi interessi.

3. Il profilo "passivo" dell'autodeterminazione informativa

Tra i diritti che rilevano nella *digital economy* un ruolo centrale è rivestito, come prima sottolineato, dalla tutela della *privacy* e della riservatezza dei dati personali. Benché distinte, queste due situazioni giuridiche soggettive sono fortemente correlate; anzi può dirsi che la tutela della riservatezza dei dati rappresenti un aspetto del più generale diritto alla *privacy*¹¹, anche digitale, inteso come diritto di ciascun individuo ad autodeterminare la propria proiezione sociale, filtrando l'esteriorizzazione delle informazioni che lo riguardano¹².

¹⁰ Un esempio significativo è dato dalla tutela della salute, come emerge in questi primi mesi del 2020 nel corso dei quali pressoché tutti i Paesi del mondo stanno dedicando particolare attenzione informando quotidianamente, con comunicazione istituzionale, sull'evoluzione dell'emergenza sanitaria Covid-19. Si sottolinea in particolare come sia stata inoltre istituita, in Italia, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, una "Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19", che tuttavia, come è stato criticamente sottolineato, basa la propria azione sulla correlazione *web-fake*. Sul punto cfr. B. PONTI, *Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul COVID-19*, in *laCostituzione.info* (www.lacostituzione.info), 7 aprile 2020.

¹¹ Come è noto, la prima ricostruzione dottrinale della nozione di *privacy* si deve all'intuizione di due giuristi americani, Louis Brandeis e Samuel Warren, che nel 1890 definiscono la *privacy* come "*right to be let alone*", traducibile come "diritto ad essere lasciati in pace", individuando l'intimità della vita domestica dell'individuo quale bene giuridico necessitante di tutela ordinamentale. In tale accezione il termine *privacy* coincide in sostanza con la pretesa di ciascun soggetto a vedere impedita l'altrui curiosità, vietando le indiscrezioni e le pubblicità non volute, nonché la conoscenza e la divulgazione di vicende personali non autorizzate. Questa impostazione resta sostanzialmente immutata sino all'affermarsi di un nuovo modello di società che, sulla spinta di un forte cambiamento dovuto alle innovazioni tecnologiche, assiste a un incremento e ad una diffusione esponenziale dei mezzi di informazione e di comunicazione. Ciò impone una rimediazione della tradizionale definizione di *privacy*, costringendo a un ampliamento delle ipotesi in cui essa è garantita attraverso la previsione di margini di protezione sempre più estesi, trasformandola da mero *ius excludendi alios* ad un vero e proprio diritto di controllo dei fatti e dei dati che lo riguardano. Non si ritiene più, in sostanza, che il diritto al riserbo sia circoscritto al solo potere di vietare qualsiasi circolazione di informazioni sul proprio conto, ma lo si estende anche al potere di vigilare su queste, avendo la possibilità, all'occorrenza, di verificare, rettificare e cancellarne i contenuti. Ne deriva che, all'interno degli ordinamenti di *common law* in cui per primi si sviluppa, la *privacy* si trasformi così rapidamente in un diritto complesso, tale da comprendere contenuti estremamente eterogenei: da un lato, il potere di regolare l'accesso alla propria sfera di intimità, consentendo o meno l'intromissione da parte di terzi in tale spazio personalissimo; dall'altro, il controllo sulle informazioni che riguardano la propria persona in tutte le sue espressioni e manifestazioni, siano esse fisiche, ideologiche, affettive, morali o patrimoniali. La nozione di *privacy* che si afferma descrive, quindi, una posizione multiforme e sfaccettata, una varietà di situazioni accomunate dal riconoscimento, in capo alla persona, del diritto di autodeterminarsi nella propria sfera personale, senza subire intromissioni dall'esterno, ma anche esercitando un controllo sulle informazioni che la riguardano. Su questi aspetti cfr. S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. Diritto*, 1991; G. D'ACQUISTO, *Diritto all'oblio: tra tecnologia e diritto*, in F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013; D. MESSINA, *Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Informatica e diritto*, 2009; si consenta altresì il rinvio a A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018.

¹² La nozione di riservatezza nell'esperienza italiana si è sviluppata a seconda delle precipue esigenze che di volta in volta richiedevano soddisfacimento e ha comportato una scomposizione della tradizionale nozione di *privacy* in diversi frammenti: il diritto alla riservatezza, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto all'identità personale, il diritto all'anonimato e il diritto all'oblio. Emblematico, al riguardo, si presenta l'art. 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto "Codice della *Privacy*"), nella sua formulazione originaria il quale si poneva come garanzia "che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato",

Entrambe queste situazioni giuridiche soggettive, come è noto, non sono espressamente previste e tutelate dalla Costituzione italiana. Per quanto riguarda la tutela dei dati ciò può ascriversi al periodo storico in cui la Carta fu scritta, ancora lontano dall'avvento della digitalizzazione, mentre, con riferimento alla tutela della *privacy*, la mancata previsione può essere ricondotta a motivazioni diverse, come ad esempio il non manifestato interesse sociale per la sua tutela o la volontà dei Costituenti di non dare rilievo costituzionale a diritti, allora di incerta definizione, suscettibili di porsi come limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero.

L'assenza di un esplicito riconoscimento costituzionale non ha tuttavia impedito che nel tempo a queste due situazioni giuridiche soggettive venisse riconosciuto valore costituzionale ed oggi, come è noto, è sostanzialmente incontrovertita l'individuazione della loro fonte negli artt. 2 e 3, comma 1, Cost. Ciò è tuttavia avvenuto seguendo un percorso distinto, di natura giurisprudenziale per quanto riguarda la *privacy*¹³ e normativo, inizialmente di matrice euro-unitaria, con riferimento alla tutela della riservatezza dei dati.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sul cammino giurisprudenziale che ha portato in Italia

distinguendo tuttavia poi tra "riservatezza", "identità personale" e "diritto alla protezione dei dati personali". In questa prospettiva protezionistica della dimensione personale dell'individuo, impermeabile all'altrui curiosità e all'altrui interesse a conoscere, può dirsi che la prima rielaborazione italiana della nozione di *riservatezza* abbia coinciso sostanzialmente con la citata tradizionale espressione del *right to be let alone*, aiutando il soggetto a preservare uno spazio di tranquillità inattaccabile da parte di chiunque, in soddisfacimento di quel bisogno di isolamento spirituale che comprende la facoltà di non comunicare ad altri gli accadimenti che attengono alla propria persona. Invero, la funzione principale accordata a tale diritto è, più propriamente, quella di salvaguardare l'interesse del soggetto a che i fatti della sua esistenza non siano *arbitrariamente* esposti all'attenzione della collettività, ipotizzando il riconoscimento di una posizione giuridica generale, da riconoscersi in capo a ciascun individuo e tutelabile dall'ordinamento, che si sostanzia in un potere di impedimento all'intromissione non autorizzata nella propria sfera intima da parte di qualsivoglia soggetto. L'elaborazione del diritto alla riservatezza nasce, quindi, dalla necessità di dotare il cittadino di uno strumento di reazione a fronte dell'invasione di terzi nello spazio privato dell'individuo, così da garantire a chiunque una dimensione assolutamente personale e sottratta ad ingerenze esterne. In tale accezione, come è evidente, il diritto al riserbo viene a collocarsi in posizione sostanzialmente antinomica rispetto al diritto di cronaca e, più in generale, alla libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost., andando a limitarlo nella sua assolutezza e nelle sue molteplici modalità di espressione. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, P. COSTANZO, *Note minime in tema di tutela dei dati personali in Internet e Privacy Enhancing Technologies*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005 G.E. VIGEVANI, *Diritto dell'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2016, n. 3; S. STAIANO, *Diritto alla riservatezza e potere pubblico*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2017, n. 12.

¹³ La mancanza di un'esatta trasposizione in termini giuridici nell'ordinamento nazionale del concetto di *privacy* consente di trovare una possibile risposta al perché, per il legislatore e per il giurista italiano, approcciarsi a questo tema abbia rappresentato un'operazione tutt'altro che agevole. Sebbene, infatti, tale termine sia stato assorbito nel linguaggio comune oramai da tempo e nonostante sia intuitivamente chiaro il concetto che con questa espressione si intende evocare, essa tende a sollevare nell'interprete una serie di dubbi e difficoltà ermeneutiche nel momento in cui esso viene calato all'interno del sistema, per essere letto nella sua dimensione prettamente giuridica. Diverse le ragioni di tali problematicità. Innanzitutto, il *right to privacy* è un concetto che, come prima ricordato, viene elaborato in un contesto socio-culturale di riferimento molto diverso da quello italiano e in un sistema giuridicamente assai diverso, qual è quello di *common law*; inoltre, presenta una fluida mutevolezza che gli ha consentito di assumere significati sempre nuovi, in parallelo con gli sviluppi della società e, soprattutto, delle continue acquisizioni della tecnologia, fonte di interessi sempre diversi che abbisognano costantemente di nuovi profili di tutela. Appare allora evidente che la ragione principe di tutte le difficoltà incontrate dal giurista italiano nell'approcciare alla tematica della tutela della *privacy* risiede essenzialmente nel fatto che il riconoscimento legislativo di tale situazione giuridica, quand'anche già avvertita sul piano sociale, ha tardato a farsi spazio nel mondo del diritto ed è stata quasi interamente demandata all'elaborazione della giurisprudenza, senza mai poter godere di un'espressa e generale copertura normativa, né di una compiuta disciplina legislativa, se non in tempi recenti e limitatamente a determinati aspetti. D'altro canto, proprio alla luce di questo silenzio a lungo serbato dal legislatore, è possibile comprendere come mai dottrina e giurisprudenza maggioritarie si siano sempre dimostrate assai prudenti nel richiamarsi all'istituto della *privacy*, preferendo piuttosto frammentarlo e rimodularlo a seconda delle opportune esigenze, adattandolo di volta in volta all'esperienza giuridica italiana attraverso l'impiego di termini dal contenuto parzialmente coincidente. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, G. ALPA, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.

al riconoscimento del diritto costituzionale alla *privacy*¹⁴, mentre appare invece importante soffermarsi sull'evoluzione del diritto alla riservatezza dei dati personali nell'ecosistema digitale.

Come è noto, con l'introduzione, lo sviluppo e la diffusione su larga scala delle nuove tecnologie della comunicazione è apparso evidente che l'individuo avverta, come primaria, l'esigenza non solo di vietare a chiunque l'accesso alla propria sfera privata o di impedire la diffusione di determinate informazioni, ma anche di mantenere un potere di controllo sull'ingente quantità di dati che lo riguardano e che vengono quotidianamente acquisiti e gestiti da altri, anche in ragione delle infinite modalità di applicazione della tecnologia ai diversi settori della vita quotidiana e la conseguente produzione di un numero rilevante di informazioni personali, che vengono solitamente raccolte in "banche dati" al fine di essere elaborate, spesso in via automatizzata, tramite sofisticati strumenti elettronici, per poi essere ulteriormente cedute o vendute a terzi. Da qui l'esigenza di un cambio di prospettiva, del passaggio "dal segreto al controllo", dal riserbo al *data protection*, da una concezione individualistica di tutela dell'individuo ad una dimensione sociale, ove la diffusione di dati privati nello spazio fisico e virtuale deve avvenire sempre con il consenso e sotto il controllo del titolare di dette informazioni.

Una prima configurazione del "diritto alla protezione dei dati personali" si rinviene nell'art. 8 CEDU che, pur nominalmente posto a tutela del solo interesse al rispetto della vita privata e familiare, ha visto man mano implementare il proprio contenuto grazie ad un'attualizzante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha attratto nell'ambito di applicazione

¹⁴ Il riconoscimento di valore costituzionale alla *privacy*, seppure nei limiti descritti alla nota precedente si deve ad una articolata evoluzione giurisprudenziale, che ha visto protagonista soprattutto la Corte di cassazione. Già in una sentenza del 1963 (sent. n. 990/1963) la Suprema Corte aveva ritenuto meritevole di tutela il "diritto al riserbo" qualora fosse ravvisabile una violazione della libertà di autodeterminazione del singolo, realizzabile qualora vi sia divulgazione di "notizie della vita privata, le quali, per tale loro natura, debbono ritenersi riservate, a meno che non sussista un consenso, anche implicito, della persona, desunto dall'attività in concreto svolta o, data la natura dell'attività medesima e del fatto divulgato, non sussista un prevalente interesse pubblico di conoscenza che va considerato con riguardo ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale inerente alla posizione del soggetto". Solo nel 1975, però, come è noto, con la nota pronuncia n. 2129 del 27 maggio, si registra un'esplicita ammissione dell'esistenza di tale posizione da parte della Suprema Corte con la riconduzione di tale diritto a "quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti". Traslato nel sistema nazionale, dunque, il diritto alla riservatezza non coincide con la nozione estesa di *privacy* accolta dall'elaborazione statunitense; secondo la Corte, quest'ultima condurrebbe a un ambito di tutela troppo vasto e indeterminato della sfera della persona, né si presta a una lettura eccessivamente restrittiva, quale mera protezione dell'intimità domestica, valore già garantito dall'art. 14 Cost. e che rischierebbe di conferire una portata troppo limitata alla nozione di riserbo. La Suprema Corte ha optato, invece, per una soluzione mediana, facendo riferimento a una peculiare porzione di sfera della vita individuale e familiare, attinente a tutte quelle vicende "il cui carattere intimo è dato dal fatto che esse si svolgono in un domicilio ideale, non materialmente legato ai tradizionali rifugi della persona umana (le mura domestiche o la corrispondenza)". La successiva giurisprudenza non ha mai mutato indirizzo, confermando a più riprese l'esistenza di un vero e proprio diritto alla riservatezza anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria. Una volta però accolta la possibilità di configurare un diritto alla riservatezza e verificata l'assenza di una disposizione idonea a consentirne la tutela nella normativa primaria, si è reso necessario individuarne il fondamento giuridico direttamente nella Costituzione e precisamente nell'art. 2 che, nella sua più ampia dimensione di clausola generale, consente infatti di colmare vuoti di tutela tramite un'interpretazione evolutiva e teleologica della Carta, in modo da adeguare il sistema ordinamentale a valori non esistenti al momento dell'approvazione, ma che via via necessitano di protezione. Esso rappresenta, quindi, un ottimo strumento di recezione costante e graduale di diritti e interessi emergenti nella società, in grado di conferire garanzia d'invulnerabilità a quelle libertà espresse dalla coscienza sociale nella sua progressiva evoluzione storica. Tale disposizione appare, dunque, il fondamento normativo più convincente per il diritto alla riservatezza, essendo peraltro idoneo ad apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità alla luce dell'obiettivo primario di tutela "del pieno sviluppo della persona umana" sancito dall'art. 3 della Costituzione.

di questa disposizione, oltre al diritto al riserbo, anche quello relativo al *data protection*, con conseguente potere del soggetto di controllare la circolazione delle informazioni che lo riguardano. Una disciplina esplicita si rinviene, invece, nella Convenzione di Strasburgo del 1981¹⁵, atto idealmente finalizzato a dettare a livello europeo alcuni principi generali in materia di *riservatezza*, nell'ottica di un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati contraenti e allo scopo di fornire strumenti comuni per proteggere efficacemente i diritti inviolabili minacciati dalla invasività delle nuove tecnologie.

Sulla scia di quanto previsto dai due atti appena citati anche l'Unione europea, a partire dagli anni '90, ha adottato una serie di provvedimenti che giustificano oggi la qualificazione del diritto alla riservatezza dei dati come di una situazione giuridica soggettiva di matrice sostanzialmente euro-unitaria. Tra le fonti vanno, infatti, ricordate le direttive 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, (tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati), 97/66/CE (sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni) e 2002/58/CE (trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche), che sanciscono appunto definitivamente l'esistenza di un "diritto alla protezione dei dati di carattere personale" distinto e autonomo dal "diritto alla riservatezza". Questa distinzione è stata inoltre cristallizzata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 che reca nel Capo secondo, dedicato ai diritti di libertà, l'esplicito riconoscimento del diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8, comma 1), distinguendolo sia dal diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni (sancito all'art. 7), sia dal chiarimento posto dall'art. 11, a mente del quale la libertà di espressione e d'informazione include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera¹⁶.

Nell'ordinamento italiano il diritto alla protezione dei dati personali ha fatto definitivamente il suo ingresso, proprio sulla spinta di questi atti sovranazionali, attraverso l'adozione nel 1996 di una prima organica regolamentazione legislativa¹⁷, poi assorbita e implementata dal "Codice in materia di protezione dei dati personali" del 2003¹⁸.

Tale disciplina è andata ad integrarsi con la tutela giurisprudenziale del più generale diritto al riserbo e ne ha quindi assorbito, ferma restando la sua origine euro-unitaria, il fondamento costituzionale di cui all'art. 2 Cost., con i relativi precipitati¹⁹.

Pur essendo comune e non controversa la comune matrice europea di questo diritto, ogni Stato dell'Unione ha comunque, nello scorso decennio, dato attuazione alle direttive in materia in modo fortemente condizionato dal nazionale contesto sociale di riferimento. Ne è risultato un quadro

¹⁵ Convenzione n. 108 del 28 gennaio 1981, ratificata con legge 21 febbraio 1989, n. 98 (*Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale*).

¹⁶ Proclamata dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione europea a Nizza il 7 dicembre 2000, la Carta, a seguito di modifiche e adattamenti, è stata sottoposta ad una nuova proclamazione il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

¹⁷ Legge 31 dicembre 1996, n. 675 (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*).

¹⁸ D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*).

¹⁹ Tale conclusione si impone non solo sulla base di una lettura evolutiva delle disposizioni costituzionali e di un'interpretazione adeguatrice delle stesse alla luce della disciplina internazionale e sovranazionale prima richiamata, ma anche, più in generale, in considerazione delle diverse articolazioni del diritto della persona alla propria identità, dal contenuto indefinito e vario, cui l'ordinamento deve sempre assicurare una tutela piena ed effettiva. Il Codice per la protezione dei dati personali e l'Autorità garante, che ne ha dato esemplificazione e attuazione, hanno svolto un ruolo fondamentale nell'affermazione di questo diritto non solo nel sistema normativo ma anche nella società italiana, che ha fatto propria la *ratio* della tutela, acquisendo dimestichezza con le nozioni di dato personale, con le sue specificazioni, di trattamento, di consenso.

alquanto diversificato a fronte invece di un fenomeno sempre più globale. Per questo, il legislatore europeo nel 2012 – dinanzi alla complessità del contesto, in cui la spinta all'innovazione si intreccia inevitabilmente con la necessità di tutelare la sfera di identità dei singoli individui, la crescita democratica delle società digitali – ha intrapreso un lungo cammino finalizzato all'individuazione di nuove regole comuni a tutti gli Stati membri in materia di tutela dei dati personali²⁰.

Alla base di tale decisione vi è stata, come appena ricordato, la convinzione che il sistema di norme vigenti, operanti sotto l'egida della direttiva "madre" 95/46/CE, non fosse più in grado di far fronte in maniera adeguata alle complesse sfide provenienti dall'utilizzo sempre più intenso di tecniche di profilazione e tecnologie di connessione. Tale intrinseca debolezza è stata certamente acuita dalla frammentazione normativa infrastatuale, che ha esposto i cittadini europei ad elevate disparità di protezione e di azione, non più conciliabili con le nuove esigenze di tutela di carattere transfrontaliero, derivanti dallo straordinario incremento dell'utilizzo dei *social network* e dei siti *web* di origine extraeuropea. Le molteplici criticità del quadro normativo, a loro volta, si sono tradotte sovente in una forte instabilità del mercato europeo, caratterizzato da operatori economici costretti a misurarsi con regole diverse e spesso contraddittorie, a seconda dell'ambito territoriale e settoriale di riferimento, nell'erogazione dei propri prodotti e servizi²¹.

Al fine di consentire il superamento di tali criticità e di orientare i vantaggi connessi a quella che è stata definita la "quarta rivoluzione industriale" senza, nel contempo, determinare una compressione della sfera dei diritti fondamentali dei cittadini, l'Unione ha dato vita ad una serie di iniziative finalizzate all'individuazione di regole condivise e in grado di "traghetare" gli Stati membri verso la nuova era digitale²². Tale variegato percorso è culminato, almeno con riferimento alla fase di più stretta normazione, nell'adozione di un peculiare "pacchetto di protezione dei dati personali" costituito dal regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo alla circolazione delle informazioni personali²³ e dalla direttiva (UE) 2016/680 concernente i settori

²⁰ È datata 25 gennaio 2012 la presentazione da parte della Commissione Europea del pacchetto completo sulla protezione dei dati personali in cui venivano presentate per la prima volta sia la proposta di regolamento poi approvata nel 2016 in materia di dati personali, sia la proposta di direttiva concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati, intesa a sostituire la decisione quadro del 2008 sulla protezione dei dati.

²¹ Le difficoltà derivanti dall'assenza di un omogeneo approccio regolativo a livello europeo, connesse ad un'iniziale inevitabile ritrosia verso l'impiego sempre più invasivo di dati personali, hanno inoltre favorito in alcuni settori un clima di diffuso scetticismo nei confronti proprio dell'impiego di tali tecnologie, impedendo un pieno sfruttamento delle relative potenzialità.

²² Può ricordarsi, in particolare, l'iniziativa della Commissione Europea del 2016 nota come "*Digitising European Industry initiative*" (Digitalizzazione dell'industria europea) finalizzata a garantire che ogni impresa in Europa, indipendentemente dalle dimensioni, dall'ubicazione e dal settore, possa usufruire dei vantaggi derivanti dall'innovazione digitale. L'iniziativa si fonda sui seguenti quattro pilastri fondamentali: 1. Creazione di una piattaforma europea per le iniziative nazionali in materia di digitalizzazione industriale; 2. Innovazioni digitali per tutti: *digital innovation hubs*; 3. Rafforzare la leadership attraverso partenariati e piattaforme industriali, 4. La determinazione di un quadro normativo adatto all'era digitale; 5. Preparare i cittadini al futuro digitale. Nell'ambito di tale iniziativa è stata adottata la direttiva NIS e sono stati siglati documenti di rilievo per l'implementazione delle nuove tecnologie in diversi settori di rilievo per la società europea. Si ricordi, tra gli altri, l'"*EU eGovernment Action Plan 2016-2020 – Accelerating the digital transformation of government*" dedicato alla digitalizzazione della pubblica amministrazione e alla creazione di servizi digitali a favore degli utenti. COM(2016) 179 *final*; L'"*European Cloud Initiative – Building a competitive data and knowledge economy in Europe*" – finalizzata alla creazione di una economia europea basata sullo scambio dei dati e delle informazioni attraverso l'utilizzo di tecnologie come il *cloud computing*. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. COM(2016) 178 *final*.

²³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Cfr. M.G. STANZIONE, *Il regolamento*

di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini²⁴. Dalla loro lettura, emerge immediatamente la duplice finalità che anima l'intero impianto normativo: da un lato, la volontà di non perdere lo straordinario volano rappresentato dalle nuove tecnologie digitali, assunte ormai a fattore strategico di crescita a livello mondiale delle moderne società avanzate; dall'altro la necessità che tale evoluzione non comprometta il nucleo dei diritti fondamentali riconosciuti al singolo e che sono espressione e legittimazione delle tradizioni costituzionali europee. Il Regolamento, in particolare, fa propri, riconfermandoli, una serie di principi fondamentali che contraddistinguevano il precedente quadro di disciplina in materia. Il legislatore europeo, infatti, ha ribadito il riconoscimento della tutela dei dati personali come diritto fondamentale alla luce anche dell'art. 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali e dell'art.16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Inoltre, il considerando 4) del Regolamento dispone che la protezione non costituisce una prerogativa assoluta, ma in virtù della sua funzione sociale, va temperata con altri diritti fondamentali²⁵.

4. Tutela della autodeterminazione informativa e profilazione degli utenti

Un aspetto di particolare rilevanza nell'economia e società digitale è rappresentato dalla raccolta ed elaborazione dei dati degli utenti al fine di poterne profilare le abitudini e gli orientamenti, non solo di spesa e di consumo²⁶.

Prima di analizzare le problematiche della profilazione in Rete, appare opportuno soffermarsi brevemente sul termine *profilazione* e sulle sue finalità.

Il termine *profilazione*, nel suo significato generale, trae la sua fonte dal verbo di riferimento, *profilare*, il cui significato è, come è noto, quello di disegnare qualcuno o qualcosa tracciandone la linea di contorno. Tracciandone quindi il profilo, ossia quella parte che appare esteriormente. In passato la profilazione si presentava molto rispondente al significato etimologico del verbo di riferimento: infatti, in quelle che possono oggi essere definite profilazioni "analogiche" erano, e sono, di regola i diretti interessati a fornire i dati e le informazioni, potendo in questo modo, di fatto, decidere quanto il profilo tracciato dovesse/debba corrispondere alla propria identità, intesa come

europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione, in *Europa e Diritto Privato*, 4/2016; F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2018.

²⁴ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio con l'obiettivo di sostituire la decisione quadro 977/2008/CE sulla protezione dei dati personali scambiati dalle autorità di polizia e giustizia. La direttiva, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea insieme al regolamento e vigente dal 5 maggio 2016, è stato oggetto di recepimento nel biennio 2016-2018 da parte di tutti gli Stati membri.

²⁵ Il tema del bilanciamento tra dati personali ed altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti si sta proponendo in modo significativo nella fase di emergenza sanitaria Covid-19, che sta caratterizzando il primo semestre 2020, nel quale l'incremento delle attività in modalità telematica, ma soprattutto la prospettiva di forme di controllo della mobilità degli individui, rende necessaria l'individuazione del nucleo essenziale della tutela della riservatezza da opporre al perseguimento di ogni altra finalità. Su questo il Garante *privacy* ha elaborato sino alla data del presente saggio numerosi provvedimenti, anche sulla tipologia di fonte idonea a porre in essere il bilanciamento, ora sintetizzate in una "raccolta" pubblicata sul sito dell'Autorità.

²⁶ Come sottolineato nel paper conclusivo dell'Indagine conoscitiva AGCOM – AGCM – GARANTE PRIVACY sui big data, "la funzione predittiva della profilazione, volta ad anticipare i bisogni degli individui, avviene ricorrendo a tecniche di organizzazione e modellizzazione dei dati raccolti, con l'obiettivo di incidere sulle scelte dei singoli individui, adattandole alla realtà che si vive in un determinato periodo di tempo".

insieme di interessi, di preferenze, di orientamenti. Un metodo di profilazione attento a questo aspetto, ancora oggi molto utilizzato, è rappresentato dal sondaggio, anche definito come “profilazione progressiva diretta”, che consente di intercettare dati e informazioni molto puntuali ed esplicitati dal diretto interessato.

L’obiettivo della rappresentazione di una identità – intesa come insieme di interessi, di preferenze e di orientamenti – può quindi essere perseguito sia attingendo a dati volontariamente forniti, come appena sottolineato, sia in modo indiretto, ossia senza la collaborazione del soggetto che viene profilato. Ed è questa la modalità oggi sempre più utilizzata, che si realizza attingendo da quell’enorme bacino di dati che vengono forniti dalla navigazione in Internet degli utenti.

Al riguardo giova rilevare che azioni di profilazione dei consumatori sono sempre esistite e sono proprie delle attività di marketing. Tuttavia, il fluire incessante di dati personali che caratterizza le società e le economie digitali, con l’affermarsi dei big data²⁷, ha favorito negli ultimi anni il sorgere di tecniche di profilazione sempre più raffinate che, attraverso l’aggregazione, l’incrocio e la riorganizzazione dei dati raccolti, consentono di suddividere gli utenti in gruppi sempre più piccoli e formati dall’individuazione nei soggetti profilati di caratteristiche omogenee, al fine di fornire prodotti “su misura” attraverso la previsione delle decisioni (di consumo e non solo) e dei relativi comportamenti²⁸.

Questo processo, fondato su un uso intensivo dei dati, una velocità inarrestabile nella circolazione delle informazioni insieme alla straordinaria capacità di ricerca, elaborazione e stoccaggio delle stesse è stata a lungo sottostimato, soprattutto in relazione al suo impatto sulla società e sulla tutela degli individui, dai diversi decisori politici nazionali e sovranazionali e affidato all’esclusiva valutazione commerciale ed etica degli *OverTheTop* e in particolare dei gestori delle piattaforme digitali. È però oggi considerazione condivisa che le attività di profilazione svolte esclusivamente mediante procedure automatizzate – come tali negativamente asettiche – rischiano non solo di esacerbare situazioni di discriminazione e di stereo-tipizzazione già esistenti, ma anche, e forse soprattutto, di condurre a fenomeni di “penalizzazione delle propensioni”²⁹, limitando le effettive possibilità di scelta del singolo, sino a condurre all’estrema conseguenza di inibire l’esercizio delle relative libertà fondamentali o di limitare l’erogazione di servizi essenziali³⁰.

²⁷ Sul punto cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018.

²⁸ Cfr. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001; S. STABILE, *Le nuove frontiere della pubblicità e del marketing su internet*, in *Dir. Industriale*, 2009; D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Dir. industriale*, 2012; A. MANTELERO, *Si rafforza la tutela dei dati personali: “data breach notification” e limiti alla profilazione mediante i cookies*, in *Dir. informazione e informatica*, (II), 2012; R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. informazione e informatica* (II), 2013; M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 2016.

²⁹ Così V. MAYER-SCHÖNBERGER, K.N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013. Su questi aspetti cfr., anche, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019; G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, Roma, 2016; S. WACHTER, *Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR*, in *Computer law & security Review*, n. 34/2018; O. Pollicino, G. D’Acquisto, M. Naldi, M. Bassani, F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dati personali e regolazione*, Milano, 2018; G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell’identità digitale*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2019.

³⁰ Come sottolineato nel testo, partendo dalla convinzione “che ogni individuo non costituisca un’“isola”, ma che la relativa piena evoluzione della propria personalità si nutra necessariamente di una molteplicità di momenti di interazione e di condivisione nelle formazioni sociali di cui fa parte, la protezione delle informazioni personali diviene una questione di tutela della stessa evoluzione democratica della società. Il corretto trattamento dei dati personali, soprattutto di carattere sensibile, costituisce premessa, infatti, irrinunciabile al pieno e consapevole esercizio degli altri diritti fondamentali allontanando fenomeni di compressione dei momenti di interazione tra i soggetti, non accettabili

Come viene oggi sovente sottolineato, la profilazione accentua la bolla informativa nella quale ciascun individuo tende a collocarsi. È questo certamente un fenomeno che non si è sviluppato con la Rete ma che conosce oggi su questo mezzo una nuova dimensione, soprattutto in conseguenza, come ricordato prima, dell'azione di raccolta e rielaborazione dei dati da parte dei motori di ricerca e delle piattaforme³¹.

Su questo aspetto è ora intervenuto il regolamento europeo che dedica alla profilazione diversi articoli e *considerando*. In primo luogo, fornisce una definizione della profilazione oggetto di disciplina, strutturandola su tre elementi caratterizzanti: il trattamento automatizzato, l'utilizzo di dati personali, la finalità della valutazione di aspetti personali³². Sancisce, poi, il diritto del singolo a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e comunque – anche quando tale trattamento sia possibile – richiede che il titolare del trattamento attui tutte le misure necessarie per tutelare diritti, libertà e interessi legittimi dell'interessato³³. Ciò comporta l'assunzione di una specifica responsabilità da parte del titolare del trattamento chiamato a dover informare e richiedere il consenso per l'utilizzo dei dati, soprattutto se questi sono destinati ad essere usati per la profilazione, dovendo in quest'ultimo caso rendere consapevoli gli interessati della logica sottostante il processo decisionale che ha portato a sviluppare il loro profilo e le conseguenze che ne derivano³⁴.

Le disposizioni contenute nel regolamento europeo attribuiscono quindi ai soggetti direttamente coinvolti in questa azione di trattamento dei dati la responsabilità del rispetto del principio di

all'interno delle società democratiche". Così D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 24 ottobre 2018.

³¹ Come sottolineato nella già citata indagine congiunta AGCOM – AGCM – GARANTE PRIVACY sui *big data*, con riferimento al tema della informazione e disinformazione, "il presupposto di partenza è che le piattaforme *online*, basate su un modello di *business* fondato sulla raccolta pubblicitaria, puntano a catturare quanto più possibile l'attenzione del consumatore. Una volta conquistata, tali piattaforme mirano a far produrre il maggior numero di «azioni» (e.g.: *like, scroll, search*, ecc.) all'utente in modo da immagazzinare quanti più dati possibili e della qualità più elevata. Il risultato di questo meccanismo è la profilazione dell'utente funzionale ad una proposizione selettiva di contenuti personalizzati a forte impatto emotivo e fortemente collegati alla propria "storia" di attività *online*. In questo contesto, hanno origine fenomeni noti come *filter bubble* e *self-confirmation bias*, caratterizzati da un meccanismo di causazione circolare per il quale l'utente con le proprie scelte, rivela le informazioni che lo interessano e, a sua volta, la selezione delle informazioni operata dall'algoritmo influenza le scelte dell'utente, confermandone la visione pregressa del mondo. Si realizza in questo modo una ri-proposizione circolare di contenuti confermativi delle proprie opinioni, credenze o convinzioni al singolo utente".

³² L'art. 4 dell'art. 4 del GDPR definisce la profilazione "*qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica*".

³³ L'art. 22, par. 1 stabilisce che: "*l'interessato ha 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*".

³⁴ La stessa preoccupazione del legislatore è evidente quando al considerando 71 specifica che "*al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori*". Anche l'art. 13, par. 2, lett. f) e l'art. 15, par. 1, lett. h) stabiliscono il diritto dell'interessato di conoscere l'esistenza del processo decisionale automatizzato e, in particolare, di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata (i criteri assunti per raggiungere la decisione, senza che con ciò si debba necessariamente fornire una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati) e sulle conseguenze previste di tale trattamento.

autodeterminazione informativa degli utenti, secondo la logica della *privacy by design*³⁵. Ciò rende tuttavia l'individuazione di "parametri" di riferimento, di carattere generale, da parte dei soggetti chiamati poi a vigilare, ad esempio le autorità garanti, al fine di stabilire alcuni punti fermi nella valutazione dei trattamenti stessi. Al riguardo può citarsi quanto previsto, in Italia, in diverse pronunce del Garante *Privacy*, anche in sede europea nell'ambito del Gruppo Articolo 29, e dell'Agcom in materia di profilazione che bene evidenziano l'esigenza di evitare che l'utilizzo di big data determini una profilazione degli utenti ridondante rispetto alle finalità ordinarie dei singoli trattamenti.

5. Quali prospettive della garanzia di autodeterminazione informativa degli utenti del web

L'attenzione, che si registra negli ultimi anni in diversi ambiti di ricerca, al tema della profilazione trova il proprio fondamento, come sottolineato nel corso del lavoro, anche dall'acquisita consapevolezza che la profilazione influenzi la libera determinazione dell'individuo, interagendo e in parte interferendo da un lato con la complessa architettura cognitiva e dall'altro con la funzione narrativa della mente umana. L'individuo, infatti, rappresenta il precipitato di ciò che percepisce dall'ambiente circostante, in associazione a tanti ulteriori elementi di contesto (situazione personale e familiare, fede, appartenenza politica, ecc.) ed anche per questo in sistemi democratici la libera circolazione delle informazioni rappresenta un elemento fondamentale quale declinazione non solo della libertà di esprimersi e di informare ma anche del diritto a ricevere informazioni corrette, plurali, imparziali. Questo vale con riferimento non solo alle opinioni, in considerazione della loro rilevanza per la formazione dell'opinione pubblica, ma anche alla circolazione delle informazioni in tutti gli ambiti nei quali l'individuo manifesta interesse a sviluppare le proprie conoscenze e la propria personalità.

A prima lettura il *web* potrebbe essere considerato esente da problematicità di questo tipo, dal momento che la pluralità dei contenuti in esso presenti e in larga parte la loro qualità non può essere discussa. Tuttavia, se l'attenzione si concentra sulla parte finale del processo informativo, ossia sulla recezione di contenuti da parte di un individuo profilato, la questione acquista invece rilevanza divenendo inevitabile chiedersi se possano considerarsi plurali informazioni tutte uguali che l'individuo riceve essendo stato profilato.

È indubbio che le persone hanno molteplici strumenti, oltre il *web*, per ricevere le informazioni. Ma in Rete il problema si pone in modo peculiare nella misura in cui la personalizzazione dei contenuti "offerta" all'individuo e che egli riceve via mail, sui social o nelle prime pagine delle ricerche effettuate utilizzando i motori di ricerca, è progettata a monte per "assomigliargli", al fine di corrispondere agli interessi, alle inclinazioni che egli ha manifestato e manifesta prevalentemente in quel periodo nelle sue navigazioni. Una sorta di bozzolo dal quale l'individuo si fa avvolgere e confortare³⁶. In società che vanno sempre più di corsa ricevere delle informazioni "mirate" viene spesso considerata positivamente perché percepita come strumento di ottimizzazione del tempo. L'utilizzo dei big data nell'attività di profilazione consente, infatti, di far pervenire all'utente, attraverso le piattaforme social, solo le notizie che si ritiene egli voglia ricevere, confermandolo quindi sempre più nelle sue convinzioni in un'opera di semplificazione. In questo modo viene però

³⁵ Ai sensi del RGPD, anche la profilazione e i processi decisionali automatizzati devono essere svolti nel rispetto dei principi generali di liceità, correttezza e trasparenza, finalità, minimizzazione, esattezza, limitazione della conservazione e in presenza di una base giuridica per il trattamento (artt. 5 e 6).

³⁶ Come evidenziato dalla già citata ricerca delle tre Autorità in materia di big data, da un sondaggio effettuato emerge che 6 utenti su 10 sono consapevoli che i dati raccolti durante le loro ricerche in Rete vengono utilizzate per profilarli.

drasticamente ridotta la sua possibilità di formarsi una opinione sulla base di contenuti plurali. Tale situazione vale in ambito politico e sociale, ma anche nel settore commerciale. Anzi può dirsi che la profilazione sia suscettibile di influire su ogni aspetto della vita di una persona. Ciò rappresenta un rischio per il pluralismo che è il fondamento di una società democratica, nella quale è indispensabile che l'individuo venga messo in condizione di poter scegliere e che pertanto deve essere circondato – e forse anche sommerso – dalla circolazione di idee, opinioni, conoscenze, oltre che di oggetti e servizi diversi da quelli per i quali ha manifestato interesse in passato.

Il pluralismo informativo va quindi garantito non solo per la sua rilevanza sui diritti dei consumatori, aspetto questo sul quale il Regolamento europeo si sofferma in modo particolare, ma anche – anzi soprattutto – per la sua rilevanza sui processi decisionali democratici. Ecco allora che appare evidente che tale compito non possa essere svolto, secondo proprie regole e convinzioni, in autonomia dal soggetto privato che utilizza i dati e li cede a terzi bensì debba essere il precipitato della definizione di regole dalle quali non può essere escluso chi è chiamato a bilanciare tra diritti e interessi diversi, *in primis* il legislatore (*rectius* i legislatori) e i soggetti chiamati a vigilare (le Autorità garanti) sulla tutela dei dati e del pluralismo informativo nell'ecosistema digitale. Tuttavia, proprio giungendo a questa conclusione emerge in tutta la sua complessità il nodo centrale del rapporto tra Rete e democrazia, ossia l'esigenza che lo "spazio" (privato) delle piattaforme social e l'attività dei motori di ricerca cessi di essere soggetto alla sola autoregolamentazione dei gestori. Non è così nello spazio fisico e non appare più sostenibile che sia così nella realtà virtuale. La giurisprudenza sembra da qualche tempo muoversi in questa direzione³⁷ ma appare evidente che da questa riflessione i legislatori non possano continuare a rimanere estranei.

³⁷ Si pensi alle recenti sentenze che hanno visto contrapposti il social network Facebook e il movimento politico CasaPound. Per un'analisi della questione cfr. P. ZICCHITTO, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in questi stessi scritti.

ANNA PAPA
**La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa
nella *big data society***

SOMMARIO: 1. Introduzione: circolazione dei dati, dignità della persona e diritto alla "autodeterminazione informativa". – 2. Il profilo "attivo" del diritto all'autodeterminazione informativa. – 3. Il profilo "passivo" dell'autodeterminazione informativa. – 4. Tutela della autodeterminazione informativa e profilazione degli utenti. – 5. Quali prospettive della garanzia di autodeterminazione informativa degli utenti del *web*.

1. Introduzione: circolazione dei dati, dignità della persona e diritto alla "autodeterminazione informativa"

L'affermarsi delle tecnologie digitali ha, come è noto, intensificato in modo esponenziale la formazione, la circolazione e l'aggregazione di dati e informazioni che, aspetto questo di particolare rilievo, sono oggi nella maggior parte dei casi il risultato dell'interazione tra gli utenti del *web* e della profilazione, che dalla stessa scaturisce, e danno la misura di quanto sia incessante la creazione e lo scambio di informazioni nella *Internet society* e di come, accanto ad una realtà fisica, si sia ormai formata una realtà digitale, in costante evoluzione e diversificazione¹.

Il ruolo centrale degli utenti nelle dinamiche della Rete è ormai da tempo analizzato dagli studiosi del diritto, per la parte che qui rileva, costituzionale, essendo ormai condivisa l'attenzione e l'esigenza di ricondurre tali processi nell'alveo dei principi costituzionali ed in particolare del rispetto dei diritti individuali coinvolti in questi processi.

La partecipazione del singolo a questo incessante flusso, da un lato quale fornitore – spesso non pienamente consapevole – di dati e dall'altro quale destinatario di informazioni, sovente non richieste, porta infatti in rilievo l'esigenza di definire forme di tutela non soltanto della sua *privacy* digitale ma anche del suo diritto ad essere informato, ricavabile dall'art. 21 Cost., che nella loro combinazione costituiscono la dimensione positiva e negativa di quello che può essere definito il "diritto alla autodeterminazione informativa"².

¹ Cfr. L. FLORIDI, *The Online Manifesto*, Springer Open, 2015, il quale sottolinea che "The deployment of ICTs and their uptake by society affect radically the human condition, insofar as it modifies our relationships to ourselves, to others, and to the world. This digital transition shakes established reference frameworks, which impact the public space, politics itself, and societal expectations toward policy making". Da qui l'esigenza di superare la distinzione tra realtà fisica e virtuale per concentrarsi sulle molteplici prospettazioni della persona che l'interazione tra spazio fisico e spazio virtuale produce.

² Come è noto, il tema del diritto alla autodeterminazione si presenta alquanto complesso e per molti aspetti "divisivo", sia in dottrina che in giurisprudenza, atteso l'indubbio legame che, in qualsiasi regime politico, unisce l'individuo alla società nel quale egli realizza la propria personalità. In questa sede, essendo necessario delimitare il tema, il riferimento è esclusivamente al concetto di autodeterminazione che la Corte costituzionale ha elaborato proprio in materia di *privacy*, nello specifico con riferimento al consenso informato laddove ha affermato che "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello alla autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione". Cfr. Corte cost., sent. n. 438/2008. Con la sent. n. 253/2009, la Corte ha, poi, ribadito il proprio orientamento. Per una ricostruzione delle problematiche che attengono al tema dell'autodeterminazione in senso ampio, cfr., tra gli altri, L. ANTONINI, *L'autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in AA.VV.,

2. Il profilo “attivo” del diritto all’autodeterminazione informativa

Il diritto di ricevere informazioni corrette e plurali può essere ascritto in modo diretto al riconoscimento, prodottosi nel tempo da parte della giurisprudenza costituzionale, dell’esistenza di una specifica situazione giuridica soggettiva, ricavabile dall’art. 21 Cost., che si sostanzia nel “diritto ad essere informati”. Come appare evidente, fonte di questo diritto non è la disposizione costituzionale di tutela della manifestazione del pensiero, *lato sensu* intesa, dal momento che quest’ultima non appare suscettibile di produrre alcuna pretesa in chi legge o ascolta tale esternazione, stante la sua natura squisitamente individuale. A dare fondamento a questo diritto è l’altra situazione giuridica soggettiva tutelata dall’art. 21 Cost., ossia il *diritto di informare*; infatti, pur non essendo configurabile un obbligo di informare, è altrettanto vero – come più volte ricordato dalla Corte costituzionale – che qualora un individuo, in particolar modo un giornalista, decida di farlo in modo professionale debba impegnarsi a produrre una informazione corretta ed imparziale, mentre è compito dell’ordinamento giuridico garantire che la stessa sia anche “plurale”³. Da qui la riconducibilità nella generale accezione di libertà di informazione di due distinte situazioni giuridiche soggettive, una finalizzata ad informare e l’altra ad informarsi⁴.

Il riconoscimento di questa duplicità assume un rilievo fondamentale ai fini dell’identificazione dell’essenza stessa dell’art. 21 Cost. e del valore, in relazione all’evoluzione in senso democratico della società, di questo disposto costituzionale, definito dalla Corte costituzionale sin dalle prime sentenze la “pietra angolare dell’ordine democratico”⁵ al punto da essere considerato, nella sua

Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?, Torino, 2012.

³ La bibliografia sul tema della libertà di espressione è quanto mai ampia; cfr., tra gli altri, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. PALADIN, *La libertà di informazione*, Torino, 1979; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985; C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani vol. XIX, Roma, 1988; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992; AA.VV., *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, 1992; R. ZACCARIA - L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, vol. XII, Padova, 1992; L. CARLASSARRE, *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000; A. PACE - F. PETRANGELI, voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2002; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d’espressione. Media, mercato, potere nella società dell’informazione*, Bologna, 2004; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005; A. Pizzorusso - R. Romboli - A. Ruggeri - A. Saitta - G. Silvestri (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; A. PACE - M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014; M. BIANCA - A. GAMBINO - R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, 2016.

⁴ Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte costituzionale n. 112/93 e, in precedenza, nn. 122/70; 105/72; 1/81; 194/87. La Corte correla quindi in modo stringente la possibilità per il cittadino di informarsi e la partecipazione “consapevole” alla formazione della volontà generale. Appare infatti evidente che la Corte voglia sottolineare l’esigenza di offrire all’elettore la possibilità che egli possa formarsi una opinione prima del voto, se vuole, fermo restando che la partecipazione del cittadino alla formazione della volontà popolare mediante il voto è, in un sistema istituzionale basato sul suffragio universale, un diritto assoluto, non limitabile sul piano generale, con la conseguenza che chiunque può votare senza prima formarsi una opinione e senza doverne dare giuridicamente conto ad alcuno.

⁵ Il riferimento è alla nota sentenza della Corte cost. n. 84/1969. Sulla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sull’art. 21 Cost. si consenta il rinvio a A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit.

poliedricità, coesistente alla forma democratica fissata dalla Carta Costituzionale, sulla base della convinzione che “[...] i principi fondanti del nostro Stato esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale”⁶.

Le due situazioni giuridiche soggettive (informare, essere informati) non costituiscono tuttavia situazioni giuridiche perfettamente speculari. In altri termini, il diritto di informare rappresenta una situazione giuridica autonoma e distinta dal diritto ad essere informati e la sua singola realizzazione non è direttamente correlata e soprattutto non vincolata alle esigenze della seconda. Tuttavia, una volta attivata, essa trova nelle garanzie del diritto ad essere informati il proprio limite.

Con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale di quest'ultima situazione giuridica soggettiva la Corte costituzionale, in una prima fase, si è limitata, come è noto, a stabilire l'indubbia sussistenza di una tutela implicita e soprattutto indiretta, ex art. 21 Cost., non tanto di un diritto bensì di un “interesse generale della collettività all'informazione”⁷, come tale necessitante di pluralità di fonti di informazioni, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee e l'esclusione di interventi dei pubblici poteri suscettibili di tradursi, anche indirettamente, e contro le intenzioni, in forme di pressione per indirizzare la stampa verso obiettivi predeterminati a preferenza di altri”⁸. In un momento successivo la Corte, inaugurando una giurisprudenza ormai consolidata che collega in modo stringente *democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica*, ha, invece, riconosciuto il diritto ad essere informati quale situazione giuridica soggettiva costituzionale inviolabile e ricavabile dagli artt. 2-21 Cost. e ne ha definito le garanzie democraticamente necessarie che, come ricordato *supra*, si sostanziano nella completezza, oggettività e pluralità dell'informazione ricevuta⁹.

Quanto appena ricostruito potrebbe, a prima lettura, presentare rilevanza solo nell'ambito, seppure fondamentale, della formazione dell'opinione pubblica e quindi dei rapporti tra governanti e governati. In realtà, ad una più attenta analisi, emerge chiaramente come la tutela del diritto ad

⁶ Nella sentenza n. 112/1993, la Corte costituzionale ha sottolineato come “il ‘diritto all'informazione’ va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale” (su tale decisione, P. COSTANZO, “Diritto all'informazione” e “diritto d'informazione” nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, in P. Barile e R. Zaccaria (a cura di), *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1994, 479 ss.)

⁷ Corte costituzionale, sent. n. 94/1977, Al riguardo si è altresì specificato come “non è dubitabile che sussista, e sia implicitamente tutelato dall'art. 21 Cost., un interesse generale della collettività all'informazione di tal che i grandi mezzi di diffusione del pensiero (nella più lata accezione, comprensiva delle notizie) sono a buon diritto suscettibili di essere considerati nel nostro ordinamento, come in genere nelle democrazie contemporanee, quali servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse”.

⁸ Corte costituzionale, sent. n. 105/1972. Nello specifico, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni che, nel loro insieme, impedivano la libera diffusione e circolazione delle notizie e delle opinioni sia a mezzo della stampa periodica sia attraverso altri mezzi equipollenti, in quanto lesive non solo della libertà di manifestare il proprio pensiero ma anche e soprattutto “dell'interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione, il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee”.

⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 155 del 2002. In questa sentenza la Corte conclude affermando che la prospettiva della necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica costituisce il metro di valutazione delle regole in materia di “comunicazione politica”, quest'ultima intesa come momento di scambio e confronto su contenuti di interesse pubblico, prodotti dal sistema dei media, dal sistema politico e dal cittadino elettore. Il tema è stato ripreso anche nella sentenza n. 69 del 2009, nella quale la Corte ha sottolineato che l'imparzialità e l'obiettività dell'informazione possono essere garantite solo dal pluralismo delle fonti e dagli orientamenti ideali, culturali e politici, attesa la difficoltà che le singole notizie e i contenuti dei programmi siano, in sé e per sé, sempre e comunque obiettivi.

una informazione corretta e plurale permei non solo i rapporti socio-politici ma tutti gli aspetti della vita degli individui¹⁰, assumendo quindi particolare rilevanza nell'ecosistema digitale dove l'informazione e la comunicazione tendono ad assumere una connotazione sempre più intersettoriale e lo scambio dei dati e delle informazioni si presenta suscettibile di assolvere a diverse finalità e a soddisfare plurimi interessi.

3. Il profilo "passivo" dell'autodeterminazione informativa

Tra i diritti che rilevano nella *digital economy* un ruolo centrale è rivestito, come prima sottolineato, dalla tutela della *privacy* e della riservatezza dei dati personali. Benché distinte, queste due situazioni giuridiche soggettive sono fortemente correlate; anzi può dirsi che la tutela della riservatezza dei dati rappresenti un aspetto del più generale diritto alla *privacy*¹¹, anche digitale, inteso come diritto di ciascun individuo ad autodeterminare la propria proiezione sociale, filtrando l'esteriorizzazione delle informazioni che lo riguardano¹².

¹⁰ Un esempio significativo è dato dalla tutela della salute, come emerge in questi primi mesi del 2020 nel corso dei quali pressoché tutti i Paesi del mondo stanno dedicando particolare attenzione informando quotidianamente, con comunicazione istituzionale, sull'evoluzione dell'emergenza sanitaria Covid-19. Si sottolinea in particolare come sia stata inoltre istituita, in Italia, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, una "Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19", che tuttavia, come è stato criticamente sottolineato, basa la propria azione sulla correlazione *web-fake*. Sul punto cfr. B. PONTI, *Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul COVID-19*, in *laCostituzione.info* (www.lacostituzione.info), 7 aprile 2020.

¹¹ Come è noto, la prima ricostruzione dottrinale della nozione di *privacy* si deve all'intuizione di due giuristi americani, Louis Brandeis e Samuel Warren, che nel 1890 definiscono la *privacy* come "*right to be let alone*", traducibile come "diritto ad essere lasciati in pace", individuando l'intimità della vita domestica dell'individuo quale bene giuridico necessitante di tutela ordinamentale. In tale accezione il termine *privacy* coincide in sostanza con la pretesa di ciascun soggetto a vedere impedita l'altrui curiosità, vietando le indiscrezioni e le pubblicità non volute, nonché la conoscenza e la divulgazione di vicende personali non autorizzate. Questa impostazione resta sostanzialmente immutata sino all'affermarsi di un nuovo modello di società che, sulla spinta di un forte cambiamento dovuto alle innovazioni tecnologiche, assiste a un incremento e ad una diffusione esponenziale dei mezzi di informazione e di comunicazione. Ciò impone una rimediazione della tradizionale definizione di *privacy*, costringendo a un ampliamento delle ipotesi in cui essa è garantita attraverso la previsione di margini di protezione sempre più estesi, trasformandola da mero *ius excludendi alios* ad un vero e proprio diritto di controllo dei fatti e dei dati che lo riguardano. Non si ritiene più, in sostanza, che il diritto al riserbo sia circoscritto al solo potere di vietare qualsiasi circolazione di informazioni sul proprio conto, ma lo si estende anche al potere di vigilare su queste, avendo la possibilità, all'occorrenza, di verificare, rettificare e cancellarne i contenuti. Ne deriva che, all'interno degli ordinamenti di *common law* in cui per primi si sviluppa, la *privacy* si trasformi così rapidamente in un diritto complesso, tale da comprendere contenuti estremamente eterogenei: da un lato, il potere di regolare l'accesso alla propria sfera di intimità, consentendo o meno l'intromissione da parte di terzi in tale spazio personalissimo; dall'altro, il controllo sulle informazioni che riguardano la propria persona in tutte le sue espressioni e manifestazioni, siano esse fisiche, ideologiche, affettive, morali o patrimoniali. La nozione di *privacy* che si afferma descrive, quindi, una posizione multiforme e sfaccettata, una varietà di situazioni accomunate dal riconoscimento, in capo alla persona, del diritto di autodeterminarsi nella propria sfera personale, senza subire intromissioni dall'esterno, ma anche esercitando un controllo sulle informazioni che la riguardano. Su questi aspetti cfr. S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. Diritto*, 1991; G. D'ACQUISTO, *Diritto all'oblio: tra tecnologia e diritto*, in F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013; D. MESSINA, *Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Informatica e diritto*, 2009; si consenta altresì il rinvio a A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018.

¹² La nozione di riservatezza nell'esperienza italiana si è sviluppata a seconda delle precipue esigenze che di volta in volta richiedevano soddisfacimento e ha comportato una scomposizione della tradizionale nozione di *privacy* in diversi frammenti: il diritto alla riservatezza, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto all'identità personale, il diritto all'anonimato e il diritto all'oblio. Emblematico, al riguardo, si presenta l'art. 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto "Codice della *Privacy*"), nella sua formulazione originaria il quale si poneva come garanzia "che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato",

Entrambe queste situazioni giuridiche soggettive, come è noto, non sono espressamente previste e tutelate dalla Costituzione italiana. Per quanto riguarda la tutela dei dati ciò può ascriversi al periodo storico in cui la Carta fu scritta, ancora lontano dall'avvento della digitalizzazione, mentre, con riferimento alla tutela della *privacy*, la mancata previsione può essere ricondotta a motivazioni diverse, come ad esempio il non manifestato interesse sociale per la sua tutela o la volontà dei Costituenti di non dare rilievo costituzionale a diritti, allora di incerta definizione, suscettibili di porsi come limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero.

L'assenza di un esplicito riconoscimento costituzionale non ha tuttavia impedito che nel tempo a queste due situazioni giuridiche soggettive venisse riconosciuto valore costituzionale ed oggi, come è noto, è sostanzialmente incontrovertita l'individuazione della loro fonte negli artt. 2 e 3, comma 1, Cost. Ciò è tuttavia avvenuto seguendo un percorso distinto, di natura giurisprudenziale per quanto riguarda la *privacy*¹³ e normativo, inizialmente di matrice euro-unitaria, con riferimento alla tutela della riservatezza dei dati.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sul cammino giurisprudenziale che ha portato in Italia

distinguendo tuttavia poi tra "riservatezza", "identità personale" e "diritto alla protezione dei dati personali". In questa prospettiva protezionistica della dimensione personale dell'individuo, impermeabile all'altrui curiosità e all'altrui interesse a conoscere, può dirsi che la prima rielaborazione italiana della nozione di *riservatezza* abbia coinciso sostanzialmente con la citata tradizionale espressione del *right to be let alone*, aiutando il soggetto a preservare uno spazio di tranquillità inattaccabile da parte di chiunque, in soddisfacimento di quel bisogno di isolamento spirituale che comprende la facoltà di non comunicare ad altri gli accadimenti che attengono alla propria persona. Invero, la funzione principale accordata a tale diritto è, più propriamente, quella di salvaguardare l'interesse del soggetto a che i fatti della sua esistenza non siano *arbitrariamente* esposti all'attenzione della collettività, ipotizzando il riconoscimento di una posizione giuridica generale, da riconoscersi in capo a ciascun individuo e tutelabile dall'ordinamento, che si sostanzia in un potere di impedimento all'intromissione non autorizzata nella propria sfera intima da parte di qualsivoglia soggetto. L'elaborazione del diritto alla riservatezza nasce, quindi, dalla necessità di dotare il cittadino di uno strumento di reazione a fronte dell'invasione di terzi nello spazio privato dell'individuo, così da garantire a chiunque una dimensione assolutamente personale e sottratta ad ingerenze esterne. In tale accezione, come è evidente, il diritto al riserbo viene a collocarsi in posizione sostanzialmente antinomica rispetto al diritto di cronaca e, più in generale, alla libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost., andando a limitarlo nella sua assolutezza e nelle sue molteplici modalità di espressione. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, P. COSTANZO, *Note minime in tema di tutela dei dati personali in Internet e Privacy Enhancing Technologies*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005 G.E. VIGEVANI, *Diritto dell'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2016, n. 3; S. STAIANO, *Diritto alla riservatezza e potere pubblico*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2017, n. 12.

¹³ La mancanza di un'esatta trasposizione in termini giuridici nell'ordinamento nazionale del concetto di *privacy* consente di trovare una possibile risposta al perché, per il legislatore e per il giurista italiano, approcciarsi a questo tema abbia rappresentato un'operazione tutt'altro che agevole. Sebbene, infatti, tale termine sia stato assorbito nel linguaggio comune oramai da tempo e nonostante sia intuitivamente chiaro il concetto che con questa espressione si intende evocare, essa tende a sollevare nell'interprete una serie di dubbi e difficoltà ermeneutiche nel momento in cui esso viene calato all'interno del sistema, per essere letto nella sua dimensione prettamente giuridica. Diverse le ragioni di tali problematicità. Innanzitutto, il *right to privacy* è un concetto che, come prima ricordato, viene elaborato in un contesto socio-culturale di riferimento molto diverso da quello italiano e in un sistema giuridicamente assai diverso, qual è quello di *common law*; inoltre, presenta una fluida mutevolezza che gli ha consentito di assumere significati sempre nuovi, in parallelo con gli sviluppi della società e, soprattutto, delle continue acquisizioni della tecnologia, fonte di interessi sempre diversi che abbisognano costantemente di nuovi profili di tutela. Appare allora evidente che la ragione principe di tutte le difficoltà incontrate dal giurista italiano nell'approcciare alla tematica della tutela della *privacy* risiede essenzialmente nel fatto che il riconoscimento legislativo di tale situazione giuridica, quand'anche già avvertita sul piano sociale, ha tardato a farsi spazio nel mondo del diritto ed è stata quasi interamente demandata all'elaborazione della giurisprudenza, senza mai poter godere di un'espressa e generale copertura normativa, né di una compiuta disciplina legislativa, se non in tempi recenti e limitatamente a determinati aspetti. D'altro canto, proprio alla luce di questo silenzio a lungo serbato dal legislatore, è possibile comprendere come mai dottrina e giurisprudenza maggioritarie si siano sempre dimostrate assai prudenti nel richiamarsi all'istituto della *privacy*, preferendo piuttosto frammentarlo e rimodularlo a seconda delle opportune esigenze, adattandolo di volta in volta all'esperienza giuridica italiana attraverso l'impiego di termini dal contenuto parzialmente coincidente. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, G. ALPA, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.

al riconoscimento del diritto costituzionale alla *privacy*¹⁴, mentre appare invece importante soffermarsi sull'evoluzione del diritto alla riservatezza dei dati personali nell'ecosistema digitale.

Come è noto, con l'introduzione, lo sviluppo e la diffusione su larga scala delle nuove tecnologie della comunicazione è apparso evidente che l'individuo avverta, come primaria, l'esigenza non solo di vietare a chiunque l'accesso alla propria sfera privata o di impedire la diffusione di determinate informazioni, ma anche di mantenere un potere di controllo sull'ingente quantità di dati che lo riguardano e che vengono quotidianamente acquisiti e gestiti da altri, anche in ragione delle infinite modalità di applicazione della tecnologia ai diversi settori della vita quotidiana e la conseguente produzione di un numero rilevante di informazioni personali, che vengono solitamente raccolte in "banche dati" al fine di essere elaborate, spesso in via automatizzata, tramite sofisticati strumenti elettronici, per poi essere ulteriormente cedute o vendute a terzi. Da qui l'esigenza di un cambio di prospettiva, del passaggio "dal segreto al controllo", dal riserbo al *data protection*, da una concezione individualistica di tutela dell'individuo ad una dimensione sociale, ove la diffusione di dati privati nello spazio fisico e virtuale deve avvenire sempre con il consenso e sotto il controllo del titolare di dette informazioni.

Una prima configurazione del "diritto alla protezione dei dati personali" si rinviene nell'art. 8 CEDU che, pur nominalmente posto a tutela del solo interesse al rispetto della vita privata e familiare, ha visto man mano implementare il proprio contenuto grazie ad un'attualizzante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha attratto nell'ambito di applicazione

¹⁴ Il riconoscimento di valore costituzionale alla *privacy*, seppure nei limiti descritti alla nota precedente si deve ad una articolata evoluzione giurisprudenziale, che ha visto protagonista soprattutto la Corte di cassazione. Già in una sentenza del 1963 (sent. n. 990/1963) la Suprema Corte aveva ritenuto meritevole di tutela il "diritto al riserbo" qualora fosse ravvisabile una violazione della libertà di autodeterminazione del singolo, realizzabile qualora vi sia divulgazione di "notizie della vita privata, le quali, per tale loro natura, debbono ritenersi riservate, a meno che non sussista un consenso, anche implicito, della persona, desunto dall'attività in concreto svolta o, data la natura dell'attività medesima e del fatto divulgato, non sussista un prevalente interesse pubblico di conoscenza che va considerato con riguardo ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale inerente alla posizione del soggetto". Solo nel 1975, però, come è noto, con la nota pronuncia n. 2129 del 27 maggio, si registra un'esplicita ammissione dell'esistenza di tale posizione da parte della Suprema Corte con la riconduzione di tale diritto a "quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti". Traslato nel sistema nazionale, dunque, il diritto alla riservatezza non coincide con la nozione estesa di *privacy* accolta dall'elaborazione statunitense; secondo la Corte, quest'ultima condurrebbe a un ambito di tutela troppo vasto e indeterminato della sfera della persona, né si presta a una lettura eccessivamente restrittiva, quale mera protezione dell'intimità domestica, valore già garantito dall'art. 14 Cost. e che rischierebbe di conferire una portata troppo limitata alla nozione di riserbo. La Suprema Corte ha optato, invece, per una soluzione mediana, facendo riferimento a una peculiare porzione di sfera della vita individuale e familiare, attinente a tutte quelle vicende "il cui carattere intimo è dato dal fatto che esse si svolgono in un domicilio ideale, non materialmente legato ai tradizionali rifugi della persona umana (le mura domestiche o la corrispondenza)". La successiva giurisprudenza non ha mai mutato indirizzo, confermando a più riprese l'esistenza di un vero e proprio diritto alla riservatezza anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria. Una volta però accolta la possibilità di configurare un diritto alla riservatezza e verificata l'assenza di una disposizione idonea a consentirne la tutela nella normativa primaria, si è reso necessario individuarne il fondamento giuridico direttamente nella Costituzione e precisamente nell'art. 2 che, nella sua più ampia dimensione di clausola generale, consente infatti di colmare vuoti di tutela tramite un'interpretazione evolutiva e teleologica della Carta, in modo da adeguare il sistema ordinamentale a valori non esistenti al momento dell'approvazione, ma che via via necessitano di protezione. Esso rappresenta, quindi, un ottimo strumento di recezione costante e graduale di diritti e interessi emergenti nella società, in grado di conferire garanzia d'invulnerabilità a quelle libertà espresse dalla coscienza sociale nella sua progressiva evoluzione storica. Tale disposizione appare, dunque, il fondamento normativo più convincente per il diritto alla riservatezza, essendo peraltro idoneo ad apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità alla luce dell'obiettivo primario di tutela "del pieno sviluppo della persona umana" sancito dall'art. 3 della Costituzione.

di questa disposizione, oltre al diritto al riserbo, anche quello relativo al *data protection*, con conseguente potere del soggetto di controllare la circolazione delle informazioni che lo riguardano. Una disciplina esplicita si rinviene, invece, nella Convenzione di Strasburgo del 1981¹⁵, atto idealmente finalizzato a dettare a livello europeo alcuni principi generali in materia di *riservatezza*, nell'ottica di un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati contraenti e allo scopo di fornire strumenti comuni per proteggere efficacemente i diritti inviolabili minacciati dalla invasività delle nuove tecnologie.

Sulla scia di quanto previsto dai due atti appena citati anche l'Unione europea, a partire dagli anni '90, ha adottato una serie di provvedimenti che giustificano oggi la qualificazione del diritto alla riservatezza dei dati come di una situazione giuridica soggettiva di matrice sostanzialmente euro-unitaria. Tra le fonti vanno, infatti, ricordate le direttive 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, (tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati), 97/66/CE (sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni) e 2002/58/CE (trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche), che sanciscono appunto definitivamente l'esistenza di un "diritto alla protezione dei dati di carattere personale" distinto e autonomo dal "diritto alla riservatezza". Questa distinzione è stata inoltre cristallizzata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 che reca nel Capo secondo, dedicato ai diritti di libertà, l'esplicito riconoscimento del diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8, comma 1), distinguendolo sia dal diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni (sancito all'art. 7), sia dal chiarimento posto dall'art. 11, a mente del quale la libertà di espressione e d'informazione include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera¹⁶.

Nell'ordinamento italiano il diritto alla protezione dei dati personali ha fatto definitivamente il suo ingresso, proprio sulla spinta di questi atti sovranazionali, attraverso l'adozione nel 1996 di una prima organica regolamentazione legislativa¹⁷, poi assorbita e implementata dal "Codice in materia di protezione dei dati personali" del 2003¹⁸.

Tale disciplina è andata ad integrarsi con la tutela giurisprudenziale del più generale diritto al riserbo e ne ha quindi assorbito, ferma restando la sua origine euro-unitaria, il fondamento costituzionale di cui all'art. 2 Cost., con i relativi precipitati¹⁹.

Pur essendo comune e non controversa la comune matrice europea di questo diritto, ogni Stato dell'Unione ha comunque, nello scorso decennio, dato attuazione alle direttive in materia in modo fortemente condizionato dal nazionale contesto sociale di riferimento. Ne è risultato un quadro

¹⁵ Convenzione n. 108 del 28 gennaio 1981, ratificata con legge 21 febbraio 1989, n. 98 (*Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale*).

¹⁶ Proclamata dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione europea a Nizza il 7 dicembre 2000, la Carta, a seguito di modifiche e adattamenti, è stata sottoposta ad una nuova proclamazione il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

¹⁷ Legge 31 dicembre 1996, n. 675 (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*).

¹⁸ D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*).

¹⁹ Tale conclusione si impone non solo sulla base di una lettura evolutiva delle disposizioni costituzionali e di un'interpretazione adeguatrice delle stesse alla luce della disciplina internazionale e sovranazionale prima richiamata, ma anche, più in generale, in considerazione delle diverse articolazioni del diritto della persona alla propria identità, dal contenuto indefinito e vario, cui l'ordinamento deve sempre assicurare una tutela piena ed effettiva. Il Codice per la protezione dei dati personali e l'Autorità garante, che ne ha dato esemplificazione e attuazione, hanno svolto un ruolo fondamentale nell'affermazione di questo diritto non solo nel sistema normativo ma anche nella società italiana, che ha fatto propria la *ratio* della tutela, acquisendo dimestichezza con le nozioni di dato personale, con le sue specificazioni, di trattamento, di consenso.

alquanto diversificato a fronte invece di un fenomeno sempre più globale. Per questo, il legislatore europeo nel 2012 – dinanzi alla complessità del contesto, in cui la spinta all'innovazione si intreccia inevitabilmente con la necessità di tutelare la sfera di identità dei singoli individui, la crescita democratica delle società digitali – ha intrapreso un lungo cammino finalizzato all'individuazione di nuove regole comuni a tutti gli Stati membri in materia di tutela dei dati personali²⁰.

Alla base di tale decisione vi è stata, come appena ricordato, la convinzione che il sistema di norme vigenti, operanti sotto l'egida della direttiva "madre" 95/46/CE, non fosse più in grado di far fronte in maniera adeguata alle complesse sfide provenienti dall'utilizzo sempre più intenso di tecniche di profilazione e tecnologie di connessione. Tale intrinseca debolezza è stata certamente acuita dalla frammentazione normativa infrastatuale, che ha esposto i cittadini europei ad elevate disparità di protezione e di azione, non più conciliabili con le nuove esigenze di tutela di carattere transfrontaliero, derivanti dallo straordinario incremento dell'utilizzo dei *social network* e dei siti *web* di origine extraeuropea. Le molteplici criticità del quadro normativo, a loro volta, si sono tradotte sovente in una forte instabilità del mercato europeo, caratterizzato da operatori economici costretti a misurarsi con regole diverse e spesso contraddittorie, a seconda dell'ambito territoriale e settoriale di riferimento, nell'erogazione dei propri prodotti e servizi²¹.

Al fine di consentire il superamento di tali criticità e di orientare i vantaggi connessi a quella che è stata definita la "quarta rivoluzione industriale" senza, nel contempo, determinare una compressione della sfera dei diritti fondamentali dei cittadini, l'Unione ha dato vita ad una serie di iniziative finalizzate all'individuazione di regole condivise e in grado di "traghetare" gli Stati membri verso la nuova era digitale²². Tale variegato percorso è culminato, almeno con riferimento alla fase di più stretta normazione, nell'adozione di un peculiare "pacchetto di protezione dei dati personali" costituito dal regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo alla circolazione delle informazioni personali²³ e dalla direttiva (UE) 2016/680 concernente i settori

²⁰ È datata 25 gennaio 2012 la presentazione da parte della Commissione Europea del pacchetto completo sulla protezione dei dati personali in cui venivano presentate per la prima volta sia la proposta di regolamento poi approvata nel 2016 in materia di dati personali, sia la proposta di direttiva concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati, intesa a sostituire la decisione quadro del 2008 sulla protezione dei dati.

²¹ Le difficoltà derivanti dall'assenza di un omogeneo approccio regolativo a livello europeo, connesse ad un'iniziale inevitabile ritrosia verso l'impiego sempre più invasivo di dati personali, hanno inoltre favorito in alcuni settori un clima di diffuso scetticismo nei confronti proprio dell'impiego di tali tecnologie, impedendo un pieno sfruttamento delle relative potenzialità.

²² Può ricordarsi, in particolare, l'iniziativa della Commissione Europea del 2016 nota come "*Digitising European Industry initiative*" (Digitalizzazione dell'industria europea) finalizzata a garantire che ogni impresa in Europa, indipendentemente dalle dimensioni, dall'ubicazione e dal settore, possa usufruire dei vantaggi derivanti dall'innovazione digitale. L'iniziativa si fonda sui seguenti quattro pilastri fondamentali: 1. Creazione di una piattaforma europea per le iniziative nazionali in materia di digitalizzazione industriale; 2. Innovazioni digitali per tutti: *digital innovation hubs*; 3. Rafforzare la leadership attraverso partenariati e piattaforme industriali, 4. La determinazione di un quadro normativo adatto all'era digitale; 5. Preparare i cittadini al futuro digitale. Nell'ambito di tale iniziativa è stata adottata la direttiva NIS e sono stati siglati documenti di rilievo per l'implementazione delle nuove tecnologie in diversi settori di rilievo per la società europea. Si ricordi, tra gli altri, l'"*EU eGovernment Action Plan 2016-2020 – Accelerating the digital transformation of government*" dedicato alla digitalizzazione della pubblica amministrazione e alla creazione di servizi digitali a favore degli utenti. COM(2016) 179 *final*; L'"*European Cloud Initiative – Building a competitive data and knowledge economy in Europe*" – finalizzata alla creazione di una economia europea basata sullo scambio dei dati e delle informazioni attraverso l'utilizzo di tecnologie come il *cloud computing*. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*. COM(2016) 178 *final*.

²³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Cfr. M.G. STANZIONE, *Il regolamento*

di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini²⁴. Dalla loro lettura, emerge immediatamente la duplice finalità che anima l'intero impianto normativo: da un lato, la volontà di non perdere lo straordinario volano rappresentato dalle nuove tecnologie digitali, assunte ormai a fattore strategico di crescita a livello mondiale delle moderne società avanzate; dall'altro la necessità che tale evoluzione non comprometta il nucleo dei diritti fondamentali riconosciuti al singolo e che sono espressione e legittimazione delle tradizioni costituzionali europee. Il Regolamento, in particolare, fa propri, riconfermandoli, una serie di principi fondamentali che contraddistinguevano il precedente quadro di disciplina in materia. Il legislatore europeo, infatti, ha ribadito il riconoscimento della tutela dei dati personali come diritto fondamentale alla luce anche dell'art. 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali e dell'art.16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Inoltre, il considerando 4) del Regolamento dispone che la protezione non costituisce una prerogativa assoluta, ma in virtù della sua funzione sociale, va temperata con altri diritti fondamentali²⁵.

4. Tutela della autodeterminazione informativa e profilazione degli utenti

Un aspetto di particolare rilevanza nell'economia e società digitale è rappresentato dalla raccolta ed elaborazione dei dati degli utenti al fine di poterne profilare le abitudini e gli orientamenti, non solo di spesa e di consumo²⁶.

Prima di analizzare le problematiche della profilazione in Rete, appare opportuno soffermarsi brevemente sul termine *profilazione* e sulle sue finalità.

Il termine *profilazione*, nel suo significato generale, trae la sua fonte dal verbo di riferimento, *profilare*, il cui significato è, come è noto, quello di disegnare qualcuno o qualcosa tracciandone la linea di contorno. Tracciandone quindi il profilo, ossia quella parte che appare esteriormente. In passato la profilazione si presentava molto rispondente al significato etimologico del verbo di riferimento: infatti, in quelle che possono oggi essere definite profilazioni "analogiche" erano, e sono, di regola i diretti interessati a fornire i dati e le informazioni, potendo in questo modo, di fatto, decidere quanto il profilo tracciato dovesse/debba corrispondere alla propria identità, intesa come

europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione, in *Europa e Diritto Privato*, 4/2016; F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2018.

²⁴ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio con l'obiettivo di sostituire la decisione quadro 977/2008/CE sulla protezione dei dati personali scambiati dalle autorità di polizia e giustizia. La direttiva, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea insieme al regolamento e vigente dal 5 maggio 2016, è stato oggetto di recepimento nel biennio 2016-2018 da parte di tutti gli Stati membri.

²⁵ Il tema del bilanciamento tra dati personali ed altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti si sta proponendo in modo significativo nella fase di emergenza sanitaria Covid-19, che sta caratterizzando il primo semestre 2020, nel quale l'incremento delle attività in modalità telematica, ma soprattutto la prospettiva di forme di controllo della mobilità degli individui, rende necessaria l'individuazione del nucleo essenziale della tutela della riservatezza da opporre al perseguimento di ogni altra finalità. Su questo il Garante *privacy* ha elaborato sino alla data del presente saggio numerosi provvedimenti, anche sulla tipologia di fonte idonea a porre in essere il bilanciamento, ora sintetizzate in una "raccolta" pubblicata sul sito dell'Autorità.

²⁶ Come sottolineato nel paper conclusivo dell'Indagine conoscitiva AGCOM – AGCM – GARANTE PRIVACY sui big data, "la funzione predittiva della profilazione, volta ad anticipare i bisogni degli individui, avviene ricorrendo a tecniche di organizzazione e modellizzazione dei dati raccolti, con l'obiettivo di incidere sulle scelte dei singoli individui, adattandole alla realtà che si vive in un determinato periodo di tempo".

insieme di interessi, di preferenze, di orientamenti. Un metodo di profilazione attento a questo aspetto, ancora oggi molto utilizzato, è rappresentato dal sondaggio, anche definito come “profilazione progressiva diretta”, che consente di intercettare dati e informazioni molto puntuali ed esplicitati dal diretto interessato.

L’obiettivo della rappresentazione di una identità – intesa come insieme di interessi, di preferenze e di orientamenti – può quindi essere perseguito sia attingendo a dati volontariamente forniti, come appena sottolineato, sia in modo indiretto, ossia senza la collaborazione del soggetto che viene profilato. Ed è questa la modalità oggi sempre più utilizzata, che si realizza attingendo da quell’enorme bacino di dati che vengono forniti dalla navigazione in Internet degli utenti.

Al riguardo giova rilevare che azioni di profilazione dei consumatori sono sempre esistite e sono proprie delle attività di marketing. Tuttavia, il fluire incessante di dati personali che caratterizza le società e le economie digitali, con l’affermarsi dei big data²⁷, ha favorito negli ultimi anni il sorgere di tecniche di profilazione sempre più raffinate che, attraverso l’aggregazione, l’incrocio e la riorganizzazione dei dati raccolti, consentono di suddividere gli utenti in gruppi sempre più piccoli e formati dall’individuazione nei soggetti profilati di caratteristiche omogenee, al fine di fornire prodotti “su misura” attraverso la previsione delle decisioni (di consumo e non solo) e dei relativi comportamenti²⁸.

Questo processo, fondato su un uso intensivo dei dati, una velocità inarrestabile nella circolazione delle informazioni insieme alla straordinaria capacità di ricerca, elaborazione e stoccaggio delle stesse è stata a lungo sottostimato, soprattutto in relazione al suo impatto sulla società e sulla tutela degli individui, dai diversi decisori politici nazionali e sovranazionali e affidato all’esclusiva valutazione commerciale ed etica degli *OverTheTop* e in particolare dei gestori delle piattaforme digitali. È però oggi considerazione condivisa che le attività di profilazione svolte esclusivamente mediante procedure automatizzate – come tali negativamente asettiche – rischiano non solo di esacerbare situazioni di discriminazione e di stereo-tipizzazione già esistenti, ma anche, e forse soprattutto, di condurre a fenomeni di “penalizzazione delle propensioni”²⁹, limitando le effettive possibilità di scelta del singolo, sino a condurre all’estrema conseguenza di inibire l’esercizio delle relative libertà fondamentali o di limitare l’erogazione di servizi essenziali³⁰.

²⁷ Sul punto cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018.

²⁸ Cfr. S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001; S. STABILE, *Le nuove frontiere della pubblicità e del marketing su internet*, in *Dir. Industriale*, 2009; D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Dir. industriale*, 2012; A. MANTELERO, *Si rafforza la tutela dei dati personali: “data breach notification” e limiti alla profilazione mediante i cookies*, in *Dir. informazione e informatica*, (II), 2012; R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. informazione e informatica* (II), 2013; M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 2016.

²⁹ Così V. MAYER-SCHÖNBERGER, K.N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013. Su questi aspetti cfr., anche, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019; G. Busia, L. Liguori, O. Pollicino (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, Roma, 2016; S. WACHTER, *Normative challenges of identification in the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR*, in *Computer law & security Review*, n. 34/2018; O. Pollicino, G. D’Acquisto, M. Naldi, M. Bassani, F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dati personali e regolazione*, Milano, 2018; G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell’identità digitale*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2019.

³⁰ Come sottolineato nel testo, partendo dalla convinzione “che ogni individuo non costituisca un’“isola”, ma che la relativa piena evoluzione della propria personalità si nutra necessariamente di una molteplicità di momenti di interazione e di condivisione nelle formazioni sociali di cui fa parte, la protezione delle informazioni personali diviene una questione di tutela della stessa evoluzione democratica della società. Il corretto trattamento dei dati personali, soprattutto di carattere sensibile, costituisce premessa, infatti, irrinunciabile al pieno e consapevole esercizio degli altri diritti fondamentali allontanando fenomeni di compressione dei momenti di interazione tra i soggetti, non accettabili

Come viene oggi sovente sottolineato, la profilazione accentua la bolla informativa nella quale ciascun individuo tende a collocarsi. È questo certamente un fenomeno che non si è sviluppato con la Rete ma che conosce oggi su questo mezzo una nuova dimensione, soprattutto in conseguenza, come ricordato prima, dell'azione di raccolta e rielaborazione dei dati da parte dei motori di ricerca e delle piattaforme³¹.

Su questo aspetto è ora intervenuto il regolamento europeo che dedica alla profilazione diversi articoli e *considerando*. In primo luogo, fornisce una definizione della profilazione oggetto di disciplina, strutturandola su tre elementi caratterizzanti: il trattamento automatizzato, l'utilizzo di dati personali, la finalità della valutazione di aspetti personali³². Sancisce, poi, il diritto del singolo a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e comunque – anche quando tale trattamento sia possibile – richiede che il titolare del trattamento attui tutte le misure necessarie per tutelare diritti, libertà e interessi legittimi dell'interessato³³. Ciò comporta l'assunzione di una specifica responsabilità da parte del titolare del trattamento chiamato a dover informare e richiedere il consenso per l'utilizzo dei dati, soprattutto se questi sono destinati ad essere usati per la profilazione, dovendo in quest'ultimo caso rendere consapevoli gli interessati della logica sottostante il processo decisionale che ha portato a sviluppare il loro profilo e le conseguenze che ne derivano³⁴.

Le disposizioni contenute nel regolamento europeo attribuiscono quindi ai soggetti direttamente coinvolti in questa azione di trattamento dei dati la responsabilità del rispetto del principio di

all'interno delle società democratiche". Così D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 24 ottobre 2018.

³¹ Come sottolineato nella già citata indagine congiunta AGCOM – AGCM – GARANTE PRIVACY sui *big data*, con riferimento al tema della informazione e disinformazione, "il presupposto di partenza è che le piattaforme *online*, basate su un modello di *business* fondato sulla raccolta pubblicitaria, puntano a catturare quanto più possibile l'attenzione del consumatore. Una volta conquistata, tali piattaforme mirano a far produrre il maggior numero di «azioni» (e.g.: *like, scroll, search*, ecc.) all'utente in modo da immagazzinare quanti più dati possibili e della qualità più elevata. Il risultato di questo meccanismo è la profilazione dell'utente funzionale ad una proposizione selettiva di contenuti personalizzati a forte impatto emotivo e fortemente collegati alla propria "storia" di attività *online*. In questo contesto, hanno origine fenomeni noti come *filter bubble* e *self-confirmation bias*, caratterizzati da un meccanismo di causazione circolare per il quale l'utente con le proprie scelte, rivela le informazioni che lo interessano e, a sua volta, la selezione delle informazioni operata dall'algoritmo influenza le scelte dell'utente, confermandone la visione pregressa del mondo. Si realizza in questo modo una ri-proposizione circolare di contenuti confermativi delle proprie opinioni, credenze o convinzioni al singolo utente".

³² L'art. 4 dell'art. 4 del GDPR definisce la profilazione "*qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica*".

³³ L'art. 22, par. 1 stabilisce che: "*l'interessato ha 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*".

³⁴ La stessa preoccupazione del legislatore è evidente quando al considerando 71 specifica che "*al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori*". Anche l'art. 13, par. 2, lett. f) e l'art. 15, par. 1, lett. h) stabiliscono il diritto dell'interessato di conoscere l'esistenza del processo decisionale automatizzato e, in particolare, di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata (i criteri assunti per raggiungere la decisione, senza che con ciò si debba necessariamente fornire una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati) e sulle conseguenze previste di tale trattamento.

autodeterminazione informativa degli utenti, secondo la logica della *privacy by design*³⁵. Ciò rende tuttavia l'individuazione di "parametri" di riferimento, di carattere generale, da parte dei soggetti chiamati poi a vigilare, ad esempio le autorità garanti, al fine di stabilire alcuni punti fermi nella valutazione dei trattamenti stessi. Al riguardo può citarsi quanto previsto, in Italia, in diverse pronunce del Garante *Privacy*, anche in sede europea nell'ambito del Gruppo Articolo 29, e dell'Agcom in materia di profilazione che bene evidenziano l'esigenza di evitare che l'utilizzo di big data determini una profilazione degli utenti ridondante rispetto alle finalità ordinarie dei singoli trattamenti.

5. Quali prospettive della garanzia di autodeterminazione informativa degli utenti del web

L'attenzione, che si registra negli ultimi anni in diversi ambiti di ricerca, al tema della profilazione trova il proprio fondamento, come sottolineato nel corso del lavoro, anche dall'acquisita consapevolezza che la profilazione influenzi la libera determinazione dell'individuo, interagendo e in parte interferendo da un lato con la complessa architettura cognitiva e dall'altro con la funzione narrativa della mente umana. L'individuo, infatti, rappresenta il precipitato di ciò che percepisce dall'ambiente circostante, in associazione a tanti ulteriori elementi di contesto (situazione personale e familiare, fede, appartenenza politica, ecc.) ed anche per questo in sistemi democratici la libera circolazione delle informazioni rappresenta un elemento fondamentale quale declinazione non solo della libertà di esprimersi e di informare ma anche del diritto a ricevere informazioni corrette, plurali, imparziali. Questo vale con riferimento non solo alle opinioni, in considerazione della loro rilevanza per la formazione dell'opinione pubblica, ma anche alla circolazione delle informazioni in tutti gli ambiti nei quali l'individuo manifesta interesse a sviluppare le proprie conoscenze e la propria personalità.

A prima lettura il *web* potrebbe essere considerato esente da problematicità di questo tipo, dal momento che la pluralità dei contenuti in esso presenti e in larga parte la loro qualità non può essere discussa. Tuttavia, se l'attenzione si concentra sulla parte finale del processo informativo, ossia sulla recezione di contenuti da parte di un individuo profilato, la questione acquista invece rilevanza divenendo inevitabile chiedersi se possano considerarsi plurali informazioni tutte uguali che l'individuo riceve essendo stato profilato.

È indubbio che le persone hanno molteplici strumenti, oltre il *web*, per ricevere le informazioni. Ma in Rete il problema si pone in modo peculiare nella misura in cui la personalizzazione dei contenuti "offerta" all'individuo e che egli riceve via mail, sui social o nelle prime pagine delle ricerche effettuate utilizzando i motori di ricerca, è progettata a monte per "assomigliargli", al fine di corrispondere agli interessi, alle inclinazioni che egli ha manifestato e manifesta prevalentemente in quel periodo nelle sue navigazioni. Una sorta di bozzolo dal quale l'individuo si fa avvolgere e confortare³⁶. In società che vanno sempre più di corsa ricevere delle informazioni "mirate" viene spesso considerata positivamente perché percepita come strumento di ottimizzazione del tempo. L'utilizzo dei big data nell'attività di profilazione consente, infatti, di far pervenire all'utente, attraverso le piattaforme social, solo le notizie che si ritiene egli voglia ricevere, confermandolo quindi sempre più nelle sue convinzioni in un'opera di semplificazione. In questo modo viene però

³⁵ Ai sensi del RGPD, anche la profilazione e i processi decisionali automatizzati devono essere svolti nel rispetto dei principi generali di liceità, correttezza e trasparenza, finalità, minimizzazione, esattezza, limitazione della conservazione e in presenza di una base giuridica per il trattamento (artt. 5 e 6).

³⁶ Come evidenziato dalla già citata ricerca delle tre Autorità in materia di big data, da un sondaggio effettuato emerge che 6 utenti su 10 sono consapevoli che i dati raccolti durante le loro ricerche in Rete vengono utilizzate per profilarli.

drasticamente ridotta la sua possibilità di formarsi una opinione sulla base di contenuti plurali. Tale situazione vale in ambito politico e sociale, ma anche nel settore commerciale. Anzi può dirsi che la profilazione sia suscettibile di influire su ogni aspetto della vita di una persona. Ciò rappresenta un rischio per il pluralismo che è il fondamento di una società democratica, nella quale è indispensabile che l'individuo venga messo in condizione di poter scegliere e che pertanto deve essere circondato – e forse anche sommerso – dalla circolazione di idee, opinioni, conoscenze, oltre che di oggetti e servizi diversi da quelli per i quali ha manifestato interesse in passato.

Il pluralismo informativo va quindi garantito non solo per la sua rilevanza sui diritti dei consumatori, aspetto questo sul quale il Regolamento europeo si sofferma in modo particolare, ma anche – anzi soprattutto – per la sua rilevanza sui processi decisionali democratici. Ecco allora che appare evidente che tale compito non possa essere svolto, secondo proprie regole e convinzioni, in autonomia dal soggetto privato che utilizza i dati e li cede a terzi bensì debba essere il precipitato della definizione di regole dalle quali non può essere escluso chi è chiamato a bilanciare tra diritti e interessi diversi, *in primis* il legislatore (*rectius* i legislatori) e i soggetti chiamati a vigilare (le Autorità garanti) sulla tutela dei dati e del pluralismo informativo nell'ecosistema digitale. Tuttavia, proprio giungendo a questa conclusione emerge in tutta la sua complessità il nodo centrale del rapporto tra Rete e democrazia, ossia l'esigenza che lo "spazio" (privato) delle piattaforme social e l'attività dei motori di ricerca cessi di essere soggetto alla sola autoregolamentazione dei gestori. Non è così nello spazio fisico e non appare più sostenibile che sia così nella realtà virtuale. La giurisprudenza sembra da qualche tempo muoversi in questa direzione³⁷ ma appare evidente che da questa riflessione i legislatori non possano continuare a rimanere estranei.

³⁷ Si pensi alle recenti sentenze che hanno visto contrapposti il social network Facebook e il movimento politico CasaPound. Per un'analisi della questione cfr. P. ZICCHITTO, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in questi stessi scritti.

Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*

SOMMARIO: 1. L'azione di contrasto al terrorismo jihadista: tra prevenzione della minaccia e percezione di (in)sicurezza. – 2. Il ruolo della tecnologia nelle misure antiterrorismo: dai *big data* all'*artificial intelligence*. – 3. Le applicazioni dell'intelligenza artificiale alla lotta al terrorismo internazionale: uno scenario ancora "*work in progress*". – 3.1. La rimozione dei contenuti terroristici *online*: dalle *partnerships* su base volontaria ai primi approcci regolatori. – 3.2. Intelligenza artificiale, *counter-terrorism measures* e diritto costituzionale: una triangolazione "pericolosa"? – 4. Osservazioni conclusive.

1. *L'azione di contrasto al terrorismo jihadista: tra prevenzione della minaccia e percezione di (in)sicurezza*

A far tempo dagli attentati dell'11 settembre 2001, che – come noto – hanno tragicamente colpito le Twin Towers e il World Trade Center di New York, le democrazie occidentali¹ si sono trovate ad affrontare un'inedita minaccia, non assimilabile ad altri fenomeni terroristici che, ben prima dell'inizio del nuovo millennio, avevano interessato diversi Paesi europei. Si pensi alla Spagna e al Regno Unito, messi alla prova dal terrorismo separatista-indipendentista rispettivamente basco e nordirlandese, ma anche all'Italia e alla Germania, che, negli anni Settanta, hanno tristemente conosciuto il terrorismo politico. Almeno apparentemente, il terrorismo internazionale di matrice jihadista non presenta – soprattutto nell'immediato *post-9/11*² – una dichiarata finalità politica, ad esempio, di carattere independentista o sovversiva(-anarchica) in senso lato, né sembra proporre una propria concezione di Stato. La "nuova" violenza terroristica si scaglia contro il "diverso", cioè il "mondo occidentale" (*rectius*, lo stile di vita occidentale), senza una precisa strategia e, almeno fino alla proclamazione del c.d. Stato islamico (IS)³, persino a prescindere dal perseguimento di un obiettivo prestabilito. Finanche la continua mutazione delle tattiche impiegate per la realizzazione degli attentati rende, se non impossibile, assai difficile prevederli, nonostante l'attenzione continua delle autorità di *law enforcement* e il potenziamento dei servizi di *intelligence*⁴, costantemente impegnati in un'azione di contrasto dalla forte curvatura preventiva. L'imprevedibilità è, in ultima analisi, il vero elemento caratterizzante del "terrore islamista".

* *L'Autrice desidera ringraziare la dott.ssa Chiara Graziani per il supporto nella ricerca bibliografica e per l'editing delle note.*

¹ Benché la prospettiva del presente lavoro sia focalizzata sull'Occidente, non si può non ricordare che il terrorismo internazionale ha colpito anche – e, in alcuni momenti storici, in misura addirittura maggiore – l'Africa e l'Asia; per avere un'idea della distribuzione geografica degli attacchi terroristici in tempi recenti, si veda *European Union Terrorism Situation and Trend Report*, 27 giugno 2019, in *Europol* (<https://www.europol.europa.eu/>)

² Il terrorismo internazionale è invero un fenomeno dinamico e multiforme; infatti, ha nel tempo subito diverse trasformazioni, tanto nella struttura quanto nelle ambizioni, sfociate nel 2014 nell'autoproclamazione dello Stato Islamico, successivamente sconfitto sul campo, stanti le perdite territoriali che si sono susseguite dal gennaio 2015 in poi, culminate nel marzo 2019, quando le Forze democratiche siriane – coalizione comprendente milizie curde, siriane e arabe – hanno liberato anche l'ultima roccaforte del "Califfato", Baghuz. Per una ricostruzione dei fatti del marzo 2019 e alcune considerazioni sulle sorti dello Stato islamico nel "*post-Califfato*", F. MARRONE-M. OLIMPIO, *La minaccia jihadista dopo il Califfato*, nelle pubblicazioni dell'*ISPI* (<https://www.ispionline.it/>), 28 marzo 2019.

³ Per un approfondimento, sia consentito il rinvio ad A. VEDASCHI, *Da al-Qā'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2016, 41 ss.

⁴ Per un quadro aggiornato sul ruolo dei servizi segreti e sul loro potenziamento nel contrasto al terrorismo, si veda D. MARTIN JONES-P. SCHULTE-C. UNGERER-M.L.R. SMITH (eds.), *Handbook of Terrorism and Counter Terrorism Post 9/11*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2019.

Vieppiù, nella maggior parte dei casi, l'attentatore-terrorista muore suicida nel commettere l'azione criminale, il che rende impossibile assicurarlo alla giustizia e sottoporlo a misure sanzionatorie *ex post facto*.

Questo scenario spiega la reazione dei governi e dei legislatori, che all'approccio *repressivo*, ovverosia volto a punire chi abbia già commesso il fatto di reato, hanno preferito quello *preventivo*, mirato ad una sorta di "tutela anticipatoria", cioè finalizzata ad evitare che situazioni potenzialmente "pericolose" evolvano nell'effettiva commissione di atti criminali. Pertanto, non pare eccessivo affermare che l'azione a forte connotazione preventiva rappresenta la vera e propria "chiave di lettura" delle attuali strategie di contrasto al terrorismo internazionale⁵.

Dall'imprevedibilità del terrorismo internazionale di matrice jihadista deriva poi la sua attitudine a generare *insicurezza* nella società. Di qui l'ambizione delle competenti autorità pubbliche di adottare misure tese a rispondere alla *percezione* di insicurezza della popolazione. Anzi, si può sostenere che, nelle agende politiche contemporanee, l'obiettivo di assicurare gli individui risulta, almeno a tratti, prevalente, rispetto a quello di proteggere effettivamente la collettività⁶.

In questo quadro emerge la duplice dimensione dell'azione di contrasto al terrorismo internazionale, giacché, a quella *oggettiva*, tesa alla concreta applicazione delle misure antiterrorismo per *garantire l'effettiva sicurezza*, si affianca quella *sogettiva*, tutta ruotata sulla capacità delle *counter-terrorism measures* di *far sentire* i singoli individui al sicuro da possibili attentati, così da assicurare la collettività nel suo insieme. Quello sogettivo è un aspetto fortemente simbolico dell'antiterrorismo, ma non per questo meno centrale nelle valutazioni, di stampo prettamente politico, tenute presente dalle autorità pubbliche nell'adozione dei provvedimenti volti a combattere l'inedita minaccia del "terrore jihadista".

Nelle democrazie avanzate, le misure di contrasto al terrorismo trovano, però, il loro limite nel nucleo essenziale dei diritti della persona, elencati dai testi costituzionali, dalle carte sovranazionali e dai trattati internazionali. Negli ultimi decenni, invero, il delicato e complesso bilanciamento tra la tutela dei diritti e le esigenze della sicurezza non solo è diventato un tema ampiamente studiato dalla dottrina⁷, italiana e straniera, ma è stato spesso portato all'attenzione delle corti⁸, tanto nazionali quanto sovranazionali. Nel decidere i casi controversi, non di rado, le corti hanno dovuto rilevare la violazione dei limiti minimi di tutela dei diritti fissati dai cataloghi costituzionali o sovranazionali. Anzi, anche allorquando non hanno escluso la possibilità teorica della legittimità della misura *counter-terrorism* sottoposta al loro scrutinio, ad esempio affrontando la questione della legittimità della sorveglianza di massa⁹, ne hanno comunque riscontrato la non conformità, sul

⁵ Per uno studio sul carattere preventivo delle diverse misure antiterrorismo, si veda C.C. MURPHY, *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

⁶ L'incertezza, generata dalla minaccia terroristica, viene spesso sfruttata dalle derive populiste, che strumentalizzano la legittima richiesta di sicurezza dei cittadini, v. M. BARBERIS, *Il cavaliere oscuro. Euristiche della (in)sicurezza*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2/2019 (in corso di pubblicazione).

⁷ In particolare, vi è chi ritiene che il rapporto libertà-sicurezza debba continuare ad essere letto secondo il canone regola-eccezione, com'era prima degli attentati del 9/11; in questo senso, si veda per tutti A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2/2013, 177 ss. Altri, invece, elevano la sicurezza al rango di diritto fondamentale, v. G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rass. parl.*, 2/2004, 427 ss. Non manca poi chi configura la sicurezza come vero e proprio «valore superprimario»: G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, 31 ss.

⁸ Con specifico riguardo alla Corte costituzionale italiana, si rinvia a P. PASSAGLIA (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e terrorismo*, Servizio studi della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), agosto 2018.

⁹ Esempio evidente è il Parere 1/15 della Corte di giustizia dell'Unione europea, con cui i giudici di Lussemburgo, pur legittimando, a livello teorico, la sorveglianza di massa come misura potenzialmente adatta a prevenire attacchi terroristici e, quindi, a tutelare la pubblica sicurezza, censurano però l'accordo internazionale stretto tra Canada e Unione europea sullo scambio di dati riguardanti il traffico aereo. Corte di giustizia dell'Unione europea, A-1/15, 26 luglio

piano pratico, alle garanzie dei diritti tutelati dalle fonti sovranazionali o costituzionali. Da questa prospettiva, si può dunque evidenziare il *gap* fra la dimensione teorica e quella pratica. In termini più chiari, benché l'azione antiterroristica, messa a punto dai *law-makers* per salvaguardare la sicurezza (o almeno la sua percezione sociale), venga, sul piano teorico-astratto, ritenuta compatibile con il quadro normativo di riferimento, sul piano pratico, non supera però il vaglio delle corti, che, in qualche caso, si spingono a formulare una serie di linee guida utili per la necessaria (successiva) opera di revisione delle misure da applicare in concreto¹⁰.

2. Il ruolo della tecnologia nelle misure antiterrorismo: dai big data all'artificial intelligence

Nel panorama appena delineato, la tecnologia ha assunto un ruolo chiave per una molteplicità di ragioni, correlate tanto alla necessità, per le autorità pubbliche, di considerare la dimensione soggettiva della sicurezza, ovvero sia della sua percezione collettiva, quanto al tentativo di bilanciare le esigenze della sicurezza con i principi cardine dello Stato di diritto (e, in particolare, garantire l'effettiva salvaguardia delle libertà personali).

In chiave diacronica, va, anzi tutto, rilevato che il diffondersi della minaccia terroristica internazionale si è combinato con la rapidissima evoluzione della tecnologia¹¹, che ha indubbiamente caratterizzato i primi venti anni di questo secolo. Infatti, da strumenti a disposizione di una ristretta *élite*, Internet e le altre tecnologie digitali si sono trasformati in vere e proprie "pertinenze" di ciascun individuo. Tale pervasività dell'utilizzo del mezzo tecnologico lo ha trasformato in una sorta di "arma a doppio taglio": da una parte, è ben noto come i terroristi islamisti la sfruttino quale efficace mezzo di radicalizzazione, indottrinamento e reclutamento¹²; dall'altra, sono altrettanto indubbi i vantaggi offerti dalla tecnologia alle autorità pubbliche impegnate nella lotta al terrorismo internazionale.

A tal proposito, sembra utile richiamare, benché in estrema sintesi, i principali *tools* tecnologici impiegati per contrastare il terrorismo di matrice jihadista.

Fin dalle prime reazioni dei legislatori alla minaccia terroristica, è risultata evidente la scelta di utilizzare le tecnologie a scopo di raccolta, conservazione e analisi di dati potenzialmente utili a monitorare attività sospette¹³. Con il passare del tempo, scandito dai progressi della tecnologia, le attività di sorveglianza hanno assunto un carattere massivo. La possibilità di avere a disposizione, incrociare e analizzare rapidamente, grazie alla c.d. *big data analytics*¹⁴, un significativo numero di

2017. A. VEDASCHI, *L'Accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. cost.*, 4/2017, 1913 ss.

¹⁰ Emblematico, in questo senso, è ancora il Parere 1/15, adottato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea il 26 luglio 2017, cit., nota 9, spec. §§ 154-231.

¹¹ Invero, la tecnologia ha un impatto rilevante su un amplissimo novero di attività umane; cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rass. parl.*, 4/2012, 811 ss.

¹² La rete è usata anche per lo scambio di informazioni tra i membri delle "cellule del terrore" e, addirittura, per l'organizzazione di attentati. Tuttavia, queste comunicazioni si svolgono solitamente sul c.d. *dark web*, ossia una parte della rete che non viene indicizzata dagli ordinari motori di ricerca e che necessita di chiavi di accesso particolari. Sul punto v. G. WEIMANN, *Going Dark: Terrorism on the Dark Web*, in *39 Studies in Conflicts and Terrorism*, 2016, 195 ss.

¹³ Si veda, per esempio, il *Patriot Act*, che costituisce l'immediata risposta degli Stati Uniti d'America agli attacchi dell'11 settembre 2001. *Patriot Act*, P.L. 107-56, Oct. 26, 2001. Su questa legislazione, tra i tanti, D. COLE, *Oversight of the USA Patriot Act: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong., Apr. 5, May 10, 2005*, in *Georgetown University Law Center*, 2005 e K.L. SCHEPPELE, *Exceptions that Prove the Rule. Embedding Emergency Government in Everyday Constitutional Life*, in J.K. TULIS-S. MACEDO (eds.), *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2010, 124 ss.

¹⁴ Va notato, infatti, che per funzionare gli algoritmi hanno necessità di un'enorme quantità di dati. Sul rapporto fra algoritmi e *big data*, v. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 71 ss.

dati ha richiesto la predisposizione di strumenti giuridici che regolassero l'utilizzo di queste tecniche (cioè dei meccanismi usati per processare le informazioni)¹⁵. Su tale versante, va segnalato l'affinamento di metodi quali la criptoanalisi (*signals intelligence*)¹⁶ e la costruzione di enormi *databases* in grado di conservare e confrontare i c.d. metadati, in modo da consentire la profilazione¹⁷ degli individui, ora non più volta, come era prima dell'11 settembre 2001, a fini meramente commerciali, bensì orientata in un'ottica criminal-preventiva.

Non di rado, si sono posti dubbi sulla compatibilità di questi strumenti con i diritti della persona, quali quelli della *privacy*, della *data protection*, ma anche con principi fondamentali, come ad esempio la presunzione di innocenza. Chiamate a verificare questi dubbi di legittimità, le corti si sono spesso pronunciate censurando specifici aspetti delle normative adottate per autorizzare e regolare l'impiego delle menzionate tecniche di sorveglianza¹⁸.

Le tecnologie in parola, sebbene portate a livelli assai avanzati grazie ai progressi della ricerca, si caratterizzano, almeno in un primo momento, per essere strumenti che non si autoprogrammano. In altre parole, essi, ricevuti certi dati come *input*, sono in grado di analizzarli, combinarli e confrontarli, in modo assai rapido ed efficiente, ma non riescono a fare operazioni autonome capaci di sfociare in un *output* originale.

La situazione è, tuttavia, cambiata. Da alcuni anni, la c.d. intelligenza artificiale sta conoscendo un rapidissimo sviluppo, testimoniato dall'elaborazione di algoritmi "intelligenti"¹⁹, che vengono sfruttati per facilitare, velocizzare e migliorare un altissimo numero di attività umane²⁰.

L'"intelligenza artificiale" consente agli algoritmi di programarsi e affinarsi in autonomia. In questo senso, sono intuibili le implicazioni etiche, tant'è che la Commissione europea, dopo avere istituito, nel giugno 2018, un gruppo di esperti indipendenti sull'intelligenza artificiale, ha reso pubblico, nell'aprile 2019, un documento intitolato "Orientamenti etici per un'IA affidabile"²¹. L'intelligenza artificiale è qui definita come quell'insieme di «[s]istemi software (ed eventualmente

¹⁵ V., ad esempio, la possibilità di analizzare i c.d. metadati, cioè dati di comunicazione che non rivelano il contenuto della stessa, ma consentono di conoscere significative informazioni afferenti ad essa (la durata di una chiamata telefonica, il luogo da cui viene inviata una email, l'orario in cui si accede ad un determinato sito, ecc.). Sul punto, E. GUILD-S. CARRERA, *The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive*, CEPS Paper in Liberty and Security, CEPS, Brussels, 2014.

¹⁶ Si tratta di un'attività consistente nel raccogliere informazioni grazie all'intercettazione e all'analisi di comunicazioni cifrate che vengono decrittate. Sul punto, M.V. HAYDEN, *Balancing Security and Liberty: The Challenge of Sharing Foreign Signals Intelligence*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2005, 247 ss.

¹⁷ In tema di profilazione, si veda H. DUFFY, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 637 ss.

¹⁸ Cfr. supra, § 1, spec. nn. 9 e 10. Già prima del Parere 1/15 sulla raccolta e analisi dei dati PNR, la Corte di giustizia dell'Unione europea si era distinta per un attento scrutinio sulle tecniche di sorveglianza di massa. Tra le decisioni più importanti, si vedano: Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*; Id., sent. 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems*; Id., sent. 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB*. Altri casi sono attualmente pendenti dinanzi la Corte di Lussemburgo; in particolare: causa C-523/17, *Privacy International*; cause riunite C-511/18, *La Quadrature du Net et al.* e C-512/18, *French Data Network et al.*; causa C-520/18 *Ordre des barreaux francophones et germanophone et al.*; causa C-311/18, *Schrems*.

¹⁹ Basati su tecniche di *machine learning* e *deep learning*. Il *machine learning* è una branca dell'intelligenza artificiale volta a migliorare, grazie all'applicazione di metodi statistici, la *performance* di un algoritmo. Per questo motivo, si parla anche di "tecniche di apprendimento automatico". Il *deep learning* è, a sua volta, una branca del *machine learning*, i cui algoritmi funzionano "su più livelli" e ricalcano la struttura delle reti neurali del cervello umano (ci si riferisce a queste tecniche, infatti, anche con il nome di "reti neurali artificiali"). B. GANOR, *Artificial or Human: A New Era of Counterterrorism Intelligence?*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, 1/2019, 1 ss.

²⁰ Si veda sul tema, con un approccio critico dal punto di vista del diritto costituzionale, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, Speciale/2019, 101 ss.

²¹ GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, 8 aprile 2019.

hardware) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato». Lo stesso documento precisa, poi, che questi sistemi possono persino «adattare il loro comportamento analizzando gli effetti che le loro azioni precedenti hanno avuto sull'ambiente». Si tratta, quindi, di assetti che sono in grado di simulare i processi logici propri dell'intelligenza umana, imparando e applicando un ragionamento, in alcuni casi addirittura autocorreggendosi (il che implica la possibilità che essi commettano errori)²².

Alla luce del quadro delineato nel paragrafo introduttivo e con specifico riferimento al settore delle misure antiterrorismo, l'utilità di queste tecniche risulta palese. In un contesto in cui la prevenzione è il fattore alla base di tutte le strategie adottate, strumenti che applichino ragionamenti autonomi capaci di creare nuove conoscenze e, dunque, di prevedere (allo scopo di prevenire) possibili sviluppi di fatti e/o comportamenti pericolosi potrebbero, in effetti, costituire un punto di svolta nel *counter-terrorism*.

Sul versante parallelo, e di estremo interesse per il giurista costituzionalista, occorre però valutare se e fino a che punto l'applicazione di queste tecnologie resti compatibile con la tutela dei diritti della persona e non implichi restrizioni non proporzionate²³ degli stessi.

3. Le applicazioni dell'intelligenza artificiale alla lotta al terrorismo internazionale: uno scenario ancora "work in progress"

Ferma l'utilità dell'intelligenza artificiale, il suo concreto impiego nel *counter-terrorism* è, ad oggi, piuttosto limitato e, per larga parte, ancora in fase sperimentale. Pare tuttavia utile menzionare gli ambiti di effettiva o almeno potenziale applicazione. In primo luogo, queste tecniche possono essere sfruttate per tentare di prevenire la radicalizzazione. A tal proposito, va subito detto che non esiste una definizione universalmente condivisa di radicalizzazione, per quanto non siano mancati sforzi definitori a livello internazionale²⁴. Sul piano empirico, può enfatizzarsi il fine dell'azione radicalizzante, che, nel propagandare un'intonazione integralista dell'Islam, induce gli individui (non necessariamente geograficamente, culturalmente e/o religiosamente vicini all'estremismo islamico) ad abbracciare un'impostazione religiosa estremista e totalizzante, a prescindere dalla commissione di azioni criminali. L'idea è quella di far nascere un sentimento di inclusione e, quindi, un vincolo di appartenenza ad una comunità, appunto quella jihadista, in coloro che, non integrandosi nel tessuto sociale di provenienza, scoprono un'identità "nuova" nelle prospettive offerte dall'Islam radicale²⁵.

²² Su questi aspetti, v. K. MCKENDRICK, *Artificial Intelligence Prediction and Counterterrorism*, in *Chatham House*, (<https://www.chathamhouse.org/>: copiare il link sul browser), 9 August 2019. Sulla possibilità di errore, v. *infra* nel presente lavoro.

²³ Sul principio di proporzionalità e sul suo ruolo nel giudizio di bilanciamento tra valori, si veda, per tutti, A. STONE SWEET-J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance. A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

²⁴ V., ad esempio, l'*Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General*, 21 July 2016, A/HRC/33/29, che definisce la radicalizzazione come «a process through which an individual adopts an increasingly extremist set of beliefs and aspirations. This may include, but is not defined by, the willingness to condone, support, facilitate or use violence to further political, ideological, religious or other goals».

²⁵ Sui legami tra radicalizzazione e marginalizzazione sociale, E. SANTORO, *La trappola dell'identità culturale: dal multiculturalismo alla radicalizzazione*, in G. CERRINA FERONI-V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 87 ss.

Orbene, l'intelligenza artificiale può essere utilizzata per identificare coloro che sono più vulnerabili e, perciò, maggiormente esposti agli sforzi radicalizzanti dei gruppi terroristici. Ad esempio, il c.d. metodo *Redirect* – sviluppato da Jigsaw, una *subsidiary* di Google – consiste in un sistema algoritmico in grado di riconoscere i profili degli individui potenziali *targets* della narrativa dell'odio. Nello specifico, si testa l'algoritmo sul discorso islamista, in modo da insegnargli i vocaboli e le frasi utilizzati dalla retorica jihadista. Una volta che si è così programmato l'algoritmo, lo si usa per intercettare l'utente di Internet sensibile al discorso terroristico, allo scopo di "re-indirizzarlo" a pagine *web* che contengano la c.d. contro-narrativa. Quest'ultima dovrebbe essere capace di deflazionare la possibilità di adesione ad ideologie violente o comunque estremiste.

Una seconda forma di "tecnologia intelligente" utile nella lotta al terrorismo internazionale è offerta dalla capacità degli algoritmi di procedere al riconoscimento facciale²⁶, testato, in via ancora sperimentale²⁷, dalle autorità di *law enforcement* di vari Paesi, non solo europei, a fini antiterroristici e, più in generale, per attività di prevenzione del crimine. Come noto, a scopi identificativi, i sistemi di riconoscimento facciale estraggono e processano dati biometrici del viso di individui (raccolti grazie a telecamere poste in luoghi pubblici) per confrontarli con altri volti contenuti in *databases* di persone sospettate di terrorismo oppure effettivamente già condannate per questo tipo di reati²⁸.

Un terzo impiego dell'intelligenza artificiale si deve agli obblighi fissati dalle normative finalizzate a prevenire il riciclaggio del denaro e, in particolare, il finanziamento del terrorismo. Più nello specifico, il regolamento (UE) 2015/847²⁹ e la direttiva (UE) 2015/849³⁰ prescrivono alle banche e agli intermediari finanziari precisi doveri di monitoraggio sulle transazioni finanziarie poste in essere dai titolari di conto corrente, per evitare che vengano portati a compimento i reati appena menzionati. Le disposizioni euro-unitarie, invero, non richiedono che questi obblighi vengano adempiuti necessariamente impiegando strumenti di intelligenza artificiale; cionondimeno, gli enti creditizi e gli intermediari di maggiori dimensioni hanno ritenuto vantaggioso investire in sistemi algoritmici in grado di tracciare le transazioni e rilevare spostamenti di denaro sospetti³¹.

²⁶ Si veda lo studio della FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Facial Recognition Technology: Fundamental Rights Consideration in the Context of Law Enforcement*, 21 November 2019.

²⁷ Nel campo dell'immigrazione, invece, questa tecnologia risulta già largamente in uso per i riconoscimenti alle frontiere. Regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006, in *G.U.*, L 312, del 7.12.2018, 14–55.

²⁸ La prima pronuncia di una corte sull'utilizzo di un sistema di riconoscimento facciale si è avuta da parte della High Court of Justice of England and Wales, che, nel settembre 2019, ha esaminato l'utilizzo, nell'ambito di grandi eventi sportivi, di un sistema di riconoscimento facciale da parte della polizia locale del Galles del Sud. *R(Bridges) v. The Chief Constable of South Wales Police et al.*, [2019] EWHC 2341. V., per un primo commento della decisione, A. PIN, *Non esiste la "pallottola d'argento": l'Artificial Face Recognition al vaglio giudiziario per la prima volta*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 4/2019, 3075 ss.

²⁹ Regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006, in *G.U.*, L 141, del 5.6.2015, 1–18.

³⁰ Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, in *G.U.*, L 141, del 5.6.2015, 73–117.

³¹ In base alla normativa citata, i soggetti in questione devono altresì riferire tali movimenti alle *financial intelligence units* (FIUs), istituite presso ciascuno Stato membro. Le FIUs sono state introdotte negli Stati membri dell'UE ai sensi della precedente disciplina in tema di antiriciclaggio, ossia la Direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, in *G.U.*, L 309, 25.11.2005, 15–36. Essa è stata poi abrogata dalla successiva Direttiva (UE) 2015/849 (cit., nota 30), che perpetua l'obbligo, per tutti gli Stati membri, di mantenere una FIU.

Un'ulteriore applicazione dell'intelligenza artificiale si basa sulla capacità degli algoritmi di analizzare i metadati delle comunicazioni che avvengono *online*³², in modo da individuare comportamenti potenzialmente pericolosi e segnalarli alle competenti autorità pubbliche. A tal riguardo, merita di essere menzionata l'esperienza francese, dove la *loi* 2015-912³³ permette ai servizi di *intelligence* di utilizzare questo tipo di algoritmi, detti *boîtes noires*, su autorizzazione del Primo Ministro, sentito il parere della *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, ancorché a prescindere da qualsiasi vaglio giurisdizionale di tipo preventivo.

L'ultimo settore di applicazione degli algoritmi, sempre in un'ottica *counter-terrorism*, è quello della rimozione dei messaggi a sfondo terroristico, che vengono quotidianamente diffusi attraverso la rete³⁴. Data la difficoltà di esercitare un continuo ed efficace monitoraggio "umano" della narrativa dell'odio in generale, e di quella terroristica in particolare, *service providers*, *hosting providers*, *social networks* e motori di ricerca stanno investendo risorse e ricerca in apparati tecnologici in grado di riconoscere i contenuti terroristici, violenti e/o pericolosi³⁵, così da rimuoverli, in adempimento alle proprie *policies* interne e – a partire da tempi recenti – anche in ottemperanza di atti normativi³⁶. Tale scenario merita di essere indagato da un punto di vista giuridico, soprattutto alla luce della possibile limitazione di diritti fondamentali – quale, ad esempio, quello della libertà di espressione – che può derivare da interventi legislativi in tal senso.

3.1. La rimozione dei contenuti terroristici online: dalle partnerships su base volontaria ai primi approcci regolatori

Per esaminare l'utilizzo delle tecniche "intelligenti" di intercettazione e rimozione dei contenuti terroristici *online*, al fine di indagarne l'impatto sui principi basilari del diritto costituzionale, è opportuno, in via preliminare, focalizzarsi sulle fonti dalle quali deriva l'obbligo di eliminazione. Invero, la parola "obbligo", in questa sede, potrebbe rivelarsi parzialmente impropria. Infatti, perlomeno in un primo momento, non si rinvenivano atti giuridici vincolanti – né a livello nazionale né, tantomeno, a quello sovranazionale³⁷ – che richiedessero l'espunzione di tali contenuti "pericolosi" dai motori di ricerca e dalle principali piattaforme digitali. Esistevano (e sono ancora operative), piuttosto, una serie di *partnerships*, costituite su base volontaria, tra gli operatori della *Internet Communication Technology* (ICT) e le competenti autorità pubbliche, rispetto alle quali i primi si impegnano a monitorare i contenuti da loro ospitati e, se del caso, segnalarli per garantirne la rimozione³⁸. Al giorno d'oggi, pur essendo innegabile la tendenza alla "normativizzazione" di

³² Ad esempio, gli indirizzi IP utilizzati, i siti *web* visitati. V. *supra*, nota 15. Sul punto, F. TRÉGUER, *From Deep State Illegality to Law of the Land: The Case of Internet Surveillance in France*, in HAL (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/>), 2016.

³³ *Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*. V. M-A. GRANGER, *Oversight of the State Emergency in France*, in B.J. GOOLD-L. LAZARUS (eds.), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2019, 389 ss.

³⁴ V. *infra*, § 3.1.

³⁵ S. STUART MACDONALD-S. GIRO CORREIA-A.-L. WATKINS, *Regulating Terrorist Content on Social Media: Automation and the Rule of Law*, in 15 *International Journal of Law in Context*, 2019, 183 ss.

³⁶ V. *infra*, § 3.1.

³⁷ Tuttavia, possono segnalarsi dei generici riferimenti al tema della collaborazione fra autorità pubbliche e operatori del *web*. Si vedano, ad esempio, le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che, a far tempo dal 2013, invitano gli Stati membri ad agire contro il terrorismo *online*, anche suggerendo forme di cooperazione con il settore privato e con la società civile: Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, Risoluzione 2129/2013, 17.12.2013, S/RES/2129(2013).

³⁸ C. KAVANAGH et al., *Terrorist use of the Internet and cyberspace: issues and responses*, in M. CONWAY et al. (ed.), *Terrorists' Use of the Internet: Assessment and Response*, IOS Press, Amsterdam, 2017, 1 ss.

queste collaborazioni, che sarà meglio illustrata nel prosieguo, si deve osservare che si tratta di un *trend* ancora in una fase iniziale.

Tra le forme di cooperazione volontaria, la prima che va menzionata, ai fini di questo studio, è il Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT). Il GIFCT è stato istituito nel 2017, ma rappresenta la formalizzazione di una collaborazione preesistente, benché meno strutturata, fra le più importanti società dell'ICT (Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube), poi allargata a entità istituzionali, fra cui le Nazioni Unite³⁹. Nell'aderire al GIFCT, i soggetti coinvolti si impegnano alla rimozione di contenuti potenzialmente pericolosi, senza pregiudicare l'essenza del fondamentale diritto alla libera manifestazione del pensiero⁴⁰; e, in parallelo, si dedicano a finanziare la ricerca sullo sviluppo di mezzi tecnologici finalizzati a prevenire la diffusione *online* del terrorismo. Se si escludono i riferimenti esplicativi rinvenibili sul sito *web* del GIFCT, poco è conoscibile, a livello concreto, sull'organizzazione del Forum e sulle sue modalità di azione. Anzi, diversi dubbi sono sollevati tanto sulla mancanza di trasparenza quanto sulla struttura della *governance* del GIFCT, ruotata intorno ad un *executive board* in cui siedono rappresentanti dei soli membri fondatori, i quali risultano peraltro essere società private (Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube).

Altra esperienza simile al GIFCT, ma circoscritta all'ambito euro-unitario, è l'EU Internet Forum. Quest'ultimo è stato costituito nel 2015 – prima, quindi, del GIFCT – con il preciso compito di contrastare il terrorismo *online*. L'EU Internet Forum riunisce rappresentanti dei governi degli Stati membri UE – di regola, i Ministri dell'Interno –, di Europol e delle più importanti società ICT. Si tratta di un *forum* di dialogo fra i soggetti pubblici e i privati, finalizzato a discutere le misure più efficaci ad integrare una proficua collaborazione tra le competenti autorità e gli operatori del settore, al fine di prevenire e contrastare le attività radicalizzanti⁴¹. Questa cooperazione di natura volontaria⁴² ha, tuttavia, un significativo impatto, se si considera che, proprio nel dare seguito all'attività del Forum, dal 2015 in poi, i “giganti del *web*” hanno apportato rilevanti modifiche alle proprie *policies*, che ora prevedono, nella quasi totalità dei casi, un'intensa attività di monitoraggio, segnalazione e, conseguente, eventuale rimozione dei messaggi a contenuto radicalizzante o terroristico in senso lato.

Queste *partnerships*, basate sulla collaborazione volontaria tra aziende private e autorità pubbliche, sono presenti anche all'interno dei singoli Stati. Si pensi, ad esempio, al Regno Unito – che solo di recente si è lasciato alle spalle l'esperienza euro-unitaria –, dove specifici corpi di polizia (Counter Terrorism Internet Referral Unit – CTIRU) lavorano in collaborazione con i gestori di motori di ricerca e di piattaforme digitali, nell'intento di individuare il “rischio radicalizzazione”⁴³.

Va poi rilevata la tendenza alla “normativizzazione” di queste esperienze, dovuta all'adozione di leggi e di altre fonti giuridicamente vincolanti che obbligano alla rimozione dei contenuti a sfondo terroristico. Ad esempio, già dal 2017, il legislatore federale tedesco ha imposto alle società ICT l'eliminazione della narrativa terroristica dalle proprie piattaforme, a pena di pesanti sanzioni pecuniarie, in caso di mancata *compliance*⁴⁴. Sulla stessa linea, le Istituzioni europee stanno discutendo una proposta di regolamento, presentata dalla Commissione nel settembre 2018,

³⁹ Più nel dettaglio, tale cooperazione vede come *partner* Tech Against Terrorism, un programma implementato dal Counter Terrorism Executive Directorate delle Nazioni Unite.

⁴⁰ V. *Evolving an Institution*, in *Global Internet Forum to Counter Terrorism, GIFCT* (<https://gifct.org/>).

⁴¹ L'EU Internet Forum, in effetti, lavora a stretto contatto con il Radicalization Awareness Network, un *hub* che riunisce esperti di radicalizzazione impegnati ad implementare misure di prevenzione e di de-radicalizzazione.

⁴² Si tratta di una misura adottata nell'ambito della strategia antiterrorismo dell'Unione europea approvata nel 2015. V. *Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2015 sulle misure antiterrorismo* (2015/2530(RSP)).

⁴³ Sul tema, si veda C. WALKER, *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁴⁴ *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (2017). T. VAN BENTHEM, *Social Media Actors in the Fight against Terrorism: Technology and its Impact on Human Rights*, in *7 Cambridge International Law Journal*, 2018, 284 ss.

«relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online»⁴⁵. Il testo, attualmente sottoposto alla prima lettura del Consiglio, assicura ampi margini di autonomia ai “giganti della tecnologia”, che sono chiamati non solo a monitorare i contenuti, ma pure, se del caso, a rimuoverli proattivamente⁴⁶.

È presumibile che da tale approccio normativo, nazionale e sovranazionale, finirà per rafforzare le menzionate *partnerships*, come il GIFCT e l’EU Internet Forum, la cui attività non rappresenterà più un’autonoma scelta dei vari operatori, bensì l’implementazione di un obbligo giuridico.

Tratto comune di tutte le forme di cooperazione – da quelle che dipendono dal mero consenso degli *stakeholders* a quelle “normativizzate” – è il non trascurabile margine discrezionale lasciato agli operatori tecnologici nelle modalità impiegate per la rilevazione dei contenuti da attenzionare e, eventualmente, eliminare. Di conseguenza, questi soggetti privati, anche sulla spinta del ruolo centrale che la prevenzione del terrorismo gioca nel discorso socio-politico contemporaneo⁴⁷, si sono impegnati in un uso efficiente della tecnologia a loro disposizione. In particolare, hanno introdotto forme di automazione (inclusa quella “intelligente”, perché capaci di imparare dalla propria esperienza) volte ad adempiere agli obblighi – o perlomeno, a rispettare gli impegni – sottoscritti. Del resto, data l’enorme quantità di contenuti quotidianamente postati sulle diverse piattaforme, non ricorrere a forme di intelligenza artificiale significherebbe, di fatto, rinunciare alla possibilità di un controllo capillare su quanto condiviso dagli utenti. Sul piano empirico, i dati più aggiornati mostrano l’utilità di questi meccanismi: negli ultimi sei mesi del 2018, ad esempio, YouTube ha rimosso circa 150,000 video contenenti riferimenti al terrorismo e il 98% di essi era stato segnalato dagli algoritmi a disposizione della piattaforma⁴⁸.

È infine interessante notare che gli algoritmi impiegati dai principali motori di ricerca e *social media* sono di varia natura; e, benché lo studio che si propone non abbia un carattere tecnico, si ritiene comunque utile richiamarli sinteticamente, allo scopo di una migliore comprensione dei problemi di stampo giuridico che essi possono innescare. Una prima tecnica è quella dell’*image matching*: se un utente carica un’immagine, sia essa una foto o parte di un *link*, dotata di caratteristiche comuni con un’altra rappresentazione grafica che il sistema ha “imparato” essere di tipo terroristico, l’immagine in questione viene segnalata (*flag*) e, automaticamente, “candidata” alla rimozione. Vi è poi il c.d. *language understanding*: l’algoritmo viene programmato per essere in grado di identificare alcune parole e sintagmi ricorrenti in scritti di tipo terroristico ed è capace di riconoscerli nel caso in cui appaiano nei *posts* pubblicati dagli utenti. Una terza tecnica è il *terrorist cluster*: l’intelligenza artificiale segnala profili che hanno legami con potenziali terroristi: ad esempio, perché stringono collegamenti via Facebook con utenze che sono state rimosse per propaganda terroristica. Alcuni algoritmi sono, addirittura, in grado di individuare la recidiva, ossia riescono a comprendere quando un soggetto, il cui *account* è già stato disabilitato, perché ritenuto “pericoloso”, crea altri profili “fittizi”, così da riproporsi sulla piattaforma *online*, nonostante la precedente esclusione⁴⁹.

⁴⁵ COM (2018) 640 final.

⁴⁶ Per un’analisi critica della bozza di regolamento, M. SCHEININ, *The EU Regulation on Terrorist Content: An Emperor without Clothes*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 30 January 2019.

⁴⁷ A tal proposito, è emblematico il discorso pronunciato da Theresa May durante il World Economic Forum 2018. L’ex Primo Ministro britannico rilevava la necessità «to move further and faster in reducing the time it takes to remove terrorist content online», anche «automatically».

⁴⁸ S. WOJCIKI, *Expanding our work against abuse of our platform*, YouTube Official Blog, 4 December 2017.

⁴⁹ Su queste tecniche, si rinvia a S. MACDONALD et al., *Regulating terrorist content on social media: automation and the rule of law*, in *15 International Journal of Law in Context*, 2019, 183 ss.

3.2. *Intelligenza artificiale, counter-terrorism measures e diritto costituzionale: una triangolazione “pericolosa”?*

Le tecniche appena descritte, adottate sia nell’ambito della cooperazione volontaria sia in adempimento di obblighi fissati da fonti giuridiche vincolanti – già in vigore o in corso di adozione nelle competenti sedi⁵⁰ – pongono diversi spunti di riflessione. In particolare, da una prospettiva pubblicistica, sembrano emergere potenziali “punti di attrito” tra l’innovazione tecnologica e il diritto costituzionale.

In prima battuta, è il caso di rilevare che tutti gli scenari descritti – dal GIFCT alla “normativizzazione” degli obblighi di *screening* del *web* e, conseguente, rimozione dei contenuti “pericolosi” – vedono al centro la necessaria cooperazione fra autorità pubbliche e operatori privati del settore (i c.d. giganti del *web*), che rispondono alla classica logica di mercato⁵¹. In quest’ottica, va segnalata una sorta di inesorabile “privatizzazione” di attività tipicamente di spettanza delle pubbliche autorità, peraltro particolarmente delicate, quali quelle della prevenzione e della repressione del crimine.

Come anticipato, questa “esternalizzazione” risulta, da un certo punto di vista, inevitabile: le autorità pubbliche non sempre dispongono della tecnologia necessaria né delle adeguate risorse finanziarie per un attento e costante monitoraggio del *web*; e, anche nel caso in cui gli strumenti tecnici a loro disposizione consentissero, in astratto, tale attività, non avrebbero la possibilità di accedere agli spazi virtuali messi a disposizione della rete, senza una previa autorizzazione giudiziaria. Nello sforzo di cooperazione finalizzato al contrasto del crimine, il raggio di azione accordato al settore privato dal potere pubblico è nondimeno piuttosto ampio. In effetti, persino i – pochi – atti normativi che affrontano il problema presentano tratti di vaghezza e genericità, da cui deriva il sistematico rinvio alle *policies* interne, adottate da attori come Google, Facebook e dagli altri operatori della rete.

Tra gli aspetti sui quali viene lasciata discrezionalità agli attori privati vi è, ad esempio, il profilo definitorio. Come è noto, l’individuazione dei caratteri propri del concetto di “terrorismo” occupa gli studiosi da ben prima dell’11 settembre 2001 e, ad oggi, non esiste una definizione universalmente accettata del fenomeno, né a livello di diritto positivo né da parte degli studi dottrinali⁵². Questa incertezza, se non vera e propria lacuna, lascia un non trascurabile margine alle piattaforme digitali: sono i loro algoritmi a decidere se e quando un contenuto presenta *standards* di pericolosità, ad esempio perché propaganda l’islamismo jihadista⁵³, e vada, di conseguenza, rimosso.

⁵⁰ Si pensi alla proposta di regolamento dell’Unione europea, che, se adottata, armonizzerà le legislazioni degli Stati membri sul punto. V. *supra*, nn. 45 e 46.

⁵¹ La massimizzazione del profitto, anziché dell’interesse pubblico. A tal proposito, non mancano però le teorie di coloro che, nel rilevare il non coinvolgimento degli operatori di settore nelle “agende securitarie” di legislatori e governi, sostengono la possibilità di un approccio oggettivo e asettico dei privati nei confronti del bilanciamento sicurezza-libertà, con il minor rischio di sacrificare il secondo elemento del binomio a vantaggio del primo. In questo senso, J.D. MICHAELS, *All the President’s Spies: Private-Public Intelligence Partnerships in the War on Terror*, in 96 *California Law Review*, 2008, 924 ss.

⁵² Con riferimento al *pre-9/11*, si veda B. GANOR, *Defining Terrorism: Is One Man’s Terrorist Another Man’s Freedom Fighter?*, in 3 *Police Practice and Research*, 2002, 287 ss. In relazione ai tentativi definitivi *post-9/11*, M. SCHEININ-M. VERMEULEN, *Unilateral Exceptions to International Law: Systematic Legal Analysis and Critique of Doctrines that Seek to Deny or Reduce the Applicability of Human Rights Norms in the Fight against Terrorism*, EUI Law Working Papers, 2010/08, 20 ss.

⁵³ Ad esempio, Twitter definisce terroristici le organizzazioni che «identify through their stated purpose, publications, or actions as an extremist group; have engaged in, or currently engage in, violence and/or the promotion of violence as a means to further their cause; and target civilians in their acts and/or promotion of violence» (Twitter, *Terrorism and*

Abbandonare questa delicata operazione definitoria a soggetti privati significa però affidare loro un ruolo che può essere accostato al *law-making*: agli operatori di settore viene infatti consentito di individuare (*rectius*, delineare) le fattispecie alle quali si ricollega un effetto limitativo di diritti (anzi tutto, la libera manifestazione del pensiero). Si è davanti ad un'attività che si caratterizza, da un punto di vista sostanziale, come "para-legislativa".

Quella "para-legislativa" non è però l'unica funzione tipicamente pubblicistica che viene "delegata" a soggetti di natura privatistica. Nell'agire proattivamente – come peraltro espressamente richiesto, ad esempio, dalla proposta di regolamento dell'Unione europea, sopra menzionata – per la rimozione di *posts* e altro materiale a sfondo terroristico diffuso in rete, motori di ricerca, *social media* e altri attori del *web* assolvono a funzioni, *de facto*, di tipo esecutivo. Tuttavia, nella concezione classica del diritto costituzionale, qualsiasi azione dell'esecutivo e degli organi da esso dipendenti deve ispirarsi, almeno in linea generale⁵⁴, a canoni di trasparenza e di pubblicità, affinché sia garantito il vaglio tanto delle corti, viste come necessario "contropotere", chiamato a frenare possibili abusi e/o derive dei poteri politicamente sensibili, quanto dell'opinione pubblica, alla quale i poteri dello Stato, in ultima istanza, devono rispondere, almeno negli assetti democratici.

Orbene, nel caso in cui un motore di ricerca provveda alla rimozione di un contenuto digitale segnalato da un algoritmo "intelligente", tale trasparenza non viene garantita, giacché il procedimento seguito per decidere l'eliminazione del messaggio resta coperto dal segreto industriale. In altre parole, il funzionamento concreto dell'algoritmo non è mai reso interamente noto, poiché fa parte dell'assetto proprietario dell'azienda che lo ha elaborato. Dunque, se l'*iter* logico seguito dal decisore non è trasparente, è chiaro che l'eventuale contestazione dei suoi passaggi è oltremodo difficile, se non impossibile. Di conseguenza, altrettanto complesso risulta essere lo scrutinio, da parte di un giudice, circa la legittimità delle misure prese in esito al processo decisionale della macchina⁵⁵.

Infine, persino la funzione giurisdizionale pare essere toccata dal progressivo "assorbimento" nell'orbita dei "giganti del *web*". Di recente, Facebook ha annunciato l'imminente creazione di un *Oversight Board*⁵⁶, che dovrebbe entrare in funzione dai primi mesi del 2020. L'*Oversight Board*

Violent Extremism Policy, updated March 2019). Nell'ambito della stessa *policy*, Twitter si impegna a identificare e rimuovere i relativi *posts*.

⁵⁴ Ferma l'eccezione del segreto di Stato, tradizionalmente considerato punto di tensione tra le esigenze di trasparenza dell'azione pubblica e la sicurezza nazionale. Sul punto, sia consentito rinviare ad A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in 66 *The American Journal of Comparative Law*, 2018, 877 ss.

⁵⁵ L'algoritmo è notoriamente soggetto al rischio di errore. L'errore algoritmico può dipendere da diversi fattori. In primo luogo, possono esistere *biases* interni al sistema, ossia l'algoritmo potrebbe essere stato costruito in modo discriminatorio nei confronti di particolari categorie di persone. In secondo luogo, l'errore potrebbe dipendere da malfunzionamenti tecnici; ad esempio, si è dimostrato che, nel caso del riconoscimento facciale, l'algoritmo distingue con maggiore difficoltà visi di persone di colore. Sui rischi di discriminazione rispetto al colore della pelle arrecati da algoritmi di riconoscimento facciale – utilizzati, però, nel settore commerciale – si rinvia a J. BUOLAMWINI-T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in 81 *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, 1 ss. Sui possibili *biases* dei sistemi di intelligenza artificiale, *Houston Federation of Teachers v. Houston Independent School District*, United States District Court, S.D. Texas, Houston Division, 251 F.Su3d 1168 (2017), che giudica discriminatorio un *software* algoritmico utilizzato per la valutazione delle *performance* degli insegnanti. V., inoltre, Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016, in cui l'utilizzo di un algoritmo predittivo in ambito giudiziario penale viene invece ritenuto legittimo e non foriero di discriminazioni.

⁵⁶ Si veda il *post* di M. Zuckerberg, *A blueprint for content governance and enforcement*, 15 November 2018. L'*Oversight Board* è stato poi giornalmisticamente chiamato "Facebook Supreme Court". Per una riflessione sui rischi derivanti dall'introduzione dell'*Oversight Board*, Q. WEINZIERL, *Difficult Times Ahead for the Facebook „Supreme Court“*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 21 September 2019.

dovrà pronunciarsi sulle doglianze di utenti che lamentano l'ingiusta eliminazione di contenuti postati sulla rete. I membri di questo organo saranno, seppur indirettamente⁵⁷, nominati dal consiglio di amministrazione di Facebook. Pertanto, la composizione non assicura i caratteri di terzietà, indipendenza e imparzialità, propri invece della funzione giurisdizionale tradizionalmente intesa.

Sembra, dunque, che i poteri riconducibili alla classica triade montesquieuiana siano tutti, sebbene con diverse modalità e in differente misura, in qualche maniera "esternalizzati" e "delegati" a soggetti privati (gli operatori della rete), con le criticità sopra accennate.

Ne consegue, in linea generale, una chiara torsione dell'idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile *in toto* allo spazio pubblico, allo Stato, per diventare invece oggetto di una parziale "condivisione" tra pubblico e privato, se non di una vera e propria "cessione" da parte delle autorità statali a favore del settore ICT.

Last but not least, preme rilevare il ruolo fondamentale giocato dalle linee guida e dalle *policies* interne adottate dagli attori digitali. In effetti, la funzione para-normativa affidata, non *de jure* ma perlomeno *de facto*, agli operatori della rete – evidente in relazione sia al profilo definitorio del "terrorismo" sia a quello operativo riguardante le modalità di rimozione dei contenuti terroristici *online* – mette sotto *stress* il concetto classico di fonte del diritto. La non vincolatività delle linee guida nei confronti della generalità dei consociati sembra ricondurle alla categoria della *soft law*. Cionondimeno, la "paternità" della *soft law* dovrebbe, almeno secondo le teorie classiche, essere ricondotta ad un soggetto pubblicistico⁵⁸. Diversamente, nel caso in esame, si è davanti ad una sorta di "soft law dei privati"⁵⁹, che, nello scenario di cui ci si occupa, impatta però sulle libertà personali e sui diritti ai quali si riconosce, nella generalità degli ordinamenti, rango costituzionale. Da questa prospettiva, si può forse intravedere un ripensamento del sistema delle fonti del diritto, non più letto seguendo una logica rigorosamente gerarchico-formale, ma ora caratterizzato da tendenze sostanzialistiche. In altre parole, la prevalenza della fonte di rango più elevato, rispetto a quelle gerarchicamente subordinate, sembra essere sempre meno scontata. Diversamente, a far premio sulle altre potrebbe essere la fonte che, da un punto di vista concreto, permette (effettivamente o almeno nella percezione collettiva) una più efficace tutela del bene "sicurezza" – nel caso di specie, eliminando il messaggio violento – sia pure essa un atto di "soft law dei privati".

4. Osservazioni conclusive

Dall'applicazione dell'intelligenza artificiale al *counter-terrorism* e, in particolare, dall'azione di rimozione dei contenuti terroristici dal *web* discende una non trascurabile serie di questioni sul piano del diritto costituzionale.

Su un piano generale, emerge subito che queste questioni sono collegate; anzi, a volte, addirittura consequenziali e dovute a dati di fatto difficilmente modificabili. Come si è visto, il ricorso a tecnologie altamente raffinate in questo settore rende imprescindibile la cooperazione tra il potere pubblico e il settore privato. Dalla conseguente "privatizzazione" di attività tipicamente pubblicistiche discende l'inedita torsione di tradizionali concetti del diritto costituzionale. In ultima

⁵⁷ Grazie alla nomina di un *trust* che sceglie i membri dell'*Oversight Board*, ma i cui componenti sono, a loro volta, nominati dai vertici della società.

⁵⁸ Si pensi alle raccomandazioni della Commissione europea, fonti del diritto UE non giuridicamente vincolante, ma riconducibili ad un'Istituzione euro-unitaria.

⁵⁹ Sull'uso della *soft law* nell'ambito delle misure antiterrorismo, si veda ONU, Assemblea Generale, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 29.8.2019, A/74/335.

analisi, è interessata da questo processo distorsivo la sovranità (v. *supra*). Del resto, anche la nozione di potere pubblico assume un'accezione prettamente oggettiva-funzionalistica, ossia non si qualifica come potere pubblico il soggetto che *presenta caratteristiche* pubblicistiche, bensì colui che *svolge funzioni* concretamente pubblicistiche⁶⁰. In parallelo, questa situazione impatta sulla sistematica delle fonti del diritto, che viene ad essere riletta in una logica sostanzialistica, piuttosto che gerarchico-formalistica.

Orbene, lo scenario descritto comporta un alto margine di rischio per l'effettiva tutela dei diritti della persona; in effetti, non solo si lascia ampio raggio di azione ad operatori privati, che ragionano secondo logiche di mercato, anziché in un orizzonte di massimizzazione dell'interesse pubblico, ma si permette altresì una "de-umanizzazione" delle funzioni, grazie all'impiego, sempre più massiccio, dell' algoritmo, che non risponde ai caratteri di trasparenza, pubblicità e *accountability* propri del potere pubblico.

Alla luce di queste osservazioni, sembrano allora scontate le intuibili riserve del costituzionalista, che si interroga sull'opportunità (o meno) di ricorrere all'"algoritmo intelligente" per monitorare, identificare e, eventualmente, rimuovere i contenuti "pericolosi" dal *web*. Un atteggiamento di assoluta chiusura, tuttavia, non sembra realisticamente proponibile, in quanto il rinunciare all'impiego di questo tipo di strumentazione tecnologica rappresenterebbe un "passo indietro" che accorderebbe ai terroristi un'inaccettabile posizione di vantaggio. In via di fatto, risulterebbe peraltro impossibile, per l'occhio umano, scandagliare decine di migliaia di contenuti in modo attento ed efficace, cioè minimizzando il rischio di errore.

Pertanto, in linea con quanto si legge tra le righe del Parere espresso dalla Corte di giustizia in tema di *Passenger Name Record* (PNR)⁶¹, opporsi fermamente all'impiego delle più avanzate tecnologie sembra utopistico oltretutto improduttivo nel mondo d'oggi, costantemente minacciato dagli attacchi terroristici, ma profondamente trasformato dall'avanzamento della tecnologia.

Cionondimeno, nel procedere ad un consapevole e legittimo uso della tecnologia, soprattutto nella sua forma più avanzata rappresentata dagli "algoritmi intelligenti", si dovrebbero osservare alcuni *caveat*. In un approccio di cauta apertura, si può osservare che la cooperazione fra pubblico e privato basata su atti normativi, di rango primario, sembra da preferirsi alle *partnerships* volontarie non strettamente regolate. Gli atti normativi sono infatti caratterizzati da una maggiore conoscibilità, il che implica una maggiore controllabilità da parte dell'opinione pubblica, con risvolti positivi sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti di ciascun individuo. Inoltre, questi atti possono essere oggetto di scrutinio penetrante ad opera delle corti; si pensi ai giudizi di costituzionalità dinanzi agli organi di giustizia costituzionale interni, ma pure a rinvii pregiudiziali e ricorsi per annullamento, qualora si ragioni con riferimento all'Unione europea. Lo stesso non si può dire in relazione alle linee guida e *policies* adottate in autonomia dai "giganti del *web*".

Vieppiù, gli atti normativi in parola dovrebbero rispondere a requisiti stringenti in termini di contenuto. A cominciare dai profili definitori, sarebbe, ad esempio, opportuno l'inserimento di definizioni uniformi, chiare e precise, *in primis* circa il concetto di contenuto terroristico. Il perfezionamento del profilo definitorio, all'interno delle fonti normative, risolverebbe anche il problema dell'attuale frammentazione delle diverse definizioni al momento presenti nelle linee guida dei vari operatori del *web*. Adottare una definizione omogenea dei concetti menzionati

⁶⁰ Sembrano quindi essere superate teorie strettamente formalistiche sui poteri dello Stato, che identificavano come "pubblica" ogni funzione svolta da un soggetto formalmente "pubblicistico", a prescindere dal suo contenuto materiale. V., in questo senso, le teorizzazioni dei pubblicisti tedeschi di fine Ottocento e inizio Novecento, come Laband e Jellinek. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Mohr, Tübingen, 1911; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1929.

⁶¹ Cfr. *supra*, nn. 9 e 10 e riferimenti ivi citati.

eviterebbe disparità di trattamento dell'utente, che, allo stato dei fatti, si trova a poter essere censurato su una certa piattaforma, mentre potrebbe essere lasciato libero di esprimersi in caso di pubblicazione dello stesso contenuto in un altro "luogo virtuale". Inoltre, la maggiore precisione sarebbe altresì auspicabile con riguardo sia alle tecniche di rimozione da utilizzare sia ai requisiti minimi di conoscibilità dell'algoritmo operante in rete.

Infine, sulla considerazione che atti di carattere generale e astratto si prestano difficilmente, per loro stessa natura, a disciplinare dettagli tecnici, soprattutto in termini operativi, si potrebbe poi pensare ad un potenziamento delle fonti secondarie "di dettaglio" – sempre di matrice pubblicistica – nello sforzo di ridurre il più possibile lo spazio "pericolosamente" lasciato alle *policies* degli enti privati.

Questi accorgimenti, lungi dall'essere mere disquisizioni di tipo formalistico, potrebbero rappresentare un primo passo, affinché l'inevitabile ricorso all'intelligenza artificiale venga mantenuto all'interno del quadro costituzionale (o, se si preferisce ragionare in un'ottica di *common law*, nell'ambito del rispetto della *rule of law*).

ARIANNA VEDASCHI

Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*

SOMMARIO: 1. L'azione di contrasto al terrorismo jihadista: tra prevenzione della minaccia e percezione di (in)sicurezza. – 2. Il ruolo della tecnologia nelle misure antiterrorismo: dai *big data* all'*artificial intelligence*. – 3. Le applicazioni dell'intelligenza artificiale alla lotta al terrorismo internazionale: uno scenario ancora "*work in progress*". – 3.1. La rimozione dei contenuti terroristici *online*: dalle *partnerships* su base volontaria ai primi approcci regolatori. – 3.2. Intelligenza artificiale, *counter-terrorism measures* e diritto costituzionale: una triangolazione "pericolosa"? – 4. Osservazioni conclusive.

1. L'azione di contrasto al terrorismo jihadista: tra prevenzione della minaccia e percezione di (in)sicurezza

A far tempo dagli attentati dell'11 settembre 2001, che – come noto – hanno tragicamente colpito le Twin Towers e il World Trade Center di New York, le democrazie occidentali¹ si sono trovate ad affrontare un'inedita minaccia, non assimilabile ad altri fenomeni terroristici che, ben prima dell'inizio del nuovo millennio, avevano interessato diversi Paesi europei. Si pensi alla Spagna e al Regno Unito, messi alla prova dal terrorismo separatista-indipendentista rispettivamente basco e nordirlandese, ma anche all'Italia e alla Germania, che, negli anni Settanta, hanno tristemente conosciuto il terrorismo politico. Almeno apparentemente, il terrorismo internazionale di matrice jihadista non presenta – soprattutto nell'immediato *post-9/11*² – una dichiarata finalità politica, ad esempio, di carattere independentista o sovversiva(-anarchica) in senso lato, né sembra proporre una propria concezione di Stato. La "nuova" violenza terroristica si scaglia contro il "diverso", cioè il "mondo occidentale" (*rectius*, lo stile di vita occidentale), senza una precisa strategia e, almeno fino alla proclamazione del c.d. Stato islamico (IS)³, persino a prescindere dal perseguimento di un obiettivo prestabilito. Finanche la continua mutazione delle tattiche impiegate per la realizzazione degli attentati rende, se non impossibile, assai difficile prevederli, nonostante l'attenzione continua delle autorità di *law enforcement* e il potenziamento dei servizi di *intelligence*⁴, costantemente impegnati in un'azione di contrasto dalla forte curvatura preventiva. L'imprevedibilità è, in ultima analisi, il vero elemento caratterizzante del "terrore islamista".

* L'Autrice desidera ringraziare la dott.ssa Chiara Graziani per il supporto nella ricerca bibliografica e per l'editing delle note.

¹ Benché la prospettiva del presente lavoro sia focalizzata sull'Occidente, non si può non ricordare che il terrorismo internazionale ha colpito anche – e, in alcuni momenti storici, in misura addirittura maggiore – l'Africa e l'Asia; per avere un'idea della distribuzione geografica degli attacchi terroristici in tempi recenti, si veda *European Union Terrorism Situation and Trend Report*, 27 giugno 2019, in *Europol* (<https://www.europol.europa.eu/>)

² Il terrorismo internazionale è invero un fenomeno dinamico e multiforme; infatti, ha nel tempo subito diverse trasformazioni, tanto nella struttura quanto nelle ambizioni, sfociate nel 2014 nell'autoproclamazione dello Stato Islamico, successivamente sconfitto sul campo, stanti le perdite territoriali che si sono susseguite dal gennaio 2015 in poi, culminate nel marzo 2019, quando le Forze democratiche siriane – coalizione comprendente milizie curde, siriane e arabe – hanno liberato anche l'ultima roccaforte del "Califfato", Baghuz. Per una ricostruzione dei fatti del marzo 2019 e alcune considerazioni sulle sorti dello Stato islamico nel "*post-Califfato*", F. MARRONE-M. OLIMPIO, *La minaccia jihadista dopo il Califfato*, nelle pubblicazioni dell'*ISPI* (<https://www.ispionline.it/>), 28 marzo 2019.

³ Per un approfondimento, sia consentito il rinvio ad A. VEDASCHI, *Da al-Qā'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2016, 41 ss.

⁴ Per un quadro aggiornato sul ruolo dei servizi segreti e sul loro potenziamento nel contrasto al terrorismo, si veda D. MARTIN JONES-P. SCHULTE-C. UNGERER-M.L.R. SMITH (eds.), *Handbook of Terrorism and Counter Terrorism Post 9/11*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2019.

Vieppiù, nella maggior parte dei casi, l'attentatore-terrorista muore suicida nel commettere l'azione criminale, il che rende impossibile assicurarlo alla giustizia e sottoporlo a misure sanzionatorie *ex post facto*.

Questo scenario spiega la reazione dei governi e dei legislatori, che all'approccio *repressivo*, ovverosia volto a punire chi abbia già commesso il fatto di reato, hanno preferito quello *preventivo*, mirato ad una sorta di "tutela anticipatoria", cioè finalizzata ad evitare che situazioni potenzialmente "pericolose" evolvano nell'effettiva commissione di atti criminali. Pertanto, non pare eccessivo affermare che l'azione a forte connotazione preventiva rappresenta la vera e propria "chiave di lettura" delle attuali strategie di contrasto al terrorismo internazionale⁵.

Dall'imprevedibilità del terrorismo internazionale di matrice jihadista deriva poi la sua attitudine a generare *insicurezza* nella società. Di qui l'ambizione delle competenti autorità pubbliche di adottare misure tese a rispondere alla *percezione* di insicurezza della popolazione. Anzi, si può sostenere che, nelle agende politiche contemporanee, l'obiettivo di rassicurare gli individui risulta, almeno a tratti, prevalente, rispetto a quello di proteggere effettivamente la collettività⁶.

In questo quadro emerge la duplice dimensione dell'azione di contrasto al terrorismo internazionale, giacché, a quella *oggettiva*, tesa alla concreta applicazione delle misure antiterrorismo per *garantire l'effettiva sicurezza*, si affianca quella *sogettiva*, tutta ruotata sulla capacità delle *counter-terrorism measures* di *far sentire* i singoli individui al sicuro da possibili attentati, così da rassicurare la collettività nel suo insieme. Quello sogettivo è un aspetto fortemente simbolico dell'antiterrorismo, ma non per questo meno centrale nelle valutazioni, di stampo prettamente politico, tenute presente dalle autorità pubbliche nell'adozione dei provvedimenti volti a combattere l'inedita minaccia del "terrore jihadista".

Nelle democrazie avanzate, le misure di contrasto al terrorismo trovano, però, il loro limite nel nucleo essenziale dei diritti della persona, elencati dai testi costituzionali, dalle carte sovranazionali e dai trattati internazionali. Negli ultimi decenni, invero, il delicato e complesso bilanciamento tra la tutela dei diritti e le esigenze della sicurezza non solo è diventato un tema ampiamente studiato dalla dottrina⁷, italiana e straniera, ma è stato spesso portato all'attenzione delle corti⁸, tanto nazionali quanto sovranazionali. Nel decidere i casi controversi, non di rado, le corti hanno dovuto rilevare la violazione dei limiti minimi di tutela dei diritti fissati dai cataloghi costituzionali o sovranazionali. Anzi, anche allorquando non hanno escluso la possibilità teorica della legittimità della misura *counter-terrorism* sottoposta al loro scrutinio, ad esempio affrontando la questione della legittimità della sorveglianza di massa⁹, ne hanno comunque riscontrato la non conformità, sul

⁵ Per uno studio sul carattere preventivo delle diverse misure antiterrorismo, si veda C.C. MURPHY, *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

⁶ L'incertezza, generata dalla minaccia terroristica, viene spesso sfruttata dalle derive populiste, che strumentalizzano la legittima richiesta di sicurezza dei cittadini, v. M. BARBERIS, *Il cavaliere oscuro. Euristiche della (in)sicurezza*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2/2019 (in corso di pubblicazione).

⁷ In particolare, vi è chi ritiene che il rapporto libertà-sicurezza debba continuare ad essere letto secondo il canone regola-eccezione, com'era prima degli attentati del 9/11; in questo senso, si veda per tutti A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2/2013, 177 ss. Altri, invece, elevano la sicurezza al rango di diritto fondamentale, v. G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rass. parl.*, 2/2004, 427 ss. Non manca poi chi configura la sicurezza come vero e proprio «valore superprimario»: G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, 31 ss.

⁸ Con specifico riguardo alla Corte costituzionale italiana, si rinvia a P. PASSAGLIA (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e terrorismo*, Servizio studi della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), agosto 2018.

⁹ Esempio evidente è il Parere 1/15 della Corte di giustizia dell'Unione europea, con cui i giudici di Lussemburgo, pur legittimando, a livello teorico, la sorveglianza di massa come misura potenzialmente adatta a prevenire attacchi terroristici e, quindi, a tutelare la pubblica sicurezza, censurano però l'accordo internazionale stretto tra Canada e Unione europea sullo scambio di dati riguardanti il traffico aereo. Corte di giustizia dell'Unione europea, A-1/15, 26 luglio

piano pratico, alle garanzie dei diritti tutelati dalle fonti sovranazionali o costituzionali. Da questa prospettiva, si può dunque evidenziare il *gap* fra la dimensione teorica e quella pratica. In termini più chiari, benché l'azione antiterroristica, messa a punto dai *law-makers* per salvaguardare la sicurezza (o almeno la sua percezione sociale), venga, sul piano teorico-astratto, ritenuta compatibile con il quadro normativo di riferimento, sul piano pratico, non supera però il vaglio delle corti, che, in qualche caso, si spingono a formulare una serie di linee guida utili per la necessaria (successiva) opera di revisione delle misure da applicare in concreto¹⁰.

2. Il ruolo della tecnologia nelle misure antiterrorismo: dai big data all'artificial intelligence

Nel panorama appena delineato, la tecnologia ha assunto un ruolo chiave per una molteplicità di ragioni, correlate tanto alla necessità, per le autorità pubbliche, di considerare la dimensione soggettiva della sicurezza, ovvero sia della sua percezione collettiva, quanto al tentativo di bilanciare le esigenze della sicurezza con i principi cardine dello Stato di diritto (e, in particolare, garantire l'effettiva salvaguardia delle libertà personali).

In chiave diacronica, va, anzi tutto, rilevato che il diffondersi della minaccia terroristica internazionale si è combinato con la rapidissima evoluzione della tecnologia¹¹, che ha indubbiamente caratterizzato i primi venti anni di questo secolo. Infatti, da strumenti a disposizione di una ristretta *élite*, Internet e le altre tecnologie digitali si sono trasformati in vere e proprie "pertinenze" di ciascun individuo. Tale pervasività dell'utilizzo del mezzo tecnologico lo ha trasformato in una sorta di "arma a doppio taglio": da una parte, è ben noto come i terroristi islamisti la sfruttino quale efficace mezzo di radicalizzazione, indottrinamento e reclutamento¹²; dall'altra, sono altrettanto indubbi i vantaggi offerti dalla tecnologia alle autorità pubbliche impegnate nella lotta al terrorismo internazionale.

A tal proposito, sembra utile richiamare, benché in estrema sintesi, i principali *tools* tecnologici impiegati per contrastare il terrorismo di matrice jihadista.

Fin dalle prime reazioni dei legislatori alla minaccia terroristica, è risultata evidente la scelta di utilizzare le tecnologie a scopo di raccolta, conservazione e analisi di dati potenzialmente utili a monitorare attività sospette¹³. Con il passare del tempo, scandito dai progressi della tecnologia, le attività di sorveglianza hanno assunto un carattere massivo. La possibilità di avere a disposizione, incrociare e analizzare rapidamente, grazie alla c.d. *big data analytics*¹⁴, un significativo numero di

2017. A. VEDASCHI, *L'Accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. cost.*, 4/2017, 1913 ss.

¹⁰ Emblematico, in questo senso, è ancora il Parere 1/15, adottato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea il 26 luglio 2017, cit., nota 9, spec. §§ 154-231.

¹¹ Invero, la tecnologia ha un impatto rilevante su un amplissimo novero di attività umane; cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rass. parl.*, 4/2012, 811 ss.

¹² La rete è usata anche per lo scambio di informazioni tra i membri delle "cellule del terrore" e, addirittura, per l'organizzazione di attentati. Tuttavia, queste comunicazioni si svolgono solitamente sul c.d. *dark web*, ossia una parte della rete che non viene indicizzata dagli ordinari motori di ricerca e che necessita di chiavi di accesso particolari. Sul punto v. G. WEIMANN, *Going Dark: Terrorism on the Dark Web*, in *39 Studies in Conflicts and Terrorism*, 2016, 195 ss.

¹³ Si veda, per esempio, il *Patriot Act*, che costituisce l'immediata risposta degli Stati Uniti d'America agli attacchi dell'11 settembre 2001. *Patriot Act*, P.L. 107-56, Oct. 26, 2001. Su questa legislazione, tra i tanti, D. COLE, *Oversight of the USA Patriot Act: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong., Apr. 5, May 10, 2005*, in *Georgetown University Law Center*, 2005 e K.L. SCHEPPELE, *Exceptions that Prove the Rule. Embedding Emergency Government in Everyday Constitutional Life*, in J.K. TULIS-S. MACEDO (eds.), *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2010, 124 ss.

¹⁴ Va notato, infatti, che per funzionare gli algoritmi hanno necessità di un'enorme quantità di dati. Sul rapporto fra algoritmi e *big data*, v. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 71 ss.

dati ha richiesto la predisposizione di strumenti giuridici che regolassero l'utilizzo di queste tecniche (cioè dei meccanismi usati per processare le informazioni)¹⁵. Su tale versante, va segnalato l'affinamento di metodi quali la criptoanalisi (*signals intelligence*)¹⁶ e la costruzione di enormi *databases* in grado di conservare e confrontare i c.d. metadati, in modo da consentire la profilazione¹⁷ degli individui, ora non più volta, come era prima dell'11 settembre 2001, a fini meramente commerciali, bensì orientata in un'ottica criminal-preventiva.

Non di rado, si sono posti dubbi sulla compatibilità di questi strumenti con i diritti della persona, quali quelli della *privacy*, della *data protection*, ma anche con principi fondamentali, come ad esempio la presunzione di innocenza. Chiamate a verificare questi dubbi di legittimità, le corti si sono spesso pronunciate censurando specifici aspetti delle normative adottate per autorizzare e regolare l'impiego delle menzionate tecniche di sorveglianza¹⁸.

Le tecnologie in parola, sebbene portate a livelli assai avanzati grazie ai progressi della ricerca, si caratterizzano, almeno in un primo momento, per essere strumenti che non si autoprogrammano. In altre parole, essi, ricevuti certi dati come *input*, sono in grado di analizzarli, combinarli e confrontarli, in modo assai rapido ed efficiente, ma non riescono a fare operazioni autonome capaci di sfociare in un *output* originale.

La situazione è, tuttavia, cambiata. Da alcuni anni, la c.d. intelligenza artificiale sta conoscendo un rapidissimo sviluppo, testimoniato dall'elaborazione di algoritmi "intelligenti"¹⁹, che vengono sfruttati per facilitare, velocizzare e migliorare un altissimo numero di attività umane²⁰.

L'"intelligenza artificiale" consente agli algoritmi di programarsi e affinarsi in autonomia. In questo senso, sono intuibili le implicazioni etiche, tant'è che la Commissione europea, dopo avere istituito, nel giugno 2018, un gruppo di esperti indipendenti sull'intelligenza artificiale, ha reso pubblico, nell'aprile 2019, un documento intitolato "Orientamenti etici per un'IA affidabile"²¹. L'intelligenza artificiale è qui definita come quell'insieme di «[s]istemi software (ed eventualmente

¹⁵ V., ad esempio, la possibilità di analizzare i c.d. metadati, cioè dati di comunicazione che non rivelano il contenuto della stessa, ma consentono di conoscere significative informazioni afferenti ad essa (la durata di una chiamata telefonica, il luogo da cui viene inviata una email, l'orario in cui si accede ad un determinato sito, ecc.). Sul punto, E. GUILD-S. CARRERA, *The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive*, CEPS Paper in Liberty and Security, CEPS, Brussels, 2014.

¹⁶ Si tratta di un'attività consistente nel raccogliere informazioni grazie all'intercettazione e all'analisi di comunicazioni cifrate che vengono decrittate. Sul punto, M.V. HAYDEN, *Balancing Security and Liberty: The Challenge of Sharing Foreign Signals Intelligence*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2005, 247 ss.

¹⁷ In tema di profilazione, si veda H. DUFFY, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 637 ss.

¹⁸ Cfr. supra, § 1, spec. nn. 9 e 10. Già prima del Parere 1/15 sulla raccolta e analisi dei dati PNR, la Corte di giustizia dell'Unione europea si era distinta per un attento scrutinio sulle tecniche di sorveglianza di massa. Tra le decisioni più importanti, si vedano: Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*; Id., sent. 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems*; Id., sent. 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB*. Altri casi sono attualmente pendenti dinanzi la Corte di Lussemburgo; in particolare: causa C-523/17, *Privacy International*; cause riunite C-511/18, *La Quadrature du Net et al.* e C-512/18, *French Data Network et al.*; causa C-520/18 *Ordre des barreaux francophones et germanophone et al.*; causa C-311/18, *Schrems*.

¹⁹ Basati su tecniche di *machine learning* e *deep learning*. Il *machine learning* è una branca dell'intelligenza artificiale volta a migliorare, grazie all'applicazione di metodi statistici, la *performance* di un algoritmo. Per questo motivo, si parla anche di "tecniche di apprendimento automatico". Il *deep learning* è, a sua volta, una branca del *machine learning*, i cui algoritmi funzionano "su più livelli" e ricalcano la struttura delle reti neurali del cervello umano (ci si riferisce a queste tecniche, infatti, anche con il nome di "reti neurali artificiali"). B. GANOR, *Artificial or Human: A New Era of Counterterrorism Intelligence?*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, 1/2019, 1 ss.

²⁰ Si veda sul tema, con un approccio critico dal punto di vista del diritto costituzionale, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, Speciale/2019, 101 ss.

²¹ GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, 8 aprile 2019.

hardware) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato». Lo stesso documento precisa, poi, che questi sistemi possono persino «adattare il loro comportamento analizzando gli effetti che le loro azioni precedenti hanno avuto sull'ambiente». Si tratta, quindi, di assetti che sono in grado di simulare i processi logici propri dell'intelligenza umana, imparando e applicando un ragionamento, in alcuni casi addirittura autocorreggendosi (il che implica la possibilità che essi commettano errori)²².

Alla luce del quadro delineato nel paragrafo introduttivo e con specifico riferimento al settore delle misure antiterrorismo, l'utilità di queste tecniche risulta palese. In un contesto in cui la prevenzione è il fattore alla base di tutte le strategie adottate, strumenti che applichino ragionamenti autonomi capaci di creare nuove conoscenze e, dunque, di prevedere (allo scopo di prevenire) possibili sviluppi di fatti e/o comportamenti pericolosi potrebbero, in effetti, costituire un punto di svolta nel *counter-terrorism*.

Sul versante parallelo, e di estremo interesse per il giurista costituzionalista, occorre però valutare se e fino a che punto l'applicazione di queste tecnologie resti compatibile con la tutela dei diritti della persona e non implichi restrizioni non proporzionate²³ degli stessi.

3. Le applicazioni dell'intelligenza artificiale alla lotta al terrorismo internazionale: uno scenario ancora "work in progress"

Ferma l'utilità dell'intelligenza artificiale, il suo concreto impiego nel *counter-terrorism* è, ad oggi, piuttosto limitato e, per larga parte, ancora in fase sperimentale. Pare tuttavia utile menzionare gli ambiti di effettiva o almeno potenziale applicazione.

In primo luogo, queste tecniche possono essere sfruttate per tentare di prevenire la radicalizzazione. A tal proposito, va subito detto che non esiste una definizione universalmente condivisa di radicalizzazione, per quanto non siano mancati sforzi definitivi a livello internazionale²⁴. Sul piano empirico, può enfatizzarsi il fine dell'azione radicalizzante, che, nel propagandare un'intonazione integralista dell'Islam, induce gli individui (non necessariamente geograficamente, culturalmente e/o religiosamente vicini all'estremismo islamico) ad abbracciare un'impostazione religiosa estremista e totalizzante, a prescindere dalla commissione di azioni criminali. L'idea è quella di far nascere un sentimento di inclusione e, quindi, un vincolo di appartenenza ad una

²² Su questi aspetti, v. K. MCKENDRICK, *Artificial Intelligence Prediction and Counterterrorism*, in *Chatham House*, (<https://www.chathamhouse.org/>: copiare il link sul browser), 9 August 2019. Sulla possibilità di errore, v. *infra* nel presente lavoro.

²³ Sul principio di proporzionalità e sul suo ruolo nel giudizio di bilanciamento tra valori, si veda, per tutti, A. STONE SWEET-J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance. A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

²⁴ V., ad esempio, l'*Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General*, 21 July 2016, A/HRC/33/29, che definisce la radicalizzazione come «a process through which an individual adopts an increasingly extremist set of beliefs and aspirations. This may include, but is not defined by, the willingness to condone, support, facilitate or use violence to further political, ideological, religious or other goals».

comunità, appunto quella jihadista, in coloro che, non integrandosi nel tessuto sociale di provenienza, scoprono un'identità "nuova" nelle prospettive offerte dall'Islam radicale²⁵.

Orbene, l'intelligenza artificiale può essere utilizzata per identificare coloro che sono più vulnerabili e, perciò, maggiormente esposti agli sforzi radicalizzanti dei gruppi terroristici. Ad esempio, il c.d. metodo *Redirect* – sviluppato da Jigsaw, una *subsidiary* di Google – consiste in un sistema algoritmico in grado di riconoscere i profili degli individui potenziali *targets* della narrativa dell'odio. Nello specifico, si testa l'algoritmo sul discorso islamista, in modo da insegnargli i vocaboli e le frasi utilizzati dalla retorica jihadista. Una volta che si è così programmato l'algoritmo, lo si usa per intercettare l'utente di Internet sensibile al discorso terroristico, allo scopo di "re-indirizzarlo" a pagine *web* che contengano la c.d. contro-narrativa. Quest'ultima dovrebbe essere capace di deflazionare la possibilità di adesione ad ideologie violente o comunque estremiste.

Una seconda forma di "tecnologia intelligente" utile nella lotta al terrorismo internazionale è offerta dalla capacità degli algoritmi di procedere al riconoscimento facciale²⁶, testato, in via ancora sperimentale²⁷, dalle autorità di *law enforcement* di vari Paesi, non solo europei, a fini antiterroristici e, più in generale, per attività di prevenzione del crimine. Come noto, a scopi identificativi, i sistemi di riconoscimento facciale estraggono e processano dati biometrici del viso di individui (raccolti grazie a telecamere poste in luoghi pubblici) per confrontarli con altri volti contenuti in *databases* di persone sospettate di terrorismo oppure effettivamente già condannate per questo tipo di reati²⁸.

Un terzo impiego dell'intelligenza artificiale si deve agli obblighi fissati dalle normative finalizzate a prevenire il riciclaggio del denaro e, in particolare, il finanziamento del terrorismo. Più nello specifico, il regolamento (UE) 2015/847²⁹ e la direttiva (UE) 2015/849³⁰ prescrivono alle banche e agli intermediari finanziari precisi doveri di monitoraggio sulle transazioni finanziarie poste in essere dai titolari di conto corrente, per evitare che vengano portati a compimento i reati appena menzionati. Le disposizioni euro-unitarie, invero, non richiedono che questi obblighi vengano adempiuti necessariamente impiegando strumenti di intelligenza artificiale; cionondimeno, gli enti

²⁵ Sui legami tra radicalizzazione e marginalizzazione sociale, E. SANTORO, *La trappola dell'identità culturale: dal multiculturalismo alla radicalizzazione*, in G. CERRINA FERONI-V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 87 ss.

²⁶ Si veda lo studio della FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Facial Recognition Technology: Fundamental Rights Consideration in the Context of Law Enforcement*, 21 November 2019.

²⁷ Nel campo dell'immigrazione, invece, questa tecnologia risulta già largamente in uso per i riconoscimenti alle frontiere. Regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006, in *G.U.*, L 312, del 7.12.2018, 14–55.

²⁸ La prima pronuncia di una corte sull'utilizzo di un sistema di riconoscimento facciale si è avuta da parte della High Court of Justice of England and Wales, che, nel settembre 2019, ha esaminato l'utilizzo, nell'ambito di grandi eventi sportivi, di un sistema di riconoscimento facciale da parte della polizia locale del Galles del Sud. *R(Bridges) v. The Chief Constable of South Wales Police et al.*, [2019] EWHC 2341. V., per un primo commento della decisione, A. PIN, *Non esiste la "pallottola d'argento": l'Artificial Face Recognition al vaglio giudiziario per la prima volta*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 4/2019, 3075 ss.

²⁹ Regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006, in *G.U.*, L 141, del 5.6.2015, 1–18.

³⁰ Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, in *G.U.*, L 141, del 5.6.2015, 73–117.

creditizi e gli intermediari di maggiori dimensioni hanno ritenuto vantaggioso investire in sistemi algoritmici in grado di tracciare le transazioni e rilevare spostamenti di denaro sospetti³¹.

Un'ulteriore applicazione dell'intelligenza artificiale si basa sulla capacità degli algoritmi di analizzare i metadati delle comunicazioni che avvengono *online*³², in modo da individuare comportamenti potenzialmente pericolosi e segnalarli alle competenti autorità pubbliche. A tal riguardo, merita di essere menzionata l'esperienza francese, dove la *loi* 2015-912³³ permette ai servizi di *intelligence* di utilizzare questo tipo di algoritmi, detti *boîtes noires*, su autorizzazione del Primo Ministro, sentito il parere della *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, ancorché a prescindere da qualsiasi vaglio giurisdizionale di tipo preventivo.

L'ultimo settore di applicazione degli algoritmi, sempre in un'ottica *counter-terrorism*, è quello della rimozione dei messaggi a sfondo terroristico, che vengono quotidianamente diffusi attraverso la rete³⁴. Data la difficoltà di esercitare un continuo ed efficace monitoraggio "umano" della narrativa dell'odio in generale, e di quella terroristica in particolare, *service providers*, *hosting providers*, *social networks* e motori di ricerca stanno investendo risorse e ricerca in apparati tecnologici in grado di riconoscere i contenuti terroristici, violenti e/o pericolosi³⁵, così da rimuoverli, in adempimento alle proprie *policies* interne e – a partire da tempi recenti – anche in ottemperanza di atti normativi³⁶. Tale scenario merita di essere indagato da un punto di vista giuridico, soprattutto alla luce della possibile limitazione di diritti fondamentali – quale, ad esempio, quello della libertà di espressione – che può derivare da interventi legislativi in tal senso.

3.1. La rimozione dei contenuti terroristici online: dalle partnerships su base volontaria ai primi approcci regolatori

Per esaminare l'utilizzo delle tecniche "intelligenti" di intercettazione e rimozione dei contenuti terroristici *online*, al fine di indagarne l'impatto sui principi basilari del diritto costituzionale, è opportuno, in via preliminare, focalizzarsi sulle fonti dalle quali deriva l'obbligo di eliminazione. Invero, la parola "obbligo", in questa sede, potrebbe rivelarsi parzialmente impropria. Infatti, perlomeno in un primo momento, non si rinvenivano atti giuridici vincolanti – né a livello nazionale né, tantomeno, a quello sovranazionale³⁷ – che richiedessero l'espunzione di tali contenuti

³¹ In base alla normativa citata, i soggetti in questione devono altresì riferire tali movimenti alle *financial intelligence units* (FIUs), istituite presso ciascuno Stato membro. Le FIUs sono state introdotte negli Stati membri dell'UE ai sensi della precedente disciplina in tema di antiriciclaggio, ossia la Direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, in *G.U.*, L 309, 25.11.2005, 15–36. Essa è stata poi abrogata dalla successiva Direttiva (UE) 2015/849 (cit., nota 30), che perpetua l'obbligo, per tutti gli Stati membri, di mantenere una FIU.

³² Ad esempio, gli indirizzi IP utilizzati, i siti *web* visitati. V. *supra*, nota 15. Sul punto, F. TRÉGUER, *From Deep State Illegality to Law of the Land: The Case of Internet Surveillance in France*, in HAL (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/>), 2016.

³³ *Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*. V. M-A. GRANGER, *Oversight of the State Emergency in France*, in B.J. GOOLD-L. LAZARUS (eds.), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2019, 389 ss.

³⁴ V. *infra*, § 3.1.

³⁵ S. STUART MACDONALD-S. GIRO CORREIA-A.-L. WATKINS, *Regulating Terrorist Content on Social Media: Automation and the Rule of Law*, in 15 *International Journal of Law in Context*, 2019, 183 ss.

³⁶ V. *infra*, § 3.1.

³⁷ Tuttavia, possono segnalarsi dei generici riferimenti al tema della collaborazione fra autorità pubbliche e operatori del *web*. Si vedano, ad esempio, le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che, a far tempo dal 2013, invitano gli Stati membri ad agire contro il terrorismo *online*, anche suggerendo forme di cooperazione con il settore privato e con la società civile: Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, Risoluzione 2129/2013, 17.12.2013, S/RES/2129(2013).

“pericolosi” dai motori di ricerca e dalle principali piattaforme digitali. Esistevano (e sono ancora operative), piuttosto, una serie di *partnerships*, costituite su base volontaria, tra gli operatori della *Internet Communication Technology* (ICT) e le competenti autorità pubbliche, rispetto alle quali i primi si impegnano a monitorare i contenuti da loro ospitati e, se del caso, segnalarli per garantirne la rimozione³⁸. Al giorno d’oggi, pur essendo innegabile la tendenza alla “normativizzazione” di queste collaborazioni, che sarà meglio illustrata nel prosieguo, si deve osservare che si tratta di un *trend* ancora in una fase iniziale.

Tra le forme di cooperazione volontaria, la prima che va menzionata, ai fini di questo studio, è il Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT). Il GIFCT è stato istituito nel 2017, ma rappresenta la formalizzazione di una collaborazione preesistente, benché meno strutturata, fra le più importanti società dell’ICT (Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube), poi allargata a entità istituzionali, fra cui le Nazioni Unite³⁹. Nell’aderire al GIFCT, i soggetti coinvolti si impegnano alla rimozione di contenuti potenzialmente pericolosi, senza pregiudicare l’essenza del fondamentale diritto alla libera manifestazione del pensiero⁴⁰; e, in parallelo, si dedicano a finanziare la ricerca sullo sviluppo di mezzi tecnologici finalizzati a prevenire la diffusione *online* del terrorismo. Se si escludono i riferimenti esplicativi rinvenibili sul sito *web* del GIFCT, poco è conoscibile, a livello concreto, sull’organizzazione del Forum e sulle sue modalità di azione. Anzi, diversi dubbi sono sollevati tanto sulla mancanza di trasparenza quanto sulla struttura della *governance* del GIFCT, ruotata intorno ad un *executive board* in cui siedono rappresentanti dei soli membri fondatori, i quali risultano peraltro essere società private (Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube).

Altra esperienza simile al GIFCT, ma circoscritta all’ambito euro-unitario, è l’EU Internet Forum. Quest’ultimo è stato costituito nel 2015 – prima, quindi, del GIFCT – con il preciso compito di contrastare il terrorismo *online*. L’EU Internet Forum riunisce rappresentanti dei governi degli Stati membri UE – di regola, i Ministri dell’Interno –, di Europol e delle più importanti società ICT. Si tratta di un *forum* di dialogo fra i soggetti pubblici e i privati, finalizzato a discutere le misure più efficaci ad integrare una proficua collaborazione tra le competenti autorità e gli operatori del settore, al fine di prevenire e contrastare le attività radicalizzanti⁴¹. Questa cooperazione di natura volontaria⁴² ha, tuttavia, un significativo impatto, se si considera che, proprio nel dare seguito all’attività del Forum, dal 2015 in poi, i “giganti del *web*” hanno apportato rilevanti modifiche alle proprie *policies*, che ora prevedono, nella quasi totalità dei casi, un’intensa attività di monitoraggio, segnalazione e, conseguente, eventuale rimozione dei messaggi a contenuto radicalizzante o terroristico in senso lato.

Queste *partnerships*, basate sulla collaborazione volontaria tra aziende private e autorità pubbliche, sono presenti anche all’interno dei singoli Stati. Si pensi, ad esempio, al Regno Unito – che solo di recente si è lasciato alle spalle l’esperienza euro-unitaria –, dove specifici corpi di polizia (Counter Terrorism Internet Referral Unit – CTIRU) lavorano in collaborazione con i gestori di motori di ricerca e di piattaforme digitali, nell’intento di individuare il “rischio radicalizzazione”⁴³.

³⁸ C. KAVANAGH et al., *Terrorist use of the Internet and cyberspace: issues and responses*, in M. CONWAY et al. (ed.), *Terrorists’ Use of the Internet: Assessment and Response*, IOS Press, Amsterdam, 2017, 1 ss.

³⁹ Più nel dettaglio, tale cooperazione vede come *partner* Tech Against Terrorism, un programma implementato dal Counter Terrorism Executive Directorate delle Nazioni Unite.

⁴⁰ V. *Evolving an Institution*, in *Global Internet Forum to Counter Terrorism, GIFCT* (<https://gifct.org/>).

⁴¹ L’EU Internet Forum, in effetti, lavora a stretto contatto con il Radicalization Awareness Network, un *hub* che riunisce esperti di radicalizzazione impegnati ad implementare misure di prevenzione e di de-radicalizzazione.

⁴² Si tratta di una misura adottata nell’ambito della strategia antiterrorismo dell’Unione europea approvata nel 2015. V. *Risoluzione del Parlamento europeo dell’11 febbraio 2015 sulle misure antiterrorismo* (2015/2530(RSP)).

⁴³ Sul tema, si veda C. WALKER, *Blackstone’s Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Va poi rilevata la tendenza alla “normativizzazione” di queste esperienze, dovuta all’adozione di leggi e di altre fonti giuridicamente vincolanti che obbligano alla rimozione dei contenuti a sfondo terroristico. Ad esempio, già dal 2017, il legislatore federale tedesco ha imposto alle società ICT l’eliminazione della narrativa terroristica dalle proprie piattaforme, a pena di pesanti sanzioni pecuniarie, in caso di mancata *compliance*⁴⁴. Sulla stessa linea, le Istituzioni europee stanno discutendo una proposta di regolamento, presentata dalla Commissione nel settembre 2018, «relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online»⁴⁵. Il testo, attualmente sottoposto alla prima lettura del Consiglio, assicura ampi margini di autonomia ai “giganti della tecnologia”, che sono chiamati non solo a monitorare i contenuti, ma pure, se del caso, a rimuoverli proattivamente⁴⁶.

È presumibile che da tale approccio normativo, nazionale e sovranazionale, finirà per rafforzare le menzionate *partnerships*, come il GIFCT e l’EU Internet Forum, la cui attività non rappresenterà più un’autonoma scelta dei vari operatori, bensì l’implementazione di un obbligo giuridico.

Tratto comune di tutte le forme di cooperazione – da quelle che dipendono dal mero consenso degli *stakeholders* a quelle “normativizzate” – è il non trascurabile margine discrezionale lasciato agli operatori tecnologici nelle modalità impiegate per la rilevazione dei contenuti da attenzionare e, eventualmente, eliminare. Di conseguenza, questi soggetti privati, anche sulla spinta del ruolo centrale che la prevenzione del terrorismo gioca nel discorso socio-politico contemporaneo⁴⁷, si sono impegnati in un uso efficiente della tecnologia a loro disposizione. In particolare, hanno introdotto forme di automazione (inclusa quella “intelligente”, perché capaci di imparare dalla propria esperienza) volte ad adempiere agli obblighi – o perlomeno, a rispettare gli impegni – sottoscritti. Del resto, data l’enorme quantità di contenuti quotidianamente postati sulle diverse piattaforme, non ricorrere a forme di intelligenza artificiale significherebbe, di fatto, rinunciare alla possibilità di un controllo capillare su quanto condiviso dagli utenti. Sul piano empirico, i dati più aggiornati mostrano l’utilità di questi meccanismi: negli ultimi sei mesi del 2018, ad esempio, YouTube ha rimosso circa 150,000 video contenenti riferimenti al terrorismo e il 98% di essi era stato segnalato dagli algoritmi a disposizione della piattaforma⁴⁸.

È infine interessante notare che gli algoritmi impiegati dai principali motori di ricerca e *social media* sono di varia natura; e, benché lo studio che si propone non abbia un carattere tecnico, si ritiene comunque utile richiamarli sinteticamente, allo scopo di una migliore comprensione dei problemi di stampo giuridico che essi possono innescare. Una prima tecnica è quella dell’*image matching*: se un utente carica un’immagine, sia essa una foto o parte di un *link*, dotata di caratteristiche comuni con un’altra rappresentazione grafica che il sistema ha “imparato” essere di tipo terroristico, l’immagine in questione viene segnalata (*flag*) e, automaticamente, “candidata” alla rimozione. Vi è poi il c.d. *language understanding*: l’algoritmo viene programmato per essere in grado di identificare alcune parole e sintagmi ricorrenti in scritti di tipo terroristico ed è capace di riconoscerli nel caso in cui appaiano nei *posts* pubblicati dagli utenti. Una terza tecnica è il *terrorist cluster*: l’intelligenza artificiale segnala profili che hanno legami con potenziali terroristi: ad esempio, perché stringono collegamenti via Facebook con utenze che sono state rimosse per propaganda

⁴⁴ *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (2017). T. VAN BENTHEM, *Social Media Actors in the Fight against Terrorism: Technology and its Impact on Human Rights*, in *7 Cambridge International Law Journal*, 2018, 284 ss.

⁴⁵ COM (2018) 640 final.

⁴⁶ Per un’analisi critica della bozza di regolamento, M. SCHEININ, *The EU Regulation on Terrorist Content: An Emperor without Clothes*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 30 January 2019.

⁴⁷ A tal proposito, è emblematico il discorso pronunciato da Theresa May durante il World Economic Forum 2018. L’ex Primo Ministro britannico rilevava la necessità «to move further and faster in reducing the time it takes to remove terrorist content online», anche «automatically».

⁴⁸ S. WOJCIKI, *Expanding our work against abuse of our platform*, YouTube Official Blog, 4 December 2017.

terroristica. Alcuni algoritmi sono, addirittura, in grado di individuare la recidiva, ossia riescono a comprendere quando un soggetto, il cui *account* è già stato disabilitato, perché ritenuto “pericoloso”, crea altri profili “fittizi”, così da riproporsi sulla piattaforma *online*, nonostante la precedente esclusione⁴⁹.

3.2. *Intelligenza artificiale, counter-terrorism measures e diritto costituzionale: una triangolazione “pericolosa”?*

Le tecniche appena descritte, adottate sia nell’ambito della cooperazione volontaria sia in adempimento di obblighi fissati da fonti giuridiche vincolanti – già in vigore o in corso di adozione nelle competenti sedi⁵⁰ – pongono diversi spunti di riflessione. In particolare, da una prospettiva pubblicistica, sembrano emergere potenziali “punti di attrito” tra l’innovazione tecnologica e il diritto costituzionale.

In prima battuta, è il caso di rilevare che tutti gli scenari descritti – dal GIFCT alla “normativizzazione” degli obblighi di *screening* del *web* e, conseguente, rimozione dei contenuti “pericolosi” – vedono al centro la necessaria cooperazione fra autorità pubbliche e operatori privati del settore (i c.d. giganti del *web*), che rispondono alla classica logica di mercato⁵¹. In quest’ottica, va segnalata una sorta di inesorabile “privatizzazione” di attività tipicamente di spettanza delle pubbliche autorità, peraltro particolarmente delicate, quali quelle della prevenzione e della repressione del crimine.

Come anticipato, questa “esternalizzazione” risulta, da un certo punto di vista, inevitabile: le autorità pubbliche non sempre dispongono della tecnologia necessaria né delle adeguate risorse finanziarie per un attento e costante monitoraggio del *web*; e, anche nel caso in cui gli strumenti tecnici a loro disposizione consentissero, in astratto, tale attività, non avrebbero la possibilità di accedere agli spazi virtuali messi a disposizione della rete, senza una previa autorizzazione giudiziaria. Nello sforzo di cooperazione finalizzato al contrasto del crimine, il raggio di azione accordato al settore privato dal potere pubblico è nondimeno piuttosto ampio. In effetti, persino i – pochi – atti normativi che affrontano il problema presentano tratti di vaghezza e genericità, da cui deriva il sistematico rinvio alle *policies* interne, adottate da attori come Google, Facebook e dagli altri operatori della rete.

Tra gli aspetti sui quali viene lasciata discrezionalità agli attori privati vi è, ad esempio, il profilo definitorio. Come è noto, l’individuazione dei caratteri propri del concetto di “terrorismo” occupa gli studiosi da ben prima dell’11 settembre 2001 e, ad oggi, non esiste una definizione universalmente accettata del fenomeno, né a livello di diritto positivo né da parte degli studi dottrinali⁵². Questa incertezza, se non vera e propria lacuna, lascia un non trascurabile margine alle

⁴⁹ Su queste tecniche, si rinvia a S. MACDONALD et al., *Regulating terrorist content on social media: automation and the rule of law*, in 15 *International Journal of Law in Context*, 2019, 183 ss.

⁵⁰ Si pensi alla proposta di regolamento dell’Unione europea, che, se adottata, armonizzerà le legislazioni degli Stati membri sul punto. V. *supra*, nn. 45 e 46.

⁵¹ La massimizzazione del profitto, anziché dell’interesse pubblico. A tal proposito, non mancano però le teorie di coloro che, nel rilevare il non coinvolgimento degli operatori di settore nelle “agende securitarie” di legislatori e governi, sostengono la possibilità di un approccio oggettivo e asettico dei privati nei confronti del bilanciamento sicurezza-libertà, con il minor rischio di sacrificare il secondo elemento del binomio a vantaggio del primo. In questo senso, J.D. MICHAELS, *All the President’s Spies: Private-Public Intelligence Partnerships in the War on Terror*, in 96 *California Law Review*, 2008, 924 ss.

⁵² Con riferimento al *pre-9/11*, si veda B. GANOR, *Defining Terrorism: Is One Man’s Terrorist Another Man’s Freedom Fighter?*, in 3 *Police Practice and Research*, 2002, 287 ss. In relazione ai tentativi definitivi *post-9/11*, M. SCHEININ-M. VERMEULEN, *Unilateral Exceptions to International Law: Systematic Legal Analysis and Critique of Doctrines that Seek to*

piattaforme digitali: sono i loro algoritmi a decidere se e quando un contenuto presenta *standards* di pericolosità, ad esempio perché propaganda l'islamismo jihadista⁵³, e vada, di conseguenza, rimosso.

Abbandonare questa delicata operazione definitoria a soggetti privati significa però affidare loro un ruolo che può essere accostato al *law-making*: agli operatori di settore viene infatti consentito di individuare (*rectius*, delineare) le fattispecie alle quali si ricollega un effetto limitativo di diritti (anzi tutto, la libera manifestazione del pensiero). Si è davanti ad un'attività che si caratterizza, da un punto di vista sostanziale, come "para-legislativa".

Quella "para-legislativa" non è però l'unica funzione tipicamente pubblicistica che viene "delegata" a soggetti di natura privatistica. Nell'agire proattivamente – come peraltro espressamente richiesto, ad esempio, dalla proposta di regolamento dell'Unione europea, sopra menzionata – per la rimozione di *posts* e altro materiale a sfondo terroristico diffuso in rete, motori di ricerca, *social media* e altri attori del *web* assolvono a funzioni, *de facto*, di tipo esecutivo. Tuttavia, nella concezione classica del diritto costituzionale, qualsiasi azione dell'esecutivo e degli organi da esso dipendenti deve ispirarsi, almeno in linea generale⁵⁴, a canoni di trasparenza e di pubblicità, affinché sia garantito il vaglio tanto delle corti, viste come necessario "contropotere", chiamato a frenare possibili abusi e/o derive dei poteri politicamente sensibili, quanto dell'opinione pubblica, alla quale i poteri dello Stato, in ultima istanza, devono rispondere, almeno negli assetti democratici.

Orbene, nel caso in cui un motore di ricerca provveda alla rimozione di un contenuto digitale segnalato da un algoritmo "intelligente", tale trasparenza non viene garantita, giacché il procedimento seguito per decidere l'eliminazione del messaggio resta coperto dal segreto industriale. In altre parole, il funzionamento concreto dell'algoritmo non è mai reso interamente noto, poiché fa parte dell'assetto proprietario dell'azienda che lo ha elaborato. Dunque, se l'iter logico seguito dal decisore non è trasparente, è chiaro che l'eventuale contestazione dei suoi passaggi è oltremodo difficile, se non impossibile. Di conseguenza, altrettanto complesso risulta essere lo scrutinio, da parte di un giudice, circa la legittimità delle misure prese in esito al processo decisionale della macchina⁵⁵.

Deny or Reduce the Applicability of Human Rights Norms in the Fight against Terrorism, EUI Law Working Papers, 2010/08, 20 ss.

⁵³ Ad esempio, Twitter definisce terroristici le organizzazioni che «identify through their stated purpose, publications, or actions as an extremist group; have engaged in, or currently engage in, violence and/or the promotion of violence as a means to further their cause; and target civilians in their acts and/or promotion of violence» (Twitter, *Terrorism and Violent Extremism Policy*, updated March 2019). Nell'ambito della stessa *policy*, Twitter si impegna a identificare e rimuovere i relativi *posts*.

⁵⁴ Ferma l'eccezione del segreto di Stato, tradizionalmente considerato punto di tensione tra le esigenze di trasparenza dell'azione pubblica e la sicurezza nazionale. Sul punto, sia consentito rinviare ad A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in 66 *The American Journal of Comparative Law*, 2018, 877 ss.

⁵⁵ L'algoritmo è notoriamente soggetto al rischio di errore. L'errore algoritmico può dipendere da diversi fattori. In primo luogo, possono esistere *biases* interni al sistema, ossia l'algoritmo potrebbe essere stato costruito in modo discriminatorio nei confronti di particolari categorie di persone. In secondo luogo, l'errore potrebbe dipendere da malfunzionamenti tecnici; ad esempio, si è dimostrato che, nel caso del riconoscimento facciale, l'algoritmo distingue con maggiore difficoltà visi di persone di colore. Sui rischi di discriminazione rispetto al colore della pelle arrecati da algoritmi di riconoscimento facciale – utilizzati, però, nel settore commerciale – si rinvia a J. BUOLAMWINI-T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in 81 *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, 1 ss. Sui possibili *biases* dei sistemi di intelligenza artificiale, *Houston Federation of Teachers v. Houston Independent School District*, United States District Court, S.D. Texas, Houston Division, 251 F.Su3d 1168 (2017), che giudica discriminatorio un *software* algoritmico utilizzato per la valutazione delle *performance* degli insegnanti. V., inoltre, Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016,

Infine, persino la funzione giurisdizionale pare essere toccata dal progressivo “assorbimento” nell’orbita dei “giganti del web”. Di recente, Facebook ha annunciato l’imminente creazione di un *Oversight Board*⁵⁶, che dovrebbe entrare in funzione dai primi mesi del 2020. L’*Oversight Board* dovrà pronunciarsi sulle doglianze di utenti che lamentano l’ingiusta eliminazione di contenuti postati sulla rete. I membri di questo organo saranno, seppur indirettamente⁵⁷, nominati dal consiglio di amministrazione di Facebook. Pertanto, la composizione non assicura i caratteri di terzietà, indipendenza e imparzialità, propri invece della funzione giurisdizionale tradizionalmente intesa.

Sembra, dunque, che i poteri riconducibili alla classica triade montesquieuiana siano tutti, sebbene con diverse modalità e in differente misura, in qualche maniera “esternalizzati” e “delegati” a soggetti privati (gli operatori della rete), con le criticità sopra accennate.

Ne consegue, in linea generale, una chiara torsione dell’idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile *in toto* allo spazio pubblico, allo Stato, per diventare invece oggetto di una parziale “condivisione” tra pubblico e privato, se non di una vera e propria “cessione” da parte delle autorità statali a favore del settore ICT.

Last but not least, preme rilevare il ruolo fondamentale giocato dalle linee guida e dalle *policies* interne adottate dagli attori digitali. In effetti, la funzione para-normativa affidata, non *de jure* ma perlomeno *de facto*, agli operatori della rete – evidente in relazione sia al profilo definitorio del “terrorismo” sia a quello operativo riguardante le modalità di rimozione dei contenuti terroristici *online* – mette sotto *stress* il concetto classico di fonte del diritto. La non vincolatività delle linee guida nei confronti della generalità dei consociati sembra ricondurle alla categoria della *soft law*. Cionondimeno, la “paternità” della *soft law* dovrebbe, almeno secondo le teorie classiche, essere ricondotta ad un soggetto pubblicistico⁵⁸. Diversamente, nel caso in esame, si è davanti ad una sorta di “*soft law* dei privati”⁵⁹, che, nello scenario di cui ci si occupa, impatta però sulle libertà personali e sui diritti ai quali si riconosce, nella generalità degli ordinamenti, rango costituzionale. Da questa prospettiva, si può forse intravedere un ripensamento del sistema delle fonti del diritto, non più letto seguendo una logica rigorosamente gerarchico-formale, ma ora caratterizzato da tendenze sostanzialistiche. In altre parole, la prevalenza della fonte di rango più elevato, rispetto a quelle gerarchicamente subordinate, sembra essere sempre meno scontata. Diversamente, a far premio sulle altre potrebbe essere la fonte che, da un punto di vista concreto, permette (effettivamente o almeno nella percezione collettiva) una più efficace tutela del bene “sicurezza” – nel caso di specie, eliminando il messaggio violento – sia pure essa un atto di “*soft law* dei privati”.

4. Osservazioni conclusive

in cui l’utilizzo di un algoritmo predittivo in ambito giudiziario penale viene invece ritenuto legittimo e non foriero di discriminazioni.

⁵⁶ Si veda il *post* di M. Zuckerberg, *A blueprint for content governance and enforcement*, 15 November 2018. L’*Oversight Board* è stato poi giornalmisticamente chiamato “Facebook Supreme Court”. Per una riflessione sui rischi derivanti dall’introduzione dell’*Oversight Board*, Q. WEINZIERL, *Difficult Times Ahead for the Facebook „Supreme Court“*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 21 September 2019.

⁵⁷ Grazie alla nomina di un *trust* che sceglie i membri dell’*Oversight Board*, ma i cui componenti sono, a loro volta, nominati dai vertici della società.

⁵⁸ Si pensi alle raccomandazioni della Commissione europea, fonti del diritto UE non giuridicamente vincolante, ma riconducibili ad un’Istituzione euro-unitaria.

⁵⁹ Sull’uso della *soft law* nell’ambito delle misure antiterrorismo, si veda ONU, Assemblea Generale, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 29.8.2019, A/74/335.

Dall'applicazione dell'intelligenza artificiale al *counter-terrorism* e, in particolare, dall'azione di rimozione dei contenuti terroristici dal *web* discende una non trascurabile serie di questioni sul piano del diritto costituzionale.

Su un piano generale, emerge subito che queste questioni sono collegate; anzi, a volte, addirittura consequenziali e dovute a dati di fatto difficilmente modificabili. Come si è visto, il ricorso a tecnologie altamente raffinate in questo settore rende imprescindibile la cooperazione tra il potere pubblico e il settore privato. Dalla conseguente "privatizzazione" di attività tipicamente pubblicistiche discende l'inedita torsione di tradizionali concetti del diritto costituzionale. In ultima analisi, è interessata da questo processo distorsivo la sovranità (v. *supra*). Del resto, anche la nozione di potere pubblico assume un'accezione prettamente oggettiva-funzionalistica, ossia non si qualifica come potere pubblico il soggetto che *presenta caratteristiche* pubblicistiche, bensì colui che *svolge funzioni* concretamente pubblicistiche⁶⁰. In parallelo, questa situazione impatta sulla sistematica delle fonti del diritto, che viene ad essere riletta in una logica sostanzialistica, piuttosto che gerarchico-formalistica.

Orbene, lo scenario descritto comporta un alto margine di rischio per l'effettiva tutela dei diritti della persona; in effetti, non solo si lascia ampio raggio di azione ad operatori privati, che ragionano secondo logiche di mercato, anziché in un orizzonte di massimizzazione dell'interesse pubblico, ma si permette altresì una "de-umanizzazione" delle funzioni, grazie all'impiego, sempre più massiccio, dell'algoritmo, che non risponde ai caratteri di trasparenza, pubblicità e *accountability* propri del potere pubblico.

Alla luce di queste osservazioni, sembrano allora scontate le intuibili riserve del costituzionalista, che si interroga sull'opportunità (o meno) di ricorrere all'"algoritmo intelligente" per monitorare, identificare e, eventualmente, rimuovere i contenuti "pericolosi" dal *web*. Un atteggiamento di assoluta chiusura, tuttavia, non sembra realisticamente proponibile, in quanto il rinunciare all'impiego di questo tipo di strumentazione tecnologica rappresenterebbe un "passo indietro" che accorderebbe ai terroristi un'inaccettabile posizione di vantaggio. In via di fatto, risulterebbe peraltro impossibile, per l'occhio umano, scandagliare decine di migliaia di contenuti in modo attento ed efficace, cioè minimizzando il rischio di errore.

Pertanto, in linea con quanto si legge tra le righe del Parere espresso dalla Corte di giustizia in tema di *Passenger Name Record (PNR)*⁶¹, opporsi fermamente all'impiego delle più avanzate tecnologie sembra utopistico oltreché improduttivo nel mondo d'oggi, costantemente minacciato dagli attacchi terroristici, ma profondamente trasformato dall'avanzamento della tecnologia.

Cionondimeno, nel procedere ad un consapevole e legittimo uso della tecnologia, soprattutto nella sua forma più avanzata rappresentata dagli "algoritmi intelligenti", si dovrebbero osservare alcuni *caveat*. In un approccio di cauta apertura, si può osservare che la cooperazione fra pubblico e privato basata su atti normativi, di rango primario, sembra da preferirsi alle *partnerships* volontarie non strettamente regolate. Gli atti normativi sono infatti caratterizzati da una maggiore conoscibilità, il che implica una maggiore controllabilità da parte dell'opinione pubblica, con risvolti positivi sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti di ciascun individuo. Inoltre, questi atti possono essere oggetto di scrutinio penetrante ad opera delle corti; si pensi ai giudizi di costituzionalità dinanzi agli organi di giustizia costituzionale interni, ma pure a rinvii pregiudiziali e ricorsi per annullamento, qualora si ragioni con riferimento all'Unione

⁶⁰ Sembrano quindi essere superate teorie strettamente formalistiche sui poteri dello Stato, che identificavano come "pubblica" ogni funzione svolta da un soggetto formalmente "pubblicistico", a prescindere dal suo contenuto materiale. V., in questo senso, le teorizzazioni dei pubblicisti tedeschi di fine Ottocento e inizio Novecento, come Laband e Jellinek. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Mohr, Tübingen, 1911; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1929.

⁶¹ Cfr. *supra*, nn. 9 e 10 e riferimenti ivi citati.

europea. Lo stesso non si può dire in relazione alle linee guida e *policies* adottate in autonomia dai “giganti del web”.

Vieppiù, gli atti normativi in parola dovrebbero rispondere a requisiti stringenti in termini di contenuto. A cominciare dai profili definitivi, sarebbe, ad esempio, opportuno l’inserimento di definizioni uniformi, chiare e precise, *in primis* circa il concetto di contenuto terroristico. Il perfezionamento del profilo definitorio, all’interno delle fonti normative, risolverebbe anche il problema dell’attuale frammentazione delle diverse definizioni al momento presenti nelle linee guida dei vari operatori del *web*. Adottare una definizione omogenea dei concetti menzionati eviterebbe disparità di trattamento dell’utente, che, allo stato dei fatti, si trova a poter essere censurato su una certa piattaforma, mentre potrebbe essere lasciato libero di esprimersi in caso di pubblicazione dello stesso contenuto in un altro “luogo virtuale”. Inoltre, la maggiore precisione sarebbe altresì auspicabile con riguardo sia alle tecniche di rimozione da utilizzare sia ai requisiti minimi di conoscibilità dell’algoritmo operante in rete.

Infine, sulla considerazione che atti di carattere generale e astratto si prestano difficilmente, per loro stessa natura, a disciplinare dettagli tecnici, soprattutto in termini operativi, si potrebbe poi pensare ad un potenziamento delle fonti secondarie “di dettaglio” – sempre di matrice pubblicistica – nello sforzo di ridurre il più possibile lo spazio “pericolosamente” lasciato alle *policies* degli enti privati.

Questi accorgimenti, lungi dall’essere mere disquisizioni di tipo formalistico, potrebbero rappresentare un primo passo, affinché l’inevitabile ricorso all’intelligenza artificiale venga mantenuto all’interno del quadro costituzionale (o, se si preferisce ragionare in un’ottica di *common law*, nell’ambito del rispetto della *rule of law*).

LUCILLA CONTE
Prime note in tema di eredità culturale digitale

SOMMARIO: 1. L'eredità culturale digitale: considerazioni preliminari. – 2. Il concetto di patrimonio culturale digitale. – 3. La fruizione del patrimonio culturale digitale alla prova del distanziamento sociale: il *qui ed ora* dell'eredità culturale digitale. – 4. L'eredità culturale digitale: un concetto in divenire.

1. *L'eredità culturale digitale: considerazioni preliminari.*

Nella traduzione (non ufficiale) italiana della *Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society* (Faro, 27 ottobre 2005), elaborata dal Mibact, il termine *cultural heritage* è tradotto con «eredità» al fine di «evitare confusioni o sovrapposizioni» con il concetto di patrimonio culturale così come espresso all'interno del Codice dei beni culturali (d.lgs. n. 40/2004, art. 2).

Questa sfumatura si è tuttavia perduta in sede di ratifica¹: nel testo dei disegni di legge presentati al Senato² e dei progetti di legge presentati alla Camera³, infatti, il titolo della Convenzione è tradotto come «Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del *patrimonio culturale* per la società»⁴.

Pur non essendo assenti, in sede di relazione illustrativa, i riferimenti alla nozione di eredità culturale, il legislatore italiano non sembra essersi posto il problema di una eventuale sovrapposizione tra il concetto di patrimonio culturale accolto in sede internazionale (comprendente le declinazioni di patrimonio culturale materiale ed immateriale)⁵ e quello elaborato all'interno del Codice dei beni culturali. Come risulta evidente, il primo riguarda un oggetto decisamente più ampio di quello identificato all'art.2 del Codice dei beni culturali, che si riferisce ai beni culturali e paesaggistici intesi nella loro prevalente materialità⁶.

¹ L'iter parlamentare di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005, è stato decisamente lungo e non si è ancora concluso. Il 10 ottobre 2019 il Senato si è pronunciato in senso favorevole (147 favorevoli, 46 contrari e 42 astenuti), mentre il 6 novembre 2019 è iniziato l'iter di ratifica da parte della Camera, con l'esame da parte della III Commissione Affari Esteri in sede referente, conclusosi il 27 febbraio 2020.

² A.S. 702 (Montevecchi e altri) e A.S. 257 (Marcucci ed altri).

³ A.C. 476 (Ascani) e A.C. 1099 (Quartapelle) successivamente unificati.

⁴ Risultano inoltre allegate ad essi le sole traduzioni della Convenzione nelle lingue ufficiali inglese e francese (in quest'ultima l'utilizzo del termine *patrimoine culturel* sembrerebbe deporre nel senso di una maggiore esattezza della traduzione italiana di *heritage* come patrimonio culturale).

⁵ Il principale riferimento può essere, in questo senso, costituito dalla Convenzione UNESCO per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale del 1972 e dalla Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003. Una nozione allargata di patrimonio culturale accolta in sede internazionale è presente anche all'interno delle Conclusioni del Consiglio dell'UE del 21 maggio 2014 sul Patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile su cui, *infra*, § 2.

⁶ Si utilizza in questa sede l'espressione "prevalente" materialità, ponendo mente a quanto già evidenziato da M.S. Giannini che, nel considerare il bene culturale come *res* sottolineava come ad esso necessariamente dovesse corrispondere, saldandosi con esso, anche un valore culturale immateriale, M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 5 e ss. In questo solco si sono poste le riflessioni di A. PREDIERI, *Paesaggio* (voce), in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 503 e ss. e, più recentemente, F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Riv. giur. edil.*, n. 5/2016 e L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2016. Sulla progressiva estensione del concetto di patrimonio culturale, che ne determina giocoforza una trasformazione dei connotati originari, assumendo via via confini più sfumati e indefiniti, F. COMINELLI, *Il patrimonio culturale immateriale: la sfida della salvaguardia*, in *Economia della cultura*, 2011, 187.

Una lettura fruttuosa del testo della Convenzione –volta a fornirne un’interpretazione soddisfacente, soprattutto tenuto conto del carattere innovativo dei contenuti in essa presenti - può essere in ogni caso condotta anche ponendo mente alla possibile declinazione dell’inglese *cultural heritage* in «eredità culturale».

Vi sono infatti alcune espressioni nel testo della Convenzione che meglio possono essere, più che tradotte, comprese, attraverso il concetto di eredità culturale: basti pensare, per esempio, a *heritage community* (art. 2, lett. b) che in sostanza viene definito come un gruppo di persone che possono, con l’ausilio dei poteri pubblici, identificare determinati aspetti del patrimonio culturale meritevoli di essere sostenuti trasmessi alle future generazioni.

Il complesso *iter* di ratifica nell’ordinamento italiano della Convenzione di Faro è sintomatico della difficoltà di recepire in chiave operativa un documento che esprime un nuovo ed inedito approccio al patrimonio culturale.

Si ha in essa, infatti, un cambiamento di paradigma, con il passaggio da un’ottica *prevalentemente* conservativa ad una *prevalentemente* partecipativa, intervenendo – in una prospettiva di maggiore condivisione – anche sul profilo della identificazione di ciò costituisce patrimonio culturale⁷.

La Convenzione accoglie una nozione multidimensionale dell’eredità culturale (art. 8, che sviluppa quello che in premessa è definito un *enlarged and cross disciplinary concept of cultural heritage*), sottolineando l’esigenza che vengano promosse azioni volte a migliorare l’accesso ad essa (art. 12, che salda i concetti di accesso al *cultural heritage* e di partecipazione democratica).

Viene poi rivolta una particolare attenzione alla preservazione dell’integrità del *cultural heritage*.

Di particolare interesse, sotto questo profilo, è l’articolo 14 della Convenzione, rubricato “Patrimonio culturale e società dell’informazione”, in cui l’utilizzo della tecnologia digitale è identificato come uno *strumento* per agevolare l’accesso al patrimonio culturale.

Non risulta, però, in alcun modo prevista una nozione di patrimonio culturale digitale all’interno della Convenzione: viene infatti presa in considerazione la sola capacità della tecnologia digitale di veicolare efficacemente contenuti culturali, senza tuttavia potersi sostituire ad essi, né (addirittura) pregiudicarne la conservazione.

L’approccio “dal basso” con cui la Convenzione si accosta al tema del riconoscimento e della conservazione del patrimonio culturale non sembra tuttavia configurarsi come ostile ad una digitalizzazione del patrimonio. Quest’ultima costituisce infatti una modalità di conoscenza ed appropriazione condivisa dello stesso, oltre che di conservazione della sua memoria.

Il lungo lasso di tempo che è intercorso tra il momento di elaborazione della Convenzione e la sua ratifica ci permette di effettuarne una lettura integrata con alcuni documenti che si sono succeduti e che hanno come comune denominatore una speciale attenzione per la produzione e la fruizione del patrimonio culturale attraverso strumenti digitali.

Oltre alle Conclusioni del Consiglio dell’Unione Europea del 21 maggio 2014 (sulle quali si dirà, *infra*, al § 2) che esplicitamente affermano la possibilità di esistenza di una “forma digitale” della cultura, si possono ricordare altri esempi che attestano un’attenzione crescente nei confronti delle prospettive di digitalizzazione: la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017, relativa alla nomina del 2018 come Anno europeo del patrimonio culturale; la proposta di risoluzione del Parlamento europeo del 14 maggio 2018 sugli ostacoli strutturali nell’accesso alla cultura (in particolare al punto n.1, ove l’accesso alla cultura, rinviando all’art. 27 della Dichiarazione

⁷ La Convenzione all’art.4, lett. a) enuncia il diritto a trarre beneficio dall’eredità culturale e a contribuire al suo arricchimento. Su questo profilo, M. MONTELLA, *La convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, in P. Feliciati (a cura di), *La valorizzazione dell’eredità culturale in Italia*, in *Il Capitale culturale*, Suppl. n. 5/2016, 14.

universale dei diritti umani, è definito come un diritto fondamentale di tutti i cittadini⁸; e al punto n. 6, laddove viene sottolineato come l'accesso alla cultura la partecipazione culturale rappresentino una questione trasversale, sottolineando l'importanza «di coordinare la politica culturale con altri ambiti strategici, quali l'istruzione, la politica sociale, economica, regionale, estera, digitale e dei media»); la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2018 sulla nuova agenda europea per la cultura, in particolare al punto n. 32 con riferimento al contesto digitale in cui possono svilupparsi competenze culturali e creative; il Manifesto Ventotene digitale elaborato nel 2018 dalla rete *DiCultHer*⁹ in occasione dell'anno europeo del patrimonio culturale, che contiene la definizione di *Digital Cultural Heritage* come «patrimonio culturale in forma digitale intangibile e immateriale»; la Carta di Pietrelcina del 30 luglio 2019 sull'Educazione all'eredità culturale digitale¹⁰.

A livello di ordinamento nazionale, si segnala il d.p.c.m. n. 169/2019, contenente il regolamento organizzativo del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo (Mibact), che, all'art. 35, individua, tra gli uffici di livello dirigenziale generale dotati di speciale autonomia, l'«Istituto centrale per la digitalizzazione del patrimonio culturale – *Digital Library*», con il compito di curare il coordinamento e promuovere programmi di digitalizzazione del patrimonio culturale di competenza del Ministero, elaborare il Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale e la sua attuazione ed esprimere parere obbligatorio e vincolante su ogni iniziativa del Ministero in materia.

Queste prime, sommarie considerazioni rendono l'idea di un tema – quello dell'eredità culturale digitale – senza dubbio vasto, complesso e dai molteplici profili di indagine.

In questo contributo esso sarà analizzato nei suoi rapporti con il concetto di patrimonio culturale digitale e nella prospettiva diacronica dell'esigenza di una continuità nella sua fruizione.

Il concetto di eredità rinvia inevitabilmente ad un nucleo di significato ben delineato dal punto di vista giuridico, e questo forse potrebbe spiegare la preferenza per la traduzione dell'inglese *cultural heritage* in “patrimonio culturale” – così da differenziarsene. Il concetto di eredità culturale sembra, infatti, avere assunto una coloritura di tipo relazionale che ne aumenta il tasso di genericità.

L'utilizzo del concetto di *cultural heritage* risulta consolidato all'interno delle convenzioni internazionali per la tutela del patrimonio culturale, ma la sua interpretazione è apparsa controversa sia con riferimento alla definizione degli oggetti (materiali o immateriali) che ad esso afferiscono¹¹, sia con il significato che si intenda attribuire alla relazione simbolica tra il patrimonio culturale e il concetto di cultura in senso ampio¹².

I nodi derivanti da tali ambiguità (rispetto a cui non sembra configurarsi soltanto un problema di mera traduzione) sono emersi proprio in relazione alla ratifica della Convenzione di Faro. Essa

⁸ La risoluzione, nel rinviare anche a quanto disposto all'interno della Convenzione di Faro quanto al diritto a partecipare alla vita culturale e alla valorizzazione del ruolo del patrimonio culturale nella costruzione di una società pacifica e democratica, invita esplicitamente gli Stati membri firmatari a procedere con speditezza sulla via della ratifica.

⁹ Il *Network DiCultHer* (<https://www.diculther.it/rete-diculther/>) «nasce per costruire e consolidare una cultura dell'innovazione tecnologica digitale sulle problematiche legate alla conservazione, valorizzazione e promozione del *Cultural Heritage* attraverso una ampia pianificazione di attività di ricerca, formative ed educative condivise».

¹⁰ In tale documento, elaborato in seno al *Network DiCultHer* (<https://www.diculther.it/rete-diculther/>), si afferma che «ben oltre (...) il semplice utilizzo delle tecnologie in funzione abilitante ai fini della valorizzazione – ovvero come strumenti atti a favorire processi di aggiornamento e digitalizzazione dell'esistente – il “sapere” digitale offre occasioni di riconfigurazione complessiva delle entità e dei luoghi culturali come “eredità comuni”: il digitale assume valenza metodologica ed epistemologica, strutturale e di contesto, all'interno della quale avviare una nuova ermeneutica della cultura e dell'Eredità Culturale».

¹¹ L. V. PROTTE, P. O'Keefe, *Cultural heritage or Cultural Property?*, in *International Journal of Cultural Property*, Vol. 1, iss. 2, July 1992, 309.

¹² J. BLAKE, *On defining the Cultural Heritage*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 49. Iss. 1, Jan. 2000, 68.

sembrerebbe, infatti, determinare uno slittamento verso il concetto più indefinito e giuridicamente problematico di eredità culturale.

2. Il concetto di patrimonio culturale digitale

La digitalizzazione del patrimonio culturale costituisce un tema che è possibile affrontare sotto alcuni profili che appaiono di particolare ed immediato interesse. Il primo attiene all'impatto che la digitalizzazione determina sulle tradizionali categorie del patrimonio culturale e dunque sulla materialità o immaterialità dello stesso. Il secondo riguarda le modalità di trasmissione, fruizione e conservazione del patrimonio culturale digitalizzato¹³. Il terzo riguarda la copertura costituzionale che possa essere individuata con riferimento all'accesso al patrimonio culturale digitalizzato.

Una ridefinizione di patrimonio culturale comprensiva dell'apporto fornito dalla cosiddetta "rivoluzione digitale" è presente al punto n. 2 delle Conclusioni del Consiglio dell'UE del 21 maggio 2014 sul Patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile.

Il patrimonio culturale viene infatti definito come il complesso delle «*resources inherited from the past in all forms and aspects – tangible, intangible and digital (born digital and digitized), including monuments, sites, landscapes, skills, practices, knowledge and expressions of human creativity*».

L'aspetto interessante di questa definizione risiede nel fatto vengono identificati due profili attinenti alla digitalizzazione: essa, infatti, può determinare una nuova forma assunta da un bene collocabile nella nozione di patrimonio culturale, ma può anche costituirne il "modo di essere" originario: in ciò sta la differenza tra le espressioni «*born digital*» e «*digitized*».

Esempi di espressioni culturali *born digital* sono costituiti dalle *digital libraries* e dalle banche dati, ma anche da inediti esperimenti di cultura enciclopedica condivisa come Wikipedia¹⁴ (e, all'interno di essa e con particolare riferimento al patrimonio culturale materiale, dall'operazione *Wiki Loves Monuments*¹⁵) oppure estemporanea e settoriale, ma con altissime potenzialità di diffusione come i *doodle* (decorazioni d'occasione del logo aziendale sulla *home page* di Google con l'obiettivo di segnalare e rendere conoscibili ad un vasto pubblico eventi e/o personaggi significativi da ricordare)¹⁶.

L'avvento dell'era digitale impone dunque, se non una ridefinizione, almeno un riposizionamento

¹³ Come è noto, la trasmissione in formato digitale utilizza sequenze discrete di numeri (a differenza di quella analogica che viaggia su sequenze continue): da questo deriva l'effetto di una maggiore semplicità nella lavorazione dei dati, che possono così essere processati agevolmente anche in modo automatizzato. In questo contributo si prende in considerazione, all'interno del più ampio fenomeno della digitalizzazione, l'attitudine delle risorse culturali ad essere acquisite (o essere state originariamente prodotte in) formato digitale.

¹⁴ Sul tema della problematica «attendibilità epistemica» di Wikipedia, v. N. VASSALLO, *Era digitale. Indicazioni su conoscenza, reati, epistemologia della testimonianza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2015, 79. Più, in generale, pone l'accento sul fenomeno dell'*information overload* inteso come «sovraccarico informativo-sensoriale», v. A. VENANZONI, *La matrice spezzata: ripensare la democrazia all'epoca di internet*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, 65.

¹⁵ L'operazione *Wiki Loves Monuments* consiste in un concorso fotografico su scala globale, nato nel 2010 su iniziativa di *Wikimedia Olanda*, in cui i partecipanti condividono in licenza libera (*Wikimedia Commons*) le proprie foto del patrimonio culturale.

¹⁶ Nel *Doodles Archive* (<https://www.google.com/doodles/about>), si dà conto della creazione di oltre 4000 *doodle* dal 1998 ad oggi e si precisa come il processo di selezione delle tematiche da trasferire nei *doodle* sia aperto alla comunità degli utenti che possono segnalare ad un indirizzo dedicato eventi e/o personaggi storici da ricordare. È stato rilevato come la battaglia per la *leadership* in campo digitale consista in una «battaglia prima di tutto culturale (...) ancora di più oggi, in uno scenario di evidente convergenza tra informatica, telecomunicazioni e industria dei contenuti», L. FABBRI, *Google, Facebook e gli altri. Per una mappa delle culture digitali*, in *Problemi dell'informazione*, n. 3/2015, 626.

dei concetti originari di patrimonio culturale materiale e immateriale, così come definiti dall'UNESCO nell'art. 1 della Convenzione per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale del 1972¹⁷ e nell'art. 2 della Convenzione del 2003.

La digitalizzazione infatti, nel primo caso determina una dematerializzazione del patrimonio culturale materiale, reso fruibile digitalmente¹⁸, nel secondo caso può determinare – all'inverso – una “materializzazione” del patrimonio culturale immateriale, rendendolo visibile, archiviabile e conservabile¹⁹. All'incrocio di questi due territori si trovano, come poco sopra anticipato, le risorse culturali *born digital* per le quali non si pone il problema degli effetti di una loro traslazione in campo digitale, quanto piuttosto di una loro efficace conservazione nel tempo (come si vedrà, *infra*, al § 4).

Queste prime riflessioni ci inducono a ritenere che il concetto di patrimonio culturale digitale sia ampio e complesso²⁰, non definibile soltanto come una mera traslazione del patrimonio culturale in un universo “altro” quanto a modalità di trasmissione ed accessibilità.

Il carattere plurale dei beni in esso ricompresi ci induce a pensare che anche le modalità di accesso a tale patrimonio vadano analizzate sotto il profilo costituzionale. In questa prospettiva, Internet costituisce lo strumento principale per una fruizione da remoto²¹.

3. La fruizione della cultura in formato digitale alla prova del distanziamento sociale: il qui ed ora dell'eredità culturale digitale.

L'attenzione per la dimensione digitale della cultura conosce, nell'attualità dell'emergenza

¹⁷ Nella definizione di patrimonio culturale contenuta all'art. 1 della Convenzione sul Patrimonio Culturale e Naturale Mondiale (firmata a Parigi nel novembre 1972 e ratificata in Italia con legge n. 184 del 6 aprile 1977) è evidente il riferimento esclusivo al dato materiale, per cui in essa sono ricompresi i *monumenti* (intesi come tali non solo le opere architettoniche, plastiche o pittoriche monumentali, ma anche elementi o strutture aventi carattere archeologico) gli *agglomerati* (*gruppi di costruzioni isolate o riunite*) e i *siti* (opere dell'uomo e opere coniugate dell'uomo e della natura) caratterizzati dall'esprimere un valore universale eccezionale. La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (Parigi, 17 ottobre 2003) (ratificata con l. 27 settembre 2007, n. 167) contiene due liste di beni culturali immateriali: la prima relativa al patrimonio culturale immateriale e la seconda relativa al patrimonio immateriale che necessita di urgente tutela. Ad esse si aggiunge il registro delle buone pratiche di salvaguardia.

¹⁸ È stata utilizzata in proposito l'espressione di «immaterialità estrinseca», G. MORBIDELLI, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti del Convegno di Assisi 25-27 ottobre 2012), in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 1/2014, § 4. Sull'artificialità della distinzione tra espressioni naturali materiali e immateriali, v. K. V. LOTTICH, *Culture and the cultural heritage*, in *Il Politico*, n. 3/1967, 613.

¹⁹ Un esempio in questo senso è fornito dall'operazione denominata Granai della memoria (<http://www.granaidellamemoria.it/index.php/it/archivi>), un progetto scientifico didattico dell'Università di Scienze Gastronomiche con l'obiettivo di raccogliere e comunicare in video le testimonianze raccolte secondo parole chiave.

²⁰ In questa prospettiva può avere un senso rifarsi ad una nozione allargata e non strettamente normativa di patrimonio culturale, all'interno della quale per cultura deve intendersi – sulla base della definizione contenuta alla voce “Cultura” in G. DEVOTO - G. C. OLI, *Nuovo Vocabolario illustrato della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1992– come il «complesso delle manifestazioni della vita materiale, sociale e spirituale di un popolo o di un gruppo etnico, in relazione alle varie fasi di un processo evolutivo o ai diversi periodi storici o alle condizioni ambientali». Sul punto, si veda, in senso critico, A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), 1/2018, § 7.

²¹ Sul diritto di accesso ad Internet come strumento liberamente utilizzabile per un esercizio più sostanziale di determinati diritti costituzionalmente tutelati, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2012 (17.10.2012) 14 e Id., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. Zaccaria (cur), *Le telecomunicazioni*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 32 ss., laddove si ragiona in termini di ostacoli culturali ad una propensione attiva all'accesso alla Rete. Sulle modalità di utilizzo della Rete, che richiedono un'attitudine attiva del fruitore, ancora P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. informatica*, 2011, 19 e ss.

derivante dall'epidemia da SARS-CoV-2, uno scenario inedito.

Il tema dell'accesso alla cultura in senso ampio (e, dunque, anche al patrimonio culturale) è stato affrontato in via convenzionale nell'ottica della universalità, della continuità e della garanzia della fruizione. Il "fabbisogno di digitalizzazione", è stato percepito fino ad ora come un'esigenza di carattere ordinario e strutturale²², che trova una proiezione anche sotto il profilo dei diritti individuali.

L'avvento della tecnologia digitale impone di considerare questi obiettivi con riferimento anche alle nuove prospettive di disuguaglianza, integrate dal *digital divide* nelle sue accezioni infrastrutturale e culturale. Ciò vale, a maggior ragione, in un contesto di distanziamento sociale obbligatorio nel quale l'utilizzo di risorse digitali costituisce non più un'opzione, ma una necessità²³.

L'apporto delle tecnologie digitali alla fruizione della cultura può essere analizzato secondo molteplici profili: quello del diritto all'istruzione, della libertà di insegnamento e del diritto alla ricerca scientifica che, per la loro complessità ed interconnessione, meritano senz'altro una trattazione a parte.

I riferimenti costituzionali di cui agli artt. 9 e 34 Cost. determinano, infatti, un sistema in cui l'obbligatorietà dell'istruzione e la garanzia dell'accesso ai capaci e meritevoli, ma privi di mezzi, ai gradi più alti degli studi, creano le condizioni per una fruizione generalizzata e consapevole del patrimonio culturale della Nazione.

In questa sede si intende, invece, soffermare l'attenzione su di un aspetto più generale, la cui trattazione si pone in qualche misura come preliminare rispetto all'analisi dei diritti poco sopra accennati, e che può essere identificato come il diritto individuale alla fruizione del patrimonio culturale²⁴ nel contesto di una crisi sanitaria senza precedenti.

La premessa per il funzionamento del sistema "istruzione-insegnamento-ricerca" nel contesto Covid-19 infatti è costituita dalla garanzia della connessione e dunque della qualità e della continuità dell'accesso *individuale* alle risorse culturali messe a disposizione attraverso la Rete²⁵.

Si tratta di una questione di elevata importanza: se è vero che «la cultura è ciò che tiene insieme gli uomini»²⁶, è altrettanto vero che la democrazia ha bisogno di della cultura e, in particolare, dell'universalità dei valori culturali, in assenza dei quali «rischia di essere un guscio pericolosamente

²² Su questo punto, nel quadro degli interventi per la digitalizzazione del patrimonio culturale da parte del Mibact, v. la circolare SG n. 34 del 12 luglio 2019 in tema di ricognizione dei fabbisogni di digitalizzazione.

²³ A questo proposito appare significativa la risoluzione A/HCR/20/L.13 del Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite, in cui l'accesso ad Internet viene identificato come un diritto fondamentale dell'uomo ai sensi dell'art. 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino. Sull'importanza rivestita dal contesto in cui si verifica ed avviene l'apprendimento, v. J.R. PIERCE, *La teoria dell'informazione. Simboli, codici, messaggi*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1963, 127.

²⁴ Sul diritto alla fruizione del patrimonio culturale come diritto soggettivo individuale, v. R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della nazione*, in F. ASTONE (a cura di), *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*. Atti del Convegno di Messina, 14-15 ottobre 2016, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 26, ove si rileva come «il diritto soggettivo di ciascuno di godere dei beni culturali è perciò oggetto della tutela di principio della Repubblica italiana, che nell'essenza vale identità di quel popolo che si è costituito in sovranità invocando a tal fine la Nazione (art. 1 e 9 Cost.)».

²⁵ Sul carattere in qualche misura amplificato ed integrato di tale accesso, anche attraverso l'utilizzo di cellulari e tablet e dunque ormai non più vincolato ad una postazione fissa, v. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie in Italia*, cit., § 3. La possibilità di agganciare tali dispositivi a reti ad accesso libero risulta tuttavia ovviamente preclusa sia da forti limitazioni alla libertà di circolazione che impediscano l'accesso a spazi pubblici ove sia presente il segnale, sia dalla chiusura forzata dei luoghi della cultura e delle attività commerciali (che offrono di regola accesso libero o minimamente condizionato al proprio sistema *wi-fi*). In sostanza, pare possibile considerare come il diritto di accesso alle tecnologie ICT si componga di due fasi interconnesse: il possesso del device e la disponibilità della connessione.

²⁶ Espressione dell'antropologa Ruth Benedict e ripresa da M. AIME, *Cultura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, 27.

vuoto»²⁷.

Il tema dell'accesso alle risorse culturali in tempo di pandemia risulta dunque di particolare attualità, soprattutto con riferimento alle limitazioni delle libertà individuali connesse alle misure di protezione e prevenzione dall'estendersi del contagio.

Le misure adottate dal Governo allo scopo di evitare il diffondersi del Covid-19 con riferimento alla fruizione della cultura operano essenzialmente su due fronti: quello delle manifestazioni culturali e quello dell'accesso ai musei e agli altri istituti e luoghi della cultura²⁸.

La digitalizzazione del patrimonio culturale rappresenta dunque la precondizione per garantire la continuità di tale accesso. Si è parlato, a questo riguardo, di "resistenza culturale"²⁹ per indicare la disponibilità di musei e istituti di cultura a mettere in rete risorse e *tour* digitali³⁰. In effetti è proprio con riferimento ai luoghi fisici della cultura che sono disposte le maggiori restrizioni, rispetto a cui la fruizione in digitale risulta l'unica, al momento, possibile.

²⁷ V. ONIDA, *La funzione civile dell'Università*, in AA.Vv., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 2016, 383.

²⁸ La limitazione o la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale e la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, è stata disposta a partire da d.l. n. 6/2020 (art. 1, lett. e), Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-1, conv. in l. n. 13/2020), con un ambito di applicazione via via più ampio: con il d.p.c.m. 25 febbraio 2020 art. 1 comma 1 lett. e), il giorno domenica 1 marzo 2020, su tutto il territorio nazionale, non avrà luogo il libero accesso agli istituti ed ai luoghi della cultura di cui all'art. 1, comma 1, del decreto 11 dicembre 1997, n. 507, Regolamento recante norme per l'istituzione del biglietto d'ingresso ai monumenti, musei, gallerie, scavi di antichità, parchi e giardini monumentali dello Stato»; con il d.p.c.m. 1° marzo 2020 (limitatamente ai comuni specificamente individuati nelle Regioni Lombardia e Veneto) è stata disposta la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi (art. 1, comma 1, lett. f); con il d.p.c.m. 4 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale): si affaccia didattica a distanza per periodo sospensione (fino al 3 aprile); con il d.p.c.m. 8 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19) all'art. 1, comma 1, lett. l) nell'area territoriale: regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanio-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia è stata disposta la chiusura dei i musei e gli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; con il d. l. 19/2020 (art. 1, comma 2, lett. g) è stata stabilita la limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale; la limitazione o sospensione dei servizi di apertura al pubblico o chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi (art. 1, comma 2, lett. r); previsioni ribadite nel d.p.c.m. 10 aprile 2020, che prevede (art. 1, comma 1, lett. i) la sospensione delle manifestazioni organizzate, degli eventi e degli spettacoli di qualsiasi natura, ivi compresi quelli di carattere culturale, e (art. 1, comma 1, lett. j), la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; da ultimo, con d.p.c.m. 26 aprile 2020 è stata prevista con efficacia dal 4 al 17 maggio 2020, la sospensione delle manifestazioni organizzate, degli eventi e degli spettacoli di qualsiasi natura con la presenza di pubblico, ivi compresi quelli di carattere culturale (art. 1, comma 1, lett. i) e la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (art. 1, comma 1, lett. j).

²⁹ G. GARDINI, *Coronavirus. I musei che resistono e vanno online*, in *Il Sole 24ore* (<https://www.ilssole24ore.com>), 14 marzo 2020.

³⁰ Si segnala, da ultimo, il *Gran Virtual Tour* (<https://www.beniculturali.it/virtualtour>) realizzato presente sul sito del Mibact che funge come una sorta di *browser* per la ricerca di *tour* virtuali dei principali luoghi della cultura presenti in Italia.

Si tratta, come evidente, di una fruizione di tipo surrogatorio, che non può sostituire la pienezza dell'esperienza fisica del contatto con il patrimonio culturale, e che risulta pregiudicata dall'eventuale impossibilità di accedervi digitalmente.

Accesso oggi precluso, in futuro probabilmente condizionato ai luoghi fisici della cultura pone in tutta la sua problematicità il tema della fruizione digitale delle risorse culturali³¹.

Ci si può chiedere se, in un contesto di questo tipo, la funzione e gli scopi originari della digitalizzazione possano assumere un significato più ampio e complesso.

La risposta è sicuramente affermativa, e l'interrogativo ulteriore riguarda le condizioni materiali attraverso cui l'accesso alla cultura digitale possa determinarsi.

Esse consistono nello sviluppo di nuove competenze nella produzione di contenuti culturali e in una seria mappatura delle reali condizioni di utilizzo della Rete da parte della popolazione.

La tematica della didattica a distanza ha posto con urgente concretezza il tema del *digital divide* nelle sue più diversificate declinazioni (anagrafica, economica, di copertura territoriale...), in un momento storico in cui il principale varco per l'accesso alle risorse culturali sulla base delle preferenze manifestate dall'utente e in una misura partecipata (che garantisca la condivisione e l'interazione, pure se da remoto, con altri soggetti) è costituito da Internet. In tali condizioni, il diritto di accesso alla Rete si caratterizza per la sua particolare urgenza, soprattutto nel momento in cui altri diritti e libertà individuali riscontrano una temporanea compressione³².

Quello digitale non appare più soltanto poter essere considerato uno dei modi di essere della cultura, quanto piuttosto la forma necessaria della stessa in contesto di emergenza³³.

Non si tratta perciò di un diritto soltanto individuale, in quanto risulta connesso alla funzione – identitaria e creatrice di stimoli alla coesione nazionale – esercitata dal patrimonio culturale.

4. *L'eredità culturale digitale: un concetto in divenire.*

L'eredità culturale evocata dalla Convenzione di Faro offre l'opportunità di riflettere su di un concetto che – dal punto di vista delle nuove tecnologie – necessita di essere affrontato con un approccio peculiare.

La digitalizzazione dei contenuti aventi valore culturale non sembra infatti esaurirsi in una semplice modalità di conservazione come indicato all'art. 14 della Convenzione, ma si avvia a diventare uno dei modi di essere degli stessi.

Già quasi venti anni fa veniva proposta una inedita definizione di «centralità della cultura», intesa come il «modo in cui la cultura si insinua in ogni angolo e in ogni fessura della vita sociale

³¹ Alcuni scenari sono prefigurati da P. PETROCELLI, *The Show Must Go (On)line*, in *Huffingtonpost* (<http://www.huffingtonpost.it/>), 12 aprile 2020, che, con particolare riferimento al settore degli spettacoli dal vivo, ipotizza suggestive modalità miste di integrazione di contenuti digitali con performances effettuate dal vivo alla presenza di un numero ridotto di spettatori, nella consapevolezza dell'esigenza di preservare il "legame sacro" delle istituzioni culturali con il proprio (ben più vasto) pubblico.

³² Sull'accesso ad internet come «strumento liberamente utilizzabile per un esercizio più sostanziale di determinati diritti costituzionalmente tutelati», v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 14. Per quanto riguarda la possibile ridefinizione dei tratti della libertà individuale da parte delle nuove tecnologie, F. MUSELLA, *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in *Politica del Dir.*, n. 3/2010, 442.

³³ In questa prospettiva, risultano ancora più pressanti le esigenze di realizzazione di un'autentica «elettronica democratica», da intendersi come «disponibilità generalizzata delle nuove tecnologie informative e in particolare delle reti grazie non solo al riconoscimento formale e alla garanzia dell'accesso indiscriminato alle reti stesse, ma anche attraverso più sostanziali politiche di incentivo per l'acquisizione dell'hardware e del software necessari e soprattutto, grazie a mirate politiche industriali (per quanto riguarda la diffusione delle infrastrutture di rete) e tariffarie (per quanto concerne i tempi di connessione)», P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-democracy)*, in *Dir. informatica*, 2003, 465.

contemporanea creando un aumento di ambienti secondari che mediano qualsiasi cosa»³⁴. Tali “ambienti secondari” di trasmissione possono essere integrati da supporti (pc, smartphone, tablet, maxischermi negli spazi pubblici) che veicolano contenuti culturali in formato digitale, sfruttando le capacità di evocazione e di stimolo fornite dalla cosiddetta società dell’immagine³⁵.

In questo contesto sembra determinarsi quella che è stata definita come una decisiva riequilibrio, a favore dei contenuti immateriali (intesi in senso ampio), «dell’intero sistema di trasmissione dell’eredità culturale»³⁶.

Si pone dunque come un problema non postponibile, quanto piuttosto appartenente all’*hic et nunc* dell’eredità culturale digitale, il tema del futuro delle memorie digitali. Esso si salda con l’esigenza di garantirne la conservazione, con un approccio volto alla raccolta ragionata e sistematica dei materiali su supporti alternativi e che tenga conto – tanto nella prospettiva del futuro, quanto in quella della contemporaneità – della sostanziale rapida obsolescenza degli stessi³⁷.

La questione della trasmissione dell’eredità culturale digitale si pone dunque come un problema dell’attualità, non differibile. Una sua possibile sottovalutazione determinerebbe il rischio di non prevedere modalità idonee per la conservazione di una mole sempre più consistente di dati, anche tenendo conto di periodi storici (come quello della attuale pandemia) in cui il trasferimento obbligato e massivo di una serie di contenuti culturali sul web (come mostre virtuali, spettacoli, video conferenze e seminari, dibattiti, documentazioni archivistiche, documentari...) pone il problema della garanzia di una loro conservazione nel tempo.

In uno scritto del 1993, Neil Postman, prefigurando la resa della cultura alla tecnologia, sembrava intravedere, tuttavia, nell’esistenza stessa del computer, un messaggio metaforico fondamentale: che noi siamo macchine, macchine pensanti, attraverso una ridefinizione dell’essere umano come «*information processor*»³⁸. Si tratta di una prospettiva che sembra porsi come il chiaroscuro del concetto di intelligenza artificiale³⁹, ma che ha il pregio di responsabilizzare individuo e collettività quanto alla possibilità di generare nuovi percorsi di trasmissione della cultura. Essi non potranno prescindere dal considerare l’eredità culturale, soprattutto digitale, come un concetto in divenire, i cui rischi di una imperfetta o lacunosa trasmissione nel tempo già interrogano il nostro presente.

³⁴ S. HALL, in *La centralità della cultura: annotazioni sulle rivoluzioni culturali del nostro tempo* in *Studi di sociologia*, 2001, 303.

³⁵ M. CAMELLI, *Il diritto del patrimonio culturale: sfide aperte, risposte possibili*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), 3/2017.

³⁶ M. CRASTA, *Le cose, i significati e le relazioni. Il digitale nelle istituzioni storiche della cultura*, in *Parolechiave*, 2013, 150.

³⁷ A. OLSCHKI, *Memorie digitali: rischio estinzione*, in *La Bibliofilia*, n. 1/2004, 94. In senso analogo, v. M.G. PASTURA, *Il policentrismo della conservazione*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), 1/2008.

³⁸ N. POSTMAN, *Technopoly. La resa della cultura alla tecnologia*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, 103.

³⁹ Su cui, per tutti, M. MINSKY, *La società della mente*, Adelphi, Milano, 1989.

LUCILLA CONTE
Prime note in tema di eredità culturale digitale

SOMMARIO: 1. L'eredità culturale digitale: considerazioni preliminari. – 2. Il concetto di patrimonio culturale digitale. – 3. La fruizione del patrimonio culturale digitale alla prova del distanziamento sociale: il *qui ed ora* dell'eredità culturale digitale. – 4. L'eredità culturale digitale: un concetto in divenire.

1. *L'eredità culturale digitale: considerazioni preliminari.*

Nella traduzione (non ufficiale) italiana della *Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society* (Faro, 27 ottobre 2005), elaborata dal Mibact, il termine *cultural heritage* è tradotto con «eredità» al fine di «evitare confusioni o sovrapposizioni» con il concetto di patrimonio culturale così come espresso all'interno del Codice dei beni culturali (d.lgs. n. 40/2004, art. 2).

Questa sfumatura si è tuttavia perduta in sede di ratifica¹: nel testo dei disegni di legge presentati al Senato² e dei progetti di legge presentati alla Camera³, infatti, il titolo della Convenzione è tradotto come «Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del *patrimonio culturale* per la società»⁴.

Pur non essendo assenti, in sede di relazione illustrativa, i riferimenti alla nozione di eredità culturale, il legislatore italiano non sembra essersi posto il problema di una eventuale sovrapposizione tra il concetto di patrimonio culturale accolto in sede internazionale (comprendente le declinazioni di patrimonio culturale materiale ed immateriale)⁵ e quello elaborato all'interno del Codice dei beni culturali. Come risulta evidente, il primo riguarda un oggetto decisamente più ampio di quello identificato all'art.2 del Codice dei beni culturali, che si riferisce ai beni culturali e paesaggistici intesi nella loro prevalente materialità⁶.

¹ L'iter parlamentare di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005, è stato decisamente lungo e non si è ancora concluso. Il 10 ottobre 2019 il Senato si è pronunciato in senso favorevole (147 favorevoli, 46 contrari e 42 astenuti), mentre il 6 novembre 2019 è iniziato l'iter di ratifica da parte della Camera, con l'esame da parte della III Commissione Affari Esteri in sede referente, conclusosi il 27 febbraio 2020.

² A.S. 702 (Montevecchi e altri) e A.S. 257 (Marcucci ed altri).

³ A.C. 476 (Ascani) e A.C. 1099 (Quartapelle) successivamente unificati.

⁴ Risultano inoltre allegate ad essi le sole traduzioni della Convenzione nelle lingue ufficiali inglese e francese (in quest'ultima l'utilizzo del termine *patrimoine culturel* sembrerebbe deporre nel senso di una maggiore esattezza della traduzione italiana di *heritage* come patrimonio culturale).

⁵ Il principale riferimento può essere, in questo senso, costituito dalla Convenzione UNESCO per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale del 1972 e dalla Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003. Una nozione allargata di patrimonio culturale accolta in sede internazionale è presente anche all'interno delle Conclusioni del Consiglio dell'UE del 21 maggio 2014 sul Patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile si cui, *infra*, § 2.

⁶ Si utilizza in questa sede l'espressione "prevalente" materialità, ponendo mente a quanto già evidenziato da M.S. Giannini che, nel considerare il bene culturale come *res* sottolineava come ad esso necessariamente dovesse corrispondere, saldandosi con esso, anche un valore culturale immateriale, M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 5 e ss. In questo solco si sono poste le riflessioni di A. PREDIERI, *Paesaggio* (voce), in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 503 e ss. e, più recentemente, F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Riv. giur. edil.*, n. 5/2016 e L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2016. Sulla progressiva estensione del concetto di patrimonio culturale, che ne determina giocoforza una trasformazione dei connotati originari, assumendo via via confini più sfumati e indefiniti, F. COMINELLI, *Il patrimonio culturale immateriale: la sfida della salvaguardia*, in *Economia della cultura*, 2011, 187.

Una lettura fruttuosa del testo della Convenzione –volta a fornirne un’interpretazione soddisfacente, soprattutto tenuto conto del carattere innovativo dei contenuti in essa presenti - può essere in ogni caso condotta anche ponendo mente alla possibile declinazione dell’inglese *cultural heritage* in «eredità culturale».

Vi sono infatti alcune espressioni nel testo della Convenzione che meglio possono essere, più che tradotte, comprese, attraverso il concetto di eredità culturale: basti pensare, per esempio, a *heritage community* (art. 2, lett. b) che in sostanza viene definito come un gruppo di persone che possono, con l’ausilio dei poteri pubblici, identificare determinati aspetti del patrimonio culturale meritevoli di essere sostenuti trasmessi alle future generazioni.

Il complesso *iter* di ratifica nell’ordinamento italiano della Convenzione di Faro è sintomatico della difficoltà di recepire in chiave operativa un documento che esprime un nuovo ed inedito approccio al patrimonio culturale.

Si ha in essa, infatti, un cambiamento di paradigma, con il passaggio da un’ottica *prevalentemente* conservativa ad una *prevalentemente* partecipativa, intervenendo – in una prospettiva di maggiore condivisione – anche sul profilo della identificazione di ciò costituisce patrimonio culturale⁷.

La Convenzione accoglie una nozione multidimensionale dell’eredità culturale (art. 8, che sviluppa quello che in premessa è definito un *enlarged and cross disciplinary concept of cultural heritage*), sottolineando l’esigenza che vengano promosse azioni volte a migliorare l’accesso ad essa (art. 12, che salda i concetti di accesso al *cultural heritage* e di partecipazione democratica).

Viene poi rivolta una particolare attenzione alla preservazione dell’integrità del *cultural heritage*.

Di particolare interesse, sotto questo profilo, è l’articolo 14 della Convenzione, rubricato “Patrimonio culturale e società dell’informazione”, in cui l’utilizzo della tecnologia digitale è identificato come uno *strumento* per agevolare l’accesso al patrimonio culturale.

Non risulta, però, in alcun modo prevista una nozione di patrimonio culturale digitale all’interno della Convenzione: viene infatti presa in considerazione la sola capacità della tecnologia digitale di veicolare efficacemente contenuti culturali, senza tuttavia potersi sostituire ad essi, né (addirittura) pregiudicarne la conservazione.

L’approccio “dal basso” con cui la Convenzione si accosta al tema del riconoscimento e della conservazione del patrimonio culturale non sembra tuttavia configurarsi come ostile ad una digitalizzazione del patrimonio. Quest’ultima costituisce infatti una modalità di conoscenza ed appropriazione condivisa dello stesso, oltre che di conservazione della sua memoria.

Il lungo lasso di tempo che è intercorso tra il momento di elaborazione della Convenzione e la sua ratifica ci permette di effettuarne una lettura integrata con alcuni documenti che si sono succeduti e che hanno come comune denominatore una speciale attenzione per la produzione e la fruizione del patrimonio culturale attraverso strumenti digitali.

Oltre alle Conclusioni del Consiglio dell’Unione Europea del 21 maggio 2014 (sulle quali si dirà, *infra*, al § 2) che esplicitamente affermano la possibilità di esistenza di una “forma digitale” della cultura, si possono ricordare altri esempi che attestano un’attenzione crescente nei confronti delle prospettive di digitalizzazione: la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017, relativa alla nomina del 2018 come Anno europeo del patrimonio culturale; la proposta di risoluzione del Parlamento europeo del 14 maggio 2018 sugli ostacoli strutturali nell’accesso alla cultura (in particolare al punto n.1, ove l’accesso alla cultura, rinviando all’art. 27 della Dichiarazione

⁷ La Convenzione all’art.4, lett. a) enuncia il diritto a trarre beneficio dall’eredità culturale e a contribuire al suo arricchimento. Su questo profilo, M. MONTELLA, *La convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, in P. Feliciati (a cura di), *La valorizzazione dell’eredità culturale in Italia*, in *Il Capitale culturale*, Suppl. n. 5/2016, 14.

universale dei diritti umani, è definito come un diritto fondamentale di tutti i cittadini⁸; e al punto n. 6, laddove viene sottolineato come l'accesso alla cultura la partecipazione culturale rappresentino una questione trasversale, sottolineando l'importanza «di coordinare la politica culturale con altri ambiti strategici, quali l'istruzione, la politica sociale, economica, regionale, estera, digitale e dei media»); la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2018 sulla nuova agenda europea per la cultura, in particolare al punto n. 32 con riferimento al contesto digitale in cui possono svilupparsi competenze culturali e creative; il Manifesto Ventotene digitale elaborato nel 2018 dalla rete *DiCultHer*⁹ in occasione dell'anno europeo del patrimonio culturale, che contiene la definizione di *Digital Cultural Heritage* come «patrimonio culturale in forma digitale intangibile e immateriale»; la Carta di Pietrelcina del 30 luglio 2019 sull'Educazione all'eredità culturale digitale¹⁰.

A livello di ordinamento nazionale, si segnala il d.p.c.m. n. 169/2019, contenente il regolamento organizzativo del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo (Mibact), che, all'art. 35, individua, tra gli uffici di livello dirigenziale generale dotati di speciale autonomia, l'«Istituto centrale per la digitalizzazione del patrimonio culturale – *Digital Library*», con il compito di curare il coordinamento e promuovere programmi di digitalizzazione del patrimonio culturale di competenza del Ministero, elaborare il Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale e la sua attuazione ed esprimere parere obbligatorio e vincolante su ogni iniziativa del Ministero in materia.

Queste prime, sommarie considerazioni rendono l'idea di un tema – quello dell'eredità culturale digitale – senza dubbio vasto, complesso e dai molteplici profili di indagine.

In questo contributo esso sarà analizzato nei suoi rapporti con il concetto di patrimonio culturale digitale e nella prospettiva diacronica dell'esigenza di una continuità nella sua fruizione.

Il concetto di eredità rinvia inevitabilmente ad un nucleo di significato ben delineato dal punto di vista giuridico, e questo forse potrebbe spiegare la preferenza per la traduzione dell'inglese *cultural heritage* in “patrimonio culturale” – così da differenziarsene. Il concetto di eredità culturale sembra, infatti, avere assunto una coloritura di tipo relazionale che ne aumenta il tasso di genericità.

L'utilizzo del concetto di *cultural heritage* risulta consolidato all'interno delle convenzioni internazionali per la tutela del patrimonio culturale, ma la sua interpretazione è apparsa controversa sia con riferimento alla definizione degli oggetti (materiali o immateriali) che ad esso afferiscono¹¹, sia con il significato che si intenda attribuire alla relazione simbolica tra il patrimonio culturale e il concetto di cultura in senso ampio¹².

I nodi derivanti da tali ambiguità (rispetto a cui non sembra configurarsi soltanto un problema di mera traduzione) sono emersi proprio in relazione alla ratifica della Convenzione di Faro. Essa

⁸ La risoluzione, nel rinviare anche a quanto disposto all'interno della Convenzione di Faro quanto al diritto a partecipare alla vita culturale e alla valorizzazione del ruolo del patrimonio culturale nella costruzione di una società pacifica e democratica, invita esplicitamente gli Stati membri firmatari a procedere con speditezza sulla via della ratifica.

⁹ Il *Network DiCultHer* (<https://www.diculther.it/rete-diculther/>) «nasce per costruire e consolidare una cultura dell'innovazione tecnologica digitale sulle problematiche legate alla conservazione, valorizzazione e promozione del *Cultural Heritage* attraverso una ampia pianificazione di attività di ricerca, formative ed educative condivise».

¹⁰ In tale documento, elaborato in seno al *Network DiCultHer* (<https://www.diculther.it/rete-diculther/>), si afferma che «ben oltre (...) il semplice utilizzo delle tecnologie in funzione abilitante ai fini della valorizzazione – ovvero come strumenti atti a favorire processi di aggiornamento e digitalizzazione dell'esistente – il “sapere” digitale offre occasioni di riconfigurazione complessiva delle entità e dei luoghi culturali come “eredità comuni”: il digitale assume valenza metodologica ed epistemologica, strutturale e di contesto, all'interno della quale avviare una nuova ermeneutica della cultura e dell'Eredità Culturale».

¹¹ L. V. PROTTE, P. O'Keefe, *Cultural heritage or Cultural Property?*, in *International Journal of Cultural Property*, Vol. 1, iss. 2, July 1992, 309.

¹² J. BLAKE, *On defining the Cultural Heritage*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 49. Iss. 1, Jan. 2000, 68.

sembrerebbe, infatti, determinare uno slittamento verso il concetto più indefinito e giuridicamente problematico di eredità culturale.

2. Il concetto di patrimonio culturale digitale

La digitalizzazione del patrimonio culturale costituisce un tema che è possibile affrontare sotto alcuni profili che appaiono di particolare ed immediato interesse. Il primo attiene all'impatto che la digitalizzazione determina sulle tradizionali categorie del patrimonio culturale e dunque sulla materialità o immaterialità dello stesso. Il secondo riguarda le modalità di trasmissione, fruizione e conservazione del patrimonio culturale digitalizzato¹³. Il terzo riguarda la copertura costituzionale che possa essere individuata con riferimento all'accesso al patrimonio culturale digitalizzato.

Una ridefinizione di patrimonio culturale comprensiva dell'apporto fornito dalla cosiddetta "rivoluzione digitale" è presente al punto n. 2 delle Conclusioni del Consiglio dell'UE del 21 maggio 2014 sul Patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile.

Il patrimonio culturale viene infatti definito come il complesso delle «*resources inherited from the past in all forms and aspects – tangible, intangible and digital (born digital and digitized), including monuments, sites, landscapes, skills, practices, knowledge and expressions of human creativity*».

L'aspetto interessante di questa definizione risiede nel fatto vengono identificati due profili attinenti alla digitalizzazione: essa, infatti, può determinare una nuova forma assunta da un bene collocabile nella nozione di patrimonio culturale, ma può anche costituirne il "modo di essere" originario: in ciò sta la differenza tra le espressioni «*born digital*» e «*digitized*».

Esempi di espressioni culturali *born digital* sono costituiti dalle *digital libraries* e dalle banche dati, ma anche da inediti esperimenti di cultura enciclopedica condivisa come Wikipedia¹⁴ (e, all'interno di essa e con particolare riferimento al patrimonio culturale materiale, dall'operazione *Wiki Loves Monuments*¹⁵) oppure estemporanea e settoriale, ma con altissime potenzialità di diffusione come i *doodle* (decorazioni d'occasione del logo aziendale sulla *home page* di Google con l'obiettivo di segnalare e rendere conoscibili ad un vasto pubblico eventi e/o personaggi significativi da ricordare)¹⁶.

L'avvento dell'era digitale impone dunque, se non una ridefinizione, almeno un riposizionamento

¹³ Come è noto, la trasmissione in formato digitale utilizza sequenze discrete di numeri (a differenza di quella analogica che viaggia su sequenze continue): da questo deriva l'effetto di una maggiore semplicità nella lavorazione dei dati, che possono così essere processati agevolmente anche in modo automatizzato. In questo contributo si prende in considerazione, all'interno del più ampio fenomeno della digitalizzazione, l'attitudine delle risorse culturali ad essere acquisite (o essere state originariamente prodotte in) formato digitale.

¹⁴ Sul tema della problematica «attendibilità epistemica» di Wikipedia, v. N. VASSALLO, *Era digitale. Indicazioni su conoscenza, reati, epistemologia della testimonianza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2015, 79. Più, in generale, pone l'accento sul fenomeno dell'*information overload* inteso come «sovraccarico informativo-sensoriale», v. A. VENANZONI, *La matrice spezzata: ripensare la democrazia all'epoca di internet*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, 65.

¹⁵ L'operazione *Wiki Loves Monuments* consiste in un concorso fotografico su scala globale, nato nel 2010 su iniziativa di *Wikimedia Olanda*, in cui i partecipanti condividono in licenza libera (*Wikimedia Commons*) le proprie foto del patrimonio culturale.

¹⁶ Nel *Doodles Archive* (<https://www.google.com/doodles/about>), si dà conto della creazione di oltre 4000 *doodle* dal 1998 ad oggi e si precisa come il processo di selezione delle tematiche da trasferire nei *doodle* sia aperto alla comunità degli utenti che possono segnalare ad un indirizzo dedicato eventi e/o personaggi storici da ricordare. È stato rilevato come la battaglia per la *leadership* in campo digitale consista in una «battaglia prima di tutto culturale (...) ancora di più oggi, in uno scenario di evidente convergenza tra informatica, telecomunicazioni e industria dei contenuti», L. FABBRI, *Google, Facebook e gli altri. Per una mappa delle culture digitali*, in *Problemi dell'informazione*, n. 3/2015, 626.

dei concetti originari di patrimonio culturale materiale e immateriale, così come definiti dall'UNESCO nell'art. 1 della Convenzione per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale del 1972¹⁷ e nell'art. 2 della Convenzione del 2003.

La digitalizzazione infatti, nel primo caso determina una dematerializzazione del patrimonio culturale materiale, reso fruibile digitalmente¹⁸, nel secondo caso può determinare – all'inverso – una “materializzazione” del patrimonio culturale immateriale, rendendolo visibile, archiviabile e conservabile¹⁹. All'incrocio di questi due territori si trovano, come poco sopra anticipato, le risorse culturali *born digital* per le quali non si pone il problema degli effetti di una loro traslazione in campo digitale, quanto piuttosto di una loro efficace conservazione nel tempo (come si vedrà, *infra*, al § 4).

Queste prime riflessioni ci inducono a ritenere che il concetto di patrimonio culturale digitale sia ampio e complesso²⁰, non definibile soltanto come una mera traslazione del patrimonio culturale in un universo “altro” quanto a modalità di trasmissione ed accessibilità.

Il carattere plurale dei beni in esso ricompresi ci induce a pensare che anche le modalità di accesso a tale patrimonio vadano analizzate sotto il profilo costituzionale. In questa prospettiva, Internet costituisce lo strumento principale per una fruizione da remoto²¹.

3. La fruizione della cultura in formato digitale alla prova del distanziamento sociale: il qui ed ora dell'eredità culturale digitale.

L'attenzione per la dimensione digitale della cultura conosce, nell'attualità dell'emergenza

¹⁷ Nella definizione di patrimonio culturale contenuta all'art. 1 della Convenzione sul Patrimonio Culturale e Naturale Mondiale (firmata a Parigi nel novembre 1972 e ratificata in Italia con legge n. 184 del 6 aprile 1977) è evidente il riferimento esclusivo al dato materiale, per cui in essa sono ricompresi i *monumenti* (intesi come tali non solo le opere architettoniche, plastiche o pittoriche monumentali, ma anche elementi o strutture aventi carattere archeologico) gli *agglomerati* (*gruppi di costruzioni isolate o riunite*) e i *siti* (opere dell'uomo e opere coniugate dell'uomo e della natura) caratterizzati dall'esprimere un valore universale eccezionale. La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (Parigi, 17 ottobre 2003) (ratificata con l. 27 settembre 2007, n. 167) contiene due liste di beni culturali immateriali: la prima relativa al patrimonio culturale immateriale e la seconda relativa al patrimonio immateriale che necessita di urgente tutela. Ad esse si aggiunge il registro delle buone pratiche di salvaguardia.

¹⁸ È stata utilizzata in proposito l'espressione di «immaterialità estrinseca», G. MORBIDELLI, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti del Convegno di Assisi 25-27 ottobre 2012), in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 1/2014, § 4. Sull'artificialità della distinzione tra espressioni naturali materiali e immateriali, v. K. V. LOTTICH, *Culture and the cultural heritage*, in *Il Politico*, n. 3/1967, 613.

¹⁹ Un esempio in questo senso è fornito dall'operazione denominata Granai della memoria (<http://www.granaidellamemoria.it/index.php/it/archivi>), un progetto scientifico didattico dell'Università di Scienze Gastronomiche con l'obiettivo di raccogliere e comunicare in video le testimonianze raccolte secondo parole chiave.

²⁰ In questa prospettiva può avere un senso rifarsi ad una nozione allargata e non strettamente normativa di patrimonio culturale, all'interno della quale per cultura deve intendersi – sulla base della definizione contenuta alla voce “Cultura” in G. DEVOTO - G. C. OLI, *Nuovo Vocabolario illustrato della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1992– come il «complesso delle manifestazioni della vita materiale, sociale e spirituale di un popolo o di un gruppo etnico, in relazione alle varie fasi di un processo evolutivo o ai diversi periodi storici o alle condizioni ambientali». Sul punto, si veda, in senso critico, A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), 1/2018, § 7.

²¹ Sul diritto di accesso ad Internet come strumento liberamente utilizzabile per un esercizio più sostanziale di determinati diritti costituzionalmente tutelati, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2012 (17.10.2012) 14 e Id., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. Zaccaria (cur), *Le telecomunicazioni*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 32 ss., laddove si ragiona in termini di ostacoli culturali ad una propensione attiva all'accesso alla Rete. Sulle modalità di utilizzo della Rete, che richiedono un'attitudine attiva del fruitore, ancora P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. informatica*, 2011, 19 e ss.

derivante dall'epidemia da SARS-CoV-2, uno scenario inedito.

Il tema dell'accesso alla cultura in senso ampio (e, dunque, anche al patrimonio culturale) è stato affrontato in via convenzionale nell'ottica della universalità, della continuità e della garanzia della fruizione. Il "fabbisogno di digitalizzazione", è stato percepito fino ad ora come un'esigenza di carattere ordinario e strutturale²², che trova una proiezione anche sotto il profilo dei diritti individuali.

L'avvento della tecnologia digitale impone di considerare questi obiettivi con riferimento anche alle nuove prospettive di disuguaglianza, integrate dal *digital divide* nelle sue accezioni infrastrutturale e culturale. Ciò vale, a maggior ragione, in un contesto di distanziamento sociale obbligatorio nel quale l'utilizzo di risorse digitali costituisce non più un'opzione, ma una necessità²³.

L'apporto delle tecnologie digitali alla fruizione della cultura può essere analizzato secondo molteplici profili: quello del diritto all'istruzione, della libertà di insegnamento e del diritto alla ricerca scientifica che, per la loro complessità ed interconnessione, meritano senz'altro una trattazione a parte.

I riferimenti costituzionali di cui agli artt. 9 e 34 Cost. determinano, infatti, un sistema in cui l'obbligatorietà dell'istruzione e la garanzia dell'accesso ai capaci e meritevoli, ma privi di mezzi, ai gradi più alti degli studi, creano le condizioni per una fruizione generalizzata e consapevole del patrimonio culturale della Nazione.

In questa sede si intende, invece, soffermare l'attenzione su di un aspetto più generale, la cui trattazione si pone in qualche misura come preliminare rispetto all'analisi dei diritti poco sopra accennati, e che può essere identificato come il diritto individuale alla fruizione del patrimonio culturale²⁴ nel contesto di una crisi sanitaria senza precedenti.

La premessa per il funzionamento del sistema "istruzione-insegnamento-ricerca" nel contesto Covid-19 infatti è costituita dalla garanzia della connessione e dunque della qualità e della continuità dell'accesso *individuale* alle risorse culturali messe a disposizione attraverso la Rete²⁵.

Si tratta di una questione di elevata importanza: se è vero che «la cultura è ciò che tiene insieme gli uomini»²⁶, è altrettanto vero che la democrazia ha bisogno di della cultura e, in particolare, dell'universalità dei valori culturali, in assenza dei quali «rischia di essere un guscio pericolosamente

²² Su questo punto, nel quadro degli interventi per la digitalizzazione del patrimonio culturale da parte del Mibact, v. la circolare SG n. 34 del 12 luglio 2019 in tema di ricognizione dei fabbisogni di digitalizzazione.

²³ A questo proposito appare significativa la risoluzione A/HCR/20/L.13 del Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite, in cui l'accesso ad Internet viene identificato come un diritto fondamentale dell'uomo ai sensi dell'art. 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino. Sull'importanza rivestita dal contesto in cui si verifica ed avviene l'apprendimento, v. J.R. PIERCE, *La teoria dell'informazione. Simboli, codici, messaggi*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1963, 127.

²⁴ Sul diritto alla fruizione del patrimonio culturale come diritto soggettivo individuale, v. R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della nazione*, in F. ASTONE (a cura di), *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*. Atti del Convegno di Messina, 14-15 ottobre 2016, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 26, ove si rileva come «il diritto soggettivo di ciascuno di godere dei beni culturali è perciò oggetto della tutela di principio della Repubblica italiana, che nell'essenza vale identità di quel popolo che si è costituito in sovranità invocando a tal fine la Nazione (art. 1 e 9 Cost.)».

²⁵ Sul carattere in qualche misura amplificato ed integrato di tale accesso, anche attraverso l'utilizzo di cellulari e tablet e dunque ormai non più vincolato ad una postazione fissa, v. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie in Italia*, cit., § 3. La possibilità di agganciare tali dispositivi a reti ad accesso libero risulta tuttavia ovviamente preclusa sia da forti limitazioni alla libertà di circolazione che impediscano l'accesso a spazi pubblici ove sia presente il segnale, sia dalla chiusura forzata dei luoghi della cultura e delle attività commerciali (che offrono di regola accesso libero o minimamente condizionato al proprio sistema *wi-fi*). In sostanza, pare possibile considerare come il diritto di accesso alle tecnologie ICT si componga di due fasi interconnesse: il possesso del device e la disponibilità della connessione.

²⁶ Espressione dell'antropologa Ruth Benedict e ripresa da M. AIME, *Cultura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, 27.

vuoto»²⁷.

Il tema dell'accesso alle risorse culturali in tempo di pandemia risulta dunque di particolare attualità, soprattutto con riferimento alle limitazioni delle libertà individuali connesse alle misure di protezione e prevenzione dall'estendersi del contagio.

Le misure adottate dal Governo allo scopo di evitare il diffondersi del Covid-19 con riferimento alla fruizione della cultura operano essenzialmente su due fronti: quello delle manifestazioni culturali e quello dell'accesso ai musei e agli altri istituti e luoghi della cultura²⁸.

La digitalizzazione del patrimonio culturale rappresenta dunque la precondizione per garantire la continuità di tale accesso. Si è parlato, a questo riguardo, di "resistenza culturale"²⁹ per indicare la disponibilità di musei e istituti di cultura a mettere in rete risorse e *tour* digitali³⁰. In effetti è proprio con riferimento ai luoghi fisici della cultura che sono disposte le maggiori restrizioni, rispetto a cui la fruizione in digitale risulta l'unica, al momento, possibile.

²⁷ V. ONIDA, *La funzione civile dell'Università*, in AA.Vv., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 2016, 383.

²⁸ La limitazione o la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale e la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, è stata disposta a partire da d.l. n. 6/2020 (art. 1, lett. e), Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-1, conv. in l. n. 13/2020), con un ambito di applicazione via via più ampio: con il d.p.c.m. 25 febbraio 2020 art. 1 comma 1 lett. e), il giorno domenica 1 marzo 2020, su tutto il territorio nazionale, non avrà luogo il libero accesso agli istituti ed ai luoghi della cultura di cui all'art. 1, comma 1, del decreto 11 dicembre 1997, n. 507, Regolamento recante norme per l'istituzione del biglietto d'ingresso ai monumenti, musei, gallerie, scavi di antichità, parchi e giardini monumentali dello Stato»; con il d.p.c.m. 1° marzo 2020 (limitatamente ai comuni specificamente individuati nelle Regioni Lombardia e Veneto) è stata disposta la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi (art. 1, comma 1, lett. f); con il d.p.c.m. 4 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale): si affaccia didattica a distanza per periodo sospensione (fino al 3 aprile); con il d.p.c.m. 8 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19) all'art. 1, comma 1, lett. l) nell'area territoriale: regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia è stata disposta la chiusura dei i musei e gli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; con il d. l. 19/2020 (art. 1, comma 2, lett. g) è stata stabilita la limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale; la limitazione o sospensione dei servizi di apertura al pubblico o chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi (art. 1, comma 2, lett. r); previsioni ribadite nel d.p.c.m. 10 aprile 2020, che prevede (art. 1, comma 1, lett. i) la sospensione delle manifestazioni organizzate, degli eventi e degli spettacoli di qualsiasi natura, ivi compresi quelli di carattere culturale, e (art. 1, comma 1, lett. j), la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; da ultimo, con d.p.c.m. 26 aprile 2020 è stata prevista con efficacia dal 4 al 17 maggio 2020, la sospensione delle manifestazioni organizzate, degli eventi e degli spettacoli di qualsiasi natura con la presenza di pubblico, ivi compresi quelli di carattere culturale (art. 1, comma 1, lett. i) e la sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (art. 1, comma 1, lett. j).

²⁹ G. GARDINI, *Coronavirus. I musei che resistono e vanno online*, in *Il Sole 24ore* (<https://www.ilssole24ore.com>), 14 marzo 2020.

³⁰ Si segnala, da ultimo, il *Gran Virtual Tour* (<https://www.beniculturali.it/virtualtour>) realizzato presente sul sito del Mibact che funge come una sorta di *browser* per la ricerca di *tour* virtuali dei principali luoghi della cultura presenti in Italia.

Si tratta, come evidente, di una fruizione di tipo surrogatorio, che non può sostituire la pienezza dell'esperienza fisica del contatto con il patrimonio culturale, e che risulta pregiudicata dall'eventuale impossibilità di accedervi digitalmente.

Accesso oggi precluso, in futuro probabilmente condizionato ai luoghi fisici della cultura pone in tutta la sua problematicità il tema della fruizione digitale delle risorse culturali³¹.

Ci si può chiedere se, in un contesto di questo tipo, la funzione e gli scopi originari della digitalizzazione possano assumere un significato più ampio e complesso.

La risposta è sicuramente affermativa, e l'interrogativo ulteriore riguarda le condizioni materiali attraverso cui l'accesso alla cultura digitale possa determinarsi.

Esse consistono nello sviluppo di nuove competenze nella produzione di contenuti culturali e in una seria mappatura delle reali condizioni di utilizzo della Rete da parte della popolazione.

La tematica della didattica a distanza ha posto con urgente concretezza il tema del *digital divide* nelle sue più diversificate declinazioni (anagrafica, economica, di copertura territoriale...), in un momento storico in cui il principale varco per l'accesso alle risorse culturali sulla base delle preferenze manifestate dall'utente e in una misura partecipata (che garantisca la condivisione e l'interazione, pure se da remoto, con altri soggetti) è costituito da Internet. In tali condizioni, il diritto di accesso alla Rete si caratterizza per la sua particolare urgenza, soprattutto nel momento in cui altri diritti e libertà individuali riscontrano una temporanea compressione³².

Quello digitale non appare più soltanto poter essere considerato uno dei modi di essere della cultura, quanto piuttosto la forma necessaria della stessa in contesto di emergenza³³.

Non si tratta perciò di un diritto soltanto individuale, in quanto risulta connesso alla funzione – identitaria e creatrice di stimoli alla coesione nazionale – esercitata dal patrimonio culturale.

4. *L'eredità culturale digitale: un concetto in divenire.*

L'eredità culturale evocata dalla Convenzione di Faro offre l'opportunità di riflettere su di un concetto che – dal punto di vista delle nuove tecnologie – necessita di essere affrontato con un approccio peculiare.

La digitalizzazione dei contenuti aventi valore culturale non sembra infatti esaurirsi in una semplice modalità di conservazione come indicato all'art. 14 della Convenzione, ma si avvia a diventare uno dei modi di essere degli stessi.

Già quasi venti anni fa veniva proposta una inedita definizione di «centralità della cultura», intesa come il «modo in cui la cultura si insinua in ogni angolo e in ogni fessura della vita sociale

³¹ Alcuni scenari sono prefigurati da P. PETROCELLI, *The Show Must Go (On)line*, in *Huffingtonpost* (<http://www.huffingtonpost.it/>), 12 aprile 2020, che, con particolare riferimento al settore degli spettacoli dal vivo, ipotizza suggestive modalità miste di integrazione di contenuti digitali con performances effettuate dal vivo alla presenza di un numero ridotto di spettatori, nella consapevolezza dell'esigenza di preservare il "legame sacro" delle istituzioni culturali con il proprio (ben più vasto) pubblico.

³² Sull'accesso ad internet come «strumento liberamente utilizzabile per un esercizio più sostanziale di determinati diritti costituzionalmente tutelati», v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit., 14. Per quanto riguarda la possibile ridefinizione dei tratti della libertà individuale da parte delle nuove tecnologie, F. MUSELLA, *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in *Politica del Dir.*, n. 3/2010, 442.

³³ In questa prospettiva, risultano ancora più pressanti le esigenze di realizzazione di un'autentica «elettronica democratica», da intendersi come «disponibilità generalizzata delle nuove tecnologie informative e in particolare delle reti grazie non solo al riconoscimento formale e alla garanzia dell'accesso indiscriminato alle reti stesse, ma anche attraverso più sostanziali politiche di incentivo per l'acquisizione dell'hardware e del software necessari e soprattutto, grazie a mirate politiche industriali (per quanto riguarda la diffusione delle infrastrutture di rete) e tariffarie (per quanto concerne i tempi di connessione)», P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-democracy)*, in *Dir. informatica*, 2003, 465.

contemporanea creando un aumento di ambienti secondari che mediano qualsiasi cosa»³⁴. Tali “ambienti secondari” di trasmissione possono essere integrati da supporti (pc, smartphone, tablet, maxischermi negli spazi pubblici) che veicolano contenuti culturali in formato digitale, sfruttando le capacità di evocazione e di stimolo fornite dalla cosiddetta società dell’immagine³⁵.

In questo contesto sembra determinarsi quella che è stata definita come una decisiva riequilibrio, a favore dei contenuti immateriali (intesi in senso ampio), «dell’intero sistema di trasmissione dell’eredità culturale»³⁶.

Si pone dunque come un problema non postponibile, quanto piuttosto appartenente all’*hic et nunc* dell’eredità culturale digitale, il tema del futuro delle memorie digitali. Esso si salda con l’esigenza di garantirne la conservazione, con un approccio volto alla raccolta ragionata e sistematica dei materiali su supporti alternativi e che tenga conto – tanto nella prospettiva del futuro, quanto in quella della contemporaneità – della sostanziale rapida obsolescenza degli stessi³⁷.

La questione della trasmissione dell’eredità culturale digitale si pone dunque come un problema dell’attualità, non differibile. Una sua possibile sottovalutazione determinerebbe il rischio di non prevedere modalità idonee per la conservazione di una mole sempre più consistente di dati, anche tenendo conto di periodi storici (come quello della attuale pandemia) in cui il trasferimento obbligato e massivo di una serie di contenuti culturali sul web (come mostre virtuali, spettacoli, video conferenze e seminari, dibattiti, documentazioni archivistiche, documentari...) pone il problema della garanzia di una loro conservazione nel tempo.

In uno scritto del 1993, Neil Postman, prefigurando la resa della cultura alla tecnologia, sembrava intravedere, tuttavia, nell’esistenza stessa del computer, un messaggio metaforico fondamentale: che noi siamo macchine, macchine pensanti, attraverso una ridefinizione dell’essere umano come «*information processor*»³⁸. Si tratta di una prospettiva che sembra porsi come il chiaroscuro del concetto di intelligenza artificiale³⁹, ma che ha il pregio di responsabilizzare individuo e collettività quanto alla possibilità di generare nuovi percorsi di trasmissione della cultura. Essi non potranno prescindere dal considerare l’eredità culturale, soprattutto digitale, come un concetto in divenire, i cui rischi di una imperfetta o lacunosa trasmissione nel tempo già interrogano il nostro presente.

³⁴ S. HALL, in *La centralità della cultura: annotazioni sulle rivoluzioni culturali del nostro tempo* in *Studi di sociologia*, 2001, 303.

³⁵ M. CAMMELLI, *Il diritto del patrimonio culturale: sfide aperte, risposte possibili*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), 3/2017.

³⁶ M. CRASTA, *Le cose, i significati e le relazioni. Il digitale nelle istituzioni storiche della cultura*, in *Parolechiave*, 2013, 150.

³⁷ A. OLSCHKI, *Memorie digitali: rischio estinzione*, in *La Bibliofilia*, n. 1/2004, 94. In senso analogo, v. M.G. PASTURA, *Il policentrismo della conservazione*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), 1/2008.

³⁸ N. POSTMAN, *Technopoly. La resa della cultura alla tecnologia*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, 103.

³⁹ Su cui, per tutti, M. MINSKY, *La società della mente*, Adelphi, Milano, 1989.

GIORGIO GRASSO
Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche.
Un omaggio a Pasquale Costanzo

1. È davvero difficile non riconoscere all'Autore che si onora con questo scritto di essere stato uno tra i primi studiosi di diritto costituzionale ad avere colto tutta l'importanza che l'impiego di Internet e delle diverse piattaforme on-line poteva comportare per lo sviluppo e la trasformazione dei generi letterari che i giuristi impiegano per tradizione nel fare ricerca, dalle monografie scientifiche agli articoli su rivista, dalle voci di enciclopedia ai commenti, dai capitoli (e articoli) di libro alle note a sentenza. Tutti noi siamo debitori al sito di *Consulta OnLine* (www.giurcost.it o www.giurcost.org) che, ben prima di quello della Corte costituzionale – era il 1995 – ha permesso di poter leggere quasi in tempo reale le decisioni appena depositate della Corte medesima e che, grazie a un certosino lavoro di caricamento di tutte le pronunce emanate dalla Corte a partire dal 1956 (nonché di quelle dell'Alta Corte per la Regione siciliana e di giudici comuni nel periodo transitorio precedente all'istituzione della Corte costituzionale e all'avvio dei suoi lavori, con la notissima sentenza n. 1 del 1956), ha poi dato la possibilità di accedere liberamente alla giurisprudenza costituzionale nella sua interezza. E per qualcuno – certamente per chi scrive – la prima esplorazione di una decisione della Corte costituzionale, anche da quando le sue decisioni sono ormai rinvenibili sul sito ufficiale della Corte medesima, avviene sempre partendo da www.giurcost.it o www.giurcost.org, spesso sfruttando il prezioso motore di ricerca testuale, impostato su parole chiave e su frasi e domande da inserire nella casella di ricerca.

L'esperienza più che ventennale di *Consulta Online*, che ha portato anche alla nascita di una rivista telematica quadrimestrale¹, riconosciuta quale Rivista scientifica dall'ANVUR ai fini dell'Abilitazione scientifica nazionale², offre allora l'occasione per riflettere brevemente su come la presenza di numerose riviste specialistiche telematiche prettamente costituzionalistiche o di impronta gius-pubblicistica, alcune di più antica diffusione, altre sorte più recentemente, abbia eventualmente modificato il modo stesso di approcciarsi allo studio del diritto costituzionale e poi di fare ricerca in ambito costituzionalistico, specie per le più giovani generazioni di cultori della nostra materia.

2. La questione che qui si vuole indagare, del resto, si inserisce dentro a una discussione più generale riguardante la comunicazione giuridica effettuata attraverso riviste telematiche, che proprio Pasquale Costanzo aveva analizzato qualche anno fa, in particolare in un denso contributo, pubblicato originariamente come editoriale di un numero del 2004 di *Federalismi.it*, un'altra tra le più risalenti riviste elettroniche di studi giuspubblicistici³, e poi riprodotto anche su *Consulta Online*⁴. Tre problemi allora emergevano sugli altri: garantire la «qualità dei contributi giuridici in linea»,

¹ Accanto alla rivista vera e propria, con contributi di dottrina pubblicati a partire dal 2000, ma che solo dal 2015 risulta suddivisa in fascicoli quadrimestrali, per poter essere letta anche in un unico pdf, contenente per ogni annualità tutti gli studi pubblicati, il sito continua ad avere il suo punto di forza nella pubblicazione integrale delle decisioni della Corte costituzionale, per poi presentare anche altre rubriche: "Cronache e memorie", "Fonti", "Eventi" e "Casi scelti".

² Vedi l'ultimo elenco di Riviste scientifiche, aggiornato al 19 settembre 2019, rinvenibile al link: <https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2019/09/Area12-scientifiche-IVquadrimestre2019.pdf>, 8.

³ Vedi in proposito B. CARAVITA, *Editoriale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 15 maggio 2003, 1 ss., dove appunto si dava conto delle ragioni che avevano spinto a trasformare il sito omonimo in rivista telematica, dinanzi alle grandi novità prodotte dalla rete di Internet anche sul dibattito dottrinario e scientifico.

⁴ Vedi P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica al tempo della rete*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10/2004, 13 maggio 2004, 1 ss.

impedire la «loro volatilità e/o instabilità» e assicurare il «valore legale della pubblicazione in Rete»⁵. Tutti profili che oggi, trascorsi tre lustri, paiono avere trovato un'adeguata soluzione, ogniqualvolta almeno la valutazione di un articolo pubblicato su una rivista telematica (e non solo telematica, ovviamente) avvenga in conformità agli indicatori di processo e di prodotto, ormai comunemente accettati anche dalla comunità scientifica dei costituzionalisti – con referaggio anonimo in doppio cieco, per esempio, attraverso un giudizio di pari che garantisca altresì la pluralità di competenze e di istanze culturali e scientifiche; l'articolo venga poi pubblicato in un formato digitale che ne impedisca l'alterazione o la variazione nel corso del tempo, fissandone la temporalità – con l'auspicio ulteriore che venga conservato in un archivio pubblico elettronico delle riviste telematiche, per esempio a cura dell'ANVUR, in quanto il venir meno di una rivista sul *web* potrebbe sempre determinare l'impossibilità di scaricare in futuro gli articoli e i contributi pubblicati su di essa, in ragione di una vera e propria «ipertestualità precaria» che caratterizza questi periodici⁶; l'articolo, infine, si uniformi a tutti i canoni formali e legali dei periodici in cartaceo, a partire dall'esistenza di un ISSN e di un direttore responsabile della rivista.

Ma al contempo ragionare sul diritto costituzionale nelle riviste elettroniche, come suggerisce il titolo di queste note, significa anche sviluppare alcune considerazioni su come oggi, ancora appoggiati sulle spalle dei grandi Maestri che, nel corso del Novecento almeno, avevano delineato le coordinate fondamentali della nostra materia (basti qui soltanto citare tre di essi: Vezio Crisafulli, Carlo Esposito e Costantino Mortati), e di molti altri che li hanno seguiti, si studi il diritto costituzionale, si scriva di diritto costituzionale, si faccia ricerca in questo specifico settore dell'indagine giuridica complessivamente intesa.

Per chi ha incominciato a studiare il diritto costituzionale usufruendo di una letteratura giuridica esclusivamente in cartaceo, nei libri, piuttosto che nei periodici, e di fonti presenti nei repertori giurisprudenziali e nelle raccolte di testi normativi, l'avvento di Internet è stata una sorta di “rivoluzione copernicana”, che ha modificato anche il modo di studiare la materia, nel reperimento delle fonti normative e giurisprudenziali, nell'assemblare la bibliografia e i materiali documentali di supporto alla ricerca: si pensi, solo per fare un esempio, agli Atti parlamentari. Giorni interi passati nelle biblioteche universitarie, in quelle di centri di ricerca o degli organi costituzionali, anche per fotocopiare tutto il prezioso materiale faticosamente radunato, hanno lasciato il passo alla possibilità di poter scaricare, seduti comodamente alla propria scrivania, con un personal computer, ormai già diventato per certi aspetti “il più antiquato” degli strumenti a disposizione per catalogare materiali, per salvare i più disparati *files* e per utilizzare un programma di videoscrittura, centinaia e centinaia di pagine di documenti, articoli di dottrina, libri interi, la gran parte dei quali liberamente accessibili sulla Rete.

Diverso è il discorso per chi può definirsi un “nativo del diritto costituzionale digitale”, cresciuto utilizzando abitualmente i nuovi strumenti messi a disposizione dall'evoluzione tecnologica e che nell'intraprendere il percorso di ricercatore nel campo del diritto costituzionale potrebbe semmai ritenere che tutto ciò che non è digitalizzato, anche *a posteriori*, appartenga a un mondo lontano, non immediatamente fruibile, nascosto tra volumi polverosi e sempre meno letti e consultati⁷.

⁵ P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica al tempo della rete*, cit., 7, corsivi dell'Autore.

⁶ Sempre P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica al tempo della rete*, cit., 8. Il rischio paventato nel testo si è concretamente realizzato, per esempio, nel caso del *blog* di cultura costituzionale www.confronticostituzionali.it, attivo tra il 2013 e il 2015 – anche mediante l'organizzazione di seminari di studio, come quello svoltosi presso l'Università di Parma l'11 marzo 2013, “La nostra Costituzione sarà riscritta a Pechino?” – e i cui articoli e *post* non sono più in alcun modo accessibili, così come del resto la *home page* del *blog*.

⁷ Gli esempi di questa digitalizzazione *a posteriori* sono innumerevoli e sarebbe sterile tentarne anche solo un elenco provvisorio; piace qui ricordare, per il rilievo che può assumere per queste note, la recente pubblicazione in *open access*, da parte di Roma TrE-Press, editrice dell'Università di Roma Tre, delle *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei: vedi per

Al di fuori di questa contrapposizione, forse non così netta come può apparire a una prima osservazione, ma che anche con una certa emozione non può non far ricordare a chi scrive gli esordi della sua avventura universitaria, proprio in quell'Ateneo genovese dove Pasquale Costanzo ha insegnato per numerosi anni, il cuore del ragionamento riporta alle riviste elettroniche dei costituzionalisti e al loro potenziale impatto sulla ricerca costituzionalistica.

3. Ma quali sono queste riviste in primo luogo? Il tentativo è farne un inventario ragionato, almeno delle riviste italiane censite, alla data di chiusura di questo scritto, negli elenchi dell'ANVUR tra quelle dell'area 12, di Classe A e tra le Riviste scientifiche, ai fini in particolare dell'Abilitazione scientifica nazionale, con qualche rischio di incasellare tra di esse periodici un po' più generalisti, perché aperti nei loro obiettivi editoriali anche ad altre discipline contigue, o all'opposto periodici riconducibili prevalentemente a discipline scientifiche molto vicine al diritto costituzionale, come per esempio il diritto pubblico comparato, che però metodologicamente (e non solo per fini squisitamente concorsuali) vengono talora considerate come del tutto autonome dal diritto costituzionale stesso.

Si tratta allora, con qualche inevitabile approssimazione, in eccesso o in difetto, di poco meno di trenta riviste complessive, che possiamo considerare di rilievo costituzionalistico, collocate tra le riviste di Classe A e le Riviste scientifiche⁸, cioè un numero ormai davvero considerevole se confrontato con quello dei tradizionali periodici in cartaceo, ricavato sempre utilizzando il criterio appena impiegato, e che si assesta su una cifra appena superiore alle trenta unità, considerando anche alcune riviste ormai cessate⁹. Sono riviste che hanno una diversa periodicità e che non permettono per esempio sempre la pubblicazione anticipata di singoli contributi, prima della chiusura del numero di riferimento, bimestrale, trimestrale, quadrimestrale o semestrale; riviste

un rimando il link: <https://www.associazioneidecostituzionalisti.it/it/notizie/segnalazioni/pubblicazione-in-open-access-delle-opere-giuridiche-di-piero-calamandrei> (consultato il 16 novembre 2019).

⁸ Ci si riferisce a: *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>), *Archivio di Diritto e Storia Costituzionali* (<http://dircost.di.unito.it/index.shtml>: non più aggiornata), *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/>), *Diritto pubblico europeo-Rassegna online* (<https://www.edizioniesi.it/dperonline/>), *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), *Federalismi.it* (www.federalismi.it), *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), *Genius* (<http://www.articolo29.it/genius/>), *Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteaautonomie.cr.piemonte.it>), *Italian Journal of Public Law* (<http://www.ijpl.eu/>), *JusOnline* (<https://jus.vitaepensiero.it/pagina/jusonline-4625.html>), *Le Istituzioni del Federalismo* (http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo/), *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), *Parlamenti Regionali* (<http://www.parlamentiregionali.it/>), *Perspectives on Federalism* (<http://www.on-federalism.eu/index.php>), *ISSIRFA* (<http://www.issirfa.cnr.it/>), *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it).

⁹ Ci si riferisce a: *Amministrare*, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, *Critica del diritto*, *Democrazia e diritto*, *Diritto e Società*, *Diritto pubblico*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, *Giornale di storia costituzionale*, *Giurisprudenza costituzionale*, *Giurisprudenza italiana*, *Il Diritto della Regione* (cessata), *Il Filangieri*, *Il Foro italiano*, *Il Politico*, *Jus*, *Le Istituzioni del Federalismo*, *Le Regioni*, *Lo Stato*, *Nuove Autonomie*, *Percorsi costituzionali*, *Politica del diritto*, *Quaderni costituzionali*, *Quaderni regionali* (cessata), *Rassegna di diritto pubblico* (cessata), *Rassegna di diritto pubblico europeo*, *Rassegna parlamentare*, *Rivista di diritto costituzionale* (cessata), *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, *Teoria del diritto e dello Stato*. Il *Digesto delle discipline pubblicistiche*, pur censito dall'ANVUR tra i periodici, non può peraltro essere considerato una rivista. Periodici quali la *Rivista giuridica dell'ambiente*, la *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, *Il Foro amministrativo – CDS*, la *Rivista della Corte dei conti* (che ha anche una versione on-line) sembrano avere un rilievo più per il diritto amministrativo e per questo sono rimasti fuori dall'elenco.

che, in qualche caso, possedevano originariamente un formato cartaceo¹⁰ e che, in altre ipotesi, affiancano come riviste “sorelle” riviste cartacee, di più lunga tradizione¹¹; riviste infine che talora hanno un doppio formato, in cartaceo e on-line¹².

Un elemento di forte diversificazione, se paragonato con l’articolazione interna delle riviste cartacee, riguarda la struttura della rivista telematica che, per una parte di esse, non sembra prevedere un numero massimo di contributi pubblicabili all’interno di ogni fascicolo, mentre, per una restante parte, sembra conservare questo più stringente limite, non misurato (sol)tanto sul numero di caratteri consentiti, quanto sul numero di saggi, articoli, note di commento che il numero della rivista riesce effettivamente ad ospitare.

Proprio da questo ultimo aspetto può essere utile avviare la riflessione per provare a rispondere alla principale domanda di ricerca che vuole caratterizzare queste note, perché sia il profilo della mancata fissazione di un numero massimo di battute per il saggio, l’articolo, il commento di attualità o la nota a sentenza, sia quello dell’assenza di una predeterminazione di un numero standard di contributi pubblicati dentro a un fascicolo segnano una potenziale discontinuità con le riviste cartacee tradizionali. Rispetto a esse, infatti, una tendenza ormai molto forte, seppure non ancora dominante, anche legata alla necessità di un contenimento dei costi di stampa, è quella di stabilire rigorosi limiti di spazio, che costringono gli autori dentro vincoli numerici di battute nel testo e nelle note, differenti a seconda del genere letterario del contributo, il saggio piuttosto che la nota a sentenza: vincoli dimensionali che spesso le riviste telematiche, invece, non hanno. Soprattutto poi, per le riviste cartacee, sembra passato il tempo nel quale, magari nella medesima annualità, venivano pubblicati fascicoli significativamente differenti per numeri di pagine, essendo ormai questa divenuta una eccezione, mentre per alcune riviste telematiche la cifra dei contributi inseriti dentro a un fascicolo (e quindi il numero delle pagine del pdf finale, generalmente utilizzato per la fascicolazione del periodico) può anche essere molto elevata, differenziandosi da quella di altri fascicoli della medesima rivista, pubblicati nello stesso anno o in anni diversi. L’esistenza di numeri speciali, al di fuori della numerazione progressiva, che contraddistinguono le une come le altre riviste e che permettono di ampliare lo spazio di pubblicazione sulla singola rivista, per raccogliere per esempio atti di Convegni o contributi dedicati a particolari temi o a ricorrenze, parifica solo parzialmente il regime di riviste in cartaceo e di riviste elettroniche.

4. Ma questi elementi di tipo squisitamente formale quanto incidono sul modo di fare ricerca in campo costituzionalistico? Intanto, per l’autore di un contributo scientifico sapere di avere a disposizione soltanto un numero prefissato di pagine, misurato in battute o in parole (il limite di parole è in realtà maggiormente utilizzato dai diversi *Journal* costituzionalistici internazionali), se può avere il merito di impedire che vengano scritti e poi eventualmente pubblicati sotto forma di articolo per rivista contributi eccessivamente lunghi e dispersivi, perché solo didascalici e descrittivi,

¹⁰ Si vedano in particolare *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>) e *Le Istituzioni del Federalismo* (http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo/) (già *Regione e governo locale*); l’*Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it) prima di diventare rivista telematica è stato, dal 1996 al 2009, una sorta di annuario, in volumi pubblicati in cartaceo dall’Editore Giappichelli di Torino.

¹¹ Si vedano il *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), rispetto a *Quaderni costituzionali*; *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), rispetto a *Diritto pubblico comparato ed europeo*; *Diritto pubblico europeo*, *Rassegna online* (<https://www.edizioniesi.it/dperonline/>), rispetto a *Rassegna di diritto pubblico europeo*; *JusOnline* (<https://jus.vitaepensiero.it/pagina/jusonline-4625.html>), rispetto a *Jus*. Diverso è il caso, invece, delle due riviste dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, la *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it) e l’*Osservatorio Costituzionale* (<http://www.osservatorioaic.it/>), entrambe in formato elettronico.

¹² Come *Le Istituzioni del Federalismo* (http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo/), inserite infatti nei due elenchi precedenti.

allo stesso tempo – e questo ne rappresenta un grave limite – non permette che possano essere sviluppati quei densi saggi monografici che a lungo hanno caratterizzato la nostra disciplina (penso, per esempio, ai saggi che almeno sino agli anni Ottanta del Novecento trovavano abitualmente spazio sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*). Tutte quelle riviste, telematiche e cartacee, che nella loro linea editoriale garantiscono ancora questa importante possibilità assicurano che il genere letterario dei saggi monografici continui a trovare collocazione nelle riviste costituzionalistiche, senza che, anche per venire incontro a esigenze di altro tipo – di natura concorsuale soprattutto, in ragione dell'esistenza di soglie numeriche di produzione scientifica piuttosto elevate per il settore concorsuale 12/C1, che riunisce i due settori scientifico-disciplinari IUS/08, Diritto costituzionale, e IUS/09, Istituzioni di diritto pubblico –, i saggi si trasformino magari in esili monografie, prive però, al di là del carattere formale rappresentato dal semplice riconoscimento del codice ISBN e da poco altro, della natura sostanziale per poter figurare come volumi monografici, seppure con una più agile struttura.

Sempre per l'autore di un contributo, una volta superato positivamente il referaggio previsto dalla rivista, di cui subito si parlerà, può non essere indifferente, per ragioni di diffusione nella comunità scientifica, oltre che di natura concorsuale e per poter accedere a fondi di ricerca o finanziamenti mirati, la tempistica della pubblicazione, che si accelera massimamente quando, per esempio, la rivista telematica anticipa la pubblicazione dell'articolo, ben prima che il fascicolo sia chiuso nella sua interezza, o che comunque sembra essere più immediata, ogni volta in cui l'articolo è pubblicato su una rivista on-line piuttosto che su una rivista cartacea¹³.

Se, d'altra parte, la rivista X pubblica solo 4/5 saggi a fascicolo e se il saggio dell'autore A è positivamente valutato per la pubblicazione, esso potrebbe trovare spazio nel primo fascicolo disponibile, oppure in uno dei fascicoli successivi, secondo una programmazione definita dalla direzione della rivista; tuttavia se la rivista Y può pubblicare in un fascicolo anche un numero indeterminato di saggi, il contributo dell'autore B può già trovare una collocazione nel primo fascicolo utile, per essere messo a disposizione ed essere letto da altri studiosi della materia, iscritti magari a una *newsletter* che li informa dell'avvenuta pubblicazione.

La rapidità nella diffusione di un articolo e quindi nella sua concreta fruizione, mettendosi ora dal punto di vista di tutti gli studiosi di una certa materia, come il diritto costituzionale, è certamente favorita dalla pubblicazione on-line, per tutti i periodici che hanno un accesso libero e non a pagamento (la regola, peraltro, per molti *Journal* stranieri e internazionali, che si limitano a pubblicare con accesso gratuito solo l'indice o l'*abstract* del lavoro), benché molte riviste in cartaceo siano oggi anche scaricabili dietro abbonamento da una pagina dedicata del sito della casa editrice, che permette una ricerca avanzata molto estesa¹⁴. La più tempestiva circolazione favorisce che un lavoro scientifico sia letto prima e più rapidamente citato, anche perché, in una comunità scientifica sempre più grande e sempre più collegata in rete, attraverso la condivisione sui *social forum* delle *home page* delle riviste elettroniche o semplicemente grazie all'auto-promozione da parte del singolo autore sulla sua pagina *Facebook* o mediante l'uso di un *tweet*, tutti questi nuovi strumenti rappresentano forse, oggi, i migliori "trasmettitori" della stessa conoscenza costituzionalistica.

Se, per continuare con gli esempi, l'autore C sta studiando un certo argomento sul quale assume preponderante rilievo la posizione della giurisprudenza costituzionale o dei giudici europei, la Corte

¹³ A differenza dei periodici italiani in cartaceo, molti *Journal* internazionali anticipano on-line contributi destinati poi a essere pubblicati nella rivista cartacea (vedi per esempio la *European Constitutional Law Review* (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/firstview>), consultata il 19 novembre 2019).

¹⁴ È il caso di quelle pubblicate dalla società editrice *il Mulino*; ma più recentemente anche altri editori che pubblicano importanti riviste giuridiche di rilievo costituzionalistico, come Giuffrè (oggi Giuffrè Francis Lefebvre), sempre per i soli abbonati, permettono di scaricare i pdf dei contributi pubblicati nelle riviste in cartaceo.

di giustizia e la Corte europea per i diritti dell'uomo, e l'autore D ha appena annotato l'ultima pronuncia costituzionale sul tema – se non il comunicato stampa appena pubblicato sul sito della Corte costituzionale –, è molto probabile che, se quest'ultimo commento è stato pubblicato su una rivista telematica, esso venga letto (ed eventualmente citato) prima di quelli che verranno pubblicati su una rivista in cartaceo e che potrebbero essere addirittura trascurati, se non ignorati in una superficiale e non attenta ricognizione della letteratura. Per stare all'Autore che qui si onora, quanto sono preziosi i *link* che da *Consulta Online* raggiungono, per ogni decisione della Corte costituzionale, i commenti a quella pronuncia, pubblicati su numerosissime riviste elettroniche, non tutte certo di pari importanza e non tutte costituzionalistiche in senso stretto, invero!

Alla domanda formulata tre lustri fa se questa accelerazione fosse un bene o un male¹⁵, credo che si debba rispondere che l'incomparabile facilità di accedere oggi alle fonti bibliografiche, rispetto al passato (per non parlare della giurisprudenza, delle fonti normative e di tutti i materiali di documentazione varia che supportano la ricerca costituzionalistica), abbia il pregio di garantire la massima apertura del confronto scientifico e quindi potenzialmente di agevolare la crescita del sapere, anche sul piano internazionale, superato lo scoglio dell'uso dell'inglese quale lingua veicolare, a condizione però che questa accelerazione non sia considerata sinonimo di fretteolosità, di scarsa riflessione critica e di una "corsa contro il tempo" per essere, per esempio, i primi a esprimersi su una certa questione, attuale quanto si vuole, ma in una prospettiva teorica di maggior respiro decisamente secondaria, se non del tutto irrilevante.

Sempre nella cornice di provare a cogliere tutti gli elementi di positività che possono derivare dall'impiego delle risorse elettroniche, devono essere valutati gli esiti di quello che appare, per certi versi, come un nuovo genere letterario della scienza costituzionalistica, sorto proprio grazie a Internet e rappresentato dai c.d. *post*, pubblicati su blog nazionali e internazionali, alcuni ormai molto "quotati", o come sezioni di vere e proprie riviste, e che vogliono rivolgersi a un pubblico più ampio di quello dei chierici del diritto costituzionale. Un "buon" *post* richiede di utilizzare per la sua stesura uno stile e un linguaggio diverso da quello di un articolo su rivista o di una nota a sentenza e può impegnare anche moltissimo il suo autore, per il rigore e la serietà delle revisioni richieste, anche dal punto di vista linguistico, per i *post* pubblicati, per esempio, in lingua inglese. Ma quel *post* che, seppur confrontato con un commento "costituzionalistico" pubblicato su un quotidiano, mantiene una più evidente impronta scientifica, sembra essere qualcosa di diverso da un articolo scientifico vero e proprio e pure da un *case note*¹⁶.

Come ulteriore aspetto da prendere in considerazione, si aggiunga che, accanto al diritto costituzionale pubblicato sulle riviste telematiche, la rete permette spesso di far circolare, quasi in tempo reale, dopo la loro stesura in bozze o la discussione durante un convegno registrato in *streaming*, anche lavori che rappresentano solo la versione provvisoria di quello che poi diventerà il testo definitivo di una relazione a un convegno o di un articolo su rivista, secondo le prassi utilizzate in particolare, a fini di questo scritto, sia dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sia dall'Associazione Gruppo di Pisa, che oltre a promuovere convegni e iniziative scientifiche periodiche nel settore costituzionalistico sono anche responsabili di conosciute riviste collegate alle due associazioni.

5. La questione del referaggio appena evocata, come ultimo profilo su cui sviluppare il nostro ragionamento, deve partire dalla premessa che modalità e tempi della valutazione delle diverse

¹⁵ Vedi B. CARAVITA, *Editoriale*, cit., 1.

¹⁶ Vedi in questo senso anche l'art. 2, comma 3, del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato dall'ANVUR, il 20 febbraio 2019, di cui si viene a dire nel testo, che esclude in particolare che siano valutabili le pubblicazioni rientranti nella categoria dei siti e portali, *web* e *blog*.

riviste di rilievo costituzionalistico, anche di quelle collocate nella Classe A degli elenchi dell'ANVUR, sono profondamente differenti e non dipendono necessariamente dalla circostanza che la rivista sia pubblicata in forma cartacea o telematica.

A partire dal novembre 2015 su questa materia esiste un quadro normativo uniforme, delineato dall'ANVUR mediante l'adozione di quattro successivi Regolamenti e di ulteriori documenti di accompagnamento; il diritto vigente è rappresentato oggi dal Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato il 20 febbraio 2019, e dalle conseguenti Linee guida, adottate il 9 ottobre del 2019¹⁷. La circostanza che la prima disciplina normativa comune risalga alla fine del 2015 implica che solo le riviste che più recentemente hanno chiesto il riconoscimento della scientificità o della Classe A, rispondendo a tre successivi bandi dell'ANVUR chiusi tra il 2017 e il 2019 – l'ultimo dei quali, scaduto nello scorso mese di giugno, è ancora in attesa dei risultati – hanno maggiormente uniformato i loro caratteri, per adeguarsi a quanto la normativa ANVUR prevede(va); per altre più risalenti riviste, anche telematiche, il (primo) riconoscimento è avvenuto quando – tra il 2010 e il 2012 – furono in particolare le stesse associazioni di studiosi riconducibili all'area 12, Scienze Giuridiche, del CUN, compresa l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, ad individuare, all'esito di un problematico confronto con l'ANVUR, tra le riviste cartacee e telematiche allora esistenti tre diverse categorie di riviste, di fascia A, B e C¹⁸. La collocazione in particolare nel *ranking* più elevato, quello della Classe A, è stata poi completata da alcuni interventi in via pretoria del giudice amministrativo, come è avvenuto in particolare tra le riviste oggetto di queste note per la *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it)¹⁹.

In una prospettiva di insieme, è agevole rilevare che, in conseguenza di questo riconoscimento iniziale, quasi avvenuto d'autorità, per tutta una serie di riviste di più lunga tradizione, oltre che in ragione delle continue modifiche della cornice regolamentare fornita dall'ANVUR, basata originariamente su requisiti piuttosto laschi e oggi invece ben più stringenti, permane ancora un'eccessiva differenziazione nel trattamento delle riviste dell'Area 12, che si riverbera anche sulle riviste di rilievo costituzionalistico prese in considerazione in questo scritto. Una differenziazione che via via dovrebbe attenuarsi nel momento in cui si procederà d'ufficio alla revisione periodica delle riviste iscritte nei due elenchi tenuti dall'ANVUR, quello delle Riviste Scientifiche e quello delle riviste di Classe A, revisione *ex post* che potrebbe anche determinare il declassamento di una rivista, per aver perduto i requisiti inizialmente posseduti (vedi gli articoli 5 e 7 del Regolamento in vigore).

Le peculiari caratteristiche delle riviste elettroniche hanno spinto l'ANVUR a prevedere una specifica disciplina, attenta ad alcuni elementi formali, evidenziati rapidamente anche in questo contributo: perché una pubblicazione elettronica possa essere considerata una rivista, ai fini della valutazione dell'ANVUR, ciascun fascicolo della rivista telematica deve, infatti, risultare «formalmente identificabile e citabile grazie alla propria numerazione e datazione»; essere «in sé concluso, non aperto ad ulteriori aggiornamenti e con numerazione progressiva delle pagine»; contenere «al suo interno, di norma, non meno di tre articoli scientifici (cinque nel caso si tratti di riviste con periodicità annuale), esclusi contenuti quali editoriali, premesse, prefazioni, indici, *abstract*, *poster*, piano dell'opera, bibliografia, eventi» (vedi l'art. 2, comma 2, del Regolamento in vigore). Tutto ciò, ovviamente, vale anche per le riviste elettroniche di rilievo costituzionalistico, che

¹⁷ L'insieme di questa disciplina normativa e di accompagnamento è reperibile integralmente al sito: <https://www.anvur.it/attivita/classificazione-delle-riviste/classificazione-delle-riviste-ai-fini-dellabilitazione-scientificazionale/regolamento-per-la-classificazione-delle-riviste-nelle-aree-non-bibliometriche/> (consultato il 16 novembre 2019).

¹⁸ Per un sintetico resoconto della vicenda vedi G. GRASSO, *Le riviste dei costituzionalisti: classificare per poi valutare?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2012, 22 febbraio 2012, 1 ss.

¹⁹ Vedi per riferimenti il sito: <https://www.anvur.it/attivita/classificazione-delle-riviste/classificazione-delle-riviste-ai-fini-dellabilitazione-scientificazionale/comunicazioni/> (consultato il 16 novembre 2019).

da Riviste Scientifiche aspirino eventualmente a una “promozione” come riviste di Classe A, o che, da riviste con finalità scientifiche e dotate di codice ISSN, ambiscano a essere inserite nell’elenco delle Riviste Scientifiche dell’ANVUR.

Ma tornando al tema del referaggio, tutto improntato a rispettare un procedimento di revisione tra pari che deve avvenire almeno a singolo cieco (vedi l’art. 9, comma 4, lettera a, del Regolamento in vigore), l’impressione è che, considerando numerose prassi sinora seguite da riviste telematiche e cartacee che operano nel campo costituzionalistico, le prime garantiscano mediamente tempi di valutazione più rapidi e certi della maggior parte delle riviste in cartaceo, laddove questa rapidità nulla toglie, ovviamente, al rigore della valutazione, largamente dipendente, oltre che da come la rivista imposta il referaggio, dall’impegno, dallo scrupolo e dalla serietà del singolo valutatore. Soprattutto, a parità dei tempi occorrenti a valutare un articolo e poi a revisionarlo, da parte dell’autore, a seguito di un referaggio in ipotesi positivo, ma che richieda interventi e integrazioni di natura sostanziale sull’articolo sottomesso alla rivista, la pubblicazione sulla rivista on-line tende a essere più veloce. Non è sbagliato supporre, inoltre, che l’esigenza di rispettare certi termini concorsuali e in particolare le scadenze delle c.d. finestre dell’Abilitazione scientifica nazionale, unita alla necessità sia per i candidati commissari, sia per i candidati all’Abilitazione stessa di rispettare le soglie numeriche riferite al numero di libri, di articoli su rivista di Classe A e di contributi costituenti la produzione scientifica complessiva di uno studioso, nell’arco temporale di quindici o dieci anni antecedenti alla scadenza dei diversi bandi, abbia messo sotto forte pressione tutte le riviste, comprese quelle di rilievo costituzionalistico, e tra di esse soprattutto quelle che tecnicamente permettono potenzialmente di ospitare nei loro fascicoli un più ampio numero di articoli: ovvero, come si è segnalato ripetutamente, le riviste telematiche.

Anche alla luce di questi ultimi rilievi, che non esauriscono certamente tutte le questioni problematiche di quella che potremmo chiamare la valutazione della ricerca 2.0²⁰, anche nel campo delle scienze giuridiche e del diritto costituzionale in particolare, ci si deve interrogare conclusivamente su che cosa rappresentino oggi per noi costituzionalisti le diverse riviste telematiche nelle cui redazioni e comitati editoriali lavoriamo, per le quali pubblichiamo articoli, note a sentenza o altri prodotti della ricerca, e attraverso cui, infine, leggiamo, meditiamo e studiamo i contributi di altri colleghi, anche di settori scientifici vicini al diritto costituzionale.

Intanto, la diffusione di queste riviste ha permesso, anche in ragione di una riduzione dei costi e grazie all’uso di tecnologie sempre più avanzate, di aumentare le condizioni del pluralismo dentro la comunità scientifica dei costituzionalisti, se è vero che un numero più ampio di riviste porta naturalmente con sé una diversificazione di idee, di istanze e di orientamenti culturali e scientifici manifestati dall’insieme di studiosi della nostra materia. Nell’ultimo lustro, del resto, sono state rare le ipotesi della fondazione di nuove riviste in cartaceo²¹, mentre nuove riviste telematiche sono nate, anche per la trasformazione in veri e propri periodici di quelle che originariamente erano esperienze più fluide, che si erano sviluppate per esempio nella forma di blog o di siti di mera documentazione e informazione costituzionalistica.

Ciò lascia presagire una linea evolutiva nella quale, in un rapporto che già oggi risulta impari, in riferimento in particolare alla creazione di nuove riviste, le riviste elettroniche potrebbero a un certo

²⁰ L’impiego di questa denominazione, per non rimanere allusivi, presuppone ovviamente che si possa ormai considerare del tutto consolidata una (responsabile) cultura della valutazione della ricerca 1.0, alla quale i giuristi, più di altri scienziati, si sono ritenuti a lungo impermeabili (vedi per alcuni svolgimenti del tema G. GRASSO, *Ricerca (valutazione della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 6° volume di Aggiornamento, UTET Giuridica, Milano, 2015, 413 ss.).

²¹ Può citarsi la rivista *Diritto costituzionale*, edita a partire dal 2018 dalla Franco Angeli di Milano, con periodicità quadrimestrale e con numeri tematicamente monografici.

punto “soppiantare” completamente le riviste in cartaceo, costrette a mutare la loro modalità di pubblicazione, non più sulla carta, come da tradizione, ma direttamente sulla rete di Internet.

È anche possibile che, in una competizione virtuosa tra riviste, telematiche e cartacee, senza alcuna distinzione, i requisiti formali per ottenere il riconoscimento della Classe A siano progressivamente raggiunti da un numero crescente di periodici e allora, forse, per individuare davvero l'eccellenza della sede di pubblicazione anche la scienza costituzionalistica, oltre ad accettare un più esteso confronto sul piano internazionale, non dovrà rifiutare pregiudizialmente che dentro a un sistema di valutazione basato su una rigorosa *peer review*, in grado di garantire un'elevata qualità scientifica degli articoli pubblicati, si innesti qualche elemento di natura bibliometrica, in uso abituale da parte di altre scienze.

Una condizione quest'ultima che insieme a tutto il resto dà il segno di una trasformazione e di un percorso in divenire, che neppure un “pioniere” come Pasquale Costanzo avrebbe potuto immaginare, sperimentando con *Consulta Online* uno dei primi siti di supporto alla ricerca scientifica in campo giuridico in Italia.

GIORGIO GRASSO
Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche.
Un omaggio a Pasquale Costanzo

1. È davvero difficile non riconoscere all'Autore che si onora con questo scritto di essere stato uno tra i primi studiosi di diritto costituzionale ad avere colto tutta l'importanza che l'impiego di Internet e delle diverse piattaforme on-line poteva comportare per lo sviluppo e la trasformazione dei generi letterari che i giuristi impiegano per tradizione nel fare ricerca, dalle monografie scientifiche agli articoli su rivista, dalle voci di enciclopedia ai commenti, dai capitoli (e articoli) di libro alle note a sentenza. Tutti noi siamo debitori al sito di *Consulta OnLine* (www.giurcost.it o www.giurcost.org) che, ben prima di quello della Corte costituzionale – era il 1995 – ha permesso di poter leggere quasi in tempo reale le decisioni appena depositate della Corte medesima e che, grazie a un certosino lavoro di caricamento di tutte le pronunce emanate dalla Corte a partire dal 1956 (nonché di quelle dell'Alta Corte per la Regione siciliana e di giudici comuni nel periodo transitorio precedente all'istituzione della Corte costituzionale e all'avvio dei suoi lavori, con la notissima sentenza n. 1 del 1956), ha poi dato la possibilità di accedere liberamente alla giurisprudenza costituzionale nella sua interezza. E per qualcuno – certamente per chi scrive – la prima esplorazione di una decisione della Corte costituzionale, anche da quando le sue decisioni sono ormai rinvenibili sul sito ufficiale della Corte medesima, avviene sempre partendo da www.giurcost.it o www.giurcost.org, spesso sfruttando il prezioso motore di ricerca testuale, impostato su parole chiave e su frasi e domande da inserire nella casella di ricerca.

L'esperienza più che ventennale di *Consulta Online*, che ha portato anche alla nascita di una rivista telematica quadrimestrale¹, riconosciuta quale Rivista scientifica dall'ANVUR ai fini dell'Abilitazione scientifica nazionale², offre allora l'occasione per riflettere brevemente su come la presenza di numerose riviste specialistiche telematiche prettamente costituzionalistiche o di impronta gius-pubblicistica, alcune di più antica diffusione, altre sorte più recentemente, abbia eventualmente modificato il modo stesso di approcciarsi allo studio del diritto costituzionale e poi di fare ricerca in ambito costituzionalistico, specie per le più giovani generazioni di cultori della nostra materia.

2. La questione che qui si vuole indagare, del resto, si inserisce dentro a una discussione più generale riguardante la comunicazione giuridica effettuata attraverso riviste telematiche, che proprio Pasquale Costanzo aveva analizzato qualche anno fa, in particolare in un denso contributo, pubblicato originariamente come editoriale di un numero del 2004 di *Federalismi.it*, un'altra tra le più risalenti riviste elettroniche di studi giuspubblicistici³, e poi riprodotto anche su *Consulta Online*⁴. Tre problemi allora emergevano sugli altri: garantire la «qualità dei contributi giuridici in linea»,

¹ Accanto alla rivista vera e propria, con contributi di dottrina pubblicati a partire dal 2000, ma che solo dal 2015 risulta suddivisa in fascicoli quadrimestrali, per poter essere letta anche in un unico pdf, contenente per ogni annualità tutti gli studi pubblicati, il sito continua ad avere il suo punto di forza nella pubblicazione integrale delle decisioni della Corte costituzionale, per poi presentare anche altre rubriche: "Cronache e memorie", "Fonti", "Eventi" e "Casi scelti".

² Vedi l'ultimo elenco di Riviste scientifiche, aggiornato al 19 settembre 2019, rinvenibile al link: <https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2019/09/Area12-scientifiche-IVquadrimestre2019.pdf>, 8.

³ Vedi in proposito B. CARAVITA, *Editoriale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 15 maggio 2003, 1 ss., dove appunto si dava conto delle ragioni che avevano spinto a trasformare il sito omonimo in rivista telematica, dinanzi alle grandi novità prodotte dalla rete di Internet anche sul dibattito dottrinario e scientifico.

⁴ Vedi P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica al tempo della rete*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10/2004, 13 maggio 2004, 1 ss.

impedire la «loro volatilità e/o instabilità» e assicurare il «valore legale della pubblicazione in Rete»⁵. Tutti profili che oggi, trascorsi tre lustri, paiono avere trovato un'adeguata soluzione, ogniqualvolta almeno la valutazione di un articolo pubblicato su una rivista telematica (e non solo telematica, ovviamente) avvenga in conformità agli indicatori di processo e di prodotto, ormai comunemente accettati anche dalla comunità scientifica dei costituzionalisti – con referaggio anonimo in doppio cieco, per esempio, attraverso un giudizio di pari che garantisca altresì la pluralità di competenze e di istanze culturali e scientifiche; l'articolo venga poi pubblicato in un formato digitale che ne impedisca l'alterazione o la variazione nel corso del tempo, fissandone la temporalità – con l'auspicio ulteriore che venga conservato in un archivio pubblico elettronico delle riviste telematiche, per esempio a cura dell'ANVUR, in quanto il venir meno di una rivista sul *web* potrebbe sempre determinare l'impossibilità di scaricare in futuro gli articoli e i contributi pubblicati su di essa, in ragione di una vera e propria «ipertestualità precaria» che caratterizza questi periodici⁶; l'articolo, infine, si uniformi a tutti i canoni formali e legali dei periodici in cartaceo, a partire dall'esistenza di un ISSN e di un direttore responsabile della rivista.

Ma al contempo ragionare sul diritto costituzionale nelle riviste elettroniche, come suggerisce il titolo di queste note, significa anche sviluppare alcune considerazioni su come oggi, ancora appoggiati sulle spalle dei grandi Maestri che, nel corso del Novecento almeno, avevano delineato le coordinate fondamentali della nostra materia (basti qui soltanto citare tre di essi: Vezio Crisafulli, Carlo Esposito e Costantino Mortati), e di molti altri che li hanno seguiti, si studi il diritto costituzionale, si scriva di diritto costituzionale, si faccia ricerca in questo specifico settore dell'indagine giuridica complessivamente intesa.

Per chi ha incominciato a studiare il diritto costituzionale usufruendo di una letteratura giuridica esclusivamente in cartaceo, nei libri, piuttosto che nei periodici, e di fonti presenti nei repertori giurisprudenziali e nelle raccolte di testi normativi, l'avvento di Internet è stata una sorta di “rivoluzione copernicana”, che ha modificato anche il modo di studiare la materia, nel reperimento delle fonti normative e giurisprudenziali, nell'assemblare la bibliografia e i materiali documentali di supporto alla ricerca: si pensi, solo per fare un esempio, agli Atti parlamentari. Giorni interi passati nelle biblioteche universitarie, in quelle di centri di ricerca o degli organi costituzionali, anche per fotocopiare tutto il prezioso materiale faticosamente radunato, hanno lasciato il passo alla possibilità di poter scaricare, seduti comodamente alla propria scrivania, con un personal computer, ormai già diventato per certi aspetti “il più antiquato” degli strumenti a disposizione per catalogare materiali, per salvare i più disparati *files* e per utilizzare un programma di videoscrittura, centinaia e centinaia di pagine di documenti, articoli di dottrina, libri interi, la gran parte dei quali liberamente accessibili sulla Rete.

Diverso è il discorso per chi può definirsi un “nativo del diritto costituzionale digitale”, cresciuto utilizzando abitualmente i nuovi strumenti messi a disposizione dall'evoluzione tecnologica e che nell'intraprendere il percorso di ricercatore nel campo del diritto costituzionale potrebbe semmai ritenere che tutto ciò che non è digitalizzato, anche *a posteriori*, appartenga a un mondo lontano, non immediatamente fruibile, nascosto tra volumi polverosi e sempre meno letti e consultati⁷.

⁵ P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica al tempo della rete*, cit., 7, corsivi dell'Autore.

⁶ Sempre P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica al tempo della rete*, cit., 8. Il rischio paventato nel testo si è concretamente realizzato, per esempio, nel caso del *blog* di cultura costituzionale www.confronticostituzionali.it, attivo tra il 2013 e il 2015 – anche mediante l'organizzazione di seminari di studio, come quello svoltosi presso l'Università di Parma l'11 marzo 2013, “La nostra Costituzione sarà riscritta a Pechino?” – e i cui articoli e *post* non sono più in alcun modo accessibili, così come del resto la *home page* del *blog*.

⁷ Gli esempi di questa digitalizzazione *a posteriori* sono innumerevoli e sarebbe sterile tentarne anche solo un elenco provvisorio; piace qui ricordare, per il rilievo che può assumere per queste note, la recente pubblicazione in *open access*, da parte di Roma TrE-Press, editrice dell'Università di Roma Tre, delle *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei: vedi per

Al di fuori di questa contrapposizione, forse non così netta come può apparire a una prima osservazione, ma che anche con una certa emozione non può non far ricordare a chi scrive gli esordi della sua avventura universitaria, proprio in quell'Ateneo genovese dove Pasquale Costanzo ha insegnato per numerosi anni, il cuore del ragionamento riporta alle riviste elettroniche dei costituzionalisti e al loro potenziale impatto sulla ricerca costituzionalistica.

3. Ma quali sono queste riviste in primo luogo? Il tentativo è farne un inventario ragionato, almeno delle riviste italiane censite, alla data di chiusura di questo scritto, negli elenchi dell'ANVUR tra quelle dell'area 12, di Classe A e tra le Riviste scientifiche, ai fini in particolare dell'Abilitazione scientifica nazionale, con qualche rischio di incasellare tra di esse periodici un po' più generalisti, perché aperti nei loro obiettivi editoriali anche ad altre discipline contigue, o all'opposto periodici riconducibili prevalentemente a discipline scientifiche molto vicine al diritto costituzionale, come per esempio il diritto pubblico comparato, che però metodologicamente (e non solo per fini squisitamente concorsuali) vengono talora considerate come del tutto autonome dal diritto costituzionale stesso.

Si tratta allora, con qualche inevitabile approssimazione, in eccesso o in difetto, di poco meno di trenta riviste complessive, che possiamo considerare di rilievo costituzionalistico, collocate tra le riviste di Classe A e le Riviste scientifiche⁸, cioè un numero ormai davvero considerevole se confrontato con quello dei tradizionali periodici in cartaceo, ricavato sempre utilizzando il criterio appena impiegato, e che si assesta su una cifra appena superiore alle trenta unità, considerando anche alcune riviste ormai cessate⁹. Sono riviste che hanno una diversa periodicità e che non permettono per esempio sempre la pubblicazione anticipata di singoli contributi, prima della chiusura del numero di riferimento, bimestrale, trimestrale, quadrimestrale o semestrale; riviste

un rimando il link: <https://www.associazioneidecostituzionalisti.it/it/notizie/segnalazioni/pubblicazione-in-open-access-delle-opere-giuridiche-di-piero-calamandrei> (consultato il 16 novembre 2019).

⁸ Ci si riferisce a: *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>), *Archivio di Diritto e Storia Costituzionali* (<http://dircost.di.unito.it/index.shtml>: non più aggiornata), *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/>), *Diritto pubblico europeo-Rassegna online* (<https://www.edizioni.es.it/dperonline/>), *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), *Federalismi.it* (www.federalismi.it), *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), *Genius* (<http://www.articolo29.it/genius/>), *Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>), *Italian Journal of Public Law* (<http://www.ijpl.eu/>), *JusOnline* (<https://jus.vitaepensiero.it/pagina/jusonline-4625.html>), *Le Istituzioni del Federalismo* (http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo/), *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), *Parlamenti Regionali* (<http://www.parlamentiregionali.it/>), *Perspectives on Federalism* (<http://www.on-federalism.eu/index.php>), *ISSIRFA* (<http://www.issirfa.cnr.it/>), *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it).

⁹ Ci si riferisce a: *Amministrare*, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, *Critica del diritto*, *Democrazia e diritto*, *Diritto e Società*, *Diritto pubblico*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, *Giornale di storia costituzionale*, *Giurisprudenza costituzionale*, *Giurisprudenza italiana*, *Il Diritto della Regione* (cessata), *Il Filangieri*, *Il Foro italiano*, *Il Politico*, *Jus*, *Le Istituzioni del Federalismo*, *Le Regioni*, *Lo Stato*, *Nuove Autonomie*, *Percorsi costituzionali*, *Politica del diritto*, *Quaderni costituzionali*, *Quaderni regionali* (cessata), *Rassegna di diritto pubblico* (cessata), *Rassegna di diritto pubblico europeo*, *Rassegna parlamentare*, *Rivista di diritto costituzionale* (cessata), *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, *Teoria del diritto e dello Stato*. Il *Digesto delle discipline pubblicistiche*, pur censito dall'ANVUR tra i periodici, non può peraltro essere considerato una rivista. Periodici quali la *Rivista giuridica dell'ambiente*, la *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, *Il Foro amministrativo – CDS*, la *Rivista della Corte dei conti* (che ha anche una versione on-line) sembrano avere un rilievo più per il diritto amministrativo e per questo sono rimasti fuori dall'elenco.

che, in qualche caso, possedevano originariamente un formato cartaceo¹⁰ e che, in altre ipotesi, affiancano come riviste “sorelle” riviste cartacee, di più lunga tradizione¹¹; riviste infine che talora hanno un doppio formato, in cartaceo e on-line¹².

Un elemento di forte diversificazione, se paragonato con l’articolazione interna delle riviste cartacee, riguarda la struttura della rivista telematica che, per una parte di esse, non sembra prevedere un numero massimo di contributi pubblicabili all’interno di ogni fascicolo, mentre, per una restante parte, sembra conservare questo più stringente limite, non misurato (sol)tanto sul numero di caratteri consentiti, quanto sul numero di saggi, articoli, note di commento che il numero della rivista riesce effettivamente ad ospitare.

Proprio da questo ultimo aspetto può essere utile avviare la riflessione per provare a rispondere alla principale domanda di ricerca che vuole caratterizzare queste note, perché sia il profilo della mancata fissazione di un numero massimo di battute per il saggio, l’articolo, il commento di attualità o la nota a sentenza, sia quello dell’assenza di una predeterminazione di un numero standard di contributi pubblicati dentro a un fascicolo segnano una potenziale discontinuità con le riviste cartacee tradizionali. Rispetto a esse, infatti, una tendenza ormai molto forte, seppure non ancora dominante, anche legata alla necessità di un contenimento dei costi di stampa, è quella di stabilire rigorosi limiti di spazio, che costringono gli autori dentro vincoli numerici di battute nel testo e nelle note, differenti a seconda del genere letterario del contributo, il saggio piuttosto che la nota a sentenza: vincoli dimensionali che spesso le riviste telematiche, invece, non hanno. Soprattutto poi, per le riviste cartacee, sembra passato il tempo nel quale, magari nella medesima annualità, venivano pubblicati fascicoli significativamente differenti per numeri di pagine, essendo ormai questa divenuta una eccezione, mentre per alcune riviste telematiche la cifra dei contributi inseriti dentro a un fascicolo (e quindi il numero delle pagine del pdf finale, generalmente utilizzato per la fascicolazione del periodico) può anche essere molto elevata, differenziandosi da quella di altri fascicoli della medesima rivista, pubblicati nello stesso anno o in anni diversi. L’esistenza di numeri speciali, al di fuori della numerazione progressiva, che contraddistinguono le une come le altre riviste e che permettono di ampliare lo spazio di pubblicazione sulla singola rivista, per raccogliere per esempio atti di Convegni o contributi dedicati a particolari temi o a ricorrenze, parifica solo parzialmente il regime di riviste in cartaceo e di riviste elettroniche.

4. Ma questi elementi di tipo squisitamente formale quanto incidono sul modo di fare ricerca in campo costituzionalistico? Intanto, per l’autore di un contributo scientifico sapere di avere a disposizione soltanto un numero prefissato di pagine, misurato in battute o in parole (il limite di parole è in realtà maggiormente utilizzato dai diversi *Journal* costituzionalistici internazionali), se può avere il merito di impedire che vengano scritti e poi eventualmente pubblicati sotto forma di articolo per rivista contributi eccessivamente lunghi e dispersivi, perché solo didascalici e descrittivi,

¹⁰ Si vedano in particolare *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>) e *Le Istituzioni del Federalismo* (http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo/) (già *Regione e governo locale*); l’*Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it) prima di diventare rivista telematica è stato, dal 1996 al 2009, una sorta di annuario, in volumi pubblicati in cartaceo dall’Editore Giappichelli di Torino.

¹¹ Si vedano il *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), rispetto a *Quaderni costituzionali*; *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), rispetto a *Diritto pubblico comparato ed europeo*; *Diritto pubblico europeo*, *Rassegna online* (<https://www.edizioniesi.it/dperonline/>), rispetto a *Rassegna di diritto pubblico europeo*; *JusOnline* (<https://jus.vitaepensiero.it/pagina/jusonline-4625.html>), rispetto a *Jus*. Diverso è il caso, invece, delle due riviste dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, la *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it) e l’*Osservatorio Costituzionale* (<http://www.osservatorioaic.it/>), entrambe in formato elettronico.

¹² Come *Le Istituzioni del Federalismo* (http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo/), inserite infatti nei due elenchi precedenti.

allo stesso tempo – e questo ne rappresenta un grave limite – non permette che possano essere sviluppati quei densi saggi monografici che a lungo hanno caratterizzato la nostra disciplina (penso, per esempio, ai saggi che almeno sino agli anni Ottanta del Novecento trovavano abitualmente spazio sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*). Tutte quelle riviste, telematiche e cartacee, che nella loro linea editoriale garantiscono ancora questa importante possibilità assicurano che il genere letterario dei saggi monografici continui a trovare collocazione nelle riviste costituzionalistiche, senza che, anche per venire incontro a esigenze di altro tipo – di natura concorsuale soprattutto, in ragione dell'esistenza di soglie numeriche di produzione scientifica piuttosto elevate per il settore concorsuale 12/C1, che riunisce i due settori scientifico-disciplinari IUS/08, Diritto costituzionale, e IUS/09, Istituzioni di diritto pubblico –, i saggi si trasformino magari in esili monografie, prive però, al di là del carattere formale rappresentato dal semplice riconoscimento del codice ISBN e da poco altro, della natura sostanziale per poter figurare come volumi monografici, seppure con una più agile struttura.

Sempre per l'autore di un contributo, una volta superato positivamente il referaggio previsto dalla rivista, di cui subito si parlerà, può non essere indifferente, per ragioni di diffusione nella comunità scientifica, oltre che di natura concorsuale e per poter accedere a fondi di ricerca o finanziamenti mirati, la tempistica della pubblicazione, che si accelera massimamente quando, per esempio, la rivista telematica anticipa la pubblicazione dell'articolo, ben prima che il fascicolo sia chiuso nella sua interezza, o che comunque sembra essere più immediata, ogni volta in cui l'articolo è pubblicato su una rivista on-line piuttosto che su una rivista cartacea¹³.

Se, d'altra parte, la rivista X pubblica solo 4/5 saggi a fascicolo e se il saggio dell'autore A è positivamente valutato per la pubblicazione, esso potrebbe trovare spazio nel primo fascicolo disponibile, oppure in uno dei fascicoli successivi, secondo una programmazione definita dalla direzione della rivista; tuttavia se la rivista Y può pubblicare in un fascicolo anche un numero indeterminato di saggi, il contributo dell'autore B può già trovare una collocazione nel primo fascicolo utile, per essere messo a disposizione ed essere letto da altri studiosi della materia, iscritti magari a una *newsletter* che li informa dell'avvenuta pubblicazione.

La rapidità nella diffusione di un articolo e quindi nella sua concreta fruizione, mettendosi ora dal punto di vista di tutti gli studiosi di una certa materia, come il diritto costituzionale, è certamente favorita dalla pubblicazione on-line, per tutti i periodici che hanno un accesso libero e non a pagamento (la regola, peraltro, per molti *Journal* stranieri e internazionali, che si limitano a pubblicare con accesso gratuito solo l'indice o l'*abstract* del lavoro), benché molte riviste in cartaceo siano oggi anche scaricabili dietro abbonamento da una pagina dedicata del sito della casa editrice, che permette una ricerca avanzata molto estesa¹⁴. La più tempestiva circolazione favorisce che un lavoro scientifico sia letto prima e più rapidamente citato, anche perché, in una comunità scientifica sempre più grande e sempre più collegata in rete, attraverso la condivisione sui *social forum* delle *home page* delle riviste elettroniche o semplicemente grazie all'auto-promozione da parte del singolo autore sulla sua pagina *Facebook* o mediante l'uso di un *tweet*, tutti questi nuovi strumenti rappresentano forse, oggi, i migliori "trasmettitori" della stessa conoscenza costituzionalistica.

Se, per continuare con gli esempi, l'autore C sta studiando un certo argomento sul quale assume preponderante rilievo la posizione della giurisprudenza costituzionale o dei giudici europei, la Corte

¹³ A differenza dei periodici italiani in cartaceo, molti *Journal* internazionali anticipano on-line contributi destinati poi a essere pubblicati nella rivista cartacea (vedi per esempio la *European Constitutional Law Review* (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/firstview>), consultata il 19 novembre 2019).

¹⁴ È il caso di quelle pubblicate dalla società editrice *il Mulino*; ma più recentemente anche altri editori che pubblicano importanti riviste giuridiche di rilievo costituzionalistico, come Giuffrè (oggi Giuffrè Francis Lefebvre), sempre per i soli abbonati, permettono di scaricare i pdf dei contributi pubblicati nelle riviste in cartaceo.

di giustizia e la Corte europea per i diritti dell'uomo, e l'autore D ha appena annotato l'ultima pronuncia costituzionale sul tema – se non il comunicato stampa appena pubblicato sul sito della Corte costituzionale –, è molto probabile che, se quest'ultimo commento è stato pubblicato su una rivista telematica, esso venga letto (ed eventualmente citato) prima di quelli che verranno pubblicati su una rivista in cartaceo e che potrebbero essere addirittura trascurati, se non ignorati in una superficiale e non attenta ricognizione della letteratura. Per stare all'Autore che qui si onora, quanto sono preziosi i *link* che da *Consulta Online* raggiungono, per ogni decisione della Corte costituzionale, i commenti a quella pronuncia, pubblicati su numerosissime riviste elettroniche, non tutte certo di pari importanza e non tutte costituzionalistiche in senso stretto, invero!

Alla domanda formulata tre lustri fa se questa accelerazione fosse un bene o un male¹⁵, credo che si debba rispondere che l'incomparabile facilità di accedere oggi alle fonti bibliografiche, rispetto al passato (per non parlare della giurisprudenza, delle fonti normative e di tutti i materiali di documentazione varia che supportano la ricerca costituzionalistica), abbia il pregio di garantire la massima apertura del confronto scientifico e quindi potenzialmente di agevolare la crescita del sapere, anche sul piano internazionale, superato lo scoglio dell'uso dell'inglese quale lingua veicolare, a condizione però che questa accelerazione non sia considerata sinonimo di fretteolosità, di scarsa riflessione critica e di una "corsa contro il tempo" per essere, per esempio, i primi a esprimersi su una certa questione, attuale quanto si vuole, ma in una prospettiva teorica di maggior respiro decisamente secondaria, se non del tutto irrilevante.

Sempre nella cornice di provare a cogliere tutti gli elementi di positività che possono derivare dall'impiego delle risorse elettroniche, devono essere valutati gli esiti di quello che appare, per certi versi, come un nuovo genere letterario della scienza costituzionalistica, sorto proprio grazie a Internet e rappresentato dai c.d. *post*, pubblicati su blog nazionali e internazionali, alcuni ormai molto "quotati", o come sezioni di vere e proprie riviste, e che vogliono rivolgersi a un pubblico più ampio di quello dei chierici del diritto costituzionale. Un "buon" *post* richiede di utilizzare per la sua stesura uno stile e un linguaggio diverso da quello di un articolo su rivista o di una nota a sentenza e può impegnare anche moltissimo il suo autore, per il rigore e la serietà delle revisioni richieste, anche dal punto di vista linguistico, per i *post* pubblicati, per esempio, in lingua inglese. Ma quel *post* che, seppur confrontato con un commento "costituzionalistico" pubblicato su un quotidiano, mantiene una più evidente impronta scientifica, sembra essere qualcosa di diverso da un articolo scientifico vero e proprio e pure da un *case note*¹⁶.

Come ulteriore aspetto da prendere in considerazione, si aggiunga che, accanto al diritto costituzionale pubblicato sulle riviste telematiche, la rete permette spesso di far circolare, quasi in tempo reale, dopo la loro stesura in bozze o la discussione durante un convegno registrato in *streaming*, anche lavori che rappresentano solo la versione provvisoria di quello che poi diventerà il testo definitivo di una relazione a un convegno o di un articolo su rivista, secondo le prassi utilizzate in particolare, a fini di questo scritto, sia dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sia dall'Associazione Gruppo di Pisa, che oltre a promuovere convegni e iniziative scientifiche periodiche nel settore costituzionalistico sono anche responsabili di conosciute riviste collegate alle due associazioni.

5. La questione del referaggio appena evocata, come ultimo profilo su cui sviluppare il nostro ragionamento, deve partire dalla premessa che modalità e tempi della valutazione delle diverse

¹⁵ Vedi B. CARAVITA, *Editoriale*, cit., 1.

¹⁶ Vedi in questo senso anche l'art. 2, comma 3, del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato dall'ANVUR, il 20 febbraio 2019, di cui si viene a dire nel testo, che esclude in particolare che siano valutabili le pubblicazioni rientranti nella categoria dei siti e portali, *web* e *blog*.

riviste di rilievo costituzionalistico, anche di quelle collocate nella Classe A degli elenchi dell'ANVUR, sono profondamente differenti e non dipendono necessariamente dalla circostanza che la rivista sia pubblicata in forma cartacea o telematica.

A partire dal novembre 2015 su questa materia esiste un quadro normativo uniforme, delineato dall'ANVUR mediante l'adozione di quattro successivi Regolamenti e di ulteriori documenti di accompagnamento; il diritto vigente è rappresentato oggi dal Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato il 20 febbraio 2019, e dalle conseguenti Linee guida, adottate il 9 ottobre del 2019¹⁷. La circostanza che la prima disciplina normativa comune risalga alla fine del 2015 implica che solo le riviste che più recentemente hanno chiesto il riconoscimento della scientificità o della Classe A, rispondendo a tre successivi bandi dell'ANVUR chiusi tra il 2017 e il 2019 – l'ultimo dei quali, scaduto nello scorso mese di giugno, è ancora in attesa dei risultati – hanno maggiormente uniformato i loro caratteri, per adeguarsi a quanto la normativa ANVUR prevede(va); per altre più risalenti riviste, anche telematiche, il (primo) riconoscimento è avvenuto quando – tra il 2010 e il 2012 – furono in particolare le stesse associazioni di studiosi riconducibili all'area 12, Scienze Giuridiche, del CUN, compresa l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, ad individuare, all'esito di un problematico confronto con l'ANVUR, tra le riviste cartacee e telematiche allora esistenti tre diverse categorie di riviste, di fascia A, B e C¹⁸. La collocazione in particolare nel *ranking* più elevato, quello della Classe A, è stata poi completata da alcuni interventi in via pretoria del giudice amministrativo, come è avvenuto in particolare tra le riviste oggetto di queste note per la *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it)¹⁹.

In una prospettiva di insieme, è agevole rilevare che, in conseguenza di questo riconoscimento iniziale, quasi avvenuto d'autorità, per tutta una serie di riviste di più lunga tradizione, oltre che in ragione delle continue modifiche della cornice regolamentare fornita dall'ANVUR, basata originariamente su requisiti piuttosto laschi e oggi invece ben più stringenti, permane ancora un'eccessiva differenziazione nel trattamento delle riviste dell'Area 12, che si riverbera anche sulle riviste di rilievo costituzionalistico prese in considerazione in questo scritto. Una differenziazione che via via dovrebbe attenuarsi nel momento in cui si procederà d'ufficio alla revisione periodica delle riviste iscritte nei due elenchi tenuti dall'ANVUR, quello delle Riviste Scientifiche e quello delle riviste di Classe A, revisione *ex post* che potrebbe anche determinare il declassamento di una rivista, per aver perduto i requisiti inizialmente posseduti (vedi gli articoli 5 e 7 del Regolamento in vigore).

Le peculiari caratteristiche delle riviste elettroniche hanno spinto l'ANVUR a prevedere una specifica disciplina, attenta ad alcuni elementi formali, evidenziati rapidamente anche in questo contributo: perché una pubblicazione elettronica possa essere considerata una rivista, ai fini della valutazione dell'ANVUR, ciascun fascicolo della rivista telematica deve, infatti, risultare «formalmente identificabile e citabile grazie alla propria numerazione e datazione»; essere «in sé concluso, non aperto ad ulteriori aggiornamenti e con numerazione progressiva delle pagine»; contenere «al suo interno, di norma, non meno di tre articoli scientifici (cinque nel caso si tratti di riviste con periodicità annuale), esclusi contenuti quali editoriali, premesse, prefazioni, indici, *abstract*, *poster*, piano dell'opera, bibliografia, eventi» (vedi l'art. 2, comma 2, del Regolamento in vigore). Tutto ciò, ovviamente, vale anche per le riviste elettroniche di rilievo costituzionalistico, che

¹⁷ L'insieme di questa disciplina normativa e di accompagnamento è reperibile integralmente al sito: <https://www.anvur.it/attivita/classificazione-delle-riviste/classificazione-delle-riviste-ai-fini-dellabilitazione-scientificazionale/regolamento-per-la-classificazione-delle-riviste-nelle-aree-non-bibliometriche/> (consultato il 16 novembre 2019).

¹⁸ Per un sintetico resoconto della vicenda vedi G. GRASSO, *Le riviste dei costituzionalisti: classificare per poi valutare?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2012, 22 febbraio 2012, 1 ss.

¹⁹ Vedi per riferimenti il sito: <https://www.anvur.it/attivita/classificazione-delle-riviste/classificazione-delle-riviste-ai-fini-dellabilitazione-scientificazionale/comunicazioni/> (consultato il 16 novembre 2019).

da Riviste Scientifiche aspirino eventualmente a una “promozione” come riviste di Classe A, o che, da riviste con finalità scientifiche e dotate di codice ISSN, ambiscano a essere inserite nell’elenco delle Riviste Scientifiche dell’ANVUR.

Ma tornando al tema del referaggio, tutto improntato a rispettare un procedimento di revisione tra pari che deve avvenire almeno a singolo cieco (vedi l’art. 9, comma 4, lettera a, del Regolamento in vigore), l’impressione è che, considerando numerose prassi sinora seguite da riviste telematiche e cartacee che operano nel campo costituzionalistico, le prime garantiscano mediamente tempi di valutazione più rapidi e certi della maggior parte delle riviste in cartaceo, laddove questa rapidità nulla toglie, ovviamente, al rigore della valutazione, largamente dipendente, oltre che da come la rivista imposta il referaggio, dall’impegno, dallo scrupolo e dalla serietà del singolo valutatore. Soprattutto, a parità dei tempi occorrenti a valutare un articolo e poi a revisionarlo, da parte dell’autore, a seguito di un referaggio in ipotesi positivo, ma che richieda interventi e integrazioni di natura sostanziale sull’articolo sottomesso alla rivista, la pubblicazione sulla rivista on-line tende a essere più veloce. Non è sbagliato supporre, inoltre, che l’esigenza di rispettare certi termini concorsuali e in particolare le scadenze delle c.d. finestre dell’Abilitazione scientifica nazionale, unita alla necessità sia per i candidati commissari, sia per i candidati all’Abilitazione stessa di rispettare le soglie numeriche riferite al numero di libri, di articoli su rivista di Classe A e di contributi costituenti la produzione scientifica complessiva di uno studioso, nell’arco temporale di quindici o dieci anni antecedenti alla scadenza dei diversi bandi, abbia messo sotto forte pressione tutte le riviste, comprese quelle di rilievo costituzionalistico, e tra di esse soprattutto quelle che tecnicamente permettono potenzialmente di ospitare nei loro fascicoli un più ampio numero di articoli: ovvero, come si è segnalato ripetutamente, le riviste telematiche.

Anche alla luce di questi ultimi rilievi, che non esauriscono certamente tutte le questioni problematiche di quella che potremmo chiamare la valutazione della ricerca 2.0²⁰, anche nel campo delle scienze giuridiche e del diritto costituzionale in particolare, ci si deve interrogare conclusivamente su che cosa rappresentino oggi per noi costituzionalisti le diverse riviste telematiche nelle cui redazioni e comitati editoriali lavoriamo, per le quali pubblichiamo articoli, note a sentenza o altri prodotti della ricerca, e attraverso cui, infine, leggiamo, meditiamo e studiamo i contributi di altri colleghi, anche di settori scientifici vicini al diritto costituzionale.

Intanto, la diffusione di queste riviste ha permesso, anche in ragione di una riduzione dei costi e grazie all’uso di tecnologie sempre più avanzate, di aumentare le condizioni del pluralismo dentro la comunità scientifica dei costituzionalisti, se è vero che un numero più ampio di riviste porta naturalmente con sé una diversificazione di idee, di istanze e di orientamenti culturali e scientifici manifestati dall’insieme di studiosi della nostra materia. Nell’ultimo lustro, del resto, sono state rare le ipotesi della fondazione di nuove riviste in cartaceo²¹, mentre nuove riviste telematiche sono nate, anche per la trasformazione in veri e propri periodici di quelle che originariamente erano esperienze più fluide, che si erano sviluppate per esempio nella forma di blog o di siti di mera documentazione e informazione costituzionalistica.

Ciò lascia presagire una linea evolutiva nella quale, in un rapporto che già oggi risulta impari, in riferimento in particolare alla creazione di nuove riviste, le riviste elettroniche potrebbero a un certo

²⁰ L’impiego di questa denominazione, per non rimanere allusivi, presuppone ovviamente che si possa ormai considerare del tutto consolidata una (responsabile) cultura della valutazione della ricerca 1.0, alla quale i giuristi, più di altri scienziati, si sono ritenuti a lungo impermeabili (vedi per alcuni svolgimenti del tema G. GRASSO, *Ricerca (valutazione della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 6° volume di Aggiornamento, UTET Giuridica, Milano, 2015, 413 ss.).

²¹ Può citarsi la rivista *Diritto costituzionale*, edita a partire dal 2018 dalla Franco Angeli di Milano, con periodicità quadrimestrale e con numeri tematicamente monografici.

punto “soppiantare” completamente le riviste in cartaceo, costrette a mutare la loro modalità di pubblicazione, non più sulla carta, come da tradizione, ma direttamente sulla rete di Internet.

È anche possibile che, in una competizione virtuosa tra riviste, telematiche e cartacee, senza alcuna distinzione, i requisiti formali per ottenere il riconoscimento della Classe A siano progressivamente raggiunti da un numero crescente di periodici e allora, forse, per individuare davvero l'eccellenza della sede di pubblicazione anche la scienza costituzionalistica, oltre ad accettare un più esteso confronto sul piano internazionale, non dovrà rifiutare pregiudizialmente che dentro a un sistema di valutazione basato su una rigorosa *peer review*, in grado di garantire un'elevata qualità scientifica degli articoli pubblicati, si innesti qualche elemento di natura bibliometrica, in uso abituale da parte di altre scienze.

Una condizione quest'ultima che insieme a tutto il resto dà il segno di una trasformazione e di un percorso in divenire, che neppure un “pioniere” come Pasquale Costanzo avrebbe potuto immaginare, sperimentando con *Consulta Online* uno dei primi siti di supporto alla ricerca scientifica in campo giuridico in Italia.

FRANCESCA BAILO

A scrolling screenshot on Pasquale (@lino) Costanzo, constitutionalist 2.0

SOMMARIO: 1. Una breve premessa di “metodo”. – 2. Il processo costituzionale: un prisma dalle mille sfaccettature. – 3. Dall’informazione...all’informatica e al “cyberdiritto”. – 4. I legami con l’ordinamento d’Oltralpe ma anche con Monaco e la Corsica. – 5. L’Italia nei rapporti con l’Unione europea e con le Regioni. – 6. Al cuore del diritto costituzionale. – 7. La (buona) qualità della normazione e la condivisione del sapere nella Collana “*Global Constitutionalism*”.

1. Una breve premessa di “metodo”.

Nel voler, qui, omaggiare Pasquale Costanzo col ripercorrere i suoi principali studi attraverso la lente delle linee di ricerca che ne caratterizzano gli interessi scientifici e accademici, ci si avvede subito come non sia affatto semplice rintracciare un unico *fil rouge* nei suoi oltre 350 lavori (tenendosi, beninteso, conto dei vari generi letterario-giuridici, dai più agili ai più impegnativi), che si dipanano tra i temi più vari: dalla giustizia costituzionale al diritto costituzionale europeo, sino agli studi storico-comparatistici sull’ordinamento d’Oltralpe, sulla Corsica e sul Principato di Monaco; dal diritto parlamentare alla buona qualità della normazione e, in genere, alla tecnica legislativa fino al diritto costituzionale più classico, al diritto regionale e all’implementazione dei diritti e alle mutazioni istituzionali grazie alle nuove tecnologie della rete.

Eppure, un tratto comune lo si può intravedere nella frequente originalità e l’innovatività degli approcci e delle conclusioni, oltretutto nella perdurante attualità con cui ogni singolo argomento è stato affrontato, essendo stato l’emerito professore tra i precursori in taluni di questi ambiti.

È, dunque, di tali profili che, sia pur con una sorta di rapido *scrolling*, si intende dare brevemente conto, senza alcuna pretesa di esaustività, raccogliendo, tra gli altri, gli spunti che al proposito sono stati offerti anche dagli Amici, Colleghi illustri e Allievi devoti, che, con i loro contributi, hanno partecipato alla raccolta di questo *Liber*.

2. Il processo costituzionale: un prisma dalle mille sfaccettature.

In questa prospettiva, una (se non proprio “la”) prima linea di ricerca che pare utile far emergere è certamente quella del processo costituzionale e, in genere, della giustizia costituzionale.

Del resto, il suo primo studio, pubblicato nel 1973 per gli Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova, recava già “*Spunti in tema di competenza legislativa regionale e diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*”¹, traendo occasione di approfondimento da una delle allora “tesine” di laurea in Giurisprudenza, ancillari rispetto a quella principale sulle problematiche della riserva di legge discussa a pieni voti e con lode con il Relatore, Prof. Manlio Mazziotti. A questa, sono seguiti studi su aspetti sempre peculiari della materia, quali il processo penale costituzionale² ed altri istituti strettamente processuali, come la revocazione delle decisioni della Corte costituzionale e lo stesso giudicato costituzionale³. In questo medesimo ordine di interessi, possono

¹ Il riferimento è, più precisamente, a P. COSTANZO, *Spunti in tema di competenza legislativa regionale e diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Annali Fac. Giur. Genova*, 1973, 429 ss.

² Al proposito, cfr. P. COSTANZO, *Archiviazione e natura del processo penale costituzionale*, in *Studi parlam. pol. cost.*, 1974, 51 ss.; ID., *Brevi note sulla procedura parlamentare di accusa*, in *Rass. Parl.*, 1975, 3 ss.

³ In tal senso, cfr., ad es., P. COSTANZO, *La Corte ha messo la sordina, ma la musica resta incerta (ancora in tema di revocazione delle decisioni della Corte costituzionale)*, in *Studi in onore di Serio Galeotti*, tomo I, Padova, 1998, 289 ss.,

inquadarsi le riflessioni, di perdurante attualità, sulle tecniche decisorie della Corte costituzionale, anche nel rapporto con la discrezionalità del legislatore⁴.

E se, può ritenersi tra gli antesignani, su tutto il territorio nazionale, nel tenere, sin dall'anno accademico 1985-1986, un corso specifico sulla *Giustizia costituzionale*⁵, grazie anche al supporto dell'allora Preside Giovanni Tarello, che, nell'occasione, sostenne l'autonomia didattica della materia pur tra le perplessità espresse in seno al consiglio di facoltà, il particolare attaccamento alla disciplina Lo ha portato, su invito del Presidente Pajardi nel 1989, ad affiancare ad altri pur validi testi⁶ un peculiare *Codice di Giustizia costituzionale*.

La scelta di sistematizzare e annotare con dovizia, articolo per articolo, le fonti del processo costituzionale (in un'epoca in cui, peraltro, l'accesso alle banche dati era solo un mero "buon proposito" e tutto era ancora dattiloscritto) si rivelerà innovativa e originale per il settore pubblicistico e, a tutt'oggi, il ridetto Codice, giunto alla sua XII ed., conserva la sua singolarità e viene fruito non solo dagli studenti, ma anche da esperti e operatori del diritto (magistrati, avvocati ecc..).

Del tutto originale è, poi, stata la realizzazione di una banca dati contenente le decisioni della Corte costituzionale, quando la diffusione della rete e la dimestichezza generale con gli strumenti telematici era da considerarsi all'evidenza assai limitata. Forse però non tutti sanno che la creazione di *Consulta OnLine*, nacque, più precisamente, nel 1995, da un'idea lanciata del tutto estemporaneamente da uno studente imperiese dichiaratosi affiliato ai primi hacker nostrani, che il Prof. Costanzo, con la sua consueta apertura e attenzione per i giovani studiosi, seppe cogliere e portare a compimento, grazie anche all'acquisizione, durante lo Straordinariato a Camerino, di particolari competenze "informatiche" attraverso la frequenza di corsi pionieristici su internet allestiti in quell'Università per iniziativa del Direttore del Centro di calcolo.

Una messa a punto, dunque, tutto sommato "domestica" di quella che poté sin da subito considerarsi tra le poche Riviste giuridiche di taglio accademico sull'internet italiano, costituendo, fino a quando la stessa Corte costituzionale non ebbe ad attrezzarsi, anche a livello internazionale, l'unico riferimento della nostra giurisprudenza costituzionale nel cyberspazio⁷. E che, tra l'altro, a partire dal 2000, ha abbandonato la sua vocazione esclusivamente giurisprudenziale per dedicare spazio anche a contributi scientifici di autorevole dottrina, italiana e straniera, ma soprattutto di

nonché Id., *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine della "Giurisprudenza costituzionale" (Note sparse su un tema di perdurante attualità)*, in A. PACE (cur.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 214 ss.

⁴ P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in R. ROMBOLI (cur.), *La giustizia costituzionale ad una svolta, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991, 76 ss. (di questo studio ne dà particolarmente conto, tra gli altri, M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in questi scritti (III); Id., *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. Revenga Sanchez, E. Pajares Montolio e J. Rodriguez-Drincourt (a cura di), *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2007, 31 ss.

⁵ Salvo errore, la primazia va attribuita all'insegnamento impartito nell'Università di Modena dal prof. Gladio Gemma.

⁶ Si ricordi il meritorio *Codice della giustizia costituzionale* dell'illustre processualpenalista Mario Chiavario.

⁷ Così G. GRASSO, *Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo*, in questi scritti, si esprime su *Consulta OnLine* (www.giurcost.org): "Tutti noi siamo debitori al sito di Consulta Online, che, ben prima di quello della Corte costituzionale – era il 1995 – ha permesso di poter leggere quasi in tempo reale le decisioni appena depositate della Corte medesima e che, grazie a un certosino lavoro di caricamento di tutte le pronunce emanate dalla Corte a partire dal 1956 (nonché di quelle dell'Alta Corte per la Regione siciliana e di giudici comuni nel periodo transitorio precedente all'istituzione della Corte costituzionale e all'avvio dei suoi lavori, con la notissima sentenza n. 1 del 1956), ha poi dato la possibilità di accedere liberamente alla giurisprudenza costituzionale nella sua interezza. E per qualcuno – certamente per chi scrive – la prima esplorazione di una decisione della Corte costituzionale, anche da quando le sue decisioni sono ormai rinvenibili sul sito ufficiale della Corte medesima, avviene sempre partendo da www.giurcost.it o www.giurcost.org, spesso sfruttando il prezioso motore di ricerca testuale, impostato su parole chiave e su frasi e domande da inserire nella casella di ricerca".

giovani e meritevoli studiosi e, più tardi, a rubriche di servizio molto apprezzate e ricercate per la loro funzione di promozione del dibattito giuridico e scientifico, nazionale e internazionale.

3. Dall'informazione...all'informatica e al "cyberdiritto".

Le origini di *Consulta OnLine* ci offrono, peraltro, lo spunto per introdurre una seconda linea di ricerca che rappresenta un'altra costante nei suoi studi, ossia quella dell'informatica e in generale del diritto delle (allora) nuove tecnologie dell'informazione.

Quando questi temi erano ancora sostanzialmente inesplorati dai giuristi (essendo considerati, per lo più, di esclusiva spettanza degli informatici) e, in particolare, dai costituzionalisti (al limite qualche profilo riuscendo di interesse per giusprivatisti e giuspenalisti), al Prof. Costanzo va, infatti, ascritto di aver tenuto, tra i primi, a partire dall'a.a. 1992-1993, un corso di insegnamento in "*Diritto dell'informatica ed elementi d'informatica giuridica*" nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo Genovese. È, poi, stato un convegno a cui lo stesso ebbe a partecipare sul tema "*La tecnologia avanza, il diritto arranca*", organizzato alla Luiss nel 1995, a cura di altro pioniere del web giuridico, Manlio Cammarata, oltreché una proficua collaborazione con la Rivista sui *Problemi dell'informazione*, per cui gli fu affidato il compito di curare un saggio dedicato a "internet", a suggerirgli l'esigenza di creare un altro corso di insegnamento, anch'esso del tutto innovativo, su "*Diritto dell'internet*" (dall'a.a. 1998/1999)⁸.

Infatti, già conoscitore dei mezzi di comunicazione tradizionali⁹ e autore, poi, tra l'altro, di un agile, ma organico, studio in materia¹⁰, fu tra i pochi a cogliere sin da subito le potenzialità della rete' già in una pubblicazione del 1996. In particolare, il Nostro aveva avvertito come l'oscillante ambivalenza della connessione in rete tra la "forma di comunicazione" e il "mezzo di diffusione" del pensiero, ne postulasse in ogni caso la "sussumibilità del regime giuridico nell'ambito delle garanzie costituzionali, di volta in volta, in concreto rilevanti", il punto di omologazione con altri strumenti informativi e comunicativi non potendo che collocarsi sul piano della libertà in via di principio di accesso al mezzo"¹¹: ciò fino a preconizzare tale strumentazione come ontologicamente attinente ad un vero e proprio "servizio universale"¹². Ma se detto ultimo profilo, come dallo stesso rilevato, è divenuto solo di recente "alquanto frequentato, se non, per così dire, alla moda"¹³, è indubbio, per certi versi, come in quello stesso scritto del 1996, Costanzo abbia già coltivato argomenti ora di stretta attualità, quali quelli sulla democrazia e sulla cittadinanza elettronica.

⁸ Si deve sempre all'iniziativa didattica del prof. Costanzo l'attivazione nell'a.a. 2003-2004, nella Laurea specialistica in Direzione sociale e servizi alla persona della Facoltà di Giurisprudenza di Genova dei corsi di *Privacy e Diritto e tecniche dell'informazione pubblica*.

⁹ Al proposito, cfr. almeno, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto (Discipline pubblicistiche)*, Torino, 1993, VIII, 319 ss., "*Diritto all'informazione*" e "*diritto d'informazione*" nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, in P. Barile, R. Zaccaria (a cura di), *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1994, 479 ss., nonché *Stampa (libertà di)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, XIV, Torino, 1999, 525 ss;

¹⁰ Il richiamo è a P. COSTANZO, *L'informazione*, Roma-Bari, 2004.

¹¹ Il riferimento è a P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 1996, n. 2, 183 ss. Per una riconferma ed un ulteriore irrobustimento di tali riflessioni cfr. poi anche, Id., *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 831 ss.; Id., *Aspetti e problemi dell'informatica pubblica*, in *Scritti in onore di Victor Uckmar*, I, Padova, 291 ss.; Id., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Informatica e Diritto*, 1997, n. 2, 1 ss.

¹² Cfr., in tal senso, tra gli altri, P. COSTANZO, *Profili costituzionali di internet*, in E. Tosi (cur.), *Diritto di internet e dell'e-business*, Milano, tomo I, 53 ss.; Id., *L'accesso ad internet in cerca d'autore*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 247 ss.

¹³ Così P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (cur.), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 2013, 9 ss.

Già in quella sede, infatti, si è intuito come nel dibattito su internet la partecipazione politica potesse essere quella maggiormente messa in tensione a motivo della capacità della rete di mettere in crisi i corrispondenti referenti classici, prevedendo la possibilità che ciascuno potesse in un prossimo futuro esprimere, magari comodamente seduto nella sua postazione di lavoro, voti e preferenze. E, parimenti, ragionando su una nozione affatto moderna di “cittadinanza elettronica”, si rilevava come la configurazione di questa come un nuovo *status* di (auto)separatezza dalla società civile e politica apparisse nei fatti del tutto recessiva rispetto alla visione della stessa come una nuova “condizione” in grado di arricchire e, anzi, di portare sostanza alla cittadinanza tradizionale.

Ad ogni modo, è possibile sostenere che, a valle di un suo articolo comparso, nel 2003, ne *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*¹⁴, il dibattito dottrinale si è fatto sempre più vivace sul punto, restando, peraltro, tuttora valida la definizione che del fenomeno della democrazia elettronica era stata data in quella sede, semmai, ora potendosi meglio comprendere e interpretare i rischi che dalla sua capillare diffusione ne sono scaturiti. Come lo stesso ha, infatti, di recente avuto modo di sottolineare¹⁵, può adesso saggiarsi “la metamorfosi (o un certo disvelamento) a cui nel giro di qualche lustro la Rete ci ha messo davanti: da nuovo sale della democrazia a veicolo del suo rischioso intossicamento”, in una lotta ad armi impari “rispetto a cui risultano carenti strumenti di decodificazione del retroterra ideologico dei messaggi e di ricomposizione in discorso unitario della frammentazione comunicativa”.

Ma se le sfide da ultimo imposte in tali campi rappresentano forse uno degli ultimi baluardi nel complesso rapporto tra internet e diritto, numerosi altri ambiti sono stati, altresì, indagati dal Prof. Costanzo.

Se, in effetti, basterebbe scorrere i titoli dei contributi contenuti in questo *Liber Amicorum* per comprendere come il cyberdiritto, in tutte le sue forme, sia uno degli argomenti privilegiati per omaggiarlo¹⁶, non può mancarsi di segnalare come una buona sintesi di tali interessi di ricerca con quelli più sopra richiamati (e, cioè, attinenti al processo costituzionale), oltre a essere plasticamente rappresentata dalla già citata Rivista telematica *Consulta OnLine*, come sottolineato anche da alcuni Amici in questo stesso *Liber*¹⁷, può essere data dal fatto che egli, tra i primi, ha affrontato scientificamente il ruolo assunto dalla telematica per gli organi costituzionali con un saggio del 2015¹⁸. E, sempre in questa prospettiva, sono state, di recente, criticamente analizzate le soluzioni apprestate dal giudice costituzionale francese per contenere al possibile gli effetti della pandemia causata dal covid-19 sull'esercizio delle sue attribuzioni, non solo giurisdizionali¹⁹, rilevando incidentalmente come detto organo paia aver ignorato l'ipotesi di riunioni telematiche, a differenza della scelta al proposito intrapresa dalla nostra Corte costituzionale che, invece, ha saputo cogliere da una tale situazione di emergenza l'occasione per implementare al massimo le tecnologie

¹⁴ Il riferimento è a P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, relazione al Convegno di studi in ricordo di Ettore Giannantonio, Roma 6 dicembre 2002, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informatica*, 2003, 465 ss.

¹⁵ Particolarmente in P. COSTANZO, *La “democrazia digitale” (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, 71 ss.

¹⁶ *Ex plurimis*, cfr., in questi scritti, T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, A. POGGI, *Diritto a Internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy. the test of algorithms*; P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*.

¹⁷ Il richiamo è, in particolare, a P. CARNEVALE, D. CHINNI, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*, in questi scritti.

¹⁸ Al proposito, cfr. P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della rete*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2015/I (ed in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 658 ss.).

¹⁹ In tal senso, cfr. P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2020/I. Per un richiamo a tale articolo, cfr. poi N. PERLO, *La giurisprudenza di crisi del Conseil d'État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica*, in questi scritti (II).

informatiche, spingendosi a regolare anche rilevanti fasi processuali all'insegna del mezzo elettronico²⁰.

4. I legami con l'ordinamento d'Oltralpe ma anche con Monaco e la Corsica.

Non è però certo quest'ultima l'unica occasione in cui il professore ha emblematicamente voluto porre a confronto i due ordinamenti, quello italiano e quello francese, ritenuti particolarmente vicini per le comuni tradizioni storico-giuridiche, detto rigoroso metodo scientifico essendo stato adottato, ad esempio, anche in una relazione del 3 dicembre 2009 ad un incontro tenutosi presso l'Ambasciata italiana di Parigi, su *La "francisation" de la justice constitutionnelle italienne: dans quel sens?*²¹, rilevandosi in quella sede come «*semble plus productif de se référer à un processus d'osmose réciproque, que ce soit au plan axiologique comme au plan procédural, destiné à l'avenir à être soutenu par deux puissants catalyseurs constitués par la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de Strasbourg, à qui la récente entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a certainement inculqué une accélération des développements que l'on ne peut, aujourd'hui encore, totalement prévoir*».

Ma l'interesse per l'ordinamento d'Oltralpe ha, a ben vedere, origini ben più risalenti, essendo lo stesso stato chiamato, già agli inizi della propria carriera accademica, nel 1975, dal Prof. Pier Giorgio Lucifredi ad effettuare una puntuale *Traduzione (e coordinamento con la Costituzione italiana) della Costituzione francese del 5 ottobre 1958*²², per poi collaborare, dapprima con lo stesso Lucifredi e, infine, proseguire nella pubblicazione del Volume sul sistema francese, fino all'imponente lavoro monografico del 2009, su *La "nuova" Costituzione della Francia*, in cui si è avuto modo di dar conto, nell'immediatezza, delle riforme costituzionali in atto poste in essere Oltralpe nel 2008.

Se, peraltro, un tale studio gli è valso particolari meriti e riconoscimenti anche nel panorama internazionale, occorre segnalare come una particolare rilevanza abbiano assunto, sin dal 1991, gli aggiornamenti forniti, ogni biennio, per la Rivista *Giurisprudenza costituzionale*, sulla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, evidenziando, anche per questa via, la predilezione per gli studi di giustizia costituzionale.

Oltre all'ordinamento d'Oltralpe, tra gli altri sistemi stranieri indagati sul fronte mediterraneo²³, sono stati oggetto di approfondimento anche il più prossimo Principato di Monaco²⁴ e la Corsica²⁵, in entrambi i casi le piccole dimensioni e il comune connubio tra le tradizioni storiche francesi e italiane (e, potrebbe dirsi, in particolare, liguri), avendo rappresentato forse gli elementi fondamentali da cui trarre spunto per rinvenire in questi un prezioso laboratorio di studi destinato

²⁰ Così P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2020/1.

²¹ Detto articolo è rinvenibile, in lingua francese, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, all'indirizzo telematico <http://www.giurcost.org/studi/CostanzoParis.htm>.

²² Detta traduzione è stata pubblicata in P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato, 1, Il sistema francese*, Milano, 1975.

²³ Cfr., ad es., gli studi sul Nicaragua in P. COSTANZO (cur.), *Il nuovo diritto della Repubblica del Nicaragua*, Atti del Convegno di studi, Genova, 30 aprile 1988, in *Annali Facoltà Giurisprudenza Genova*, 1989-90, 807 ss.

²⁴ Sembra, peraltro, di un qualche interesse ricordare come la monografia su *La Costituzione del Principato di Monaco*, edita per la prima volta nel 2003 ma poi aggiornata in successive edizioni, abbia avuto origine in occasione di una relazione tenuta dal Prof. Costanzo al Convegno «*Piccolo Stato Costituzione e connessioni internazionali*», a San Marino 21-22 giugno 2002.

²⁵ Il riferimento è a P. COSTANZO, *Costituzione della Corsica (1755)*, Macerata, 2008, in cui viene particolarmente tratteggiata la figura di Pasquale Paoli (*U Babbu*), estensore della Costituzione corsa del 1755, la prima che, peraltro, vanta di essere stata scritta secondo i principi dell'Illuminismo e che, in questo senso, può considerarsi antesignana delle Costituzioni rivoluzionarie americane e francesi.

non solo al percorso formativo degli studenti del corso di Diritto costituzionale comparato tenuto dallo stesso presso la Facoltà di Giurisprudenza di Genova e la sede distaccata di Imperia, ma anche nei confronti di coloro che volessero conoscere ed apprezzare queste peculiari realtà ordinamentali.

Indugiando nell'orizzonte della ricerca straniera e comparata, per il particolare successo raggiunto, merita, inoltre e almeno di essere segnalata la recente Rubrica, curata personalmente dal Prof. Costanzo, delle Memorie costituzionali, su Consulta OnLine, in cui sono celebrati gli Anniversari delle Carte costituzionali storiche più importanti, tra cui figurano la Magna Charta Libertatum, ma anche la forse meno nota svolta costituzionale svedese del 1866, non dimenticando neppure le ricorrenze di atti di rango costituzionale per certi versi perplesse, come il Patto federale svizzero del 1815 che, al di là dei giudizi e delle implicazioni, pare aver avuto un valore fondativo rispetto ad alcune caratteristiche dell'odierna Svizzera, nonché la Costituzione schiavista del 1817 che, al di là degli indubitabili interessi scientifici, sarebbe stato probabilmente intellettualmente ingiustificato rimuovere.

5. *L'Italia nei rapporti con l'Unione europea e con le Regioni.*

Oltre a detti specifici interessi per gli ordinamenti stranieri menzionati, tra le molteplici linee di ricerca del Prof. Costanzo vanno menzionate anche quelle volte ad indagare i rapporti intrattenuti dall'ordinamento nazionale, da un lato (e verso l'esterno), con l'ordinamento eurounitario e, dall'altro (e verso l'interno) con le Regioni.

Quanto al primo versante, egli è stato, del resto, tra i primi, nel 2001, a cogliere le potenzialità della da poco solo proclamata Carta di Nizza²⁶, e un segnale delle sempre più profonde implicazioni costituzionali di quanto andava verificandosi, anche in una prospettiva interna, può ravvisarsi pure nel fatto che i *"Testi normativi per lo studio del diritto costituzionale"*, già a partire dal 2001, precorrendo i tempi, hanno assunto il nuovo titolo di *"Testi normativi per lo studio del diritto costituzionale italiano ed europeo"*.

Se, infatti, le origini della ridetta raccolta normativa possono rintracciarsi in due edizioni pubblicate, rispettivamente, nel 1980 e nel 1985, con il compianto Prof. Floridia, oltreché con il prof. Sorrentino, in cui furono impiegati anni di alacre lavoro per raccogliere, studiare e razionalizzare il materiale nella *"Costituzione della Repubblica italiana e altre leggi di rilievo costituzionale"*²⁷, è in questa rinnovata veste che i testi in questione sono stati capillarmente diffusi non solo in ambito universitario ma, in genere, tra gli operatori del diritto, fino a che, dal 2013, vista l'imponente quantità di materiale, sono stati sistematizzati in due tomi (rispettivamente, *Profili organizzativi e Situazioni soggettive*) per agevolarne la consultazione.

Del tutto innovativo, poi, rispetto alla filiera dei manuali di matrice euorunitaria, può ritenersi il Volume, scritto con i proff. Mezzetti e Ruggeri (oltreché con la collaborazione della Prof.ssa Trucco, che ha curato una raccolta tra l'altro, delle fonti e della giurisprudenza ivi citata, su supporto telematico), sin dal 2006, sui *"Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea"* che indaga l'ordinamento eurounitario non solo secondo una prospettiva "dall'interno" ma, onnicomprensiva, vale a dire, costituzionale, in modo da analizzarsi, cioè, il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea mediante il ricorso sia alle più collaudate categorie proprie del costituzionalista, sia a quelle in fase di emersione proprio come effetto di *feed-back* di un originale

²⁶ Si veda, a tal proposito, P. COSTANZO (cur.), *La carta europea dei diritti dell'uomo*, Genova, De Ferrari, 2002.

²⁷ Rinverdendo, occorre dirlo, un genere messo in auge soprattutto dai Proff. Elia e Guarino nel lontano 1957 con il *Codice costituzionale della Repubblica Italiana*.

approccio alla materia²⁸. E, del resto, nella più recente edizione del 2019, si dà opportunamente conto delle “rotte non facilmente prevedibili” a cui la “grande nave” procede anche a causa dei diversi fattori endogeni di crisi in atto (*in primis*, la *Brexit*), nella consapevolezza (come la vicenda *Taricco* insegna) dell’esigenza di addivenirsi ad una (magari pur sofferta) “mutua integrazione” (e non già ad una contrapposizione) tra l’identità costituzionale dei singoli Stati membri e quella dell’Unione, promossa grazie ad un proficuo “dialogo” tra le Corti, nell’auspicio che queste rifuggano dalla tentazione di riaffermare una qualche “*primauté*” dell’una sull’altra.

Sul versante regionale, inoltre, il professore ha, tra l’altro, indagato sulla disciplina recata dai previgenti artt. 124 e 126 della Costituzione e da altri articoli di leggi fondamentali nel raccordo dei rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali (gli artt. 30-40 della legge n. 142 del 1990 e i Capi I e III della legge n. 81 del 1993) per il *Commentario alla Costituzione* di G. Branca e A. Pizzorusso, affrontando, altresì, temi particolarmente delicati ma ancora in allora poco “frequentati” quali quelli della pubblicità dei lavori dei Consigli regionali, dell’insindacabilità dei consiglieri regionali (a commento di una delle prime sentenze della Corte in materia e, cioè, la decisione n. 69 del 1985)²⁹ o, ancora, dell’autonomia finanziaria delle Regioni (annotando, insieme al Prof. Floridia, le sentenze della Corte costituzionale da nn. 242 a 246 del 1985)³⁰.

Ad ormai più di quaranta anni di attività delle Regioni, gli va, inoltre, ascritto di aver dato vita, insieme al Prof. Ruggeri, ad una Collana di *Diritto costituzionale regionale*, con l’obiettivo di ospitare studi dedicati agli ordinamenti delle singole regioni (attualmente nella Sezione “*Istituzioni*”), nonché specifici approfondimenti di taglio monografico sul tema (attualmente nella Sezione “*Argomenti*”), avendo personalmente curato i *Lineamenti di diritto costituzionale della Liguria*³¹ e (con i Proff. Louvin e Trucco) i *Lineamenti di diritto costituzionale della Valle d’Aosta*³², avvalendosi, tra l’altro, del contributo di giovani studiosi ed esperti conoscitori delle istituzioni dei rispettivi territori.

6. Al cuore del diritto costituzionale.

Se quanto detto già lumeggia adeguatamente l’eclettismo degli interessi e le qualità di studioso del prof. Costanzo e ne fa, in tal senso, vorremmo dire con grande rispetto, un costituzionalista *d’antan*, lontano cioè dalle spasmodiche specializzazioni che caratterizzano oggi gli interessi di studio particolarmente dei più giovani, può dirsi che anche l’*opus magnum* del prof. Costanzo rifugge da qualsiasi asfittica dettaglistica a favore di orizzonti scientifici cruciali per il diritto costituzionale, almeno quello di tradizione liberale³³.

²⁸ In ordine al ruolo pionieristico svolto da detto studio, cfr. N. LUPO, *La forma di governo dell’Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, anche in questi scritti (VI), nota 6.

²⁹ In argomento, cfr. ora, in questi scritti (V), Q. CAMERLENGO, *Riflessioni controcorrente sul divieto di mandato imperativo negli ordinamenti regionali*.

³⁰ Il riferimento è, rispettivamente, a P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori dei Consigli regionali*, in *Quad. reg.*, 1982, 1233; ID., *L’insindacabilità dei consiglieri regionali nel quadro dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di immunità elettive*, *ivi*, 1985, 1007 ss.; ID., G.G. FLORIDIA, *Sistema c.d. di tesoreria unica e autonomia finanziaria delle regioni*, *ivi*, 1986, 85 ss.

³¹ P. COSTANZO (cur.), *Lineamenti di diritto costituzionale della Liguria*, Torino, 2011,

³² P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Valle d’Aosta*, Torino, 2020.

³³ Già nel suo primo lavoro monografico su *La pubblicità dei lavori parlamentari* (Roma, La Piramide, 1981, 121), il prof. Costanzo rivela la sua forte attrazione per gangli vitali del sistema, approfondendo profili della Carta (arrt. 64 e 72) fino ad allora dati abbastanza per scontati.

Di quanto si va dicendo, del resto, ne sono particolare espressione i due tomi sullo scioglimento parlamentare³⁴, laddove la ricerca procede con un trasparente gusto per la ricostruzione, la scoperta, l'accuratezza e la completezza del dato dottrinale e la razionalizzazione del risultato, non omettendo nessuna delle prospettive che contano: da quella teorica a quella dogmatica, da quella storica a quella comparatistica. Pur trattandosi di tema per altro verso rischioso per i *numina* scientifici che già dominavano la materia anche per il versante repubblicano (valga per tutti il nome di Giuseppe Guarino), il Nostro non solo si inoltra nell'indagine a piè sicuro, ma approda a tesi che, del tutto minoritarie all'epoca, risulteranno poco più tardi convalidate non solo dalla prassi ma assunte come del tutto plausibili sul piano dell'interpretazione costituzionale³⁵

7. *La (buona) qualità della normazione e la condivisione del sapere nella Collana "Global Constitutionalism"*.

È, infine, sulla particolare attenzione da sempre dimostrata nei confronti della formazione di giovani studiosi meritevoli da parte del Prof. Costanzo, oltretutto sulla particolare dedizione per la promozione della multidisciplinarietà che s'intende concentrare qualche sparsa osservazione conclusiva.

Lo stesso ha, infatti, avuto il merito di allestire e progettare, nella sua qualità di coordinatore, uno dei rari Dottorati realmente tematici com'è stato il Dottorato, sin dal XII ciclo, in *Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi* (i primi due cicli hanno avuto la sede principale a Camerino e, successivamente, a Genova), i cui studi e interessi sono tuttora mantenuti "vivi" e aggiornati grazie alla realizzazione della Rivista telematica *Tecniche normative. Il portale del drafting normativo* (www.tecnichenormative.it) dallo stesso ideata e coordinata.

È da quest'ultimo Dottorato (ma anche dal successivo in *"Studi costituzionalistici italiani, europei e transnazionali"*, di cui il Prof. Costanzo è stato Coordinatore fino al XXVI ciclo) in cui sono, del resto, emersi studiosi particolarmente preparati e meritevoli che hanno intrapreso la propria carriera non solo in ambito accademico, ma anche nell'*ITTIG*, nella Pubblica amministrazione, oltretutto in ambito forense e nella magistratura e che oggi hanno contribuito, insieme ad altri insigni Amici, ad omaggiarlo in questo Studio collettaneo in suo onore.

Se, poi, questi brevi e randomici *flash* su solo alcune delle numerose linee di ricerca approfondite dal Prof. Costanzo e che più hanno contribuito a innovare, in modo sempre originale, il dibattito scientifico non bastano certamente a descrivere la notevole poliedricità del suo Autore, può in ultimo ancora segnalarsi come la sua naturale propensione per la condivisione del sapere e l'apertura nei confronti anche di altri interessi scientifici hanno consentito l'inaugurazione della recente Collana *"Global Constitutionalism"*, con l'obiettivo di dar conto di come il costituzionalismo debba ormai presentarsi "come un progetto di livello internazionale, sovranazionale e globale", non già inteso a designare "semplicemente la diffusione del modello consacrato dalle rivoluzioni settecentesche a livello geografico mondiale", ma dirigendosi piuttosto verso "una riconfigurazione inedita del diritto internazionale tesa all'instaurazione di principi di diritto universalmente riconosciuti". Ed è, dunque, in questa del tutto peculiare sede che confluiscono tra gli altri, gli atti dei convegni che Pasquale Costanzo, dal 2016, organizza con periodicità annuale su argomenti

³⁴ Rispettivamente: P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, I, *Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, 1984; *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, II, *Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Milano, 1988.

³⁵ P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento parlamentare*, in A. Ruggeri (cur.), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 111 ss.

trasversali e di pregnante attualità che mirano a coinvolgere tutti i Colleghi dell'Ateneo genovese (ma non solo).

Consulta Online

FRANCESCA BAILO

A scrolling screenshot on Pasquale (@lino) Costanzo, constitutionalist 2.0

SOMMARIO: 1. Una breve premessa di “metodo”. – 2. Il processo costituzionale: un prisma dalle mille sfaccettature. – 3. Dall’informazione...all’informatica e al “cyberdiritto”. – 4. I legami con l’ordinamento d’Oltralpe ma anche con Monaco e la Corsica. – 5. L’Italia nei rapporti con l’Unione europea e con le Regioni. – 6. Al cuore del diritto costituzionale. – 7. La (buona) qualità della normazione e la condivisione del sapere nella Collana “*Global Constitutionalism*”.

1. Una breve premessa di “metodo”.

Nel voler, qui, omaggiare Pasquale Costanzo col ripercorrere i suoi principali studi attraverso la lente delle linee di ricerca che ne caratterizzano gli interessi scientifici e accademici, ci si avvede subito come non sia affatto semplice rintracciare un unico *fil rouge* nei suoi oltre 350 lavori (tenendosi, beninteso, conto dei vari generi letterario-giuridici, dai più agili ai più impegnativi), che si dipanano tra i temi più vari: dalla giustizia costituzionale al diritto costituzionale europeo, sino agli studi storico-comparatistici sull’ordinamento d’Oltralpe, sulla Corsica e sul Principato di Monaco; dal diritto parlamentare alla buona qualità della normazione e, in genere, alla tecnica legislativa fino al diritto costituzionale più classico, al diritto regionale e all’implementazione dei diritti e alle mutazioni istituzionali grazie alle nuove tecnologie della rete.

Eppure, un tratto comune lo si può intravedere nella frequente originalità e l’innovatività degli approcci e delle conclusioni, oltreché nella perdurante attualità con cui ogni singolo argomento è stato affrontato, essendo stato l’emerito professore tra i precursori in taluni di questi ambiti.

È, dunque, di tali profili che, sia pur con una sorta di rapido *scrolling*, si intende dare brevemente conto, senza alcuna pretesa di esaustività, raccogliendo, tra gli altri, gli spunti che al proposito sono stati offerti anche dagli Amici, Colleghi illustri e Allievi devoti, che, con i loro contributi, hanno partecipato alla raccolta di questo *Liber*.

2. Il processo costituzionale: un prisma dalle mille sfaccettature.

In questa prospettiva, una (se non proprio “la”) prima linea di ricerca che pare utile far emergere è certamente quella del processo costituzionale e, in genere, della giustizia costituzionale.

Del resto, il suo primo studio, pubblicato nel 1973 per gli Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova, recava già “*Spunti in tema di competenza legislativa regionale e diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*”¹, traendo occasione di approfondimento da una delle allora “tesine” di laurea in Giurisprudenza, ancillari rispetto a quella principale sulle problematiche della riserva di legge discussa a pieni voti e con lode con il Relatore, Prof. Manlio Mazziotti. A questa, sono seguiti studi su aspetti sempre peculiari della materia, quali il processo penale costituzionale² ed altri istituti strettamente processuali, come la revocazione delle decisioni della Corte costituzionale e lo stesso giudicato costituzionale³. In questo medesimo ordine di interessi, possono

¹ Il riferimento è, più precisamente, a P. COSTANZO, *Spunti in tema di competenza legislativa regionale e diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Annali Fac. Giur. Genova*, 1973, 429 ss.

² Al proposito, cfr. P. COSTANZO, *Archiviazione e natura del processo penale costituzionale*, in *Studi parlam. pol. cost.*, 1974, 51 ss.; ID., *Brevi note sulla procedura parlamentare di accusa*, in *Rass. Parl.*, 1975, 3 ss.

³ In tal senso, cfr., ad es., P. COSTANZO, *La Corte ha messo la sordina, ma la musica resta incerta (ancora in tema di revocazione delle decisioni della Corte costituzionale)*, in *Studi in onore di Serio Galeotti*, tomo I, Padova, 1998, 289 ss.,

inquadarsi le riflessioni, di perdurante attualità, sulle tecniche decisorie della Corte costituzionale, anche nel rapporto con la discrezionalità del legislatore⁴.

E se, può ritenersi tra gli antesignani, su tutto il territorio nazionale, nel tenere, sin dall'anno accademico 1985-1986, un corso specifico sulla *Giustizia costituzionale*⁵, grazie anche al supporto dell'allora Preside Giovanni Tarello, che, nell'occasione, sostenne l'autonomia didattica della materia pur tra le perplessità espresse in seno al consiglio di facoltà, il particolare attaccamento alla disciplina Lo ha portato, su invito del Presidente Pajardi nel 1989, ad affiancare ad altri pur validi testi⁶ un peculiare *Codice di Giustizia costituzionale*.

La scelta di sistematizzare e annotare con dovizia, articolo per articolo, le fonti del processo costituzionale (in un'epoca in cui, peraltro, l'accesso alle banche dati era solo un mero "buon proposito" e tutto era ancora dattiloscritto) si rivelerà innovativa e originale per il settore pubblicistico e, a tutt'oggi, il ridetto Codice, giunto alla sua XII ed., conserva la sua singolarità e viene fruito non solo dagli studenti, ma anche da esperti e operatori del diritto (magistrati, avvocati ecc..).

Del tutto originale è, poi, stata la realizzazione di una banca dati contenente le decisioni della Corte costituzionale, quando la diffusione della rete e la dimestichezza generale con gli strumenti telematici era da considerarsi all'evidenza assai limitata. Forse però non tutti sanno che la creazione di *Consulta OnLine*, nacque, più precisamente, nel 1995, da un'idea lanciata del tutto estemporaneamente da uno studente imperiese dichiaratosi affiliato ai primi hacker nostrani, che il Prof. Costanzo, con la sua consueta apertura e attenzione per i giovani studiosi, seppe cogliere e portare a compimento, grazie anche all'acquisizione, durante lo Straordinariato a Camerino, di particolari competenze "informatiche" attraverso la frequenza di corsi pionieristici su internet allestiti in quell'Università per iniziativa del Direttore del Centro di calcolo.

Una messa a punto, dunque, tutto sommato "domestica" di quella che poté sin da subito considerarsi tra le poche Riviste giuridiche di taglio accademico sull'internet italiano, costituendo, fino a quando la stessa Corte costituzionale non ebbe ad attrezzarsi, anche a livello internazionale, l'unico riferimento della nostra giurisprudenza costituzionale nel cyberspazio⁷. E che, tra l'altro, a partire dal 2000, ha abbandonato la sua vocazione esclusivamente giurisprudenziale per dedicare spazio anche a contributi scientifici di autorevole dottrina, italiana e straniera, ma soprattutto di

nonché Id., *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine della "Giurisprudenza costituzionale" (Note sparse su un tema di perdurante attualità)*, in A. PACE (cur.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 214 ss.

⁴ P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in R. ROMBOLI (cur.), *La giustizia costituzionale ad una svolta, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991, 76 ss. (di questo studio ne dà particolarmente conto, tra gli altri, M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in questi scritti (III); Id., *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. Revenga Sanchez, E. Pajares Montolio e J. Rodriguez-Drincourt (a cura di), *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2007, 31 ss.

⁵ Salvo errore, la primazia va attribuita all'insegnamento impartito nell'Università di Modena dal prof. Gladio Gemma.

⁶ Si ricordi il meritorio *Codice della giustizia costituzionale* dell'illustre processualpenalista Mario Chiavario.

⁷ Così G. GRASSO, *Il diritto costituzionale nelle riviste elettroniche. Un omaggio a Pasquale Costanzo*, in questi scritti, si esprime su *Consulta OnLine* (www.giurcost.org): "Tutti noi siamo debitori al sito di Consulta Online, che, ben prima di quello della Corte costituzionale – era il 1995 – ha permesso di poter leggere quasi in tempo reale le decisioni appena depositate della Corte medesima e che, grazie a un certosino lavoro di caricamento di tutte le pronunce emanate dalla Corte a partire dal 1956 (nonché di quelle dell'Alta Corte per la Regione siciliana e di giudici comuni nel periodo transitorio precedente all'istituzione della Corte costituzionale e all'avvio dei suoi lavori, con la notissima sentenza n. 1 del 1956), ha poi dato la possibilità di accedere liberamente alla giurisprudenza costituzionale nella sua interezza. E per qualcuno – certamente per chi scrive – la prima esplorazione di una decisione della Corte costituzionale, anche da quando le sue decisioni sono ormai rinvenibili sul sito ufficiale della Corte medesima, avviene sempre partendo da www.giurcost.it o www.giurcost.org, spesso sfruttando il prezioso motore di ricerca testuale, impostato su parole chiave e su frasi e domande da inserire nella casella di ricerca".

giovani e meritevoli studiosi e, più tardi, a rubriche di servizio molto apprezzate e ricercate per la loro funzione di promozione del dibattito giuridico e scientifico, nazionale e internazionale.

3. Dall'informazione...all'informatica e al "cyberdiritto".

Le origini di *Consulta OnLine* ci offrono, peraltro, lo spunto per introdurre una seconda linea di ricerca che rappresenta un'altra costante nei suoi studi, ossia quella dell'informatica e in generale del diritto delle (allora) nuove tecnologie dell'informazione.

Quando questi temi erano ancora sostanzialmente inesplorati dai giuristi (essendo considerati, per lo più, di esclusiva spettanza degli informatici) e, in particolare, dai costituzionalisti (al limite qualche profilo riuscendo di interesse per giusprivatisti e giuspenalisti), al Prof. Costanzo va, infatti, ascritto di aver tenuto, tra i primi, a partire dall'a.a. 1992-1993, un corso di insegnamento in "*Diritto dell'informatica ed elementi d'informatica giuridica*" nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo Genovese. È, poi, stato un convegno a cui lo stesso ebbe a partecipare sul tema "*La tecnologia avanza, il diritto arranca*", organizzato alla Luiss nel 1995, a cura di altro pioniere del web giuridico, Manlio Cammarata, oltreché una proficua collaborazione con la Rivista sui *Problemi dell'informazione*, per cui gli fu affidato il compito di curare un saggio dedicato a "internet", a suggerirgli l'esigenza di creare un altro corso di insegnamento, anch'esso del tutto innovativo, su "*Diritto dell'internet*" (dall'a.a. 1998/1999)⁸.

Infatti, già conoscitore dei mezzi di comunicazione tradizionali⁹ e autore, poi, tra l'altro, di un agile, ma organico, studio in materia¹⁰, fu tra i pochi a cogliere sin da subito le potenzialità della rete' già in una pubblicazione del 1996. In particolare, il Nostro aveva avvertito come l'oscillante ambivalenza della connessione in rete tra la "forma di comunicazione" e il "mezzo di diffusione" del pensiero, ne postulasse in ogni caso la "sussumibilità del regime giuridico nell'ambito delle garanzie costituzionali, di volta in volta, in concreto rilevanti", il punto di omologazione con altri strumenti informativi e comunicativi non potendo che collocarsi sul piano della libertà in via di principio di accesso al mezzo"¹¹: ciò fino a preconizzare tale strumentazione come ontologicamente attinente ad un vero e proprio "servizio universale"¹². Ma se detto ultimo profilo, come dallo stesso rilevato, è divenuto solo di recente "alquanto frequentato, se non, per così dire, alla moda"¹³, è indubbio, per certi versi, come in quello stesso scritto del 1996, Costanzo abbia già coltivato argomenti ora di stretta attualità, quali quelli sulla democrazia e sulla cittadinanza elettronica.

⁸ Si deve sempre all'iniziativa didattica del prof. Costanzo l'attivazione nell'a.a. 2003-2004, nella Laurea specialistica in Direzione sociale e servizi alla persona della Facoltà di Giurisprudenza di Genova dei corsi di *Privacy e Diritto e tecniche dell'informazione pubblica*.

⁹ Al proposito, cfr. almeno, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto (Discipline pubblicistiche)*, Torino, 1993, VIII, 319 ss., "*Diritto all'informazione*" e "*diritto d'informazione*" nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, in P. Barile, R. Zaccaria (a cura di), *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1994, 479 ss., nonché *Stampa (libertà di)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, XIV, Torino, 1999, 525 ss;

¹⁰ Il richiamo è a P. COSTANZO, *L'informazione*, Roma-Bari, 2004.

¹¹ Il riferimento è a P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 1996, n. 2, 183 ss. Per una riconferma ed un ulteriore irrobustimento di tali riflessioni cfr. poi anche, Id., *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 831 ss.; Id., *Aspetti e problemi dell'informatica pubblica*, in *Scritti in onore di Victor Uckmar*, I, Padova, 291 ss.; Id., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Informatica e Diritto*, 1997, n. 2, 1 ss.

¹² Cfr., in tal senso, tra gli altri, P. COSTANZO, *Profili costituzionali di internet*, in E. Tosi (cur.), *Diritto di internet e dell'e-business*, Milano, tomo I, 53 ss.; Id., *L'accesso ad internet in cerca d'autore*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 247 ss.

¹³ Così P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (cur.), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 2013, 9 ss.

Già in quella sede, infatti, si è intuito come nel dibattito su internet la partecipazione politica potesse essere quella maggiormente messa in tensione a motivo della capacità della rete di mettere in crisi i corrispondenti referenti classici, prevedendo la possibilità che ciascuno potesse in un prossimo futuro esprimere, magari comodamente seduto nella sua postazione di lavoro, voti e preferenze. E, parimenti, ragionando su una nozione affatto moderna di “cittadinanza elettronica”, si rilevava come la configurazione di questa come un nuovo *status* di (auto)separatezza dalla società civile e politica apparisse nei fatti del tutto recessiva rispetto alla visione della stessa come una nuova “condizione” in grado di arricchire e, anzi, di portare sostanza alla cittadinanza tradizionale.

Ad ogni modo, è possibile sostenere che, a valle di un suo articolo comparso, nel 2003, ne *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*¹⁴, il dibattito dottrinale si è fatto sempre più vivace sul punto, restando, peraltro, tuttora valida la definizione che del fenomeno della democrazia elettronica era stata data in quella sede, semmai, ora potendosi meglio comprendere e interpretare i rischi che dalla sua capillare diffusione ne sono scaturiti. Come lo stesso ha, infatti, di recente avuto modo di sottolineare¹⁵, può adesso saggiarsi “la metamorfosi (o un certo disvelamento) a cui nel giro di qualche lustro la Rete ci ha messo davanti: da nuovo sale della democrazia a veicolo del suo rischioso intossicamento”, in una lotta ad armi impari “rispetto a cui risultano carenti strumenti di decodificazione del retroterra ideologico dei messaggi e di ricomposizione in discorso unitario della frammentazione comunicativa”.

Ma se le sfide da ultimo imposte in tali campi rappresentano forse uno degli ultimi baluardi nel complesso rapporto tra internet e diritto, numerosi altri ambiti sono stati, altresì, indagati dal Prof. Costanzo.

Se, in effetti, basterebbe scorrere i titoli dei contributi contenuti in questo *Liber Amicorum* per comprendere come il cyberdiritto, in tutte le sue forme, sia uno degli argomenti privilegiati per omaggiarlo¹⁶, non può mancarsi di segnalare come una buona sintesi di tali interessi di ricerca con quelli più sopra richiamati (e, cioè, attinenti al processo costituzionale), oltre a essere plasticamente rappresentata dalla già citata Rivista telematica *Consulta OnLine*, come sottolineato anche da alcuni Amici in questo stesso *Liber*¹⁷, può essere data dal fatto che egli, tra i primi, ha affrontato scientificamente il ruolo assunto dalla telematica per gli organi costituzionali con un saggio del 2015¹⁸. E, sempre in questa prospettiva, sono state, di recente, criticamente analizzate le soluzioni apprestate dal giudice costituzionale francese per contenere al possibile gli effetti della pandemia causata dal covid-19 sull'esercizio delle sue attribuzioni, non solo giurisdizionali¹⁹, rilevando incidentalmente come detto organo paia aver ignorato l'ipotesi di riunioni telematiche, a differenza della scelta al proposito intrapresa dalla nostra Corte costituzionale che, invece, ha saputo cogliere da una tale situazione di emergenza l'occasione per implementare al massimo le tecnologie

¹⁴ Il riferimento è a P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, relazione al Convegno di studi in ricordo di Ettore Giannantonio, Roma 6 dicembre 2002, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informatica*, 2003, 465 ss.

¹⁵ Particolarmente in P. COSTANZO, *La “democrazia digitale” (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, 71 ss.

¹⁶ *Ex plurimis*, cfr., in questi scritti, T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, A. POGGI, *Diritto a Internet o diritto alla libertà di manifestazione del pensiero?*; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy. the test of algorithms*; P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*.

¹⁷ Il richiamo è, in particolare, a P. CARNEVALE, D. CHINNI, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*, in questi scritti.

¹⁸ Al proposito, cfr. P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della rete*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2015/I (ed in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 658 ss.).

¹⁹ In tal senso, cfr. P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2020/I. Per un richiamo a tale articolo, cfr. poi N. PERLO, *La giurisprudenza di crisi del Conseil d'État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica*, in questi scritti (II).

informatiche, spingendosi a regolare anche rilevanti fasi processuali all'insegna del mezzo elettronico²⁰.

4. I legami con l'ordinamento d'Oltralpe ma anche con Monaco e la Corsica.

Non è però certo quest'ultima l'unica occasione in cui il professore ha emblematicamente voluto porre a confronto i due ordinamenti, quello italiano e quello francese, ritenuti particolarmente vicini per le comuni tradizioni storico-giuridiche, detto rigoroso metodo scientifico essendo stato adottato, ad esempio, anche in una relazione del 3 dicembre 2009 ad un incontro tenutosi presso l'Ambasciata italiana di Parigi, su *La "francisation" de la justice constitutionnelle italienne: dans quel sens?*²¹, rilevandosi in quella sede come «*semble plus productif de se référer à un processus d'osmose réciproque, que ce soit au plan axiologique comme au plan procédural, destiné à l'avenir à être soutenu par deux puissants catalyseurs constitués par la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de Strasbourg, à qui la récente entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a certainement inculqué une accélération des développements que l'on ne peut, aujourd'hui encore, totalement prévoir*».

Ma l'interesse per l'ordinamento d'Oltralpe ha, a ben vedere, origini ben più risalenti, essendo lo stesso stato chiamato, già agli inizi della propria carriera accademica, nel 1975, dal Prof. Pier Giorgio Lucifredi ad effettuare una puntuale *Traduzione (e coordinamento con la Costituzione italiana) della Costituzione francese del 5 ottobre 1958*²², per poi collaborare, dapprima con lo stesso Lucifredi e, infine, proseguire nella pubblicazione del Volume sul sistema francese, fino all'imponente lavoro monografico del 2009, su *La "nuova" Costituzione della Francia*, in cui si è avuto modo di dar conto, nell'immediatezza, delle riforme costituzionali in atto poste in essere Oltralpe nel 2008.

Se, peraltro, un tale studio gli è valso particolari meriti e riconoscimenti anche nel panorama internazionale, occorre segnalare come una particolare rilevanza abbiano assunto, sin dal 1991, gli aggiornamenti forniti, ogni biennio, per la Rivista *Giurisprudenza costituzionale*, sulla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, evidenziando, anche per questa via, la predilezione per gli studi di giustizia costituzionale.

Oltre all'ordinamento d'Oltralpe, tra gli altri sistemi stranieri indagati sul fronte mediterraneo²³, sono stati oggetto di approfondimento anche il più prossimo Principato di Monaco²⁴ e la Corsica²⁵, in entrambi i casi le piccole dimensioni e il comune connubio tra le tradizioni storiche francesi e italiane (e, potrebbe dirsi, in particolare, liguri), avendo rappresentato forse gli elementi fondamentali da cui trarre spunto per rinvenire in questi un prezioso laboratorio di studi destinato

²⁰ Così P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2020/1.

²¹ Detto articolo è rinvenibile, in lingua francese, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), all'indirizzo telematico <http://www.giurcost.org/studi/CostanzoParis.htm>.

²² Detta traduzione è stata pubblicata in P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato, 1, Il sistema francese*, Milano, 1975.

²³ Cfr., ad es., gli studi sul Nicaragua in P. COSTANZO (cur.), *Il nuovo diritto della Repubblica del Nicaragua*, Atti del Convegno di studi, Genova, 30 aprile 1988, in *Annali Facoltà Giurisprudenza Genova*, 1989-90, 807 ss.

²⁴ Sembra, peraltro, di un qualche interesse ricordare come la monografia su *La Costituzione del Principato di Monaco*, edita per la prima volta nel 2003 ma poi aggiornata in successive edizioni, abbia avuto origine in occasione di una relazione tenuta dal Prof. Costanzo al Convegno «*Piccolo Stato Costituzione e connessioni internazionali*», a San Marino 21-22 giugno 2002.

²⁵ Il riferimento è a P. COSTANZO, *Costituzione della Corsica (1755)*, Macerata, 2008, in cui viene particolarmente tratteggiata la figura di Pasquale Paoli (*U Babbu*), estensore della Costituzione corsa del 1755, la prima che, peraltro, vanta di essere stata scritta secondo i principi dell'Illuminismo e che, in questo senso, può considerarsi antesignana delle Costituzioni rivoluzionarie americane e francesi.

non solo al percorso formativo degli studenti del corso di Diritto costituzionale comparato tenuto dallo stesso presso la Facoltà di Giurisprudenza di Genova e la sede distaccata di Imperia, ma anche nei confronti di coloro che volessero conoscere ed apprezzare queste peculiari realtà ordinamentali.

Indugiando nell'orizzonte della ricerca straniera e comparata, per il particolare successo raggiunto, merita, inoltre e almeno di essere segnalata la recente Rubrica, curata personalmente dal Prof. Costanzo, delle Memorie costituzionali, su Consulta OnLine, in cui sono celebrati gli Anniversari delle Carte costituzionali storiche più importanti, tra cui figurano la Magna Charta Libertatum, ma anche la forse meno nota svolta costituzionale svedese del 1866, non dimenticando neppure le ricorrenze di atti di rango costituzionale per certi versi perplesse, come il Patto federale svizzero del 1815 che, al di là dei giudizi e delle implicazioni, pare aver avuto un valore fondativo rispetto ad alcune caratteristiche dell'odierna Svizzera, nonché la Costituzione schiavista del 1817 che, al di là degli indubitabili interessi scientifici, sarebbe stato probabilmente intellettualmente ingiustificato rimuovere.

5. *L'Italia nei rapporti con l'Unione europea e con le Regioni.*

Oltre a detti specifici interessi per gli ordinamenti stranieri menzionati, tra le molteplici linee di ricerca del Prof. Costanzo vanno menzionate anche quelle volte ad indagare i rapporti intrattenuti dall'ordinamento nazionale, da un lato (e verso l'esterno), con l'ordinamento eurounitario e, dall'altro (e verso l'interno) con le Regioni.

Quanto al primo versante, egli è stato, del resto, tra i primi, nel 2001, a cogliere le potenzialità della da poco solo proclamata Carta di Nizza²⁶, e un segnale delle sempre più profonde implicazioni costituzionali di quanto andava verificandosi, anche in una prospettiva interna, può ravvisarsi pure nel fatto che i *"Testi normativi per lo studio del diritto costituzionale"*, già a partire dal 2001, precorrendo i tempi, hanno assunto il nuovo titolo di *"Testi normativi per lo studio del diritto costituzionale italiano ed europeo"*.

Se, infatti, le origini della ridetta raccolta normativa possono rintracciarsi in due edizioni pubblicate, rispettivamente, nel 1980 e nel 1985, con il compianto Prof. Floridia, oltreché con il prof. Sorrentino, in cui furono impiegati anni di alacre lavoro per raccogliere, studiare e razionalizzare il materiale nella *"Costituzione della Repubblica italiana e altre leggi di rilievo costituzionale"*²⁷, è in questa rinnovata veste che i testi in questione sono stati capillarmente diffusi non solo in ambito universitario ma, in genere, tra gli operatori del diritto, fino a che, dal 2013, vista l'imponente quantità di materiale, sono stati sistematizzati in due tomi (rispettivamente, *Profili organizzativi e Situazioni soggettive*) per agevolarne la consultazione.

Del tutto innovativo, poi, rispetto alla filiera dei manuali di matrice euorunitaria, può ritenersi il Volume, scritto con i proff. Mezzetti e Ruggeri (oltreché con la collaborazione della Prof.ssa Trucco, che ha curato una raccolta tra l'altro, delle fonti e della giurisprudenza ivi citata, su supporto telematico), sin dal 2006, sui *"Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea"* che indaga l'ordinamento eurounitario non solo secondo una prospettiva "dall'interno" ma, onnicomprensiva, vale a dire, costituzionale, in modo da analizzarsi, cioè, il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea mediante il ricorso sia alle più collaudate categorie proprie del costituzionalista, sia a quelle in fase di emersione proprio come effetto di *feed-back* di un originale

²⁶ Si veda, a tal proposito, P. COSTANZO (cur.), *La carta europea dei diritti dell'uomo*, Genova, De Ferrari, 2002.

²⁷ Rinverdendo, occorre dirlo, un genere messo in auge soprattutto dai Proff. Elia e Guarino nel lontano 1957 con il *Codice costituzionale della Repubblica Italiana*.

approccio alla materia²⁸. E, del resto, nella più recente edizione del 2019, si dà opportunamente conto delle “rotte non facilmente prevedibili” a cui la “grande nave” procede anche a causa dei diversi fattori endogeni di crisi in atto (*in primis*, la *Brexit*), nella consapevolezza (come la vicenda *Taricco* insegna) dell’esigenza di addivenirsi ad una (magari pur sofferta) “mutua integrazione” (e non già ad una contrapposizione) tra l’identità costituzionale dei singoli Stati membri e quella dell’Unione, promossa grazie ad un proficuo “dialogo” tra le Corti, nell’auspicio che queste rifuggano dalla tentazione di riaffermare una qualche “*primauté*” dell’una sull’altra.

Sul versante regionale, inoltre, il professore ha, tra l’altro, indagato sulla disciplina recata dai previgenti artt. 124 e 126 della Costituzione e da altri articoli di leggi fondamentali nel raccordo dei rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali (gli artt. 30-40 della legge n. 142 del 1990 e i Capi I e III della legge n. 81 del 1993) per il *Commentario alla Costituzione* di G. Branca e A. Pizzorusso, affrontando, altresì, temi particolarmente delicati ma ancora in allora poco “frequentati” quali quelli della pubblicità dei lavori dei Consigli regionali, dell’insindacabilità dei consiglieri regionali (a commento di una delle prime sentenze della Corte in materia e, cioè, la decisione n. 69 del 1985)²⁹ o, ancora, dell’autonomia finanziaria delle Regioni (annotando, insieme al Prof. Floridia, le sentenze della Corte costituzionale da nn. 242 a 246 del 1985)³⁰.

Ad ormai più di quaranta anni di attività delle Regioni, gli va, inoltre, ascritto di aver dato vita, insieme al Prof. Ruggeri, ad una Collana di *Diritto costituzionale regionale*, con l’obiettivo di ospitare studi dedicati agli ordinamenti delle singole regioni (attualmente nella Sezione “*Istituzioni*”), nonché specifici approfondimenti di taglio monografico sul tema (attualmente nella Sezione “*Argomenti*”), avendo personalmente curato i *Lineamenti di diritto costituzionale della Liguria*³¹ e (con i Proff. Louvin e Trucco) i *Lineamenti di diritto costituzionale della Valle d’Aosta*³², avvalendosi, tra l’altro, del contributo di giovani studiosi ed esperti conoscitori delle istituzioni dei rispettivi territori.

6. Al cuore del diritto costituzionale.

Se quanto detto già lumeggia adeguatamente l’eclettismo degli interessi e le qualità di studioso del prof. Costanzo e ne fa, in tal senso, vorremmo dire con grande rispetto, un costituzionalista *d’antan*, lontano cioè dalle spasmodiche specializzazioni che caratterizzano oggi gli interessi di studio particolarmente dei più giovani, può dirsi che anche l’*opus magnum* del prof. Costanzo rifugge da qualsiasi asfittica dettaglistica a favore di orizzonti scientifici cruciali per il diritto costituzionale, almeno quello di tradizione liberale³³.

²⁸ In ordine al ruolo pionieristico svolto da detto studio, cfr. N. LUPO, *La forma di governo dell’Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, anche in questi scritti (VI), nota 6.

²⁹ In argomento, cfr. ora, in questi scritti (V), Q. CAMERLENGO, *Riflessioni controcorrente sul divieto di mandato imperativo negli ordinamenti regionali*.

³⁰ Il riferimento è, rispettivamente, a P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori dei Consigli regionali*, in *Quad. reg.*, 1982, 1233; ID., *L’insindacabilità dei consiglieri regionali nel quadro dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di immunità elettive*, *ivi*, 1985, 1007 ss.; ID., G.G. FLORIDIA, *Sistema c.d. di tesoreria unica e autonomia finanziaria delle regioni*, *ivi*, 1986, 85 ss.

³¹ P. COSTANZO (cur.), *Lineamenti di diritto costituzionale della Liguria*, Torino, 2011,

³² P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Valle d’Aosta*, Torino, 2020.

³³ Già nel suo primo lavoro monografico su *La pubblicità dei lavori parlamentari* (Roma, La Piramide, 1981, 121), il prof. Costanzo rivela la sua forte attrazione per gangli vitali del sistema, approfondendo profili della Carta (arrt. 64 e 72) fino ad allora dati abbastanza per scontati.

Di quanto si va dicendo, del resto, ne sono particolare espressione i due tomi sullo scioglimento parlamentare³⁴, laddove la ricerca procede con un trasparente gusto per la ricostruzione, la scoperta, l'accuratezza e la completezza del dato dottrinale e la razionalizzazione del risultato, non omettendo nessuna delle prospettive che contano: da quella teorica a quella dogmatica, da quella storica a quella comparatistica. Pur trattandosi di tema per altro verso rischioso per i *numina* scientifici che già dominavano la materia anche per il versante repubblicano (valga per tutti il nome di Giuseppe Guarino), il Nostro non solo si inoltra nell'indagine a piè sicuro, ma approda a tesi che, del tutto minoritarie all'epoca, risulteranno poco più tardi convalidate non solo dalla prassi ma assunte come del tutto plausibili sul piano dell'interpretazione costituzionale³⁵

7. *La (buona) qualità della normazione e la condivisione del sapere nella Collana "Global Constitutionalism"*.

È, infine, sulla particolare attenzione da sempre dimostrata nei confronti della formazione di giovani studiosi meritevoli da parte del Prof. Costanzo, oltreché sulla particolare dedizione per la promozione della multidisciplinarietà che s'intende concentrare qualche sparsa osservazione conclusiva.

Lo stesso ha, infatti, avuto il merito di allestire e progettare, nella sua qualità di coordinatore, uno dei rari Dottorati realmente tematici com'è stato il Dottorato, sin dal XII ciclo, in *Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi* (i primi due cicli hanno avuto la sede principale a Camerino e, successivamente, a Genova), i cui studi e interessi sono tuttora mantenuti "vivi" e aggiornati grazie alla realizzazione della Rivista telematica *Tecniche normative. Il portale del drafting normativo* (www.tecnichenormative.it) dallo stesso ideata e coordinata.

È da quest'ultimo Dottorato (ma anche dal successivo in *"Studi costituzionalistici italiani, europei e transnazionali"*, di cui il Prof. Costanzo è stato Coordinatore fino al XXVI ciclo) in cui sono, del resto, emersi studiosi particolarmente preparati e meritevoli che hanno intrapreso la propria carriera non solo in ambito accademico, ma anche nell'*ITTIG*, nella Pubblica amministrazione, oltreché in ambito forense e nella magistratura e che oggi hanno contribuito, insieme ad altri insigni Amici, ad omaggiarlo in questo Studio collettaneo in suo onore. Se, poi, questi brevi e randomici *flash* su solo alcune delle numerose linee di ricerca approfondite dal Prof. Costanzo e che più hanno contribuito a innovare, in modo sempre originale, il dibattito scientifico non bastano certamente a descrivere la notevole poliedricità del suo Autore, può in ultimo ancora segnalarsi come la sua naturale propensione per la condivisione del sapere e l'apertura nei confronti anche di altri interessi scientifici hanno consentito l'inaugurazione della recente Collana *"Global Constitutionalism"*, con l'obiettivo di dar conto di come il costituzionalismo debba ormai presentarsi "come un progetto di livello internazionale, sovranazionale e globale", non già inteso a designare "semplicemente la diffusione del modello consacrato dalle rivoluzioni settecentesche a livello geografico mondiale", ma dirigendosi piuttosto verso "una riconfigurazione inedita del diritto internazionale tesa all'instaurazione di principi di diritto universalmente riconosciuti". Ed è, dunque, in questa del tutto peculiare sede che confluiscono tra gli altri, gli atti dei convegni che Pasquale Costanzo, dal 2016, organizza con periodicità annuale su argomenti trasversali e di pregnante attualità che mirano a coinvolgere tutti i Colleghi dell'Ateneo genovese (ma non solo).

³⁴ Rispettivamente: P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, I, *Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, 1984; *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, II, *Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Milano, 1988.

³⁵ P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento parlamentare*, in A. Ruggeri (cur.), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 111 ss.

ALESSANDRA VALASTRO

Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale

SOMMARIO: 1. La prova di Internet e dei social media nell'emergenza del 2020: una vittoria o un disvelamento? Qualcosa non torna. - 2. I fraintendimenti delle politiche tecnologiche: "costi sociali" dei media digitali e lezioni apprese. - 2.1. Il diritto di accesso e il rapporto con l'art. 3, comma 2, Cost. - 2.2. Il digital divide e la sovrapposizione fra inclusione sociale e inclusione digitale. - 2.3. Il carattere democratico di Internet e la natura commerciale dei social media. - 3. "Accesso" o "soglia"? Ripensare il dentro e il fuori: i luoghi della formazione della "personalità" e della "dignità dell'esistenza". - 4. Presunta neutralità del mezzo e diritti sociali: qualche spigolatura, fra c.d. *smartworking*, istruzione digitale, sanità e ricerca scientifica. - 5. Realtà sociale vs. media "sociali": alleanza delle vite, sistema pubblico, programmazione delle politiche. Siamo ancora in tempo per invertire la rotta e ripartire dai diritti sociali?

1. La prova di Internet e dei social media nell'emergenza del 2020: una vittoria o un disvelamento? Qualcosa non torna

Pasquale Costanzo ha sempre affermato che Internet è strumento e non diritto, mezzo e non fine: un mezzo strumentale all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, e come tale insuscettibile di essere considerato oggetto di un diritto a sé stante.

Ragionando sul "posto" di Internet nell'ordinamento costituzionale italiano, egli ha invitato a resistere alla tentazione di riconoscere alle pur straordinarie caratteristiche della Rete «capacità nomopoietiche tali da accreditare senz'altro la comparsa di un nuovo, autonomo e, secondo taluni, fondamentale diritto individuale, identificabile con quello di accedere al mezzo»¹. La rilevanza costituzionale di Internet comincia e finisce nel suo essere strumento, come tale «connotato dalla stessa libertà di qualsiasi altro mezzo idoneo ed efficace per l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti». Ciò significa che la natura servente di Internet non muta, e non deve mutare, qualunque sia la tipologia dei diritti che la Rete si accinge a servire (civili, politici, sociali, economici); ed anche quando l'accesso ad essa valga a contribuire alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2, Cost.)»².

Mai come oggi questo assunto si manifesta in tutta la sua esattezza, sobrietà, lungimiranza.

Eppure, allo stesso tempo, mai come oggi si ha la sensazione che qualcosa non torni.

Non è da ora che si riconosce l'ambivalenza della Rete, nel suo poter essere sia strumento di rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale sia causa di nuove forme di esclusione. Ma se oltre a queste ultime (peraltro solo in parte rappresentate dal tema del digital divide) vi fossero in gioco questioni di vera e propria *ingiustizia sociale* (fino a nuove forme di sfruttamento)?

L'impressione, che anticipo subito a premessa delle riflessioni che seguono, è che la grande attenzione posta sulla questione della configurabilità di un diritto di accesso ad Internet e al suo *libero utilizzo* abbia distolto dalle insidie di un altro aspetto, quello della creazione di sostanziali

¹ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2012 (17.10.12), 4 (anche in P. Caretti (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, Passigli Editore, 2012).

² P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet*, cit., 8.

obblighi di utilizzo della Rete, tanto più perniciosi in quanto scaturenti da un sistema regolatorio diverso da quello giuridico-politico ufficiale, del quale quest'ultimo è in parte ostaggio e in parte alimento; e che la sopravvalutazione delle implicazioni di Internet rispetto all'esercizio dei diritti civili e politici abbia offuscato le implicazioni sul piano dei diritti sociali.

È soprattutto qui che qualcosa non torna. Quasi che i rischi fin da subito paventati per le libertà civili e politiche non possano affliggere anche l'esercizio dei diritti sociali; quasi che questi ultimi, in quanto più marcatamente contraddistinti da un (bisogno di) agire concreto, siano immuni dai rischi connessi ai difetti di neutralità della Rete e –soprattutto- dei social media.

Insomma, riguardando oggi la storia giuridico-politica di Internet degli ultimi vent'anni, tra le molte riflessioni e il profluvio di norme giuridiche adottate sui molti aspetti, mi pare che si evidenzi un grande sbilanciamento e una preoccupante sottovalutazione: molta attenzione si è posta sugli aspetti critici della Rete rispetto alle garanzie dei diritti civili e politici; mentre per i diritti sociali lo strumento Internet è stato visto quasi acriticamente come fonte di benefici e potenzialità aggiuntive rispetto ai modi di esercizio tradizionali dei diritti di cittadinanza.

A me pare che le cose non stiano così; e che anzi i diritti sociali, nei quali si estrinsecano i valori fondanti del costituzionalismo emancipante e della democrazia sociale, siano oggi quelli più sofferenti non soltanto in generale, ma anche per i maggiori e più subdoli danni che possono venire loro dalle politiche del digitale. Eppure, è sul piano dei diritti sociali, dei rapporti economici, della giustizia sociale e delle precondizioni materiali della dignità dell'esistenza che si giocano le chances concrete di esercizio anche dei diritti civili e politici, poiché è solo su quel piano che può prendere forma il "pieno sviluppo della persona", con le sue capacità di pensiero libero, di cittadinanza sostanziale e di partecipazione effettiva.

Il particolarissimo frangente storico che stiamo vivendo, legato all'emergenza pandemica e alle straordinarie misure di distanziamento sociale e sospensione delle attività produttive, mi sembra offrire una inedita cartina di tornasole in questo senso.

Proprio in questo periodo si assiste infatti ad un rilancio determinante del ruolo di Internet e dei social media, ad una esplosione inedita delle loro applicazioni e della loro diffusione. Didattica, lavoro, attività ricreative, acquisto di generi alimentari, domande per aiuti economici, donazioni, agenda politica: tutto online. Si potrebbe continuare, snocciolando infiniti momenti di esistenza quotidiana, pubblica e privata, collettiva e individuale, che sono repentinamente transitati nelle piattaforme digitali.

In molti hanno parlato di una grande "sperimentazione collettiva", per evidenziare il contributo fondamentale che le tecnologie stanno offrendo per la tenuta del sistema e delle vite, e il salto di alfabetizzazione tecnologica che si è forzatamente compiuto e che potrà essere capitalizzato in futuro, anche dopo l'emergenza.

Ma come già anni or sono, nelle riflessioni sulle garanzie dell'accesso ad Internet, alcuni di noi insistevano a chiedersi "accesso a cosa?", adesso mi si permetta di chiedere: sperimentazione di che cosa? Cos'è che stiamo *realmente* sperimentando? Cosa sarà *realmente* capitalizzato di questo salto tecnologico che milioni di persone si sono trovate a dover fare, in molti casi senza possibilità di sceglierne la direzione?

Sia chiaro. I risvolti positivi dell'uso di Internet esistono, e sono grandi. In questo momento ne abbiamo ulteriore conferma. Lo abbiamo sempre saputo e detto. Sennò non saremmo stati in molti, per anni, a discutere dello statuto giuridico di Internet, della configurabilità di un diritto di accesso e persino della sua possibile natura di diritto sociale. Seppur con cautela, sono stata fra quelli che lo hanno sostenuto³.

³ Proprio quelle riflessioni mi ritornano anzi, proprio oggi, con rinnovate e molteplici emozioni, perché legate ai miei primi passi accademici, all'entusiasmo di quella giovane età in cui anche lo sguardo più critico è ancora incapace di

Ciò di cui mi sembra doversi diffidare è piuttosto la stabilizzazione di ammodernamenti e soluzioni tecnologiche pensata in questo momento, sulla base di esperienze emergenziali, anziché rinviata a tempi meno concitati, allorché sarà possibile soppesare con maggiore attenzione i pro e i contro.

Il fatto è che la visione politica più duratura e le politiche pubbliche più efficaci sono quelle che si programmano e si pianificano “in tempo di pace”: visioni e politiche che possono adattarsi o addirittura sospendersi nei momenti di emergenza ma mai annullarsi, per poi riespandersi subito dopo.

Mentre purtroppo non è vero l'inverso. Le strategie dettate dall'emergenza, ahimè, difficilmente si rivelano buone in tempo di pace; anzi, in un paradosso solo apparente, esse possono risultare addirittura perniciose per i fondamenti strutturali della democrazia. Possono tradursi in pesanti ipoteche sul futuro anziché in àncore di salvezza.

Tuttavia, oggi è questa la situazione: un'emergenza epocale e planetaria che coinvolge non soltanto l'aspetto sanitario ma tutti i risvolti della vita umana (individuale, relazionale, economico, politico, istituzionale, ecc.), nella quale Internet e i social media sembrano vivere il loro momento di massima gloria. Quasi un riscatto e una rivincita rispetto ai timori di involuzione antidemocratica legata al loro utilizzo e al loro governo che in molti hanno espresso negli anni; ma anche un disvelamento, mai così articolato ed evidente, circa le moltissime sfaccettature del rapporto fra la Rete e le esistenze, fra le regole (non solo giuridiche) della prima e i bisogni delle seconde.

Parafrasando il titolo di un intervento recente di Francesco Palermo, che si chiede se “il virus è centralista”⁴, e probabilmente per certi aspetti lo è, si può dire che di certo il virus è “democratico”, perché sparglia le carte, destruttura o mette sotto pressione categorie e istituti consolidati, costringe a ripattuare rapporti fra interessi e fra poteri, rimette in campo voci e visioni minoritarie o alimenta rapporti di forza.

Per un istante, circostanza rara nella vita affannata e distratta delle democrazie contemporanee, tutte le tessere dell'esistenza sono gettate sul tavolo, visibili a tutti (o almeno a chi le vuol vedere), senza filtri o artefazioni. Ma è visione che si concede per un tempo brevissimo: proprio perché resa possibile da una situazione di emergenza improvvisa, e dallo spaesamento che per un attimo coglie tutti i pezzi del sistema –anche i grandi centri di potere-, essa durerà il tempo necessario a questi ultimi per riorganizzarsi attorno alle nuove forme di paura, alle reali o presunte necessità, ai nuovi rapporti di forza che andranno delineandosi.

Dunque, è visione tanto chiara, e in certo senso generosa, quanto fragile e fugace.

È su questa visione che vorrei svolgere qualche riflessione, nell'intento di fermarla il tempo sufficiente per una ricerca indiziaria: non verità univoche né risposte definitive, evidentemente, ma almeno il senso di una direzione possibile.

2. I fraintendimenti delle politiche tecnologiche: “costi sociali” dei media digitali e lezioni apprese

A volte, è inevitabile, la persona e il giurista si sdoppiano, la prima interroga il secondo e viceversa. Ma le domande poste dalla prima sono più esigenti, perché espressione immediata dell'esperienza concreta del vivere, quella che il diritto dovrebbe servire ma può anche tradire.

vedere le brutture più insidiose: pagine polverose che ho riaperto in questi giorni, incuriosita dal ricordare “cosa pensavo”, e che mi hanno rimandato un pezzo particolare della mia storia, personale e accademica, ricordi di vita e di studi, di incontri e di traslochi (penso in particolare a *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2001).

⁴ F. PALERMO, *Il virus è centralista?*, in *il Mulino* (<https://www.rivistailmulino.it/>), (26 febbraio 2020).

In questo momento storico ci si sente così, divisi, perplessi e interroganti; a volte indignati, a volte preoccupati. Perché l'irrinunciabile cornice costituzionale della democrazia sociale non conosce emergenze e sospensioni di fronte alle domande dell'esistenza. In mezzo, tra i principi della prima e i bisogni della seconda, sta il mare agitato del diritto e delle politiche.

Di questo atteggiamento sono frutto le diffuse riflessioni che si stanno interrogando sui molti temi che la peculiare emergenza in atto ha messo sotto pressione: il rapporto fra poteri e tra fonti normative, il ruolo del Parlamento, le politiche economico-finanziarie, il rapporto fra pubblico e privato, il rapporto Stato-Regioni, i rapporti fra Stati, l'Unione europea. Quello delle politiche tecnologiche è un altro tema fra questi, almeno per quanti avvertono l'esigenza di non sottovalutarne l'impatto in termini di diritti e di eguaglianza sostanziale.

Può sembrare trattarsi di tema secondario in un momento in cui riemergono disperazione, morte e fame? Le aspettative attualmente riposte in applicazioni tecnologiche sempre più sofisticate e alla portata di tutti per la tenuta dell'intero sistema sembrano rispondere di no.

Dunque, anche adesso, tanto più adesso, occorre tenere a mente le lezioni apprese circa le maggiori criticità manifestate negli anni dalle politiche tecnologiche: perché, come è noto, è nelle situazioni di emergenza che si abbassano pericolosamente gli anticorpi di difesa contro le dinamiche antidemocratiche, e cresce in modo equivalente il fascino attrattivo dei poteri decidenti forti e delle virtù salvifiche di strumenti tecnologici tutt'altro che neutrali.

2.1. Il diritto di accesso e il rapporto con l'art. 3, comma 2, Cost.

Procedendo per spigolature, e rinunciando alla tentazione dei bilanci e delle ricostruzioni sistematiche, mi sembra di poter dire che il primo fardello della riflessione giuridica sulla Rete è proprio quello su cui Pasquale Costanzo aveva tempestivamente avvertito: la figura del diritto di accesso.

L'iniziale appassionante discussione sulle implicazioni democratiche delle attività informative e comunicative consentite dalla Rete, e dunque sul loro inquadramento fra gli artt. 15 e 21 della Costituzione, portò ad enfatizzare il tema dell'*accesso*. In un celebre testo del 2000, Jeremy Rifkin scrisse parole che divennero il manifesto delle aspettative democratizzanti riposte nella Rete: «Nell'economia delle reti, dove l'integrazione in una relazione è il cardine intorno a cui ruota l'organizzazione delle attività, la libertà ha un significato affatto differente: inclusione e accesso – *non autonomia* e possesso (...) In un mondo sempre più imperniato su reti economiche e sociali mediate elettronicamente, il diritto di non essere esclusi – il diritto di accesso- acquisisce un'importanza crescente. Quanto maggiore è la quantità di comunicazione quotidiana e di *esperienza vissuta che si svolge nei mondi virtuali del cibernazio*, tanto maggiore è il rilievo che assume la questione dell'accesso e del diritto di non esclusione»⁵.

Queste affermazioni vanno contestualizzate in un momento storico particolare: esse si inserivano in un'analisi effettivamente lungimirante delle strutture organizzative dell'economia delle reti e dei meccanismi informativi dell'era che si andava aprendo (c.d. *new economy*). Un'analisi di cui Rifkin non mancò di cogliere tanto i rischi quanto le opportunità: da un lato il potere dei «nuovi tiranni» del progresso, i grandi provider internazionali destinati a gestire e controllare l'accesso di chiunque in una società dove si accresce il divario tra chi è «connesso» e chi non lo è; dall'altro «la possibilità di una maggiore diffusione della conoscenza, della democrazia e del benessere, e l'affrancamento dalla «schiavitù» del lavoro». Affermazioni che tuttavia, se colsero nel segno sul piano dei rischi, non erano prive di ambiguità sul piano dei benefici attesi, liquidando con ottimismo forse eccessivo la

⁵ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, Mondadori, 2000, 319 (corsivo mio).

rilevanza che assumono le condizioni materiali di vita al di fuori della Rete in una società che voglia davvero connotarsi per benessere, lavoro, democrazia.

In ogni caso l'accesso divenne un grande tema, con i corollari che conosciamo in termini di garanzie di inclusione e di abbattimento del digital divide; insieme, e conseguentemente, ai corollari delle forme di tutela contro i rischi di limitazione o violazione delle libertà di comunicazione e di pensiero, del pluralismo informativo, della *privacy*, della libera circolazione e accessibilità dei dati. La stessa denominazione che fu coniata in quegli anni, ICT (Information and communication technologies), era espressiva della centralità di quella prospettiva. Sull'onda delle affascinanti pagine di Elinor Ostrom, e non solo, l'accesso venne delineandosi come soglia di ingresso in un grande sistema aperto di produzione del sapere e di strumenti collaborativi di organizzazione delle informazioni, fondato sulla considerazione della conoscenza come bene comune e sul suo potenziale di erosività nei confronti dei monopoli tecnico-scientifici del sapere⁶.

Si discusse dunque diffusamente della configurabilità di un vero e proprio diritto per accudire le nuove aspettative di allargamento delle libertà informative e comunicative, esplorando nelle interpretazioni estensive delle norme costituzionali (in particolare gli artt. 2 e 21), ipotizzando addirittura l'inserimento in Costituzione di un diritto autonomo⁷, giungendo a interrogare la categoria dei diritti sociali per il tramite dell'art. 3, comma 2, Cost. Impossibile, e tutto sommato ultroneo, ripercorrere qui tutti gli argomenti; è davvero storia molto nota.

A conti fatti, e non è indolore ammetterlo essendo stata fra coloro che si sono esercitati a lungo in quelle costruzioni, aver considerato l'accesso ad Internet un vero e proprio diritto rischia di rivelarsi oggi una sopravvalutazione prospettica, perché l'attenzione sulla costruzione dell'oggetto ha distratto dalle caratteristiche (inedite) dello strumento, del suo governo, delle sue connessioni con le politiche neoliberiste, delle sue implicazioni in termini di dislocazione del potere.

Il tranello maggiore non fu tanto nella prospettiva dei diritti civili: in questo senso la solidità dell'art. 21 Cost., arricchito dalla giurisprudenza costituzionale sulla libertà dei mezzi e sul principio del pluralismo informativo, offriva una copertura costituzionale di sicuro rilievo.

Il tranello più insidioso si annidava piuttosto, paradossalmente, nella prospettiva dei diritti sociali, cioè in quella previsione dell'art. 3, comma 2, Cost. che doveva scongiurare proprio i rischi della disegualianza e costituire il terreno più fecondo per sprigionare e assicurare le potenzialità democratizzanti della Rete. Questa disposizione parla infatti di "strumenti" che la Repubblica deve mettere in campo per rimuovere gli ostacoli alla disegualianza sociale ed economica, in un dispiegarsi di *interventi pubblici* in cui il "pieno sviluppo della persona umana" non è fine in sé ma condizione per realizzare una democrazia inclusiva ed emancipante, fondata sul principio pluralistico e cooperativo della "partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica, economica e sociale del Paese"⁸.

Questo era l'alveo nel quale Internet doveva trovare evidenziato e valorizzato il proprio carattere strumentale, e nel quale le relative politiche dovevano trovare il proprio senso: indicazioni teleologiche precise circa la necessità di coerenza tra fini e organizzazione, tra garanzie delle posizioni individuali e garanzie legate all'assetto organizzativo delle istituzioni e agli obiettivi e

⁶ V. per tutti E. OSTROM—C. HESS, *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Milano, Mondadori, 2009; M. CASTELLS, *Comunicazione e potere*, Milano, Boccioni università Edizioni, 2009.

⁷ V. la nota proposta avanzata da Stefano Rodotà in occasione dell'*International Governance Forum* tenutosi a Roma nel 2010, relativa all'inserimento in Costituzione di un art. 21-bis nel quale riconoscere che «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».

⁸ Per la lettura "finalizzata" delle libertà individuali nell'art. 3, comma 2, Cost. v. in particolare V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 Cost.*, in AA.Vv., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, ESI, Napoli, 1974, 13ss.; F. FICHERA, *Spunti tematici intorno al nesso tra principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art. 3, 2° comma, della Costituzione*, ivi, 38ss.

strumenti delle politiche pubbliche. Invece, ancora una volta, la forza attrattiva dell'idea di un automatismo democratizzante della Rete ha finito per distorcere il riferimento all'art. 3, comma 2, Cost., prevalentemente utilizzato per considerare l'accesso ad Internet come diritto sociale da tutelare in sé (attraverso il superamento del c.d. analfabetismo tecnologico) piuttosto che come strumento per garantire la fruibilità di altri diritti sociali. Tradendo la natura strumentale della Rete, l'accesso è stato considerato obiettivo anziché mezzo della "rimozione degli ostacoli".

2.2 Il digital divide e la sovrapposizione fra inclusione sociale e inclusione digitale

Da qui il secondo fardello della riflessione giuridica su Internet, ossia il fraintendimento sul concetto di digital divide. Il superamento di questo è stato a lungo inteso come obiettivo di una politica eminentemente infrastrutturale, finendosi per sovrapporre *inclusione sociale* e *inclusione digitale*: una sovrapposizione assai insidiosa, dal momento che la prima si gioca sia dentro che fuori dal *web*, e non può esaurirsi nella mera acquisizione della disponibilità della connessione e della capacità individuale di utilizzare singoli strumenti.

Di questi fraintendimenti si trova conferma in buona parte delle politiche sull'e-government, afflitte ab origine da una riduttività di visione che ne ha grandemente ridotto le potenzialità democratizzanti -pur molto enfatizzate- sul piano del rapporto fra i cittadini e le amministrazioni. Basti ricordare la produzione normativa alluvionale realizzatasi dalla fine degli anni '90, poi in parte confluita nel Codice dell'amministrazione digitale, e il brusco mutamento di prospettiva dell'intervento legislativo rispetto ai diritti oggetto di tutela: caratterizzato fra gli anni '70 e gli anni '90 dalla proclamazione e disciplina dei diritti di trasparenza, accesso alle informazioni pubbliche e partecipazione al procedimento amministrativo, l'intervento del legislatore (anche su impulso dell'Unione europea) ha assunto in seguito i tratti più marcati delle politiche di innovazione tecnologica, volti alla riorganizzazione amministrativa in termini di semplificazione, informatizzazione, efficienza. Anche sul piano delle fonti normative si è assistito ad una progressiva trasformazione della loro struttura, dovuta alla crescente assunzione della normativa tecnica quale parte integrante della disciplina giuridica.

E i diritti, tanto più quelli sociali, sono rimasti sullo sfondo, confinati nelle dichiarazioni di principio e nei preamboli degli atti normativi, o -peggio- nella previsione di strumenti tecnologici per nulla supportati da una visione politica chiara circa il senso e l'obiettivo del loro utilizzo⁹.

Ho scritto e motivato anni or sono (e non soltanto io) il mio pensiero sulle incongruenze giuridiche e sui rischi deformanti e demagogici di simili previsioni: le vicende legate, in particolare, ai casi di

⁹ Emblematici, in questo senso, gli artt. 3 e 8 del Codice dell'amministrazione digitale, ove si proclama l'esistenza di un vero e proprio «diritto all'uso delle tecnologie» nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni, ma poi si affida a formule generiche l'intervento dello Stato e delle amministrazioni (*promuovono* «iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni»). O l'art. 53 sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, ai quali si prescrive di rispettare «i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità»; e di mettere a disposizione «il catalogo dei dati e dei metadati, nonché delle relative banche dati in loro possesso e i regolamenti che disciplinano l'esercizio della facoltà di accesso telematico e il riutilizzo di tali dati e metadati». O infine l'art. 9, ove ci si spinge a prefigurare un sistema di «partecipazione democratica elettronica», favorendo «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo, ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare».

consultazioni pubbliche online promosse negli ultimi anni confermano nel peggiore dei modi le preoccupazioni di allora¹⁰. La sopravvalutazione dell'aspetto infrastrutturale dell'accesso alla Rete ha portato a forzare l'orientamento tecnologico dei diritti di cittadinanza, che se da un lato vengono sommersi di dati la cui accessibilità non equivale sempre a comprensibilità e fruibilità, dall'altro vengono di fatto svuotati, come appunto nel caso dei diritti di partecipazione.

Nella logica di democratizzazione dei rapporti fra i cittadini e le istituzioni la natura strumentale delle tecnologie dovrebbe essere bifronte: da un lato, la *riorganizzazione dei modi di esercizio del potere* in termini di innovazione organizzativa e di efficacia ed efficienza delle prestazioni pubbliche; dall'altro, *l'ampliamento delle modalità di esercizio dei diritti di cittadinanza*, in una prospettiva di inclusività e di democratizzazione dei processi decisionali, favorendo non soltanto la trasparenza degli stessi bensì anche l'ampliamento e le pre-condizioni degli spazi di partecipazione dei cittadini, ad integrazione del modello classico della democrazia rappresentativa.

Il primo aspetto non sta senza il secondo, del quale è –anzi– servente.

La trappola in cui sono cadute le politiche italiane per l'e-government sta, invece, nell'aver attribuito alle ICT un effetto democratizzante automatico: sottovalutando la necessità di tenere insieme due anime il cui legame non è affatto scontato, le politiche tecnologiche sono state attratte nell'orbita dell'organizzazione del potere, guardando più agli aspetti formali di digitalizzazione delle attività che a quelli sostanziali dell'esercizio della cittadinanza¹¹. Ciò che ne è conseguito è un risultato meramente *quantitativo* di maggiore accessibilità delle ICT, ma non anche *qualitativo* di loro utilizzo in chiave di partecipazione effettiva, critica e includente alle scelte di interesse generale e alla costruzione condivisa delle politiche pubbliche.

Né mi pare che sia valsa a ridurre questo iato l'evoluzione "social" dell'uso della Rete. Nel 2009 compariva il primo documento che auspicava l'utilizzo dei principali *social media* da parte delle amministrazioni, prefigurando il passaggio *dalla rete dei contenuti alla rete delle relazioni*¹²: oggi non v'è più dimensione alcuna del vivere (individuale e collettiva, pubblica e politica) che abbia bisogno di essere incoraggiata all'uso dei social. Anzi.

2.3. Il carattere democratico di Internet e la natura commerciale dei social media

È qui, in questo passaggio dalla Rete genericamente considerata alla dimensione specifica dei social media, che risiede il terzo fardello; ed è qui che le politiche tecnologiche sono destinate a produrre i costi sociali più pesanti.

Quasi come in un cerchio che aspira a chiudersi nel suo punto più certo, nella dimensione dei social media la Rete sembra essere tornata alla propria vocazione originaria, vedendo esaltate le potenzialità informative e soprattutto comunicative consentite dalla possibilità di collegamento a distanza. Qui sembra infatti giocarsi ulteriormente –almeno nelle aspettative e nei commenti più ottimisti– la sfida democratizzante già avviata da Internet rispetto all'espansione della cittadinanza:

¹⁰Cfr. in particolare *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, E.S.I., 2011, 45ss.; *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in M. Nisticò-P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2014, 245ss.

¹¹ Già nei primi anni '90 Giorgio Berti segnalava la progressiva sostituzione della "contemplazione del potere" alla "contemplazione dell'uomo", con la conseguente assunzione dell'organizzazione politico-amministrativa quale valore supremo in sé e la relegazione delle libertà individuali e sociali in una posizione di destinatarietà: *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994, 94.

¹² Dir. Min. Pubblica amministrazione e innovazione 26 novembre 2009, n. 8, *Riduzione dei siti web delle pubbliche amministrazioni e miglioramento della qualità dei servizi e delle informazioni on line al cittadino*, che prevede all'art. 4 le Linee guida per i siti web delle PA; *Vademecum Misurazione della qualità dei siti web delle PA*, Formez, 2012; *Vademecum Pubblica amministrazione e social media*, Formez, 2011.

anziché limitarsi ad accedere ad un mondo divenuto trasparente, grande contenitore di *open data*, tutti divengono in grado di co-costruire significati, discutere, prendere parte, dire la propria, dissentire, controllare, partecipare. Forse.

In realtà, se è certamente vero che i social media possono contribuire alla circolazione di informazioni alternative e antagoniste a quelle dominanti, anche in funzione di organizzazione del dissenso, per altro verso è altrettanto innegabile che proprio le specificità di questi strumenti si sono rivelate straordinariamente funzionali alle peggiori retoriche della comunicazione demagogica e populista.

Questo assunto si è reso particolarmente evidente sul piano dei diritti politici e di partecipazione.

Anche su questo aspetto molto è stato detto e scritto. Ma non si può almeno non osservare che vi è stato, negli ultimi anni, un crescendo nelle dinamiche patologiche tale da sopravanzare abbondantemente i benefici. E una rinnovata preoccupazione, in questo momento in cui è fondamentale fare tesoro delle lezioni apprese, non mi pare affatto fuori luogo.

La semplificazione indotta dall'uso della Rete, unita all'amplificazione generata dai social media e alla riduzione dei momenti dialogici in presenza, ha determinato un effetto perverso che ne mina alla radice le potenzialità democratizzanti, trasformandole nel loro contrario.

In tempi politicamente immaturi e conflittuali, di grave crisi della rappresentanza e dei circuiti decisionali di carattere democratico, il tema della partecipazione ritrova puntualmente vigore, ma nella forma più insidiosa dell'appello al popolo unitariamente inteso anziché in quella del confronto dialogico; la presunta finalità dialettica del coinvolgimento del popolo è in realtà scontro fra posizioni e polarizzazione del conflitto. Se già dagli anni 90 l'istituto principe della democrazia diretta, il referendum abrogativo, è stato sempre più attratto in una logica di scontro partitico più che di autentica espressione di sovranità popolare, con l'uso del digitale questa tendenza si è esasperata fino a coinvolgere anche le forme più marcatamente deliberative della democrazia partecipativa. La grande fortuna conosciuta dai referendum consultivi online ne è testimonianza, in quanto fornisce a buon prezzo e senza fatica alcuna la più credibile delle illusioni di partecipazione e di presenza e il più spendibile degli argomenti politici di ottenimento del consenso: consente di coniugare il soddisfacimento (apparente) delle istanze partecipative con gli schemi semplificanti e più veloci della democrazia diretta; ma è evidente che la strutturale destinazione dell'istituto referendario alla sola possibilità di esprimere favore o contrarietà esclude in radice la produzione di quel valore aggiunto che nasce dal confronto argomentato, suscettibile di portare a modificare le reciproche posizioni e la proposta originaria¹³.

Nella gran parte delle consultazioni online di questi anni il c.d. appello al popolo non cerca il sapere consapevole e pre-informato ma piuttosto un sentire automatico e inconsapevole, non coltiva il dialogo e l'ascolto ma piuttosto cavalca la paura e l'emotività; mentre enfatizza il coinvolgimento dei cittadini in decisioni importanti li restituisce alla dimensione di moltitudine bisognosa di un sistema di governo forte e decidente che li protegga dalle incertezze del destino. Uno dei punti più bassi e ingannevoli in questo senso può considerarsi la consultazione online che fu attivata sul progetto di riforma costituzionale del 2013¹⁴.

¹³ Più di recente, fra gli altri: M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 3/2018, 388ss.; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 2/2019, 583ss.; P. MARSOCCHI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2016; ID., *Effettività e "sincerità" della partecipazione popolare. Spunti sui cambiamenti dell'assetto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 3/2015; M. PIETRANGELO, *Qualche riflessione sui metodi della consultazione popolare al tempo di Internet, a margine dei referendum consultivi veneti su indipendenza e autonomia*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 1/2015.

¹⁴ In quell'occasione si invitarono i cittadini a rispondere a domande a risposta chiusa per "scegliere" il modello "preferito" rispetto ai grandi temi del progetto di riforma (ad esempio il "nuovo" Senato): la consultazione online, strumento di democrazia partecipativa volto a consentire il confronto discorsivo e dialogico, fu di fatto trasformata in

Sono fin troppo note le nervature antidemocratiche che si celano dietro la mitizzazione dell'appello al popolo e l'evocazione generica dell'espressione popolare, pericolosamente protesa verso il plebiscito; e sono ben note, senza andare troppo indietro nel tempo, le dinamiche tendenzialmente autoritarie e accentratrici che si celano dietro la retorica paternalistica dell'ascolto del popolo.

In una dinamica siffatta, l'appello al popolo finisce per risolversi nel suo contrario, nello «spopolamento del popolo»¹⁵, negando forme effettive di coinvolgimento che consentano alle singole voci di innestarsi nei luoghi e nei modi di esercizio del potere, per discutere la costruzione delle scelte, controllare la loro applicazione, condividere la responsabilità.

Eppure, se questa è la critica diffusa che viene rivolta verso la gran parte delle forme di partecipazione online costruite dall'alto, un controcanto vivace, di voci plurime e non ingabbiate nelle forme tradizionali si dice provenire dal "basso", ovvero dai social. E ancor di più da quell'evoluzione dei social media che doveva rispondere più specificamente alla richiesta di democrazia partecipativa e deliberativa, ossia le c.d. piattaforme civiche, applicazioni studiate appositamente per agevolare discussioni su temi di interesse comune fra i membri di una comunità e fra questi e le relative amministrazioni¹⁶.

La loro comparsa fu guardata da molti di noi con curiosità e interesse, perché il riferimento all'*orientamento civico del mezzo* sembrava restituirlo a quegli obiettivi di democratizzazione del rapporto fra governanti e governati e di integrazione della rappresentanza che nemmeno le più ambiziose politiche di e-government erano riuscite ad onorare.

Pur senza negare la rilevanza della dimensione relazionale evocata dai social network, quale dinamica aggregante che consente di condividere interessi di qualunque tipo a prescindere dalla vicinanza fisica, nella dimensione richiamata dall'aggettivo "civico" la relazione diviene funzionale ad una comunità territorialmente data, e quindi alle esigenze e a bisogni di quella comunità in quanto legata a quel territorio. Il social medium viene utilizzato per finalità civiche; la dimensione virtuale diventa strumento per recuperare la vita reale, il contatto diretto con il territorio e le politiche che lo governano.

Le prime buone pratiche incoraggiarono a ragionare in questo senso: vale la pena di ricordare l'esperienza delle "social street"¹⁷; ma soprattutto gli studi sul possibile uso delle piattaforme civiche nelle assemblee rappresentative¹⁸.

L'evoluzione successiva lascia a dir poco sgomenti. Il caso dell'utilizzo della piattaforma Rousseau nella vicenda legata all'ex ministro Salvini e alla nave Diciotti, nel 2019, rappresenta l'esempio più basso e offensivo del tradimento delle potenzialità e degli obiettivi originari delle piattaforme

una sorta di impropria consultazione referendaria/sondaggistica. Non che un'ampia azione di sensibilizzazione dell'opinione pubblica rispetto all'importanza del tema delle riforme non fosse utile, ed anzi necessaria: tutt'altro. Ma ciò è appunto quel che è avvenuto: un grande sondaggio d'opinione (peraltro privo dei requisiti metodologici dei sondaggi), una sorta di "gioco a quiz" che ha avvicinato gli elettori al tema delle riforme inducendoli a rispondere più sulla base di slogan che di un confronto ponderato. Per non parlare del fatto che nessun tipo di riscontro e considerazione vi è stata da parte dei c.d. saggi rispetto agli esiti della consultazione.

¹⁵ P. AMATO, *Popolo. Destituzione e filosofia*, in F. Zappino-L. Coccoli-M. Tabacchini (a cura di), *Genealogie del presente. Lessico politico per tempi interessanti*, Milano, Mimesis, 2014, 151ss.

¹⁶ Fra le prime e più note, la piattaforma *Liquid Feedback* sviluppata nel 2009 dal Partito Pirata tedesco, e *We the people* voluta nel 2011 dall'amministrazione Obama.

¹⁷ Gli abitanti di una via utilizzano i gruppi chiusi di facebook per entrare in contatto ed avviare iniziative condivise, soprattutto a fini solidali: la prima esperienza fu quella realizzata dagli abitanti di via Fondazza, a Bologna (*SocialStreet* <http://www.socialstreet.it/>).

¹⁸ Un censimento delle piattaforme in uso, sia in Italia che all'estero, è stato compiuto nel 2013 dalla Fondazione Aahref, nel Dossier del Senato *I media civici in ambito parlamentare. Strumenti disponibili e possibili scenari d'uso*, maggio 2013 (www.senato.it). In Italia la prima esperienza di ricerca in questa direzione risale al Laboratorio di Informatica Civica, fondato a Milano nel 1994 da Fiorella De Cindio.

civiche; oltre che il tradimento più grave e insidioso dei principi di sovranità, partecipazione, responsabilità politica.

Un esempio ulteriore che dimostra, ancora una volta, che la tecnologia è strumento e non soluzione dei problemi. Ed è strumento che può essere tanto abilitante quanto destabilizzante.

Il punto è: sono queste le voci singole e plurali che il modello di democrazia partecipativa ambisce a far interloquire con il potere? Sono le voci che si esprimono nei social media e nelle piattaforme civiche?

La democrazia partecipativa è fatta di processi e di garanzie, è metodo. Di certo fra le sue precondizioni vi è il pluralismo delle voci e degli strumenti di informazione e di comunicazione per mezzo dei quali costruire consapevolezza e pensiero critico; e in questo senso i *social* possono svolgere un ruolo di grande importanza, come dimostrano i movimenti che hanno trovato in essi potenti strumenti di diffusione e organizzazione del dissenso (primavera arabe, Gilet Jaunes, Occupy Wall Street, NoTav, ecc.). Ma qual è il prezzo di questo supporto offerto dai social network alle espressioni della democrazia dal basso? Si tratta davvero di strumenti liberi a disposizione delle libertà?

La risposta è obbligata se si accetta di ammettere un dato ben noto eppure costantemente rimosso: la natura commerciale dei social media. Si tratta di attività di impresa che non solo non offrono servizi gratuiti, ma nelle quali al contrario «l'accesso al servizio ha un costo elevatissimo, seppure non dichiarato né concordato. D'altro canto, se Facebook, Twitter, Instagram o Google sono prodotti commerciali, essi inevitabilmente costano, alla stessa misura di altri beni o servizi. I servizi offerti dai social media però hanno un prezzo altissimo, clandestino, sproporzionato e tratto con l'inganno»¹⁹.

Sta qui l'ultimo e forse più pernicioso dei fraintendimenti: quello di aver considerato i social media come naturale evoluzione di Internet e della sua capacità democratizzante; mentre si tratta di strumenti al servizio di una rete di interessi economico-finanziari che ben si è saldata con quella parte delle politiche neoliberiste che si nutrono di "capitalismo cognitivo" e di autoimprenditorialità, ma anche -dietro a quelle retoriche- di individualismo e di incertezza.

I social media alimentano idee, relazioni e comunicazioni che appaiono più fluide e più agevoli senza però esserlo pienamente, perché si formano e circolano entro recinti prefissati, «alimentano e amplificano una deriva soggettivistica, mirando alla profilazione delle persone»²⁰.

Non solo, quel gioco di profilazione tende a costruire gabbie tanto invisibili quanto confortevoli perché disegnate su misura, dove la sensazione di protagonismo rende ciascuno più manipolabile seppur vocante, isolato seppur connesso. L'apparente disintermediazione politica, che è invece – assai più subdolamente- "neointermediazione" ad opera dei soggetti che vedono crescere il proprio valore societario sui mercati finanziari grazie alla cattura e gestione dei dati, rende il soggetto «imprenditore di se stesso; ma ciò non conduce a una libertà reale e a un'assenza di costrizione, perché il soggetto di prestazione sfrutta se stesso, e l'autosfruttamento è più efficace dello sfruttamento da parte di un terzo, perché si accompagna al sentimento della libertà». Questa è la «dialettica della libertà» che sta alla base delle società del controllo, dove «il cliente trasparente è il nuovo detenuto»²¹.

Ben lungi dal consentire la democratizzazione delle dinamiche di governo delle società contemporanee, l'evoluzione dei social media sembra piuttosto rischiare di favorire pesantemente

¹⁹ M. PIETRANGELO, *Sulle libertà dopo i social media: una premessa, a scanso di equivoci*, in G.L. Conti–M. Pietrangelo–F. Romano (a cura di), *Social media e diritti. Diritto e social media*, Napoli, E.S.I., 2018, 13-14.

²⁰ M. PIETRANGELO, *Sulle libertà dopo i social media*, cit., 14 e 17.

²¹ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica: i rischi del cittadino telematico*, in questi stessi scritti, 8-9, che richiama in particolare il pensiero di BYUNG-CHUL HAN, *La società della trasparenza* (2012), Milano Nottetempo, 2014.

le dinamiche bioeconomiche delle politiche neoliberiste: attraverso la «trappola dell'auto-incremento» e l'illusione di presenza, esse sono andate oltre l'asservimento esterno dei regimi apertamente totalitari e hanno puntato alla sottomissione dell'interiorità, rimodellando la sua singolarità affinché essa funzioni «spontaneamente»²². Attraverso la retorica del capitalismo cognitivo si è attuata una «mediazione strategica» in cui la strada del potere passa attraverso intermediari che sono sempre più spesso i dominati stessi, rimodellati nei loro modi di fare e di pensare, nei loro desideri e valori²³.

Né ci si può più mascherare dietro visioni che circoscrivono i rischi di manipolazione alle fasce meno «attrezzate» della popolazione: assecondare la retorica di un populismo digitale che mediante l'uso distorto e demagogico del lessico democratico colpirebbe una massa succube della propria ignoranza significa alimentare una negazione altrettanto pericolosa, perché funzionale proprio al male che si vorrebbe combattere. La capacità di condizionamento connaturata ai social media investe tutti coloro che hanno a che fare con essi, in forme diverse ma ugualmente insidiose: «ovviamente, l'utente più colto sarà profilato diversamente in rete, e finirà con l'appartenere a un'enclave digitale diversa da quella dell'utente illetterato, ma i meccanismi di condizionamento – e le stesse dinamiche di disprezzo, se non di odio- che agiscono sul secondo saranno altrettanto efficaci sul primo, poiché blandiranno altri aspetti della sua personalità (primi tra tutti, il narcisismo autoreferenziale e quel certo grado di supponenza che ne consegue) rendendolo inesorabilmente parte di una fazione tra le altre, target tra gli altri delle più diverse manovre»²⁴.

E se non è sempre vero che la sintesi è meglio dell'argomentazione, in particolare quando la rapidità e diffusività del mezzo di trasmissione la decontestualizza, la comunicazione sincopata e ipnotica di blog, post e didascalie produce distorsioni cognitive prima ancora che comunicative, che radicalizzano le posizioni, frammentano e polarizzano le visioni, nutrono la conflittualità amica dei poteri egemoni. Una sorta di nuovo «tribalismo» che porta non soltanto a comunicare pressoché esclusivamente con la propria tribù, di cui si condividono a priori le opinioni²⁵, ma anche a parcellizzare le questioni, perdendo di vista i nessi che le legano, i presupposti e i corollari argomentativi che le sostengono.

Questo tipo di dinamiche non può che agire da moltiplicatore delle carenze di un sistema politico-istituzionale che da tempo è incapace non soltanto di una lettura e rappresentazione effettiva dei bisogni della realtà sociale, ma anche di visioni di policies interconnesse fra di loro e di lungo periodo. Gli strumenti di pianificazione e programmazione, anima delle politiche pubbliche, sembrano definitivamente soffocati nei tanti recinti delle discussioni social, le quali tutte (dalle più colte alle più sprovvedute) rischiano di alimentare una parcellizzazione semplificante sulla quale prosperano le tecnocrazie e i poteri occulti dei grandi gruppi economico-finanziari. Non c'è da stupirsi se il processo di esautoramento delle istituzioni parlamentari che sta coinvolgendo le società contemporanee abbia subito un'accelerazione in questa fase storica, anche a causa della «crescente affermazione delle sintesi fittizie offerte dalla Rete con il feticcio comunicativo dei social media», e il conseguente connesso illusorio crescere della percezione di partecipazione²⁶.

Il patto perverso che si è stretto fra questi fenomeni, pericolosamente protesi verso involuzioni assai più penetranti e durature di quanto non siano stati i benefici pur realizzati, rischia di avere un costo elevatissimo non soltanto nei termini più generali di ciò che suol definirsi democrazia, ma anche e soprattutto nei termini della sua declinazione più esigente, cioè la democrazia sociale.

²² S. VIDA, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù. Il capitale umano in tempo di crisi*, in *Cosmopolis* (<http://www.cosmopolisonline.it/>), n. 2, 2016.

²³ S. VIDA, *ibidem*. V. anche P. BARCELONA, *Passaggio d'epoca. L'Italia al tempo della crisi*, Genova, Marietti, 2011, 21.

²⁴ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 10.

²⁵ M. BARBERIS, *Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere, 2019, 138ss.

²⁶ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 4.

Perché è sul piano dei diritti sociali che la politica costituzionale e il diritto positivo manifestano tutta la propria debolezza a fronte di sistemi regolatori alternativi, determinati da rapporti di forza economico-finanziaria di cui le stesse istituzioni politiche sono spesso ostaggio a loro volta o complici distratti.

3. Accesso" o "soglia"? Ripensare il dentro e il fuori: i luoghi della formazione della "personalità" e della "dignità dell'esistenza"

In un caustico scritto dei primi anni 2000 Flavia Marzano si chiedeva, a proposito dei risvolti democratici delle politiche tecnologiche: "siamo maturi per l'e-participation"? Il tono retorico della domanda lasciava intendere che quei tempi erano già maturi, loro sì, per rispondere di no. Gli anni successivi hanno confermato pesantemente quei timori.

Replicando quell'interrogativo oggi, in un momento storico in cui il Paese si appresta a un nuovo rilancio del digitale dopo l'accelerazione di fatto impressa dall'emergenza sanitaria, mi chiedo: siamo maturi per una "società social"? Cosa abbiamo appreso dalle passate politiche tecnologiche? Quali i punti di forza sui quali proseguire e quali gli errori da non ripetere?

Detto in modo meno conciliante: essere "smart" equivale a vivere "agili" (secondo la traduzione accolta nei decreti sul lavoro in remoto)? E se sì, per chi? Stiamo realmente sperimentando questo, come molti sostengono?

La peculiarissima esperienza determinata dall'emergenza Coronavirus ha portato a fronteggiare, esasperandole, una dimensione di isolamento e distanziamento sociale e una dimensione di iperconnessione social: se non fosse che la situazione è in realtà drammatica, parrebbe di trovarsi di fronte a una pantomima, una caricatura di quelle verità scomode che talvolta solo la satira più spietata sa dire.

Le molte porte di casa che oggi ci si chiede di tenere chiuse per contenere il contagio possono essere considerate come una significativa, amara, metafora: una soglia di confine fra ciò che è fuori e ciò che è dentro, fra un esterno quasi deserto nel quale tuttavia permangono beni fondamentali (generi alimentari, medicinali, ospedali, imprese produttive di beni e servizi essenziali) e un interno sovraffollato dove la connessione consente gran parte di ciò che prima era fuori (relazioni, acquisti, lavoro, scuola, ecc.).

Ebbene, bisognerebbe forse ripensare il logoro concetto di *accesso* e sostituirlo con quello di *soglia*. Accedere implica un movimento orientato (da *ad-cedere*, andare verso), da per scontato che occorre entrare, è uno sguardo proiettato su ciò che è di là. Soglia è *limen*, confine, punto di passaggio relativo a due zone precise con caratteri diversi, e rende discreto e discernibile un passaggio, se pur continuo: presuppone due sguardi, complementari ma distinti, che non si annullano a vicenda. Se l'accesso è un passo che si allontana dal terreno che lascia, la soglia è un varco di transito in entrambi i sensi che si limita a demarcare (e ricordare) differenze, zone comunicanti ma con le proprie specificità ineliminabili.

È questa la differenza cui si riferisce, ad esempio, David Rieff quando ricorda che, «se l'insurrezione tunisina ha avuto una causa scatenante, bisognerebbe cercarla in un gesto politico tutt'altro che virtuale. Parlo della decisione di Mohamed Bouazizi –un ambulante di Sidi Bouzid, una cittadina della Tunisia centrale- di darsi fuoco per protestare contro la polizia che gli aveva sequestrato il carrettino e i prodotti che tentava di vendere, e più in generale contro la brutalità della polizia, la disoccupazione, la miseria e la mancanza di opportunità. È stato il suo gesto a

scatenare le prime manifestazioni antigovernative in Tunisia, imitato da varie persone che si sono immolate un po' dappertutto dall'Egitto alla Mauritania»²⁷.

È questa la differenza cui si riferisce anche Judith Butler con riferimento a movimenti meno drammatici ma analoghi (Occupy Wall Street ed altri), evidenziando il valore politico della «alleanza dei corpi» che si riuniscono. «Le varie tipologie di azioni incarnate esprimono significati in modi che, in senso stretto, non sono né discorsivi né prediscorsivi. In altre parole, le modalità di aggregazione esprimono già un significato molto prima di ogni particolare istanza che possano porre, e a prescindere da essa. ... Il radunarsi esprime un significato che eccede ciò che viene detto, e questo modo di significazione è in sé una messa in atto corporea e concertata ... Così, il movimento o l'immobilità, il collocarmi con tutto il corpo in mezzo all'azione di un altro, non è né il mio atto né il tuo, bensì qualcosa che accade in virtù della relazione che c'è tra noi, che deriva da quella relazione, che crea ambiguità tra l'io ed il noi, e che cerca al contempo di preservare e di disseminare il valore generativo di quell'ambiguità in una relazione attiva e di deliberato sostegno reciproco, una collaborazione, ben distinta da un'allucinata fusione o confusione»²⁸.

I riferimenti potrebbero continuare. Ad esempio, le proteste indipendentiste in Catalogna, quelle dei Gilet Jaunes sulle politiche del lavoro in Francia, quelle dei NoTav in Italia: alleanze che si realizzano innanzitutto fra le persone nelle strade e nelle piazze, e solo dopo fra le voci nei *social* per diffondere narrazioni alternative a quelle ufficiali e chiedere sostegno e solidarietà alle ragioni della protesta.

Tutti questi casi segnalano e confermano l'esistenza di una soglia: se il cyberspazio può essere spazio di resistenza "culturale", affidata a contro-narrazioni che consentono di reagire all'invisibilità²⁹, lo spazio esterno al *web* rimane luogo insostituibile e preliminare di resistenza "fisica", affidata a pratiche di *presenza*. Se il *web* è il luogo dove si possono trovare e diffondere argomenti ed emanciparsi dalle narrazioni dominanti, lo spazio esterno al *web* è il luogo ineliminabile della *prossimità* che viene opposta ai paradigmi distanzianti di quelle narrazioni, del dissenso che può tradursi in un «agire concerto»³⁰, della sperimentazione di visioni e progettualità politiche diverse: fuori dalla soglia, la comune esposizione alla precarietà e il riconoscimento dell'interdipendenza delle vite, delle *singole* vite, diventa il terreno condiviso di un agire plurale e situato, che esplora i margini dell'eguaglianza possibile e può legarsi in un «obbligo reciproco a produrre insieme le condizioni di una vita vivibile»³¹. Un dato di realtà per nulla nuovo, e che è in fondo alla base di importanti diritti collettivi riconosciuti dalle Costituzioni del secondo dopoguerra, come il diritto di sciopero.

Ciò non significa sminuire l'importanza che i social network possono avere quali strumenti potenti di informazione, comunicazione e organizzazione del dissenso, come dimostra «il costante sforzo dei regimi, sia di quelli cosiddetti autoritari sia di quelli cosiddetti democratici, di metterli sotto controllo»³². Significa piuttosto non confondere la soglia con l'accesso, e tenere a mente che i social media sono –appunto– strumenti, e mai cause scatenanti delle sollevazioni sociali. Le cause stanno fuori, in gesti fisici e non virtuali.

²⁷ D. RIEFF, *La rivoluzione di Twitter non riempie la pancia*, in *Internazionale* (<https://www.internazionale.it/>), 18 febbraio 2011.

²⁸ J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi*, Milano, Nottetempo, 2017, 17 e 19.

²⁹ O. SOLOMBRINO, *Nell'arcipelago dell'esilio. Resistenza culturale e forme di narrazione virtuale*, in *Il Ponte*, n 1/2020, 246.

³⁰ J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi*, cit., 20.

³¹ J. BUTLER, *op. ult. cit.*, 342.

³² F. MARCELLI, *Internet fra canale di partecipazione politica e strumento di controllo. Profili di diritto internazionale*, in F. Marcelli-P. Marsocci-M. Pietrangelo (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva politica*, Napoli, E.S.I., 2015, 12.

Mi pare insomma che, a chi con troppa acquiescenza afferma che i social media sono ormai parte strutturale del nostro modo di vivere, in tutti i suoi ambiti, le vicende concrete del vivere oppongano l'esistenza di uno iato irriducibile, una soglia aperta ma massiccia, fra i mondi che si agitano dentro e fuori dal web: mondi che di certo si influenzano profondamente l'un l'altro, ma che non possono considerarsi fungibili.

Ma allora, accanto al concetto di accesso, anche il c.d. diritto di non esserne esclusi deve essere ripensato. Da cos'è che occorre non venire esclusi?

Come ho ricordato, già dai primi anni 2000 molti di noi cominciarono a chiedersi "accesso a che cosa?", per evidenziare il rischio di ridurre l'accesso ad Internet al mero aspetto infrastrutturale, guardando più al contenitore che ai contenuti.

Oggi quella preoccupazione appare superata, e persino ingenua perché ignara di molti aspetti dell'evoluzione successiva. Oggi, nel tempo degli open data e dell'iper-connesione, ciò da cui occorre non essere esclusi si trova probabilmente all'esterno del web: in quel mondo fisico di qua dalla soglia, dove permangono relazioni, attività, bisogni, precondizioni, esperienze che strutturalmente necessitano di condizioni di presenza, che nel web possono trovare prolungamenti e (quando va bene) potenziamenti, ma mai la propria origine né la propria conclusione.

Se si accetta di mantenere duplice lo sguardo, nel rispetto del concetto di soglia, allora la domanda che ho posto poco sopra potrà facilmente riconoscersi perché ben nota, e risalente a tempi di gran lunga precedenti alla comparsa di Internet: è la domanda che si erano già posti i Costituenti di fronte alle diseguaglianze sociali, e alla quale risposero con quanto scritto nell'art. 3, comma 2, Cost.

Ebbene, sia la domanda che la risposta sono ancora le stesse. Da cosa occorre non essere esclusi? Dalla disponibilità dei mezzi di carattere economico e sociale che, permettendo l'esercizio delle libertà in condizioni di eguaglianza, consentono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i *lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Una risposta ancora più chiara se integrata con l'art. 2, laddove si riconosce la necessità di consentire e di proteggere la libera formazione e il libero svolgimento della *personalità*; con l'art. 36, laddove si riconosce nel lavoro non solo un mezzo di sostentamento ma la principale condizione della *dignità dell'esistenza*, della quale la retribuzione è solo una parte (non a caso per gli inabili al lavoro, anch'essi tutelati dalla Costituzione, l'art. 38 si limita a prevedere "mezzi necessari per vivere"); e con l'art. 41, dove la dignità del lavoratore compare come limite all'iniziativa economica privata.

Questa indicazione è ancora chiara e valida, seppure impegnativa nella sua attuazione, oggi come allora, poiché contiene una clausola aperta e un paradigma fisso.

La clausola aperta riguarda le cause generative delle diseguaglianze economiche e sociali: queste evolvono e mutano nel tempo, e con esse devono costantemente evolvere e mutare gli strumenti messi in campo dalle politiche.

Il paradigma fisso, che deve orientare la costruzione degli strumenti volti ad abbattere quelle diseguaglianze e ad orientarne l'utilizzo, è la *dignità*: sia individuale (libero svolgimento della personalità) che sociale (sviluppo pieno della persona e partecipazione effettiva)³³.

Detto in altri termini, ciò da cui si rischia di essere esclusi può mutare (e inevitabilmente muta) nel tempo, ma ha sempre a che fare con le condizioni concrete –economiche e sociali– della dignità del vivere. Ciò che non può mutare, diversamente dalle cause di esclusione, è il parametro³⁴.

³³ In questo senso v. anche P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 2/2011; P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in questi stessi scritti.

³⁴ È in questo aspetto ciò che Rodotà definiva l'"eccedenza" del progetto costituzionale ed in particolare dell'art. 3, comma 2, Cost, quale suo tratto più significativo e fecondo perché indicativo di una tensione costante verso uno svolgimento dinamico e mai compiuto, da rinnovare costantemente. «Il programma democratico "eccede" sempre le

E questo tipo di parametro, che il Costituente ha delineato in quella duplice dimensione (individuale e sociale), continua a dirci due cose, strettamente interdipendenti fra loro. La prima è che la persona deve godere di un margine insopprimibile di autonomia come «pratica della libertà»³⁵, riferita ai modi di formare e svolgere la propria personalità: quella che Jung definiva la possibilità di diventare ed essere ciò che si è, e che Martha Nussbaum ha collegato al concetto di capacità, assai più esigente di quello di diritti³⁶. La seconda è che i poteri pubblici devono predisporre le pre-condizioni materiali di carattere economico-sociale affinché quelle possibilità e capacità siano concretamente possibili e agibili, adeguandone costantemente gli strumenti ben oltre il garantismo e universalismo classico dei diritti.

Dunque, gli “strumenti” non sono le pre-condizioni: queste ultime prendono corpo mediante un sistema complesso e articolato di programmi e politiche pubbliche di carattere redistributivo, occupazionale, sanitario, scolastico, ecc.; gli strumenti sono i mezzi concreti attraverso cui queste politiche si attuano, orientati ai loro obiettivi. Le tecnologie fanno parte degli strumenti.

Ma se questo è il quadro chiaro posto dall’art. 3, comma 2, Cost. e dai suoi corollari, la storia insegna che il parametro, ahimè, può involvere: questo accade quando gli strumenti messi in campo dalle politiche sono inadeguati, quando si costruiscono politiche contraddittorie o fintamente garantiste perché ostaggio di interessi antagonisti, quando lo strumento di esercizio di un diritto è sganciato dal contenuto valoriale del diritto o –al contrario- è confuso con il diritto stesso. Questi vizi, soprattutto l’ultimo e la sovrapposizione di piani che ne è derivata, sono alla base delle principali ambiguità delle politiche sul digitale.

4. Presunta neutralità del mezzo e diritti sociali: qualche spigolatura, fra c.d. smartworking, istruzione digitale, sanità e ricerca scientifica

L’art. 3, comma 2, Cost. ci dice insomma, ancora oggi, che la scelta degli strumenti da parte delle politiche miranti ad abbattere le diseguaglianze non è mai neutrale, ma è fortemente orientata teleologicamente dal paradigma di cui ho detto.

Ciò vale a maggior ragione per le tecnologie. Non v’è dubbio che esse siano di per sé neutrali, così come lo sono un mattone, un bastone, un paio di scarpe: col primo posso costruire una casa oppure un muro per dividere popoli, col secondo posso picchiare o aiutarmi per camminare, il terzo può condurmi presso una persona che ha bisogno di aiuto o un nemico da uccidere. Ciò che non è mai neutrale è la visione, l’obiettivo e il bisogno o l’interesse che ne dettano l’uso.

Può sembrare superfluo e fin troppo banale ribadire questo assunto, eppure torna ad essere necessario se si vuol ragionare di neutralità delle tecnologie digitali nel suo aspetto più trascurato, quello dei diritti sociali.

possibilità di realizzazione immediata, perché deve salvaguardare una tensione verso altri e più lontani obiettivi»: S. RODOTÀ, *Costituzione “figlia” della Resistenza*, in *Hyperpolis* (<https://www.hyperpolis.it/online/>). L’art. 3 non si limita infatti a definire un quadro organizzativo e una tutela dei diritti, ma si immerge nelle contraddizioni della società, individuando principi e regole che consentano alle istituzioni repubblicane di fare i conti con quelle contraddizioni e di adoperarsi per rimuoverle. I contenuti volutamente eccedenti del programma costituzionale dovevano mantenerlo aperto alla dimensione storica del reale nella quale le esistenze sono calate; e orientare verso strumenti attuativi in grado di mantenere salda la connessione fra il diritto e le vite. Questa indicazione, riconsiderata oggi, tanto più nell’attuale situazione di crisi dell’intero sistema sociale e democratico, appare di un’attualità disarmante.

³⁵ A. I. DAVIDSON, *Postfazione. Sulla fine dell’ermeneutica del sé*, in M. FOUCAULT, *Sull’origine dell’ermeneutica del sé*, cit., 113ss.

³⁶ M. NUSSBAUM, *Diventare persone*, Bologna, Il Mulino, 2001; M. NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Il fatto è che di neutralità delle tecnologie ci si è occupati essenzialmente con riferimento ai diritti civili e politici: pluralismo informativo, *privacy*, forme della rappresentanza e della partecipazione, accessibilità e controllo delle informazioni di fonte pubblica, ecc.: temi noti e ampiamente studiati.

Meno diffusa è l'attenzione sulle implicazioni dell'uso delle tecnologie e sulla loro presunta neutralità nel campo dei diritti sociali. Eppure, qui viene in gioco più che mai il ruolo del sistema pubblico, alla luce di quel paradigma evocato dall'art. 3, comma 2, Cost. Lo aveva precisato bene Paola Marsocci, fra i pochi, in uno scritto di quasi dieci anni fa: i temi sono qui quelli «del regime della proprietà, gestione, controllo, sfruttamento economico dei dati; della redistribuzione della ricchezza; dell'inclusione ed esclusione sociale su base economica e culturale; ma anche, e soprattutto, dell'analisi delle forme del lavoro –consapevoli e inconsapevoli- e del loro sfruttamento»³⁷.

Davvero si può pensare che quando l'uso della Rete e dei social non tocca in modo diretto la libertà di pensiero e i suoi corollari politici il problema della neutralità scompare? Che quando la tecnologia viene in gioco nel suo profilo più strettamente tecnico di modalità alternativa di esercizio di un diritto sociale non si pone ugualmente un problema di neutralità dello strumento? Che sia sufficiente l'apparente semplificazione dell'agire pubblico o privato per considerare buona e opportuna una data applicazione tecnologica?

Il punto centrale, si torna così alla questione di partenza, è il parametro in base al quale si decida di valutare la bontà e opportunità del mezzo scelto. Produttività? Efficienza? Riduzione della spesa pubblica? Come ho ricordato, il parametro costituzionale è ancora oggi un altro: dignità, eguaglianza, giustizia sociale. Poi si aggiungono certamente anche gli altri parametri. Ma dopo. La gerarchia valoriale del modello di democrazia sociale è chiara.

Così come il concetto di accesso rispetto a quello di soglia, si può allora dire che anche il concetto di neutralità dovrebbe essere ripensato e tradotto nei termini della dignità.

Non si tratta soltanto di disciplinare un mezzo tecnologico per costruire difese contro i rischi di mancata neutralità: questa è una risposta certamente necessaria ma insufficiente, perché genera risposte giuridiche meramente reattive. Occorre piuttosto ripensare modi, strumenti e garanzie delle politiche pubbliche dove si sperimenta in concreto la capacità (e non soltanto il diritto formale) di esercitare le libertà sociali. Occorre chiedersi «se sia ancora possibile, al tempo del “capitalismo cognitivo e digitale”, immaginare politiche pubbliche (locali? nazionali? europee?) in campo economico-occupazionale, anche ripensando il welfare e ben consapevoli della sua crisi»³⁸.

Questo interrogativo rimbalza ancor più attuale e urgente in questo peculiare momento storico, in cui l'inedita emergenza legata all'epidemia Coronavirus ha determinato una penetrazione ancor più drastica e repentina delle tecnologie digitali nella dimensione dei diritti sociali, anche in quegli ambiti che erano rimasti sino ad oggi più saldamente legati all'ambiente esterno al web.

Si pensi ad alcuni ambiti maggiormente coinvolti in questo mutamento: lavoro, istruzione, sanità, ricerca scientifica. Su ognuno di questi vi sarebbe molto da dire, ben oltre quanto sia possibile in queste brevi considerazioni. Ma mentre si riflette sulle pesanti conseguenze economiche del prolungato isolamento sociale, della sospensione delle attività produttive e dei rischi di indebitamento ulteriore delle persone e dello Stato, non credo possano passare sotto traccia le politiche tecnologiche che si stanno mettendo in atto e che si prefigura di stabilizzare anche nel

³⁷ P. MARSOCCHI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, cit. Particolarmente attenta ai risvolti sociali dell'accesso ad Internet anche G. DE MINICO, di cui fra gli altri: *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 6 marzo 2013; *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 4/2018.

³⁸ P. MARSOCCHI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in F. Marcelli-P. Marsocci-M. Pietrangelo (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica*, cit., 55.

dopo-emergenza: abdicare in questo momento ad una visione di insieme, sottovalutando la stretta connessione di queste politiche con le altre, significherebbe non solo replicare errori già fatti ma rischiare di produrre danni ancor più gravi e irreversibili proprio nel campo dei diritti sociali.

Procederò per spigolature e senza sistematicità, e soprattutto per domande anziché per affermazioni. Ma credo che il tempo dell'emergenza sia anche il tempo in cui fermarsi e farsi domande, affiancando all'urgenza delle risposte il recupero del senso del limite. Perché «ritrovare il limite è ritrovare la razionalità»³⁹.

Con riferimento al lavoro, ad esempio, ci si è affrettati a tessere le lodi del c.d. smartworking, o "lavoro agile" nel d.p.c.m. 8 marzo 2020, che troverebbe nell'attuale situazione di costrizione una "occasione" di decollo dalla quale –si dice in molti- sarebbe opportuno non tornare indietro.

Posto che si tratta di una modalità di lavoro flessibile già introdotta in Italia per favorire l'articolazione dei tempi e dei luoghi del lavoro subordinato, con modalità da concordare fra le parti⁴⁰, la prima domanda da porsi è se l'estensione del lavoro in remoto temporaneamente imposta dal d.p.c.m. 8 marzo 2020 possa essere stabilizzata anche nel dopo-emergenza, trasformandola di fatto in riforma strutturale di un pezzo importante del mercato del lavoro. Nessun dubbio che, *all'interno della situazione di emergenza*, la possibilità di lavorare a distanza grazie alle tecnologie digitali abbia consentito a interi pezzi del sistema di continuare a funzionare: ma dopo? Nessun dubbio, ancora, che la stabilizzazione di modalità di lavoro in remoto possa rappresentare un elemento importante di riorganizzazione per le pubbliche amministrazioni: ma questo dato è estensibile tout court alle aziende private e al lavoro autonomo?

Gli argomenti solitamente addotti, anche negli atti normativi, in favore del lavoro flessibile mediante tecnologia digitale sono prevalentemente in favore del lavoratore: la conciliazione dei tempi di vita e lavoro; il benessere organizzativo; l'esercizio dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori. Ma anche il miglioramento della produttività e della qualità dei servizi pubblici.

Si tratta di argomenti di indubbia importanza legati al contesto di origine, in quanto nati essenzialmente nell'ambito delle politiche di riequilibrio di genere e del superamento di ostacoli che hanno afflitto maggiormente le donne (cure parentali, maternità, ecc.). Ma sono proprio e soprattutto le donne, oggi, ad avvisare contro i rischi di una eccessiva e generalizzata celebrazione di questi argomenti laddove il lavoro flessibile non dovesse essere più una scelta del singolo lavoratore per proprie necessità bensì una modalità necessitata (perché imposta proprio dalla situazione di crisi del lavoro o dal datore di lavoro per interessi aziendali). Laddove vengano decontestualizzati ed estesi senza adeguata ponderazione, quegli argomenti tendono infatti a caricarsi di una certa retorica in termini di benefici attesi.

Si parla di maggior produttività e riduzione dei costi dell'impresa: ma quanti sono i costi non misurabili che vengono spostati dalle aziende ai singoli? Maggiori rischi in termini di salute (techno-stress e dipendenza tecnologica), interferenza e sovrapposizione fra tempo di lavoro e tempo di vita con alterazione dei rapporti personali e familiari, meccanismi di controllo per consentire la verifica dell'adempimento delle prestazioni, impatto organizzativo del ripensamento di uno spazio (la casa) che non è affatto il mondo neutro, duttile e poroso che gli entusiasti del "lavoro agile" presuppongono. «Tutta la serie di azioni che si svolgono all'interno delle mura domestiche (la cura dei figli è solo la più evidente), proprio perché sottratte dal campo della visibilità pubblica, sono consegnate a un riconoscimento insufficiente o affidate a una retorica, anche istituzionale, che continua a subordinarle alle logiche del lavoro e della produttività»⁴¹.

³⁹ P. BARCELLONA, *Le passioni negate*, Roma, Città Aperta, 2001, 57.

⁴⁰ V. in particolare le leggi nn. 124/2015 e 81/2017.

⁴¹ S. BURCHI, *Lavorare a casa non è smart*, in *inGenere* (<http://www.ingenere.it/>), 2. Con particolare riferimento al lavoro di formazione scolastica e universitaria, e alle ambivalenze della celebrata capacità di continuità e riconversione telematica, si vedano le efficaci osservazioni di A. MELLONI, *Il corpo del docente*, in *La Repubblica*, 16 aprile; R. PEPICELLI,

Si parla, con particolare riferimento ai lavoratori autonomi (in molti casi precari) della possibilità di riconvertirsi grazie all'uso delle tecnologie e al lavoro da casa. Ma anche in questo caso: con quali costi individuali per la difficoltà di negoziare costantemente le proprie competenze per rendere visibile e misurabile il valore di un lavoro sempre più immateriale? Con quali costi non misurabili in termini di spostamento di oneri dalle aziende ai singoli (salute, congedi parentali, gestione contabilità, pressione fiscale, ecc.)? Con quale costo sociale in termini di stabilizzazione del precariato? Saranno davvero più competitivi i professionisti che riceveranno i propri clienti online, come taluno ha ipotizzato?⁴².

Si parla infine, in termini più generali, di un presunto miglioramento della gestione del tempo: il lavoratore avrà addirittura meno bisogno di assenze per malattia o di permessi per necessità private, potendo più facilmente organizzarsi per gli adempimenti personali e familiari "senza sacrificare il lavoro". Vi è addirittura chi supporta queste considerazioni con i risultati di pseudo-ricerche compiute su campioni di lavoratori, le quali evidenzerebbero risultati positivi anche in termini di migliore e più piacevole distribuzione dei carichi domestici fra uomini e donne: «un'occhiata al computer e una alla pentola dei fagioli e alla lavatrice. A quanto pare, invece di distrarre, aiuta a concentrarsi»⁴³.

Francamente si rimane basiti di fronte alla leggerezza banalizzante e quasi offensiva di simili affermazioni; e se la situazione non fosse così grave vi sarebbe solo da riderne. Ma la situazione invece è grave e argomenti come questo e come gli altri che ho ricordato saranno, di fatto già lo sono, nell'agenda politica di uno Stato che deve decidere urgentemente come rialzarsi dalla più grave crisi dopo quella del dopoguerra. Si tratta di argomenti che pertanto non possono essere sottovalutati e che devono essere supportati, o al contrario confutati, sulla base di dati e di analisi serie di carattere economico e giuridico.

Mi pare che i punti cruciali siano tre.

In primo luogo, si rischia una colonizzazione di spazi sempre maggiori di vita privata, che vengono messi a "valore" senza che tuttavia questo valore sia reso visibile, e dunque misurabile e valutabile in termini di valorizzazione delle competenze e remunerazione. Si finisce così per confermare gerarchie consolidate, soffocando proprio quegli interessi che lo strumento del lavoro agile intendeva tutelare, cioè il benessere organizzativo e la conciliazione dei tempi e dei luoghi di vita/lavoro; e spacciandosi per maggiore autonomia l'esproprio ulteriore di tempi di vita⁴⁴.

In secondo luogo, il tanto di sé stessi e di tempo "altro" che viene impiegato rischia di dare luogo a nuove forme di sfruttamento. Il capitalismo cognitivo ha generato una sorta di «economia delle esperienze»⁴⁵, in cui «tutto è capitale umano e viene messo al lavoro» (le emozioni, le qualità inventive, le relazioni affettive, ecc.), perché il valore del soggetto deve essere competitivo in ogni ambito esistenziale. Stimolando il desiderio e l'istinto alla propria autorealizzazione si è rovesciata

University at home and distance learning: work, private sphere and the research of empathy, in *European Law And Gender* (<https://elan.jus.unipi.it/>), 16 aprile.

⁴² P. GARIBALDI, *Il mercato del lavoro si scopre smart*, in *lavoce.info* (<https://www.lavoce.info/>), 31.03.20.

⁴³ «Fermo in casa, in condizioni di autogestirsi l'orario», anche «papà si dichiara più pronto a guardare i fagioli, caricare la lavatrice, andare a prendere la figlia a scuola»: M. RICCI, *Smartworking, la rivoluzione portata dal virus. Ecco perché non torneremo più indietro*, in *la Repubblica* (<https://www.repubblica.it/>), Economia & Finanza, 28.03.2020. Una favola, per di più "politically correct" perché rispettosa dei generi, che non potrebbe essere più distante dalla realtà; sebbene ci si premuri di citare i risultati della ricerca di un centro studi tedesco su un campione di lavoratori italiani (in realtà tutti interni a un'azienda del Nord con circa 4mila dipendenti...).

⁴⁴ Sulla questione dei tempi del vivere v., fra gli altri: M. Rampazi, (a cura di), *L'incertezza quotidiana. Politica, lavoro, relazioni nella società del rischio*, Milano, Guerini ed., 2002, 139ss.; L. BALBO, *Tempi di vita. Studi e proposte per cambiarli*, Milano, Feltrinelli, 1991.

⁴⁵ Z. BAUMAN, *L'arte della vita*, cit., 160, richiamando lo studio di J.B. PINE e J.H. GILMORE, *L'economia delle esperienze. Oltre il servizio*, Milano, trad. it. Etas, 2000.

l'immagine del lavoro, sempre più spesso «autonomo», anche quando salariato: «i soggetti consentono e cooperano»⁴⁶.

Ma che ne è della sicurezza, della libertà e della dignità umana che l'art. 41 della Costituzione oppone come limiti all'iniziativa economica privata? In che termini questi limiti fondamentali potranno valere nelle modalità del lavoro agile? E' davvero possibile dare per assunto che il fatto di lavorare a casa assolvà di per sé al paradigma della sicurezza e della dignità del lavoratore? Che le cose non stiano esattamente così lo si desume, ad esempio, dalla riflessione scientifica che si è sviluppata intorno alla possibile regolazione giuridica di un "diritto alla disconnessione", quale possibile antidoto per gli effetti negativi dello smartworking sulla salute e sul benessere del lavoratore⁴⁷. Ma può ridursi a questo l'apparato di garanzie contro una nuova e pervasiva modalità di sfruttamento del lavoro? La pur condivisibile e sacrosanta battaglia per riconoscere il diritto di disconnettersi rivela cioè, a sua volta, un altro rischio: quello di perpetuare un sistema giuridico meramente difensivo, che allunga le carte dei diritti civili mentre sacrifica i diritti sociali e i meccanismi redistributivi; un giurisdizionalismo senza garanzia che annulla la dimensione sociale, riduce ogni ipotesi di conflittualità alla dimensione individualistica del singolo (o al massimo di un gruppo) che protesta e si rivolge a un tribunale, neutralizzando il momento collettivo dell'agire politico⁴⁸.

In terzo luogo, si pongono i rischi connessi alla parcellizzazione del lavoro e alla diradazione delle relazioni sociali. Ciò che è qui in gioco va ben oltre gli aspetti, pure importanti, legati al bisogno di socialità quale condizione di pieno sviluppo della persona e partecipazione effettiva alla vita del Paese, come chiaramente indicato negli artt. 2 e 3 Cost.: in questa direzione si muovono, per esempio, molte esperienze di c.d. coworking, volte a condividere risorse di tempo e di luogo fra professionisti secondo formule che mettono a valore le relazioni e il rapporto con il contesto; e che in questo senso creano interconnessioni virtuose anche con altre politiche, come quelle di rigenerazione urbana e recupero di spazi industriali (un altro grande tema nell'attuale agenda politica del governo dei territori).

Ciò che è in gioco sotto questo profilo è piuttosto il rischio di spezzare quel tipo di relazioni sociali che sono alla base del conflitto e della lotta di classe, della capacità dei lavoratori di aggregare forza dialogica e potere contrattuale. Il distanziamento sociale generato da formule di smartworking che fossero estese oltre le necessità individuali, e adottate quali strumenti di riforma non adeguatamente meditata del mercato del lavoro, rappresenterebbe un indubbio fattore di indebolimento della classe dei lavoratori: si pensi alle rsu nelle pubbliche amministrazioni, ma soprattutto alle sempre più numerose figure di autonomi e free lance per i quali il lavoro da casa non è scelta ma necessità.

⁴⁶ L. BAZZICALUPO, *L'economia come logica di governo*, in *SpazioFilosofico* (<http://www.spaziofilosofico.it/>), 2013, vol. 7, 28. Sul concetto e le dinamiche dell'assoggettamento, v. ampiamente J. BUTLER, *La vita psichica del potere*, Milano, Mimesis Edizioni, 2013: «Ciò che vorrei suggerire è che il soggetto può essere concepito come se il suo agire derivasse proprio dal potere a cui si oppone, benché tale formulazione possa sembrare scomoda e disturbante, soprattutto agli occhi di quanti credono nella possibilità di sradicare questa complicità e questa ambiguità una volta per tutte» (55).

⁴⁷ Primi tentativi di regolazione del diritto di disconnessione volti a ridurre il lavoro da remoto informale e irregolare si registrano in Francia e in Germania, per lo più a livello di contrattazione collettiva e di prassi aziendali. La legge francese n. 1088 del 2016, in particolare, ha introdotto il diritto alla disconnessione fra le materie oggetto della negoziazione annuale obbligatoria per le imprese: ma le modalità di attuazione del diritto sono ancora di fatto rimesse alla discrezionalità del datore di lavoro. Questo diritto è stato previsto anche dalla legge italiana n. 81/2017, che non lo qualifica espressamente ma rinvia all'accordo tra le parti e alla contrattazione collettiva la necessità di prevedere misure tecniche e organizzative necessarie per assicurarne l'effettiva realizzazione (art. 19). Per un approfondimento: M. LEONE, *Autonomia/subordinazione: realtà parallele con punti di incontro*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), fasc. 4/2019; C. SPINELLI, *Tutti i rischi dello smart working*, in *InGenere* (<http://www.ingenere.it/>), 5.9.17.

⁴⁸ P. BARCELLONA, *Le passioni negate*, 135.

Esisteranno ancora le possibilità concrete di scioperare? Di certo, per lo sciopero, non è prevista modalità in remoto, perché occorre parlarsi, discutere, organizzarsi. Occorre, prima di tutto, conoscersi: aver condiviso disagi, aspettative deluse, bisogni familiari importanti, pause alla macchina del caffè per raccontarsi frammenti di vita, soste all'uscita della fabbrica in cui ci si attarda sulla previsione di altre possibilità. Poi, per mezzo dei social, si può fare il resto.

Per non parlare delle forme di lavoro più umile o al nero, che non possono avere accesso al lavoro agile: non c'è smart technology che tenga, qui. Eppure, per fronteggiare le gravissime ricadute economiche dell'emergenza Covid-19, il Governo ha stanziato contributi una tantum da elargire anche ai lavoratori al nero per sopperire alle esigenze di vita fondamentali: suona quasi un ossimoro; ma è la prova che esistono. Anzi, come taluno ha già avvisato, la prospettiva per queste forme di lavoro più fragile è quella di essere attratti nel meccanismo perverso di incremento occupazionale offerto dai «grandi giganti della rete» e dei servizi di vendita online, come dimostrano le 100.000 assunzioni addizionali annunciate da Amazon nei suoi stabilimenti dislocati nel mondo. Si tratta di una prospettiva a dir poco beffarda perché indica chiaramente come questa emergenza (rectius, la mancanza di una efficace contro-politica economica) «rischi di rafforzare chi già aveva una posizione di tipo monopolistico nel mercato con conseguenze negative ampiamente accertate sulla distribuzione dei redditi. Quei 'giganti' distribuiscono poco reddito ai lavoratori, specie i più 'deboli', e molto, moltissimo reddito ai manager; in più il contributo che danno alle casse dello Stato attraverso il pagamento di imposte è quasi sempre irrisorio per la poco responsabile corsa di alcuni stati a riservare loro condizioni fiscali particolarmente vantaggiose»⁴⁹.

Tutto questo per dire che lo strumento tecnologico deve essere certamente valorizzato ma non celebrato; e deve essere valorizzato con cautela, in modo mirato e con gli opportuni distinguo, all'interno di politiche articolate in cui le dimensioni concrete dell'esistenza siano tenute in stretta connessione: pena il rischio di replicare la storia delle politiche di e-government e la confusione fra tecnologia come strumento e tecnologia come obiettivo in sé, a discapito di reali vantaggi, sia di carattere economico-occupazionale per la collettività, sia inerenti la dignità dei singoli lavoratori.

Il capitalismo cognitivo non può assorbire le politiche economico-occupazionali. Riporre nel primo aspettative generalizzate e non calibrate di rilancio delle seconde rischia di riprodurre gerarchie consolidate, ma ancor più ipocrite perché ammantate di modernità.

Considerazioni analoghe possono farsi per la scuola, per le università, per la sanità, per la ricerca scientifica, ecc., cioè per gli ambiti nei quali si giocano le chances concrete di giustizia sociale e di pieno sviluppo della persona.

A fronte dei tagli pubblici degli ultimi decenni e della competitività feroce che ne è derivata anche laddove competitività non dovrebbe esserci (come nell'istruzione e nella ricerca scientifica), a fronte di una sovranità di algoritmi che assoggetta gli individui e la libertà della ricerca a valutazioni quantitative di stampo efficientista ben lontani da quei parametri fissi che ho ricordato a proposito degli artt. 2 e 3 Cost., a fronte degli slanci in avanti di quanti prefigurano l'estensione della didattica online per favorire studenti che disporrebbero di più tempo per apprendere -oltre a diminuire traffico e congestione urbani-, a fronte di università che diverrebbero più competitive anche sul piano internazionale per le capacità di didattica a distanza, a fronte di applicazioni in grado di tracciare le persone per rilevarne i dati sanitari a fini di tutela della salute collettiva, ebbene a fronte di tutto questo l'emergenza in atto oppone altro: aiuti economici alle famiglie in difficoltà e persino ai lavoratori al nero, cioè a coloro che non sono affatto competitivi; rinvio delle valutazioni algoritmiche, giudicate evidentemente non essenziali rispetto alle attività universitarie che intanto i docenti riescono a proseguire, in gran parte grazie alle tecnologie, offrendo continuità di didattica

⁴⁹ M. FRANZINI, *Il Covid-19 e le diseguaglianze economiche*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 8 aprile 2020.

e di discussione scientifica (chissà se e come questi elementi rientreranno nei prossimi parametri VQR)⁵⁰; studenti che creano di propria iniziativa classi virtuali, parallele a quelle della didattica ufficiale, per studiare insieme e scambiarsi materiali e consigli; assunzioni di massa e repentine di medici e infermieri; necessità di rendere pubblicamente accessibili e dialoganti i dati scientifici e farmacologici in possesso dei grandi centri di ricerca privati⁵¹; dispositivi medici prodotti da piccole imprese locali grazie alla disponibilità di lavoratori a rischio di contagio; ospedali da campo messi in piedi da volontari; gruppi di acquisto locali che vanno ricostituendosi dopo lo sterminio generato da centri commerciali e grandi catene distributive. Si potrebbe continuare.

Qual è il filo rosso delle molteplici esperienze concrete che vanno accalcandosi in questo periodo di emergenza?

Sarebbe un errore grave liquidare quelle esperienze come semplice frutto della solidarietà, cooperazione e buona volontà delle persone che puntualmente riemergono nei tempi di difficoltà. È vero, le dinamiche di tipo solidaristico esistono ed hanno un ruolo importante. Ma non dimentichiamo che c'è anche, sempre, chi specula sui molti aspetti dell'emergenza. Nulla di nuovo sotto il sole.

I termini più importanti e urgenti della questione sono piuttosto le *indicazioni politiche* che emergono dall'esperienza concreta di questa emergenza. Perché queste indicazioni hanno a che fare con la ricalibrazione del rapporto fra le categorie dei diritti, con le cause generative della disuguaglianza sociale ed economica e i parametri fissi posti dalla Costituzione, con il ruolo del sistema pubblico, con gli obiettivi e gli strumenti delle politiche, con la differenza fra strategie di governo dell'emergenza e politiche pubbliche.

5. Realtà sociale vs. media sociali: alleanza delle vite, sistema pubblico, programmazione delle politiche. Siamo ancora in tempo per invertire la rotta e ripartire dai diritti sociali?

Provo a riassumere le riflessioni sparse per orientarle al dopo-emergenza, mantenendo la traiettoria delle lezioni apprese e dei rischi da evitare: una prospettiva di certo meno ambiziosa e velleitaria della ricerca di soluzioni, tanto più in tempi in cui le dinamiche dei *social media* tendono a trasformare il confronto delle opinioni in conflitto delle verità; ma forse più utile pragmaticamente di fronte a tempi molteplici di grande delicatezza e complessità.

Mi pare che le evidenze più significative rispetto al ruolo che Internet e i social media potranno avere nelle politiche pubbliche a venire siano riconducibili entro tre direttrici.

La prima nasce dalla conferma (ammesso che ve ne fosse bisogno) della necessità di abbandonare una volta per tutte l'illusione liberale/illuministica che la libertà e la formazione della personalità siano legate prevalentemente all'esercizio dei diritti civili e politici. Nelle condizioni materiali da cui dipende l'esercizio dei diritti sociali e nelle dinamiche redistributive delle risorse e delle opportunità risiede l'anima emancipante della democrazia sociale e la pre-condizione ultima del "pieno sviluppo della persona".

⁵⁰ Efficaci gli argomenti della lettera aperta *Università, al ministro e ai rettori: i docenti non sono "droni" della didattica. Le lezioni online sono una pallida alternativa*, 14 aprile 2020, in *Rete29Aprile* (<https://www.rete29aprile.net/>)

⁵¹ Si veda la prospettiva di un "comunismo scientifico" avanzata da alcuni economisti italiani: cfr. in particolare E. BRANCACCIO-U. PAGANO, *Stop private speculation in covid-19 research. An "anti-virus" economic plan for a collective sharing of scientific knowledge on the pandemic*, in *TheScientist* (<https://www.the-scientist.com/>), 23 marzo 2020; E. BRANCACCIO-R. REALFONZO-M. GALLEGATI-A. STIRATI, *With or without Europe. Italian economists for an "anti-virus" plan*, in *Financial Times* (<https://www.ft.com/>), 13 march 2020.

Questo assunto vale sempre, come aveva già affermato Piero Calamandrei con la consueta e fulminante chiarezza⁵². Ma vale tanto più nelle situazioni di crisi e di emergenza, poiché è in questi frangenti che sono messi in pericolo primariamente i beni essenziali dell'esistenza e le persone che la vita ha già reso economicamente o socialmente più fragili.

Il rischio che qui occorre evitare è quello di un'egemonia dell'emergenza che autoalimenta se stessa e che fa della retorica della crisi e del sacrificio una modalità di governo.

Fino ad oggi, questo tipo di logica è stata ampiamente funzionale alle politiche neoliberiste, perché sapientemente agganciata agli orizzonti di spaesamento e insicurezza sociale: la paura costituisce «l'orizzonte insuperabile del capitalismo neoliberista», nel quale l'emergenza tende a perdere progressivamente il suo carattere di eccezionalità e a divenire permanente; e se «col variare della crisi varia il tipo di paura», la politica neoliberista «si esercita nel continuo passaggio dalla crisi economica a quella climatica, energetica, occupazionale, migratoria, e così via»⁵³. Il paradosso è la riattivazione di «una semantica sacrificale che sembrava definitivamente oscurata proprio dall'avvento del neoliberalismo e del suo imperativo al godimento»⁵⁴: il sacrificio richiesto per superare la crisi tradisce le promesse di salvezza e si rivela funzionale a una «liturgia del debito che il soggetto ha il dovere di assumere su di sé», in linea con quella nozione di «capitale umano» che implica «il fatto di condurre una vita come un'impresa»⁵⁵. Non solo, in questo modo si insinua l'idea di uno stato di straordinarietà in cui le capacità individuali e collettive sono messe fuori gioco e occorre una razionalità superiore cui affidare la ricerca delle risposte e la assicurazione circa i destini delle persone; la vita viene rappresentata come uno stato di permanente «bisogno su uno sfondo di oggettiva scarsità»⁵⁶; e la crisi diventa il «sintomo di un rimosso, di un immaginario spettralizzato, che inchioda le vite in un orizzonte indecidibile in cui è sospesa ogni forma di aspettativa»⁵⁷.

Oggi il tipo di emergenza che si è imposto ha in effetti caratteristiche in parte inedite, che hanno sparigliato le carte e messo a nudo la fragilità (rectius, il bluff) di alcuni capisaldi di quella logica. Il capitalismo cognitivo non basta, il «cittadino digitale» imprenditore di sé stesso è un soggetto fragile pressato da un rinnovato bisogno di *compresenza*: relazioni nei luoghi di lavoro, personale stabile – e quindi formato e competente- nei vari comparti del sistema pubblico, ricercatori non competitivi che costruiscono un sapere scientifico pubblico essenziale.

Valga una domanda come cartina di tornasole: perché, fra i molti temi che stanno impegnando i costituzionalisti in queste settimane rispetto al governo dell'emergenza (limiti alle libertà, fonti del diritto, rapporto Parlamento-Governo, ecc.), grande attenzione sta suscitando quello dell'opportunità o meno di applicare la modalità in remoto per l'attività e il voto dei parlamentari? La preoccupazione è, evidentemente, quella di assicurare la continuità dell'organo rappresentativo,

⁵² Cfr. in particolare P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia, 1975.

⁵³ S. VIDA, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù*, cit., richiamando M. LAZZARATO, *Il governo dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013. Si rileggano le fulminanti parole di Walter Benjamin: «Nel capitalismo può ravvisarsi una religione, vale a dire, il capitalismo serve essenzialmente alla soddisfazione delle medesime ansie, sofferenze, inquietudini, cui un tempo davano risposta le cosiddette religioni» (*Scritti politici*, a cura di M. Palma, introduzione di G. Pedullà, Roma, Editori Internazionali Riuniti, 2011).

⁵⁴ M. ESPOSITO, *Sacrificio. Sulla matrice religiosa della relazione tra debito e credito*, in F. Zappino-L. Coccoli-M. Tabacchini (a cura di), *Genealogie del presente*, cit., 207-208.

⁵⁵ M. ESPOSITO, *Sacrificio*, cit., 215-216. L'Autrice richiama in particolare F. EWALD, *L'État Providence*, Éditions Grasset, Paris, 1986, 180 e M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-79)*, Milano, Feltrinelli, 2005, sul concetto di capitale umano elaborato dalla scuola americana di Chicago degli anni '80.

⁵⁶ L. BAZZICALUPO, *L'economia come logica di governo*, cit., 25.

⁵⁷ L. BAZZICALUPO, *Politicità del mercato e la crisi come sintomo*, in *Cosmopolis* (<http://www.cosmopolisonline.it/>), n. 1-2/2017. Cfr. anche L. BAZZICALUPO, *L'immaginario della crisi e lo spettro del cambiamento: falso movimento*, in L. Bazzicalupo-L. Tucci (a cura di), *Il grande crollo. È possibile un governo della crisi economica*, Milano, Mimesis, 2010.

e la sua capacità di decisione e di controllo rispetto all'operato del governo e a decisioni fondamentali in tema di libertà. Ma perché, se tutti concordano su questa necessità, vi sono poi molti dubbi e resistenze sulla possibilità di interpretare estensivamente il termine *presenza* contenuto nell'art. 64, mentre immediata è stata l'adozione di modalità in remoto per tutte le altre attività del comparto pubblico? La domanda è retorica, ovviamente. Ma il timore vero, di là dalle cautele comprensibili nell'interpretare estensivamente taluni principi consolidati del costituzionalismo e di là dalla divergenza delle opinioni, emerge chiaro da tutte le posizioni: salvaguardare la compresenza fisica di un'istituzione che ha bisogno di dialogo, relazioni, gestualità, confronti anche estenuanti, dissenso. Perché il Parlamento non è un "votificio" e l'attività parlamentare non è indirizzata soltanto a consentire votazioni⁵⁸.

In altre parole, allorché si è paventato l'utilizzo delle modalità di lavoro e voto in remoto per il Parlamento, è emerso in modo inequivocabile il vero nucleo del problema: quello dei rischi legati al *distanziamento*. Per questa ragione, anche fra coloro che si dichiarano propensi a un'interpretazione estensiva del concetto di presenza, si sottolinea la necessità di valutazioni attente, con introduzioni mirate dell'uso delle tecnologie, e distinzioni circa i casi nei quali occorre mantenere l'obbligo di compresenza fisica (ad esempio il voto segreto).

Ma quando ci si sposta dall'ipotesi dell'uso parlamentare delle tecnologie all'utilizzo per così dire comune, allora i timori giuridici tornano ad essere legati prevalentemente alle possibili violazioni dei diritti classici: *privacy*, pluralismo informativo⁵⁹. Il problema legato ai rischi di censura è ovviamente concreto e insidioso, oltre che antico: sono ben noti i malumori del potere egemonico incline al pensiero unico, e i suoi tentativi di controllo nei confronti dei mezzi che consentono di alimentare e diffondere opinioni critiche e dissenzienti. Ma considerare questo aspetto in modo disgiunto dal rischio di distanziamento sociale che i social media nel contempo alimentano, seppur nella pluralità di idee che certamente consentono, sarebbe come imbracciare un'arma spuntata: significherebbe lasciare scoperto uno dei due fianchi, e consentire a quello stesso potere egemonico di recuperare terreno e controllare in altro modo.

Tanto sconcerto suscitano le misure di distanziamento sociale transitoriamente imposte per arginare il contagio (che pure la Costituzione ammette per ragioni di sanità e sicurezza)⁶⁰; ma in molti non esitano a liquidare la presenza degli studenti con i docenti o dei lavoratori con i propri simili nel celebrare le lodi dell'online anche per il dopo-emergenza; e non impressionano le forme di distanziamento indotte dai social media, assai più subdole perché meno visibili e più dannose perché permanenti.

Ebbene, ripartire dai diritti sociali è ribadire un bisogno di compresenza e corresponsabilità che nulla ha a che fare con una certa retorica buonista che affligge –ahimè– le narrazioni attuali sulla solidarietà, bensì con quel tipo di socialità sottesa ai paradigmi costituzionali di partecipazione, pluralismo, cooperazione, conflitto.

Il secondo rischio è quindi quello di trasporre e consolidare nel dopo-emergenza le singole "decisioni" e "strategie" adottate nell'emergenza, spacciandole per "politiche pubbliche".

⁵⁸ Cfr. in particolare, fra gli altri, i commenti di Lara Trucco e di Nicola Lupo nel dibattito online del 3 aprile 2020, in *Parlamento aperto: a distanza o in presenza? (Il appuntamento)*, dibattito facebook (per il secondo v. anche *Perché non è l'art. 64 a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), fasc. n. 3/2020).

⁵⁹ Si veda ad esempio il clamore suscitato dal comunicato stampa dell'Agcom il 19 marzo 2020, in cui si chiede ai social network come Youtube, Facebook e Twitter di rimuovere i video con informazioni false o anche solo "non corrette", o non diffuse da fonti scientifiche accreditate.

⁶⁰ Altra questione è quella delle fonti normative utilizzate per introdurre tali limiti, sulla cui legittimità v'è più di un motivo per dubitare: si rinvia, su questo, ai molti commenti apparsi in questi giorni.

I presunti e diffusi benefici delle smart technologies che la popolazione italiana (e non solo) ha forzatamente sperimentato in questi mesi, e dai quali –si dice- bisognerebbe non tornare indietro, sono un esempio. Ma il consolidamento di questi strumenti, come ho cercato di dimostrare, porta con sé ben altra complessità di aspetti, che toccano il cuore delle garanzie dei diritti, non solo quelli civili e politici bensì anche quelli sociali. La loro introduzione e regolazione andrà quindi ben ponderata e calibrata in relazione alle singole politiche e alle molte articolazioni di queste: avallare adesso con troppa disinvoltura slanci in avanti rispetto a un'estensione diffusa dell'uso delle tecnologie rischierebbe di fiaccare proprio ciò che andrà maggiormente salvaguardato nel ritorno ai tempi ordinari, cioè le difese immunitarie contro le dinamiche antidemocratiche.

Il fatto è che le scelte indotte dalle situazioni d'emergenza non sono politiche pubbliche bensì strategie: le prime sono caratterizzate da processualità, programmazione, pianificazione, visione di lungo periodo; le seconde –al contrario- da singoli atti, immediatezza, contingenza, breve periodo. E soprattutto da eccezioni che in tempi ordinari sarebbero inammissibili, perché si trasformerebbero nel loro opposto e cioè da strumento di salvataggio in rotture del sistema. Rispetto a questo rischio, la peculiare situazione di emergenza legata al Coronavirus ha di certo portato molti aspetti del sistema costituzionale al punto estremo della loro tenuta.

Come ho già ricordato, le politiche pubbliche si costruiscono in "tempo di pace", quando l'intero corpo sociale è meno sensibile all'angoscia dell'accaduto; e tuttavia facendo tesoro delle lezioni apprese. Anche su questo l'emergenza attuale ci dice qualcosa.

Le esperienze concrete vissute in questi mesi sembrano essere entrate a gamba tesa proprio nei settori che erano stati più pesantemente colpiti dalle politiche economiche degli ultimi anni (lavoro, scuola, università, sanità, autonomie locali), rivendicandone violentemente la centralità.

Non solo: quelle esperienze rivendicando a chiare lettere il ruolo insostituibile del sistema pubblico nel presidiare i paradigmi basilari della democrazia sociale e della capacità dello Stato di riaprirsi alla programmazione, quale modo fisiologico di concepire e ordinare i rapporti tra politica, interesse sociale ed economia. La programmazione è capacità ordinante e razionalizzante dei processi decisionali, «meccanismo riflessivo» necessario per la coerente prefigurazione delle finalità, degli obiettivi e dei mezzi delle politiche⁶¹; mentre è ben noto come il decisionismo indotto dal mito della governabilità e dallo stato di continua emergenza abbia soffocato il respiro di lungo periodo che dovrebbe caratterizzare la costruzione delle politiche, appiattendole su risposte contingenti e disorganiche: negli ultimi anni, i limiti e la dannosità dell'andamento sincopato e schizofrenico dell'agire pubblico si sono mostrati con particolare veemenza, soprattutto nell'ambito delle politiche economico-sociali e di quelle di governo dei territori.

E ancora. Le specificità di questa emergenza pandemica, che nel colpire tutti (ma con effetti più gravi e duraturi per chi era già più fragile) si è insinuata nei risvolti più minuti e concreti delle esistenze, rivendica un certo tipo di programmazione e di pianificazione, non più verticistiche e tecnocratiche ma trasparenti e dinamiche. È l'irriducibilità delle cose ultime che chiama in causa la «politica dei piccoli passi» di Norberto Bobbio, o la «politica del piede di casa» di Federico Caffè: «una programmazione per gli uomini comuni ... tendente, più che a un diverso "modello di sviluppo", a differenti condizioni di vita civile»⁶².

⁶¹ «Pianificare significa decidere sulle decisioni... stabilire le premesse decisionali per decisioni future»: N. LUHMANN, *Stato, diritto e sistema sociale*, Napoli, Guida Editori, 1978, 133. In generale: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, 284; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, 1997, 35ss.; R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, n. 4/2017, 647ss.

⁶² Cfr., rispettivamente, N. BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Torino, Einaudi, 1996, 136; B. AMOROSO, *Federico Caffè. Le riflessioni della stanza rossa*, terza edizione riveduta e aggiornata Castelvechchi, Roma, 2017, 88.

Questa emergenza, nella quale alcuni pezzi del sistema pubblico hanno retto le sorti dell'intero Paese grazie allo sforzo delle singole persone, che si sono spese ben oltre quanto la disponibilità delle risorse pubbliche avrebbe teoricamente consentito, rilancia un'idea rinnovata e irrobustita dell'identità e della missione di quello stesso sistema: un "pubblico" che equivale a un certo tipo di "politica", ad un certo modo del decidere (l'art. 2 Cost. parla di "solidarietà politica", oltre che economica e sociale).

Non bisogna aver paura delle parole, anche queste sono malate da tempo. Come dice Vincenzo Atripaldi, bisogna «ripolitizzare la democrazia», restituirla ai circuiti decisionali, agli obiettivi e agli strumenti della democrazia sociale⁶³.

Infine, il terzo nodo riguarda il rischio di trasporre gli strumenti delle politiche sul piano degli obiettivi. Anche qui le lezioni apprese non mancano; e quello delle tecnologie è solo un esempio, sebbene fra i più rilevanti. Come ho già detto è storia in gran parte nota, e ne ho ricordato le tappe essenziali.

Tuttavia, anche qui le specificità dell'emergenza legata al Coronavirus mettono in evidenza maggiore taluni aspetti più trascurati sino ad oggi.

Innanzitutto, il fatto che i diritti sociali non sono per nulla immuni dai problemi di neutralità della Rete, ed anzi costituiscono la cartina di tornasole più autentica e veritiera della tenuta del sistema di giustizia sociale delineato in Costituzione.

L'euforia degli aggettivi utilizzati negli ultimi vent'anni per accompagnare e rinnovare talune categorie fondamentali del costituzionalismo è emblematica: e-democracy, e-participation, cittadinanza digitale, agenda (politica) digitale, diritti digitali, ecc. Espressioni che sono state troppo benevolmente accolte (e inflazionate) nel loro senso a-tecnico di meri indicatori di obiettivi e linee di tendenza⁶⁴; ma che risultano invece pericolosamente funzionali all'indottrinamento demagogico di una «democrazia senza qualità»⁶⁵, e come tali improprie, inopportune, irritanti.

La c.d. democrazia elettronica e le altre categorie non esistono, dal momento che l'aggiunta dell'aggettivo –in quanto espressivo soltanto dell'utilizzo di un certo strumento- non può valere di per sé a qualificare qualitativamente un certo tipo di società e di democrazia. Esiste piuttosto un'azione pubblica che sceglie i mezzi più adeguati per realizzare i propri obiettivi, orientandone l'utilizzo verso la realizzazione del modello di democrazia cui si ispira.

E in un modello di democrazia sostanziale, ispirato a valori di eguaglianza, solidarietà e giustizia sociale, una volta scelto il mezzo non è consentito al sistema pubblico di disinteressarsi delle modalità e degli effetti del suo utilizzo; al contrario, le scelte politiche in ordine agli effetti che si vogliono realizzare tramite l'utilizzo del mezzo tecnologico divengono uno dei principali misuratori della qualità e dell'efficacia dell'agire pubblico.

Purtroppo, continua ad essere terribilmente attrattiva la retorica delle virtù salvifiche dei nuovi media, ma oggi con l'aggravante dell'uso (e abuso) di alcune parole chiave: autonomia, partecipazione, socialità, benessere lavorativo, produttività. Si tratta non a caso dei valori fondanti del costituzionalismo emancipante e della democrazia sociale, perché costole del valore ultimo, quello della dignità dell'esistenza. Eppure, si tratta anche, a conti fatti, dei valori maggiormente feriti dai rischi di mistificazione che affliggono la gran parte delle politiche tecnologiche.

Il fatto è che si tratta di politiche bicefale, solo in parte generate dalle regole dell'ordinamento giuridico ufficiale. È stato già ricordato, dagli studiosi più attenti, come i social media siano in realtà

⁶³ V. ATRIPALDI, *Costituzionalismo e ripolitizzazione della democrazia*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 1/2019.

⁶⁴ Per alcuni chiarimenti, P. COSTANZO, *Avete detto "diritti digitali"?*, in *Tecniche normative* (www.tecniche normative.it), 13 luglio 2016, 1ss.

⁶⁵ A. DI GIOVINE-M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), n. 2/1993, 321ss.

catturati da un sistema regolatorio per lo più parallelo, alternativo, per nulla neutrale ed anzi in gran parte antagonista perché determinato da rapporti di forza di carattere squisitamente economico. A fronte di questo sistema normativo parallelo, parte integrante del più ampio sistema regolatorio generato dalla global economic governance, quello ufficiale mostra tutta la propria impotenza poiché è un diritto reattivo giocato tutto in difesa: «chiamato in causa, se fosse necessario, non per regolare gli effetti sociali positivi (espansione delle libertà) cagionati dal nuovo fenomeno, ma gli effetti sociali negativi, cioè le violazioni del diritto positivo vigente da quelle occasionate (violazione *privacy*, cyberbullismo, contenuti illeciti, ecc.)⁶⁶. A rimanere assai più gravemente esposta e priva di presidi è la libertà di autodeterminarsi nella vita reale prima che in Rete, mediante meccanismi predefiniti di induzione al consumo, alle scelte, all'interpretazione della realtà; perché un diritto prevalentemente reattivo difficilmente può riuscire a bilanciare il mito della "socializzazione produttiva" delle smart technologies (generato da valutazioni di carattere economico-efficientista) con i "costi sociali" del loro impiego in termini di isolamento, perdita di autonomia, sfruttamento, salute, precarizzazione, frammentazione dello spazio pubblico, azzeramento del conflitto sociale⁶⁷.

Ebbene, se il "distanziamento sociale" che ha tanto impressionato l'opinione pubblica nell'emergenza da Coronavirus è quello che ha limitato temporaneamente le libertà di circolazione e di spostamento fisico delle persone per limitare il contagio, mi pare che il vero distanziamento sociale, più pericoloso perché meno visibile e più subdolo, sia in realtà quello messo in atto dall'abbraccio perverso fra le regole tecno-finanziarie che governano i social media e le politiche nazionali che prospettano con troppa facilità estensioni delle attività in "remoto" – grazie al supporto tecnologico- nei settori nevralgici della democrazia sociale (come l'istruzione e il lavoro).

Del resto, il celebre esperimento di psicologia sociale condotto da Stanley Milgram nel 1961 aveva drammaticamente dimostrato proprio questo: la relazione che esiste fra distanziamento sociale, autorità e totalitarismo. Con l'accrescersi del primo diminuisce progressivamente la capacità di percepire le conseguenze dannose di regole o comandi ingiusti, e quindi la capacità di interrompere la sequenza di azioni ingiuste, di reagire, di dire no. Le nuove forme di distanziamento sociale oggi fornite a buon mercato dai social media si saldano con l'autoritarità continuamente chiamata in causa dalle politiche dell'emergenza. E il passo verso forme di rinnovato totalitarismo è breve, se è vero (come ben diceva Hannah Arendt) che questo altro non è che un potere sollecitato dalle paure che esso stesso genera, che costruisce i propri strumenti di governo sulla promessa di efficacia anziché sulla richiesta di legittimazione, che non produce più libertà ma si esercita in sue continue limitazioni⁶⁸.

È di certo in atto uno scontro sul diritto, come dice Alessandra Algostino: «fra diritto del costituzionalismo e diritto della global economic governance; uno scontro sul diritto che si presenta quale epifenomeno di un processo che dal campo economico è trascinata in quello politico, sociale, antropologico, denudando, fra l'altro, la natura del rapporto fra democrazia e capitalismo»⁶⁹.

Questo scontro richiama a sua volta uno scontro di "tempi": quello dei social network e quello delle Costituzioni. Il ritmo segnato dai social network, la frammentazione dello spazio pubblico, l'immediatezza delle risposte ai problemi politici e sociali rende via via più difficile programmare nel

⁶⁶ M. PIETRANGELO, *Sulle libertà dopo i social media*, cit., 14.

⁶⁷ Al contrario, il sistema regolativo alternativo sottostante i social media, sebbene formalmente interno all'ordinamento giuridico costituito, tende a forzare quest'ultimo e a negarne le regole democratiche: una devianza o alterità che «non pare occasionale o derivata», bensì «connaturata al modello stesso. Si tratta di un carattere a tratti eversivo, che dunque faticosamente si presta ad essere arginato mediante le sanzioni proprie del diritto positivo; che appaiono inefficaci, se non addirittura insufficienti nella loro parzialità» (M. PIETRANGELO, op. ult. cit., 16).

⁶⁸ H. ARENDT, *Sulla violenza* (1970), Parma, Guanda, 2008. Più di recente, in senso analogo, Martha Nussbaum parla di «monarchia della paura»: *The Monarchy of Fear. A Philosopher Looks at Our Political Crisis*, New York, 2018.

⁶⁹ A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, 201.

tempo in termini di stabilità: «il tempo delle costituzioni, tale e come lo abbiamo conosciuto fino ad ora, non è coerente con le caratteristiche dello spazio pubblico che si è configurato da pochi anni attraverso i social network»⁷⁰.

In mezzo sta il tempo delle vite, sospinte da una parte all'altra insieme ai bisogni e valori di cui sono tacitamente ma autenticamente espressione. Volutamente estremizzando, si potrebbe dire che i diritti civili e politici sono caduti prima e più facilmente in ostaggio del tempo dei social network, mentre i diritti sociali si dimostrano meno porosi, come anche l'attuale e più articolata situazione di crisi sta dimostrando: perché è nello spazio dei diritti sociali che maggiormente resiste la necessità di condizioni di presenza, di relazioni e di socialità, quale terreno insostituibile ove si giocano il pieno sviluppo della persona, la sua capacità concreta di cittadinanza e di sovranità.

C'è «un tempo costituente della moltitudine» che ad un certo punto chiede di essere agito, osserva Giuseppe Filippetta in un bel testo recente che rilegge in una chiave non consueta l'origine resistenziale della Costituzione⁷¹.

Oggi c'è un tempo delle vite concrete che esprimono valori e bisogni di giustizia sociale che, sebbene vengano in gran parte proclamati "dentro" alla Rete, nel frastuono fintamente comunicativo dei social media, tuttavia necessitano di essere agiti "fuori", nel confronto costante dei vissuti, delle strategie di invenzione del quotidiano, delle lotte comuni per costruire condizioni di vita dignitose per tutti. È l'«alleanza dei corpi» da cui nascono visioni e progettualità politiche altre, concrete, possibili, agibili; perché è nei luoghi e nei tempi della presenza fisica, nelle relazioni di prossimità che emergono altri racconti, alternativi e antagonisti a quelli ufficiali dei sistemi regolatori egemonici.

E i racconti che emergono dalle vite sono in genere alleati del costituzionalismo emancipante, compagni della democrazia sociale perché ne incarnano i valori senza possibilità di mistificazione⁷². Perché le vite e i loro racconti sono grandi bacini di letture della realtà e di indicazioni politiche. Ne è ben consapevole, e non da ora, chi ha utilizzato questo particolare angolo visuale per affrontare i temi più caldi della giustizia sociale: si pensi ai lavori di Rocco Scotellaro sulle biografie contadine; di Gianni Bosio sul pensiero operaio; di Danilo Dolci sui braccianti siciliani; ma anche, più di recente, a quelli di Enzo Scandurra sulle periferie urbane⁷³, di Paolo Cendon sul disagio psichiatrico e sociale⁷⁴. Ma si pensi anche a scritti autobiografici di autori "comuni" che, attraverso le domande esigenti dell'esistenza, mettono di fatto a nudo il sistema nei suoi punti più fragili, inadeguati, irrisolti⁷⁵. Il crescente uso del registro narrativo –in particolare biografico e autobiografico- anche

⁷⁰ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 3/2019, 6.

⁷¹ G. FILIPPETTA, *L'estate che imparammo a sparare. Storia partigiana della Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 2018. V. in proposito il commento di S. CALAMANDREI, *Il potere nasce dalla canna del fucile? Tra resistenza e Costituzione*, in *Il Ponte*, n. 6-II, 2019, 370ss.

⁷² Sull'uso della Costituzione da parte dei movimenti, in una prospettiva antagonista che la rende compagna del conflitto sociale, A. ALGOSTINO, *Settant'anni di "uso" della Costituzione: da patto sociale a progetto alternativo?*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 2/2018, 122ss.

⁷³ E. SCANDURRA, *Vite periferiche. Solitudine e marginalità in dieci quartieri di Roma*, Roma, Ediesse, 2012.

⁷⁴ P. CENDON, *I diritti dei più fragili. Storie per curare i danni esistenziali*, Milano, Rizzoli, 2018.

⁷⁵ Fra i moltissimi che si potrebbero citare, v. per tutti S. Iaconesi–O. Persico, *La cura*, Torino, Codice edizioni, 2016, ove si prende di petto il tema ambiguo della dimensione "pubblica" e istituzionale della malattia: i due autori raccontano l'irruzione del cancro nella vita individuale e di coppia non tanto o non solo come forma di lotta ai molti tabù che ancora circondano questa malattia quanto, e soprattutto, con l'intenzione di mettere in discussione gli assetti consolidati e più criticabili delle procedure mediche, dell'accessibilità e del regime dei dati sanitari, dei protocolli di individuazione dei tipi di intervento e di cura. Di particolare significato le pagine in cui si raccontano le difficoltà affrontate per ottenere la cartella clinica e –soprattutto- immagini leggibili, in evidente contrasto con la grande enfasi posta sul tema degli *open data*: «Erano due cd con il logo dell'ospedale. Mentre li inserivo nel lettore del mio computer mi contenevo a stento: avrei finalmente stampato l'immagine del mio cancro. (...) Volevo scavare più a fondo nella riappropriazione del mio

nella riflessione giuridica appare un segnale assai significativo della necessità invocata dall'art. 3, comma 2, Cost. di mantenere aperto e dialogante il rapporto fra il diritto e le vite⁷⁶.

Il senso politico del racconto dei vissuti assume una portata di grande rilievo in determinati frangenti, perché mettendo in risonanza le vite consente di restituire valore (cognitivo e normativo) all'esperienza, di ripattuare significati, di costruire visioni collettive altre, di agire di concerto.

Non è un caso che, anche in questo peculiare frangente legato all'emergenza Coronavirus, si cominci ad assistere, dopo il boom scomposto e alluvionale delle reazioni sui social, alla riappropriazione del bisogno di racconti più estesi e di maggior respiro, da parte di addetti ai lavori e non solo, nei quali le riflessioni più strettamente esistenziali si intrecciano con quelle che evidenziano palesemente il senso percepito dei valori della democrazia sociale e, soprattutto, del tipo di sistema pubblico chiamato a presidiarli⁷⁷.

Questi racconti sono chiari nei messaggi che lanciano, semplici nella linearità e coerenza delle indicazioni che esprimono. Ma "semplice" non equivale a "facile", sebbene si tratti di termini considerati fungibili: semplice, da *sim-plex*, è ciò che è composto da una parte soltanto, piegabile in un modo soltanto, è un'indicazione che non contempla alternative o altre possibilità (come invece duplice, triplice, ecc.); mentre facile, forma sincopata di *facibile* (da *facere*), è ciò che può farsi agevolmente.

Forse il dilemma politico dei social media è proprio nella sua "semplicità", ossia nella nitidezza del nucleo della questione: una nitidezza che riflette gli interessi dei più ma è scomoda agli interessi dei pochi, cioè delle oligarchie tecno-finanziarie che governano questi strumenti. Per questo è così difficile restituirli alla posizione di mezzi serventi delle politiche.

Un'inversione di rotta in direzione della democrazia sociale sarà possibile soltanto se la politica costituzionale saprà riappropriarsi di analisi giuridiche ed economiche oneste e dialoganti, libere dai condizionamenti degli interessi egemonici; e se queste a loro volta sapranno dialogare con le vite, con le cose ultime dell'esistenza che esse sanno raccontare nei loro contenuti più esigenti ma non prescindibili.

Il tipo di emergenza e di crisi generato dal Coronavirus, che ha chiamato in causa così prepotentemente le dimensioni più minute dell'esistenza, qualche elemento chiarificatore lo avrà offerto. Ma, appunto, semplice non è facile.

cancro, instaurare una relazione intima e aperta, organizzare i dati in modo che avessero senso per me, in modo da poterli rappresentare e visualizzare, far entrare i dati clinici nella mia vita, nella mia arte, nella mia professione, nel modo in cui creo relazioni con chi mi sta intorno. (...) Quello che ho trovato è stato un insieme di file in formato "dicom" (*digital imaging and communications in medicine*), il quale è, tecnicamente e formalmente, un formato aperto. Ciò non vuol dire che sia un formato inteso per essere comprensibile e usabile dalla gente comune. (...) è un formato per professionisti, per specialisti, per esperti tecnici. Per aprirlo servono software specifici e spesso l'installazione di componenti aggiuntive sul proprio sistema operativo, oltre alla necessità di eseguire configurazioni. Tutto questo solo per aprirlo. (...) Ero arrabbiato. Anche qui, nell'intimità della mia casa, il paziente xyz aveva trovato il modo di frustrarmi, di far valere la sua supremazia sull'essere umano Salvatore Iaconesi. Era riuscito a negarmi la possibilità di appropriarmi delle mie immagini, delle mie informazioni, dei miei dati e di farci quello che volevo, portandoli fuori dall'esperienza amministrativa e burocratica della medicina per inserirli in un contesto più vasto, nella vita complessa degli esseri umani» (115-118).

⁷⁶ Mi sia consentito rinviare ad A. VALASTRO, *Costituzionalismo, democrazia sociale, dignità dell'esistenza: le ricadute politiche del racconto dei vissuti*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 2/2019, 135ss.; Id., *Storie di democrazia sociale. La narrazione biografica e autobiografica nella riflessione giuridica*, Firenze, Il Ponte Editore, 2020, in corso di pubblicazione.

⁷⁷ V. ad esempio E. MACCORA, *Il mio incontro con il Covid-19: una testimonianza personale per far memoria*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 6 aprile 2020.

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

Volumi pubblicati

- 1) *"Itinerari" di Antonio Ruggeri per Consulta Online*,
a cura di Pasquale Costanzo e Lara Trucco, pp. 812 ISSN 1971-9892

- 2) *Stato di diritto Emergenza Tecnologia*,
a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, 2020, pp. 219 ISBN 978-88-945618-0-7

ALESSANDRA VALASTRO

Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale

SOMMARIO: 1. La prova di Internet e dei social media nell'emergenza del 2020: una vittoria o un disvelamento? Qualcosa non torna. - 2. I fraintendimenti delle politiche tecnologiche: "costi sociali" dei media digitali e lezioni apprese. - 2.1. Il diritto di accesso e il rapporto con l'art. 3, comma 2, Cost. - 2.2. Il digital divide e la sovrapposizione fra inclusione sociale e inclusione digitale. - 2.3. Il carattere democratico di Internet e la natura commerciale dei social media. - 3. "Accesso" o "soglia"? Ripensare il dentro e il fuori: i luoghi della formazione della "personalità" e della "dignità dell'esistenza". - 4. Presunta neutralità del mezzo e diritti sociali: qualche spigolatura, fra c.d. *smartworking*, istruzione digitale, sanità e ricerca scientifica. - 5. Realtà sociale vs. media "sociali": alleanza delle vite, sistema pubblico, programmazione delle politiche. Siamo ancora in tempo per invertire la rotta e ripartire dai diritti sociali?

1. La prova di Internet e dei social media nell'emergenza del 2020: una vittoria o un disvelamento? Qualcosa non torna

Pasquale Costanzo ha sempre affermato che Internet è strumento e non diritto, mezzo e non fine: un mezzo strumentale all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, e come tale insuscettibile di essere considerato oggetto di un diritto a sé stante.

Ragionando sul "posto" di Internet nell'ordinamento costituzionale italiano, egli ha invitato a resistere alla tentazione di riconoscere alle pur straordinarie caratteristiche della Rete «capacità nomopoietiche tali da accreditare senz'altro la comparsa di un nuovo, autonomo e, secondo taluni, fondamentale diritto individuale, identificabile con quello di accedere al mezzo»¹. La rilevanza costituzionale di Internet comincia e finisce nel suo essere strumento, come tale «connotato dalla stessa libertà di qualsiasi altro mezzo idoneo ed efficace per l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti». Ciò significa che la natura servente di Internet non muta, e non deve mutare, qualunque sia la tipologia dei diritti che la Rete si accinge a servire (civili, politici, sociali, economici); ed anche quando l'accesso ad essa valga a contribuire alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2, Cost.)»².

Mai come oggi questo assunto si manifesta in tutta la sua esattezza, sobrietà, lungimiranza.

Eppure, allo stesso tempo, mai come oggi si ha la sensazione che qualcosa non torni.

Non è da ora che si riconosce l'ambivalenza della Rete, nel suo poter essere sia strumento di rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale sia causa di nuove forme di esclusione. Ma se oltre a queste ultime (peraltro solo in parte rappresentate dal tema del digital divide) vi fossero in gioco questioni di vera e propria *ingiustizia sociale* (fino a nuove forme di sfruttamento)?

L'impressione, che anticipo subito a premessa delle riflessioni che seguono, è che la grande attenzione posta sulla questione della configurabilità di un diritto di accesso ad Internet e al suo *libero utilizzo* abbia distolto dalle insidie di un altro aspetto, quello della creazione di sostanziali

¹ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2012 (17.10.12), 4 (anche in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, Passigli Editore, 2012).

² P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet*, cit., 8.

obblighi di utilizzo della Rete, tanto più perniciosi in quanto scaturenti da un sistema regolatorio diverso da quello giuridico-politico ufficiale, del quale quest'ultimo è in parte ostaggio e in parte alimento; e che la sopravvalutazione delle implicazioni di Internet rispetto all'esercizio dei diritti civili e politici abbia offuscato le implicazioni sul piano dei diritti sociali.

È soprattutto qui che qualcosa non torna. Quasi che i rischi fin da subito paventati per le libertà civili e politiche non possano affliggere anche l'esercizio dei diritti sociali; quasi che questi ultimi, in quanto più marcatamente contraddistinti da un (bisogno di) agire concreto, siano immuni dai rischi connessi ai difetti di neutralità della Rete e –soprattutto- dei social media.

Insomma, riguardando oggi la storia giuridico-politica di Internet degli ultimi vent'anni, tra le molte riflessioni e il profluvio di norme giuridiche adottate sui molti aspetti, mi pare che si evidenzino un grande sbilanciamento e una preoccupante sottovalutazione: molta attenzione si è posta sugli aspetti critici della Rete rispetto alle garanzie dei diritti civili e politici; mentre per i diritti sociali lo strumento Internet è stato visto quasi acriticamente come fonte di benefici e potenzialità aggiuntive rispetto ai modi di esercizio tradizionali dei diritti di cittadinanza.

A me pare che le cose non stiano così; e che anzi i diritti sociali, nei quali si estrinsecano i valori fondanti del costituzionalismo emancipante e della democrazia sociale, siano oggi quelli più sofferenti non soltanto in generale, ma anche per i maggiori e più subdoli danni che possono venire loro dalle politiche del digitale. Eppure, è sul piano dei diritti sociali, dei rapporti economici, della giustizia sociale e delle precondizioni materiali della dignità dell'esistenza che si giocano le chances concrete di esercizio anche dei diritti civili e politici, poiché è solo su quel piano che può prendere forma il "pieno sviluppo della persona", con le sue capacità di pensiero libero, di cittadinanza sostanziale e di partecipazione effettiva.

Il particolarissimo frangente storico che stiamo vivendo, legato all'emergenza pandemica e alle straordinarie misure di distanziamento sociale e sospensione delle attività produttive, mi sembra offrire una inedita cartina di tornasole in questo senso.

Proprio in questo periodo si assiste infatti ad un rilancio determinante del ruolo di Internet e dei social media, ad una esplosione inedita delle loro applicazioni e della loro diffusione. Didattica, lavoro, attività ricreative, acquisto di generi alimentari, domande per aiuti economici, donazioni, agenda politica: tutto online. Si potrebbe continuare, snocciolando infiniti momenti di esistenza quotidiana, pubblica e privata, collettiva e individuale, che sono repentinamente transitati nelle piattaforme digitali.

In molti hanno parlato di una grande "sperimentazione collettiva", per evidenziare il contributo fondamentale che le tecnologie stanno offrendo per la tenuta del sistema e delle vite, e il salto di alfabetizzazione tecnologica che si è forzatamente compiuto e che potrà essere capitalizzato in futuro, anche dopo l'emergenza.

Ma come già anni or sono, nelle riflessioni sulle garanzie dell'accesso ad Internet, alcuni di noi insistevano a chiedersi "accesso a cosa?", adesso mi si permetta di chiedere: sperimentazione di che cosa? Cos'è che stiamo *realmente* sperimentando? Cosa sarà *realmente* capitalizzato di questo salto tecnologico che milioni di persone si sono trovate a dover fare, in molti casi senza possibilità di sceglierne la direzione?

Sia chiaro. I risvolti positivi dell'uso di Internet esistono, e sono grandi. In questo momento ne abbiamo ulteriore conferma. Lo abbiamo sempre saputo e detto. Sennò non saremmo stati in molti, per anni, a discutere dello statuto giuridico di Internet, della configurabilità di un diritto di accesso e persino della sua possibile natura di diritto sociale. Seppur con cautela, sono stata fra quelli che lo hanno sostenuto³.

³ Proprio quelle riflessioni mi ritornano anzi, proprio oggi, con rinnovate e molteplici emozioni, perché legate ai miei primi passi accademici, all'entusiasmo di quella giovane età in cui anche lo sguardo più critico è ancora incapace di

Ciò di cui mi sembra doversi diffidare è piuttosto la stabilizzazione di ammodernamenti e soluzioni tecnologiche pensata in questo momento, sulla base di esperienze emergenziali, anziché rinviata a tempi meno concitati, allorché sarà possibile soppesare con maggiore attenzione i pro e i contro.

Il fatto è che la visione politica più duratura e le politiche pubbliche più efficaci sono quelle che si programmano e si pianificano “in tempo di pace”: visioni e politiche che possono adattarsi o addirittura sospendersi nei momenti di emergenza ma mai annullarsi, per poi riespandersi subito dopo.

Mentre purtroppo non è vero l'inverso. Le strategie dettate dall'emergenza, ahimè, difficilmente si rivelano buone in tempo di pace; anzi, in un paradosso solo apparente, esse possono risultare addirittura perniciose per i fondamenti strutturali della democrazia. Possono tradursi in pesanti ipoteche sul futuro anziché in àncore di salvezza.

Tuttavia, oggi è questa la situazione: un'emergenza epocale e planetaria che coinvolge non soltanto l'aspetto sanitario ma tutti i risvolti della vita umana (individuale, relazionale, economico, politico, istituzionale, ecc.), nella quale Internet e i social media sembrano vivere il loro momento di massima gloria. Quasi un riscatto e una rivincita rispetto ai timori di involuzione antidemocratica legata al loro utilizzo e al loro governo che in molti hanno espresso negli anni; ma anche un disvelamento, mai così articolato ed evidente, circa le moltissime sfaccettature del rapporto fra la Rete e le esistenze, fra le regole (non solo giuridiche) della prima e i bisogni delle seconde.

Parafrasando il titolo di un intervento recente di Francesco Palermo, che si chiede se “il virus è centralista”⁴, e probabilmente per certi aspetti lo è, si può dire che di certo il virus è “democratico”, perché sparglia le carte, destruttura o mette sotto pressione categorie e istituti consolidati, costringe a ripattuire rapporti fra interessi e fra poteri, rimette in campo voci e visioni minoritarie o alimenta rapporti di forza.

Per un istante, circostanza rara nella vita affannata e distratta delle democrazie contemporanee, tutte le tessere dell'esistenza sono gettate sul tavolo, visibili a tutti (o almeno a chi le vuol vedere), senza filtri o artefazioni. Ma è visione che si concede per un tempo brevissimo: proprio perché resa possibile da una situazione di emergenza improvvisa, e dallo spaesamento che per un attimo coglie tutti i pezzi del sistema –anche i grandi centri di potere-, essa durerà il tempo necessario a questi ultimi per riorganizzarsi attorno alle nuove forme di paura, alle reali o presunte necessità, ai nuovi rapporti di forza che andranno delineandosi.

Dunque, è visione tanto chiara, e in certo senso generosa, quanto fragile e fugace.

È su questa visione che vorrei svolgere qualche riflessione, nell'intento di fermarla il tempo sufficiente per una ricerca indiziaria: non verità univoche né risposte definitive, evidentemente, ma almeno il senso di una direzione possibile.

2. I fraintendimenti delle politiche tecnologiche: “costi sociali” dei media digitali e lezioni apprese

A volte, è inevitabile, la persona e il giurista si sdoppiano, la prima interroga il secondo e viceversa. Ma le domande poste dalla prima sono più esigenti, perché espressione immediata dell'esperienza concreta del vivere, quella che il diritto dovrebbe servire ma può anche tradire.

vedere le brutture più insidiose: pagine polverose che ho riaperto in questi giorni, incuriosita dal ricordare “cosa pensavo”, e che mi hanno rimandato un pezzo particolare della mia storia, personale e accademica, ricordi di vita e di studi, di incontri e di traslochi (penso in particolare a *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2001).

⁴ F. PALERMO, *Il virus è centralista?*, in *il Mulino* (<https://www.rivistailmulino.it/>), (26 febbraio 2020).

In questo momento storico ci si sente così, divisi, perplessi e interroganti; a volte indignati, a volte preoccupati. Perché l'irrinunciabile cornice costituzionale della democrazia sociale non conosce emergenze e sospensioni di fronte alle domande dell'esistenza. In mezzo, tra i principi della prima e i bisogni della seconda, sta il mare agitato del diritto e delle politiche.

Di questo atteggiamento sono frutto le diffuse riflessioni che si stanno interrogando sui molti temi che la peculiare emergenza in atto ha messo sotto pressione: il rapporto fra poteri e tra fonti normative, il ruolo del Parlamento, le politiche economico-finanziarie, il rapporto fra pubblico e privato, il rapporto Stato-Regioni, i rapporti fra Stati, l'Unione europea. Quello delle politiche tecnologiche è un altro tema fra questi, almeno per quanti avvertono l'esigenza di non sottovalutarne l'impatto in termini di diritti e di eguaglianza sostanziale.

Può sembrare trattarsi di tema secondario in un momento in cui riemergono disperazione, morte e fame? Le aspettative attualmente riposte in applicazioni tecnologiche sempre più sofisticate e alla portata di tutti per la tenuta dell'intero sistema sembrano rispondere di no.

Dunque, anche adesso, tanto più adesso, occorre tenere a mente le lezioni apprese circa le maggiori criticità manifestate negli anni dalle politiche tecnologiche: perché, come è noto, è nelle situazioni di emergenza che si abbassano pericolosamente gli anticorpi di difesa contro le dinamiche antidemocratiche, e cresce in modo equivalente il fascino attrattivo dei poteri decidenti forti e delle virtù salvifiche di strumenti tecnologici tutt'altro che neutrali.

2.1. *Il diritto di accesso e il rapporto con l'art. 3, comma 2, Cost.*

Procedendo per spigolature, e rinunciando alla tentazione dei bilanci e delle ricostruzioni sistematiche, mi sembra di poter dire che il primo fardello della riflessione giuridica sulla Rete è proprio quello su cui Pasquale Costanzo aveva tempestivamente avvertito: la figura del diritto di accesso.

L'iniziale appassionante discussione sulle implicazioni democratiche delle attività informative e comunicative consentite dalla Rete, e dunque sul loro inquadramento fra gli artt. 15 e 21 della Costituzione, portò ad enfatizzare il tema dell'*accesso*. In un celebre testo del 2000, Jeremy Rifkin scrisse parole che divennero il manifesto delle aspettative democratizzanti riposte nella Rete: «Nell'economia delle reti, dove l'integrazione in una relazione è il cardine intorno a cui ruota l'organizzazione delle attività, la libertà ha un significato affatto differente: inclusione e accesso – *non autonomia* e possesso (...) In un mondo sempre più imperniato su reti economiche e sociali mediate elettronicamente, il diritto di non essere esclusi – il diritto di accesso- acquisisce un'importanza crescente. Quanto maggiore è la quantità di comunicazione quotidiana e di *esperienza vissuta che si svolge nei mondi virtuali del cibernazio*, tanto maggiore è il rilievo che assume la questione dell'accesso e del diritto di non esclusione»⁵.

Queste affermazioni vanno contestualizzate in un momento storico particolare: esse si inserivano in un'analisi effettivamente lungimirante delle strutture organizzative dell'economia delle reti e dei meccanismi informativi dell'era che si andava aprendo (c.d. *new economy*). Un'analisi di cui Rifkin non mancò di cogliere tanto i rischi quanto le opportunità: da un lato il potere dei «nuovi tiranni» del progresso, i grandi provider internazionali destinati a gestire e controllare l'accesso di chiunque in una società dove si accresce il divario tra chi è «connesso» e chi non lo è; dall'altro «la possibilità di una maggiore diffusione della conoscenza, della democrazia e del benessere, e l'affrancamento dalla «schiavitù» del lavoro». Affermazioni che tuttavia, se colsero nel segno sul piano dei rischi, non erano prive di ambiguità sul piano dei benefici attesi, liquidando con ottimismo forse eccessivo la

⁵ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, Mondadori, 2000, 319 (corsivo mio).

rilevanza che assumono le condizioni materiali di vita al di fuori della Rete in una società che voglia davvero connotarsi per benessere, lavoro, democrazia.

In ogni caso l'accesso divenne un grande tema, con i corollari che conosciamo in termini di garanzie di inclusione e di abbattimento del digital divide; insieme, e conseguentemente, ai corollari delle forme di tutela contro i rischi di limitazione o violazione delle libertà di comunicazione e di pensiero, del pluralismo informativo, della *privacy*, della libera circolazione e accessibilità dei dati. La stessa denominazione che fu coniata in quegli anni, ICT (Information and communication technologies), era espressiva della centralità di quella prospettiva. Sull'onda delle affascinanti pagine di Elinor Ostrom, e non solo, l'accesso venne delineandosi come soglia di ingresso in un grande sistema aperto di produzione del sapere e di strumenti collaborativi di organizzazione delle informazioni, fondato sulla considerazione della conoscenza come bene comune e sul suo potenziale di erosività nei confronti dei monopoli tecnico-scientifici del sapere⁶.

Si discusse dunque diffusamente della configurabilità di un vero e proprio diritto per accudire le nuove aspettative di allargamento delle libertà informative e comunicative, esplorando nelle interpretazioni estensive delle norme costituzionali (in particolare gli artt. 2 e 21), ipotizzando addirittura l'inserimento in Costituzione di un diritto autonomo⁷, giungendo a interrogare la categoria dei diritti sociali per il tramite dell'art. 3, comma 2, Cost. Impossibile, e tutto sommato ultroneo, ripercorrere qui tutti gli argomenti; è davvero storia molto nota.

A conti fatti, e non è indolore ammetterlo essendo stata fra coloro che si sono esercitati a lungo in quelle costruzioni, aver considerato l'accesso ad Internet un vero e proprio diritto rischia di rivelarsi oggi una sopravvalutazione prospettica, perché l'attenzione sulla costruzione dell'oggetto ha distratto dalle caratteristiche (inedite) dello strumento, del suo governo, delle sue connessioni con le politiche neoliberiste, delle sue implicazioni in termini di dislocazione del potere.

Il tranello maggiore non fu tanto nella prospettiva dei diritti civili: in questo senso la solidità dell'art. 21 Cost., arricchito dalla giurisprudenza costituzionale sulla libertà dei mezzi e sul principio del pluralismo informativo, offriva una copertura costituzionale di sicuro rilievo.

Il tranello più insidioso si annidava piuttosto, paradossalmente, nella prospettiva dei diritti sociali, cioè in quella previsione dell'art. 3, comma 2, Cost. che doveva scongiurare proprio i rischi della disegualianza e costituire il terreno più fecondo per sprigionare e assicurare le potenzialità democratizzanti della Rete. Questa disposizione parla infatti di "strumenti" che la Repubblica deve mettere in campo per rimuovere gli ostacoli alla disegualianza sociale ed economica, in un dispiegarsi di *interventi pubblici* in cui il "pieno sviluppo della persona umana" non è fine in sé ma condizione per realizzare una democrazia inclusiva ed emancipante, fondata sul principio pluralistico e cooperativo della "partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica, economica e sociale del Paese"⁸.

Questo era l'alveo nel quale Internet doveva trovare evidenziato e valorizzato il proprio carattere strumentale, e nel quale le relative politiche dovevano trovare il proprio senso: indicazioni teleologiche precise circa la necessità di coerenza tra fini e organizzazione, tra garanzie delle posizioni individuali e garanzie legate all'assetto organizzativo delle istituzioni e agli obiettivi e

⁶ V. per tutti E. OSTROM—C. HESS, *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Milano, Mondadori, 2009; M. CASTELLS, *Comunicazione e potere*, Milano, Boccioni università Edizioni, 2009.

⁷ V. la nota proposta avanzata da Stefano Rodotà in occasione dell'*International Governance Forum* tenutosi a Roma nel 2010, relativa all'inserimento in Costituzione di un art. 21-bis nel quale riconoscere che «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».

⁸ Per la lettura "finalizzata" delle libertà individuali nell'art. 3, comma 2, Cost. v. in particolare V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 Cost.*, in AA.Vv., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, ESI, Napoli, 1974, 13ss.; F. FICHERA, *Spunti tematici intorno al nesso tra principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art. 3, 2° comma, della Costituzione*, ivi, 38ss.

strumenti delle politiche pubbliche. Invece, ancora una volta, la forza attrattiva dell'idea di un automatismo democratizzante della Rete ha finito per distorcere il riferimento all'art. 3, comma 2, Cost., prevalentemente utilizzato per considerare l'accesso ad Internet come diritto sociale da tutelare in sé (attraverso il superamento del c.d. analfabetismo tecnologico) piuttosto che come strumento per garantire la fruibilità di altri diritti sociali. Tradendo la natura strumentale della Rete, l'accesso è stato considerato obiettivo anziché mezzo della "rimozione degli ostacoli".

2.2 Il digital divide e la sovrapposizione fra inclusione sociale e inclusione digitale

Da qui il secondo fardello della riflessione giuridica su Internet, ossia il fraintendimento sul concetto di digital divide. Il superamento di questo è stato a lungo inteso come obiettivo di una politica eminentemente infrastrutturale, finendosi per sovrapporre *inclusione sociale* e *inclusione digitale*: una sovrapposizione assai insidiosa, dal momento che la prima si gioca sia dentro che fuori dal *web*, e non può esaurirsi nella mera acquisizione della disponibilità della connessione e della capacità individuale di utilizzare singoli strumenti.

Di questi fraintendimenti si trova conferma in buona parte delle politiche sull'e-government, afflitte ab origine da una riduttività di visione che ne ha grandemente ridotto le potenzialità democratizzanti -pur molto enfatizzate- sul piano del rapporto fra i cittadini e le amministrazioni. Basti ricordare la produzione normativa alluvionale realizzatasi dalla fine degli anni '90, poi in parte confluita nel Codice dell'amministrazione digitale, e il brusco mutamento di prospettiva dell'intervento legislativo rispetto ai diritti oggetto di tutela: caratterizzato fra gli anni '70 e gli anni '90 dalla proclamazione e disciplina dei diritti di trasparenza, accesso alle informazioni pubbliche e partecipazione al procedimento amministrativo, l'intervento del legislatore (anche su impulso dell'Unione europea) ha assunto in seguito i tratti più marcati delle politiche di innovazione tecnologica, volti alla riorganizzazione amministrativa in termini di semplificazione, informatizzazione, efficienza. Anche sul piano delle fonti normative si è assistito ad una progressiva trasformazione della loro struttura, dovuta alla crescente assunzione della normativa tecnica quale parte integrante della disciplina giuridica.

E i diritti, tanto più quelli sociali, sono rimasti sullo sfondo, confinati nelle dichiarazioni di principio e nei preamboli degli atti normativi, o -peggio- nella previsione di strumenti tecnologici per nulla supportati da una visione politica chiara circa il senso e l'obiettivo del loro utilizzo⁹.

Ho scritto e motivato anni or sono (e non soltanto io) il mio pensiero sulle incongruenze giuridiche e sui rischi deformanti e demagogici di simili previsioni: le vicende legate, in particolare, ai casi di

⁹ Emblematici, in questo senso, gli artt. 3 e 8 del Codice dell'amministrazione digitale, ove si proclama l'esistenza di un vero e proprio «diritto all'uso delle tecnologie» nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni, ma poi si affida a formule generiche l'intervento dello Stato e delle amministrazioni (*promuovono* «iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni»). O l'art. 53 sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, ai quali si prescrive di rispettare «i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità»; e di mettere a disposizione «il catalogo dei dati e dei metadati, nonché delle relative banche dati in loro possesso e i regolamenti che disciplinano l'esercizio della facoltà di accesso telematico e il riutilizzo di tali dati e metadati». O infine l'art. 9, ove ci si spinge a prefigurare un sistema di «partecipazione democratica elettronica», favorendo «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo, ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare».

consultazioni pubbliche online promosse negli ultimi anni confermano nel peggiore dei modi le preoccupazioni di allora¹⁰. La sopravvalutazione dell'aspetto infrastrutturale dell'accesso alla Rete ha portato a forzare l'orientamento tecnologico dei diritti di cittadinanza, che se da un lato vengono sommersi di dati la cui accessibilità non equivale sempre a comprensibilità e fruibilità, dall'altro vengono di fatto svuotati, come appunto nel caso dei diritti di partecipazione.

Nella logica di democratizzazione dei rapporti fra i cittadini e le istituzioni la natura strumentale delle tecnologie dovrebbe essere bifronte: da un lato, la *riorganizzazione dei modi di esercizio del potere* in termini di innovazione organizzativa e di efficacia ed efficienza delle prestazioni pubbliche; dall'altro, *l'ampliamento delle modalità di esercizio dei diritti di cittadinanza*, in una prospettiva di inclusività e di democratizzazione dei processi decisionali, favorendo non soltanto la trasparenza degli stessi bensì anche l'ampliamento e le pre-condizioni degli spazi di partecipazione dei cittadini, ad integrazione del modello classico della democrazia rappresentativa.

Il primo aspetto non sta senza il secondo, del quale è –anzi– servente.

La trappola in cui sono cadute le politiche italiane per l'e-government sta, invece, nell'aver attribuito alle ICT un effetto democratizzante automatico: sottovalutando la necessità di tenere insieme due anime il cui legame non è affatto scontato, le politiche tecnologiche sono state attratte nell'orbita dell'organizzazione del potere, guardando più agli aspetti formali di digitalizzazione delle attività che a quelli sostanziali dell'esercizio della cittadinanza¹¹. Ciò che ne è conseguito è un risultato meramente *quantitativo* di maggiore accessibilità delle ICT, ma non anche *qualitativo* di loro utilizzo in chiave di partecipazione effettiva, critica e includente alle scelte di interesse generale e alla costruzione condivisa delle politiche pubbliche.

Né mi pare che sia valsa a ridurre questo iato l'evoluzione "social" dell'uso della Rete. Nel 2009 compariva il primo documento che auspicava l'utilizzo dei principali *social media* da parte delle amministrazioni, prefigurando il passaggio *dalla rete dei contenuti alla rete delle relazioni*¹²: oggi non v'è più dimensione alcuna del vivere (individuale e collettiva, pubblica e politica) che abbia bisogno di essere incoraggiata all'uso dei social. Anzi.

2.3. Il carattere democratico di Internet e la natura commerciale dei social media

È qui, in questo passaggio dalla Rete genericamente considerata alla dimensione specifica dei social media, che risiede il terzo fardello; ed è qui che le politiche tecnologiche sono destinate a produrre i costi sociali più pesanti.

Quasi come in un cerchio che aspira a chiudersi nel suo punto più certo, nella dimensione dei social media la Rete sembra essere tornata alla propria vocazione originaria, vedendo esaltate le potenzialità informative e soprattutto comunicative consentite dalla possibilità di collegamento a distanza. Qui sembra infatti giocarsi ulteriormente –almeno nelle aspettative e nei commenti più ottimisti– la sfida democratizzante già avviata da Internet rispetto all'espansione della cittadinanza:

¹⁰Cfr. in particolare *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, E.S.I., 2011, 45ss.; *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in M. NISTICÒ-P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2014, 245ss.

¹¹ Già nei primi anni '90 Giorgio Berti segnalava la progressiva sostituzione della "contemplazione del potere" alla "contemplazione dell'uomo", con la conseguente assunzione dell'organizzazione politico-amministrativa quale valore supremo in sé e la relegazione delle libertà individuali e sociali in una posizione di destinatarietà: *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994, 94.

¹² Dir. Min. Pubblica amministrazione e innovazione 26 novembre 2009, n. 8, *Riduzione dei siti web delle pubbliche amministrazioni e miglioramento della qualità dei servizi e delle informazioni on line al cittadino*, che prevede all'art. 4 le Linee guida per i siti web delle PA; *Vademecum Misurazione della qualità dei siti web delle PA*, Formez, 2012; *Vademecum Pubblica amministrazione e social media*, Formez, 2011.

anziché limitarsi ad accedere ad un mondo divenuto trasparente, grande contenitore di *open data*, tutti divengono in grado di co-costruire significati, discutere, prendere parte, dire la propria, dissentire, controllare, partecipare. Forse.

In realtà, se è certamente vero che i social media possono contribuire alla circolazione di informazioni alternative e antagoniste a quelle dominanti, anche in funzione di organizzazione del dissenso, per altro verso è altrettanto innegabile che proprio le specificità di questi strumenti si sono rivelate straordinariamente funzionali alle peggiori retoriche della comunicazione demagogica e populista.

Questo assunto si è reso particolarmente evidente sul piano dei diritti politici e di partecipazione.

Anche su questo aspetto molto è stato detto e scritto. Ma non si può almeno non osservare che vi è stato, negli ultimi anni, un crescendo nelle dinamiche patologiche tale da sopravanzare abbondantemente i benefici. E una rinnovata preoccupazione, in questo momento in cui è fondamentale fare tesoro delle lezioni apprese, non mi pare affatto fuori luogo.

La semplificazione indotta dall'uso della Rete, unita all'amplificazione generata dai social media e alla riduzione dei momenti dialogici in presenza, ha determinato un effetto perverso che ne mina alla radice le potenzialità democratizzanti, trasformandole nel loro contrario.

In tempi politicamente immaturi e conflittuali, di grave crisi della rappresentanza e dei circuiti decisionali di carattere democratico, il tema della partecipazione ritrova puntualmente vigore, ma nella forma più insidiosa dell'appello al popolo unitariamente inteso anziché in quella del confronto dialogico; la presunta finalità dialettica del coinvolgimento del popolo è in realtà scontro fra posizioni e polarizzazione del conflitto. Se già dagli anni 90 l'istituto principe della democrazia diretta, il referendum abrogativo, è stato sempre più attratto in una logica di scontro partitico più che di autentica espressione di sovranità popolare, con l'uso del digitale questa tendenza si è esasperata fino a coinvolgere anche le forme più marcatamente deliberative della democrazia partecipativa. La grande fortuna conosciuta dai referendum consultivi online ne è testimonianza, in quanto fornisce a buon prezzo e senza fatica alcuna la più credibile delle illusioni di partecipazione e di presenza e il più spendibile degli argomenti politici di ottenimento del consenso: consente di coniugare il soddisfacimento (apparente) delle istanze partecipative con gli schemi semplificanti e più veloci della democrazia diretta; ma è evidente che la strutturale destinazione dell'istituto referendario alla sola possibilità di esprimere favore o contrarietà esclude in radice la produzione di quel valore aggiunto che nasce dal confronto argomentato, suscettibile di portare a modificare le reciproche posizioni e la proposta originaria¹³.

Nella gran parte delle consultazioni online di questi anni il c.d. appello al popolo non cerca il sapere consapevole e pre-informato ma piuttosto un sentire automatico e inconsapevole, non coltiva il dialogo e l'ascolto ma piuttosto cavalca la paura e l'emotività; mentre enfatizza il coinvolgimento dei cittadini in decisioni importanti li restituisce alla dimensione di moltitudine bisognosa di un sistema di governo forte e decidente che li protegga dalle incertezze del destino. Uno dei punti più bassi e ingannevoli in questo senso può considerarsi la consultazione online che fu attivata sul progetto di riforma costituzionale del 2013¹⁴.

¹³ Più di recente, fra gli altri: M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 3/2018, 388ss.; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 2/2019, 583ss.; P. MARSOCCHI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2016; ID., *Effettività e "sincerità" della partecipazione popolare. Spunti sui cambiamenti dell'assetto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 3/2015; M. PIETRANGELO, *Qualche riflessione sui metodi della consultazione popolare al tempo di Internet, a margine dei referendum consultivi veneti su indipendenza e autonomia*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 1/2015.

¹⁴ In quell'occasione si invitarono i cittadini a rispondere a domande a risposta chiusa per "scegliere" il modello "preferito" rispetto ai grandi temi del progetto di riforma (ad esempio il "nuovo" Senato): la consultazione online, strumento di democrazia partecipativa volto a consentire il confronto discorsivo e dialogico, fu di fatto trasformata in

Sono fin troppo note le nervature antidemocratiche che si celano dietro la mitizzazione dell'appello al popolo e l'evocazione generica dell'espressione popolare, pericolosamente protesa verso il plebiscito; e sono ben note, senza andare troppo indietro nel tempo, le dinamiche tendenzialmente autoritarie e accentratrici che si celano dietro la retorica paternalistica dell'ascolto del popolo.

In una dinamica siffatta, l'appello al popolo finisce per risolversi nel suo contrario, nello «spopolamento del popolo»¹⁵, negando forme effettive di coinvolgimento che consentano alle singole voci di innestarsi nei luoghi e nei modi di esercizio del potere, per discutere la costruzione delle scelte, controllare la loro applicazione, condividere la responsabilità.

Eppure, se questa è la critica diffusa che viene rivolta verso la gran parte delle forme di partecipazione online costruite dall'alto, un controcanto vivace, di voci plurime e non ingabbiate nelle forme tradizionali si dice provenire dal "basso", ovvero dai social. E ancor di più da quell'evoluzione dei social media che doveva rispondere più specificamente alla richiesta di democrazia partecipativa e deliberativa, ossia le c.d. piattaforme civiche, applicazioni studiate appositamente per agevolare discussioni su temi di interesse comune fra i membri di una comunità e fra questi e le relative amministrazioni¹⁶.

La loro comparsa fu guardata da molti di noi con curiosità e interesse, perché il riferimento all'*orientamento civico del mezzo* sembrava restituirlo a quegli obiettivi di democratizzazione del rapporto fra governanti e governati e di integrazione della rappresentanza che nemmeno le più ambiziose politiche di e-government erano riuscite ad onorare.

Pur senza negare la rilevanza della dimensione relazionale evocata dai social network, quale dinamica aggregante che consente di condividere interessi di qualunque tipo a prescindere dalla vicinanza fisica, nella dimensione richiamata dall'aggettivo "civico" la relazione diviene funzionale ad una comunità territorialmente data, e quindi alle esigenze e a bisogni di quella comunità in quanto legata a quel territorio. Il social medium viene utilizzato per finalità civiche; la dimensione virtuale diventa strumento per recuperare la vita reale, il contatto diretto con il territorio e le politiche che lo governano.

Le prime buone pratiche incoraggiarono a ragionare in questo senso: vale la pena di ricordare l'esperienza delle "social street"¹⁷; ma soprattutto gli studi sul possibile uso delle piattaforme civiche nelle assemblee rappresentative¹⁸.

L'evoluzione successiva lascia a dir poco sgomenti. Il caso dell'utilizzo della piattaforma Rousseau nella vicenda legata all'ex ministro Salvini e alla nave Diciotti, nel 2019, rappresenta l'esempio più basso e offensivo del tradimento delle potenzialità e degli obiettivi originari delle piattaforme

una sorta di impropria consultazione referendaria/sondaggistica. Non che un'ampia azione di sensibilizzazione dell'opinione pubblica rispetto all'importanza del tema delle riforme non fosse utile, ed anzi necessaria: tutt'altro. Ma ciò è appunto quel che è avvenuto: un grande sondaggio d'opinione (peraltro privo dei requisiti metodologici dei sondaggi), una sorta di "gioco a quiz" che ha avvicinato gli elettori al tema delle riforme inducendoli a rispondere più sulla base di slogan che di un confronto ponderato. Per non parlare del fatto che nessun tipo di riscontro e considerazione vi è stata da parte dei c.d. saggi rispetto agli esiti della consultazione.

¹⁵ P. AMATO, *Popolo. Destituzione e filosofia*, in F. ZAPPINO-L. COCCOLI-M. TABACCHINI (a cura di), *Genealogie del presente. Lessico politico per tempi interessanti*, Milano, Mimesis, 2014, 151ss.

¹⁶ Fra le prime e più note, la piattaforma *Liquid Feedback* sviluppata nel 2009 dal Partito Pirata tedesco, e *We the people* voluta nel 2011 dall'amministrazione Obama.

¹⁷ Gli abitanti di una via utilizzano i gruppi chiusi di facebook per entrare in contatto ed avviare iniziative condivise, soprattutto a fini solidali: la prima esperienza fu quella realizzata dagli abitanti di via Fondazza, a Bologna (*SocialStreet* <http://www.socialstreet.it/>).

¹⁸ Un censimento delle piattaforme in uso, sia in Italia che all'estero, è stato compiuto nel 2013 dalla Fondazione Aahref, nel Dossier del Senato *I media civici in ambito parlamentare. Strumenti disponibili e possibili scenari d'uso*, maggio 2013 (www.senato.it). In Italia la prima esperienza di ricerca in questa direzione risale al Laboratorio di Informatica Civica, fondato a Milano nel 1994 da Fiorella De Cindio.

civiche; oltre che il tradimento più grave e insidioso dei principi di sovranità, partecipazione, responsabilità politica.

Un esempio ulteriore che dimostra, ancora una volta, che la tecnologia è strumento e non soluzione dei problemi. Ed è strumento che può essere tanto abilitante quanto destabilizzante.

Il punto è: sono queste le voci singole e plurali che il modello di democrazia partecipativa ambisce a far interloquire con il potere? Sono le voci che si esprimono nei social media e nelle piattaforme civiche?

La democrazia partecipativa è fatta di processi e di garanzie, è metodo. Di certo fra le sue precondizioni vi è il pluralismo delle voci e degli strumenti di informazione e di comunicazione per mezzo dei quali costruire consapevolezza e pensiero critico; e in questo senso i *social* possono svolgere un ruolo di grande importanza, come dimostrano i movimenti che hanno trovato in essi potenti strumenti di diffusione e organizzazione del dissenso (primavera arabe, Gilet Jaunes, Occupy Wall Street, NoTav, ecc.). Ma qual'è il prezzo di questo supporto offerto dai social network alle espressioni della democrazia dal basso? Si tratta davvero di strumenti liberi a disposizione delle libertà?

La risposta è obbligata se si accetta di ammettere un dato ben noto eppure costantemente rimosso: la natura commerciale dei social media. Si tratta di attività di impresa che non solo non offrono servizi gratuiti, ma nelle quali al contrario «l'accesso al servizio ha un costo elevatissimo, seppure non dichiarato né concordato. D'altro canto, se Facebook, Twitter, Instagram o Google sono prodotti commerciali, essi inevitabilmente costano, alla stessa misura di altri beni o servizi. I servizi offerti dai social media però hanno un prezzo altissimo, clandestino, sproporzionato e tratto con l'inganno»¹⁹.

Sta qui l'ultimo e forse più pernicioso dei fraintendimenti: quello di aver considerato i social media come naturale evoluzione di Internet e della sua capacità democratizzante; mentre si tratta di strumenti al servizio di una rete di interessi economico-finanziari che ben si è saldata con quella parte delle politiche neoliberiste che si nutrono di "capitalismo cognitivo" e di autoimprenditività, ma anche -dietro a quelle retoriche- di individualismo e di incertezza.

I social media alimentano idee, relazioni e comunicazioni che appaiono più fluide e più agevoli senza però esserlo pienamente, perché si formano e circolano entro recinti prefissati, «alimentano e amplificano una deriva soggettivistica, mirando alla profilazione delle persone»²⁰.

Non solo, quel gioco di profilazione tende a costruire gabbie tanto invisibili quanto confortevoli perché disegnate su misura, dove la sensazione di protagonismo rende ciascuno più manipolabile seppur vocante, isolato seppur connesso. L'apparente disintermediazione politica, che è invece – assai più subdolamente- "neointermediazione" ad opera dei soggetti che vedono crescere il proprio valore societario sui mercati finanziari grazie alla cattura e gestione dei dati, rende il soggetto «imprenditore di se stesso; ma ciò non conduce a una libertà reale e a un'assenza di costrizione, perché il soggetto di prestazione sfrutta se stesso, e l'autosfruttamento è più efficace dello sfruttamento da parte di un terzo, perché si accompagna al sentimento della libertà». Questa è la «dialettica della libertà» che sta alla base delle società del controllo, dove «il cliente trasparente è il nuovo detenuto»²¹.

Ben lungi dal consentire la democratizzazione delle dinamiche di governo delle società contemporanee, l'evoluzione dei social media sembra piuttosto rischiare di favorire pesantemente

¹⁹ M. PIETRANGELO, *Sulle libertà dopo i social media: una premessa, a scanso di equivoci*, in G.L. CONTI-M. PIETRANGELO-F. ROMANO (a cura di), *Social media e diritti. Diritto e social media*, Napoli, E.S.I., 2018, 13-14.

²⁰ M. PIETRANGELO, *Sulle libertà dopo i social media*, cit., 14 e 17.

²¹ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica: i rischi del cittadino telematico*, in questi stessi scritti, 8-9, che richiama in particolare il pensiero di BYUNG-CHUL HAN, *La società della trasparenza* (2012), Milano Nottetempo, 2014.

le dinamiche bioeconomiche delle politiche neoliberiste: attraverso la «trappola dell'auto-incremento» e l'illusione di presenza, esse sono andate oltre l'asservimento esterno dei regimi apertamente totalitari e hanno puntato alla sottomissione dell'interiorità, rimodellando la sua singolarità affinché essa funzioni «spontaneamente»²². Attraverso la retorica del capitalismo cognitivo si è attuata una «mediazione strategica» in cui la strada del potere passa attraverso intermediari che sono sempre più spesso i dominati stessi, rimodellati nei loro modi di fare e di pensare, nei loro desideri e valori²³.

Né ci si può più mascherare dietro visioni che circoscrivono i rischi di manipolazione alle fasce meno «attrezzate» della popolazione: assecondare la retorica di un populismo digitale che mediante l'uso distorto e demagogico del lessico democratico colpirebbe una massa succube della propria ignoranza significa alimentare una negazione altrettanto pericolosa, perché funzionale proprio al male che si vorrebbe combattere. La capacità di condizionamento connaturata ai social media investe tutti coloro che hanno a che fare con essi, in forme diverse ma ugualmente insidiose: «ovviamente, l'utente più colto sarà profilato diversamente in rete, e finirà con l'appartenere a un'enclave digitale diversa da quella dell'utente illetterato, ma i meccanismi di condizionamento – e le stesse dinamiche di disprezzo, se non di odio- che agiscono sul secondo saranno altrettanto efficaci sul primo, poiché blandiranno altri aspetti della sua personalità (primi tra tutti, il narcisismo autoreferenziale e quel certo grado di supponenza che ne consegue) rendendolo inesorabilmente parte di una fazione tra le altre, target tra gli altri delle più diverse manovre»²⁴.

E se non è sempre vero che la sintesi è meglio dell'argomentazione, in particolare quando la rapidità e diffusività del mezzo di trasmissione la decontestualizza, la comunicazione sincopata e ipnotica di blog, post e didascalie produce distorsioni cognitive prima ancora che comunicative, che radicalizzano le posizioni, frammentano e polarizzano le visioni, nutrono la conflittualità amica dei poteri egemoni. Una sorta di nuovo «tribalismo» che porta non soltanto a comunicare pressoché esclusivamente con la propria tribù, di cui si condividono a priori le opinioni²⁵, ma anche a parcellizzare le questioni, perdendo di vista i nessi che le legano, i presupposti e i corollari argomentativi che le sostengono.

Questo tipo di dinamiche non può che agire da moltiplicatore delle carenze di un sistema politico-istituzionale che da tempo è incapace non soltanto di una lettura e rappresentazione effettiva dei bisogni della realtà sociale, ma anche di visioni di policies interconnesse fra di loro e di lungo periodo. Gli strumenti di pianificazione e programmazione, anima delle politiche pubbliche, sembrano definitivamente soffocati nei tanti recinti delle discussioni social, le quali tutte (dalle più colte alle più sprovvedute) rischiano di alimentare una parcellizzazione semplificante sulla quale prosperano le tecnocrazie e i poteri occulti dei grandi gruppi economico-finanziari. Non c'è da stupirsi se il processo di esautoramento delle istituzioni parlamentari che sta coinvolgendo le società contemporanee abbia subito un'accelerazione in questa fase storica, anche a causa della «crescente affermazione delle sintesi fittizie offerte dalla Rete con il feticcio comunicativo dei social media», e il conseguente connesso illusorio crescere della percezione di partecipazione²⁶.

Il patto perverso che si è stretto fra questi fenomeni, pericolosamente protesi verso involuzioni assai più penetranti e durature di quanto non siano stati i benefici pur realizzati, rischia di avere un costo elevatissimo non soltanto nei termini più generali di ciò che suol definirsi democrazia, ma anche e soprattutto nei termini della sua declinazione più esigente, cioè la democrazia sociale.

²² S. VIDA, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù. Il capitale umano in tempo di crisi*, in *Cosmopolis* (<http://www.cosmopolisonline.it/>), n. 2, 2016.

²³ S. VIDA, *ibidem*. V. anche P. BARCELONA, *Passaggio d'epoca. L'Italia al tempo della crisi*, Genova, Marietti, 2011, 21.

²⁴ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 10.

²⁵ M. BARBERIS, *Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere, 2019, 138ss.

²⁶ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica*, cit., 4.

Perché è sul piano dei diritti sociali che la politica costituzionale e il diritto positivo manifestano tutta la propria debolezza a fronte di sistemi regolatori alternativi, determinati da rapporti di forza economico-finanziaria di cui le stesse istituzioni politiche sono spesso ostaggio a loro volta o complici distratti.

3. Accesso" o "soglia"? Ripensare il dentro e il fuori: i luoghi della formazione della "personalità" e della "dignità dell'esistenza"

In un caustico scritto dei primi anni 2000 Flavia Marzano si chiedeva, a proposito dei risvolti democratici delle politiche tecnologiche: "siamo maturi per l'e-participation"? Il tono retorico della domanda lasciava intendere che quei tempi erano già maturi, loro sì, per rispondere di no. Gli anni successivi hanno confermato pesantemente quei timori.

Replicando quell'interrogativo oggi, in un momento storico in cui il Paese si appresta a un nuovo rilancio del digitale dopo l'accelerazione di fatto impressa dall'emergenza sanitaria, mi chiedo: siamo maturi per una "società social"? Cosa abbiamo appreso dalle passate politiche tecnologiche? Quali i punti di forza sui quali proseguire e quali gli errori da non ripetere?

Detto in modo meno conciliante: essere "smart" equivale a vivere "agili" (secondo la traduzione accolta nei decreti sul lavoro in remoto)? E se sì, per chi? Stiamo realmente sperimentando questo, come molti sostengono?

La peculiarissima esperienza determinata dall'emergenza Coronavirus ha portato a fronteggiare, esasperandole, una dimensione di isolamento e distanziamento sociale e una dimensione di iperconnessione social: se non fosse che la situazione è in realtà drammatica, parrebbe di trovarsi di fronte a una pantomima, una caricatura di quelle verità scomode che talvolta solo la satira più spietata sa dire.

Le molte porte di casa che oggi ci si chiede di tenere chiuse per contenere il contagio possono essere considerate come una significativa, amara, metafora: una soglia di confine fra ciò che è fuori e ciò che è dentro, fra un esterno quasi deserto nel quale tuttavia permangono beni fondamentali (generi alimentari, medicinali, ospedali, imprese produttive di beni e servizi essenziali) e un interno sovraffollato dove la connessione consente gran parte di ciò che prima era fuori (relazioni, acquisti, lavoro, scuola, ecc.).

Ebbene, bisognerebbe forse ripensare il logoro concetto di *accesso* e sostituirlo con quello di *soglia*. Accedere implica un movimento orientato (da *ad-cedere*, andare verso), da per scontato che occorre entrare, è uno sguardo proiettato su ciò che è di là. Soglia è *limen*, confine, punto di passaggio relativo a due zone precise con caratteri diversi, e rende discreto e discernibile un passaggio, se pur continuo: presuppone due sguardi, complementari ma distinti, che non si annullano a vicenda. Se l'accesso è un passo che si allontana dal terreno che lascia, la soglia è un varco di transito in entrambi i sensi che si limita a demarcare (e ricordare) differenze, zone comunicanti ma con le proprie specificità ineliminabili.

È questa la differenza cui si riferisce, ad esempio, David Rieff quando ricorda che, «se l'insurrezione tunisina ha avuto una causa scatenante, bisognerebbe cercarla in un gesto politico tutt'altro che virtuale. Parlo della decisione di Mohamed Bouazizi –un ambulante di Sidi Bouzid, una cittadina della Tunisia centrale- di darsi fuoco per protestare contro la polizia che gli aveva sequestrato il carrettino e i prodotti che tentava di vendere, e più in generale contro la brutalità della polizia, la disoccupazione, la miseria e la mancanza di opportunità. È stato il suo gesto a

scatenare le prime manifestazioni antigovernative in Tunisia, imitato da varie persone che si sono immolate un po' dappertutto dall'Egitto alla Mauritania»²⁷.

È questa la differenza cui si riferisce anche Judith Butler con riferimento a movimenti meno drammatici ma analoghi (Occupy Wall Street ed altri), evidenziando il valore politico della «alleanza dei corpi» che si riuniscono. «Le varie tipologie di azioni incarnate esprimono significati in modi che, in senso stretto, non sono né discorsivi né prediscorsivi. In altre parole, le modalità di aggregazione esprimono già un significato molto prima di ogni particolare istanza che possano porre, e a prescindere da essa. ... Il radunarsi esprime un significato che eccede ciò che viene detto, e questo modo di significazione è in sé una messa in atto corporea e concertata ... Così, il movimento o l'immobilità, il collocarmi con tutto il corpo in mezzo all'azione di un altro, non è né il mio atto né il tuo, bensì qualcosa che accade in virtù della relazione che c'è tra noi, che deriva da quella relazione, che crea ambiguità tra l'io ed il noi, e che cerca al contempo di preservare e di disseminare il valore generativo di quell'ambiguità in una relazione attiva e di deliberato sostegno reciproco, una collaborazione, ben distinta da un'allucinata fusione o confusione»²⁸.

I riferimenti potrebbero continuare. Ad esempio, le proteste indipendentiste in Catalogna, quelle dei Gilet Jaunes sulle politiche del lavoro in Francia, quelle dei NoTav in Italia: alleanze che si realizzano innanzitutto fra le persone nelle strade e nelle piazze, e solo dopo fra le voci nei *social* per diffondere narrazioni alternative a quelle ufficiali e chiedere sostegno e solidarietà alle ragioni della protesta.

Tutti questi casi segnalano e confermano l'esistenza di una soglia: se il cyberspazio può essere spazio di resistenza "culturale", affidata a contro-narrazioni che consentono di reagire all'invisibilità²⁹, lo spazio esterno al *web* rimane luogo insostituibile e preliminare di resistenza "fisica", affidata a pratiche di *presenza*. Se il *web* è il luogo dove si possono trovare e diffondere argomenti ed emanciparsi dalle narrazioni dominanti, lo spazio esterno al *web* è il luogo ineliminabile della *prossimità* che viene opposta ai paradigmi distanzianti di quelle narrazioni, del dissenso che può tradursi in un «agire di concerto»³⁰, della sperimentazione di visioni e progettualità politiche diverse: fuori dalla soglia, la comune esposizione alla precarietà e il riconoscimento dell'interdipendenza delle vite, delle *singole* vite, diventa il terreno condiviso di un agire plurale e situato, che esplora i margini dell'eguaglianza possibile e può legarsi in un «obbligo reciproco a produrre insieme le condizioni di una vita vivibile»³¹. Un dato di realtà per nulla nuovo, e che è in fondo alla base di importanti diritti collettivi riconosciuti dalle Costituzioni del secondo dopoguerra, come il diritto di sciopero.

Ciò non significa sminuire l'importanza che i social network possono avere quali strumenti potenti di informazione, comunicazione e organizzazione del dissenso, come dimostra «il costante sforzo dei regimi, sia di quelli cosiddetti autoritari sia di quelli cosiddetti democratici, di metterli sotto controllo»³². Significa piuttosto non confondere la soglia con l'accesso, e tenere a mente che i social media sono –appunto– strumenti, e mai cause scatenanti delle sollevazioni sociali. Le cause stanno fuori, in gesti fisici e non virtuali.

²⁷ D. RIEFF, *La rivoluzione di Twitter non riempie la pancia*, in *Internazionale* (<https://www.internazionale.it/>), 18 febbraio 2011.

²⁸ J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi*, Milano, Nottetempo, 2017, 17 e 19.

²⁹ O. SOLOMBRINO, *Nell'arcipelago dell'esilio. Resistenza culturale e forme di narrazione virtuale*, in *Il Ponte*, n 1/2020, 246.

³⁰ J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi*, cit., 20.

³¹ J. BUTLER, *op. ult. cit.*, 342.

³² F. MARCELLI, *Internet fra canale di partecipazione politica e strumento di controllo. Profili di diritto internazionale*, in F. MARCELLI-P. MARSOCCI-M. PIETRANGELO (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva politica*, Napoli, E.S.I., 2015, 12.

Mi pare insomma che, a chi con troppa acquiescenza afferma che i social media sono ormai parte strutturale del nostro modo di vivere, in tutti i suoi ambiti, le vicende concrete del vivere oppongano l'esistenza di uno iato irriducibile, una soglia aperta ma massiccia, fra i mondi che si agitano dentro e fuori dal web: mondi che di certo si influenzano profondamente l'un l'altro, ma che non possono considerarsi fungibili.

Ma allora, accanto al concetto di accesso, anche il c.d. diritto di non esserne esclusi deve essere ripensato. Da cos'è che occorre non venire esclusi?

Come ho ricordato, già dai primi anni 2000 molti di noi cominciarono a chiedersi "accesso a che cosa?", per evidenziare il rischio di ridurre l'accesso ad Internet al mero aspetto infrastrutturale, guardando più al contenitore che ai contenuti.

Oggi quella preoccupazione appare superata, e persino ingenua perché ignara di molti aspetti dell'evoluzione successiva. Oggi, nel tempo degli open data e dell'iper-connesione, ciò da cui occorre non essere esclusi si trova probabilmente all'esterno del web: in quel mondo fisico di qua dalla soglia, dove permangono relazioni, attività, bisogni, precondizioni, esperienze che strutturalmente necessitano di condizioni di presenza, che nel web possono trovare prolungamenti e (quando va bene) potenziamenti, ma mai la propria origine né la propria conclusione.

Se si accetta di mantenere duplice lo sguardo, nel rispetto del concetto di soglia, allora la domanda che ho posto poco sopra potrà facilmente riconoscersi perché ben nota, e risalente a tempi di gran lunga precedenti alla comparsa di Internet: è la domanda che si erano già posti i Costituenti di fronte alle diseguaglianze sociali, e alla quale risposero con quanto scritto nell'art. 3, comma 2, Cost.

Ebbene, sia la domanda che la risposta sono ancora le stesse.

Da cosa occorre non essere esclusi? Dalla disponibilità dei mezzi di carattere economico e sociale che, permettendo l'esercizio delle libertà in condizioni di eguaglianza, consentono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i *lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Una risposta ancora più chiara se integrata con l'art. 2, laddove si riconosce la necessità di consentire e di proteggere la libera formazione e il libero svolgimento della *personalità*; con l'art. 36, laddove si riconosce nel lavoro non solo un mezzo di sostentamento ma la principale condizione della *dignità dell'esistenza*, della quale la retribuzione è solo una parte (non a caso per gli inabili al lavoro, anch'essi tutelati dalla Costituzione, l'art. 38 si limita a prevedere "mezzi necessari per vivere"); e con l'art. 41, dove la dignità del lavoratore compare come limite all'iniziativa economica privata.

Questa indicazione è ancora chiara e valida, seppure impegnativa nella sua attuazione, oggi come allora, poiché contiene una clausola aperta e un paradigma fisso.

La clausola aperta riguarda le cause generative delle diseguaglianze economiche e sociali: queste evolvono e mutano nel tempo, e con esse devono costantemente evolvere e mutare gli strumenti messi in campo dalle politiche.

Il paradigma fisso, che deve orientare la costruzione degli strumenti volti ad abbattere quelle diseguaglianze e ad orientarne l'utilizzo, è la *dignità*: sia individuale (libero svolgimento della personalità) che sociale (sviluppo pieno della persona e partecipazione effettiva)³³. Detto in altri termini, ciò da cui si rischia di essere esclusi può mutare (e inevitabilmente muta) nel tempo, ma ha

³³ In questo senso v. anche P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 2/2011; P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in questi stessi scritti.

sempre a che fare con le condizioni concrete –economiche e sociali- della dignità del vivere. Ciò che non può mutare, diversamente dalle cause di esclusione, è il parametro³⁴.

E questo tipo di parametro, che il Costituente ha delineato in quella duplice dimensione (individuale e sociale), continua a dirci due cose, strettamente interdipendenti fra loro. La prima è che la persona deve godere di un margine insopprimibile di autonomia come «pratica della libertà»³⁵, riferita ai modi di formare e svolgere la propria personalità: quella che Jung definiva la possibilità di diventare ed essere ciò che si è, e che Martha Nussbaum ha collegato al concetto di capacità, assai più esigente di quello di diritti³⁶. La seconda è che i poteri pubblici devono predisporre le pre-condizioni materiali di carattere economico-sociale affinché quelle possibilità e capacità siano concretamente possibili e agibili, adeguandone costantemente gli strumenti ben oltre il garantismo e universalismo classico dei diritti.

Dunque, gli “strumenti” non sono le pre-condizioni: queste ultime prendono corpo mediante un sistema complesso e articolato di programmi e politiche pubbliche di carattere redistributivo, occupazionale, sanitario, scolastico, ecc.; gli strumenti sono i mezzi concreti attraverso cui queste politiche si attuano, orientati ai loro obiettivi. Le tecnologie fanno parte degli strumenti.

Ma se questo è il quadro chiaro posto dall’art. 3, comma 2, Cost. e dai suoi corollari, la storia insegna che il parametro, ahimè, può involvere: questo accade quando gli strumenti messi in campo dalle politiche sono inadeguati, quando si costruiscono politiche contraddittorie o fintamente garantiste perché ostaggio di interessi antagonisti, quando lo strumento di esercizio di un diritto è sganciato dal contenuto valoriale del diritto o –al contrario- è confuso con il diritto stesso. Questi vizi, soprattutto l’ultimo e la sovrapposizione di piani che ne è derivata, sono alla base delle principali ambiguità delle politiche sul digitale.

4. Presunta neutralità del mezzo e diritti sociali: qualche spigolatura, fra c.d. smartworking, istruzione digitale, sanità e ricerca scientifica

L’art. 3, comma 2, Cost. ci dice insomma, ancora oggi, che la scelta degli strumenti da parte delle politiche miranti ad abbattere le disegualianze non è mai neutrale, ma è fortemente orientata teleologicamente dal paradigma di cui ho detto.

Ciò vale a maggior ragione per le tecnologie. Non v’è dubbio che esse siano di per sé neutrali, così come lo sono un mattone, un bastone, un paio di scarpe: col primo posso costruire una casa oppure un muro per dividere popoli, col secondo posso picchiare o aiutarmi per camminare, il terzo

³⁴ È in questo aspetto ciò che Rodotà definiva l’“eccedenza” del progetto costituzionale ed in particolare dell’art. 3, comma 2, Cost, quale suo tratto più significativo e fecondo perché indicativo di una tensione costante verso uno svolgimento dinamico e mai compiuto, da rinnovare costantemente. «Il programma democratico “eccede” sempre le possibilità di realizzazione immediata, perché deve salvaguardare una tensione verso altri e più lontani obiettivi»: S. RODOTÀ, *Costituzione “figlia” della Resistenza*, in *Hyperpolis* (<https://www.hyperpolis.it/online/>). L’art. 3 non si limita infatti a definire un quadro organizzativo e una tutela dei diritti, ma si immerge nelle contraddizioni della società, individuando principi e regole che consentano alle istituzioni repubblicane di fare i conti con quelle contraddizioni e di adoperarsi per rimuoverle. I contenuti volutamente eccedenti del programma costituzionale dovevano mantenerlo aperto alla dimensione storica del reale nella quale le esistenze sono calate; e orientare verso strumenti attuativi in grado di mantenere salda la connessione fra il diritto e le vite. Questa indicazione, riconsiderata oggi, tanto più nell’attuale situazione di crisi dell’intero sistema sociale e democratico, appare di un’attualità disarmante.

³⁵ A. I. DAVIDSON, *Postfazione. Sulla fine dell’ermeneutica del sé*, in M. FOUCAULT, *Sull’origine dell’ermeneutica del sé*, cit., 113ss.

³⁶ M. NUSSBAUM, *Diventare persone*, Bologna, Il Mulino, 2001; M. NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Bologna, Il Mulino, 2012.

può condurmi presso una persona che ha bisogno di aiuto o un nemico da uccidere. Ciò che non è mai neutrale è la visione, l'obiettivo e il bisogno o l'interesse che ne dettano l'uso.

Può sembrare superfluo e fin troppo banale ribadire questo assunto, eppure torna ad essere necessario se si vuol ragionare di neutralità delle tecnologie digitali nel suo aspetto più trascurato, quello dei diritti sociali.

Il fatto è che di neutralità delle tecnologie ci si è occupati essenzialmente con riferimento ai diritti civili e politici: pluralismo informativo, *privacy*, forme della rappresentanza e della partecipazione, accessibilità e controllo delle informazioni di fonte pubblica, ecc.: temi noti e ampiamente studiati.

Meno diffusa è l'attenzione sulle implicazioni dell'uso delle tecnologie e sulla loro presunta neutralità nel campo dei diritti sociali. Eppure, qui viene in gioco più che mai il ruolo del sistema pubblico, alla luce di quel paradigma evocato dall'art. 3, comma 2, Cost. Lo aveva precisato bene Paola Marsocci, fra i pochi, in uno scritto di quasi dieci anni fa: i temi sono qui quelli «del regime della proprietà, gestione, controllo, sfruttamento economico dei dati; della redistribuzione della ricchezza; dell'inclusione ed esclusione sociale su base economica e culturale; ma anche, e soprattutto, dell'analisi delle forme del lavoro –consapevoli e inconsapevoli- e del loro sfruttamento»³⁷.

Davvero si può pensare che quando l'uso della Rete e dei social non tocca in modo diretto la libertà di pensiero e i suoi corollari politici il problema della neutralità scompare? Che quando la tecnologia viene in gioco nel suo profilo più strettamente tecnico di modalità alternativa di esercizio di un diritto sociale non si pone ugualmente un problema di neutralità dello strumento? Che sia sufficiente l'apparente semplificazione dell'agire pubblico o privato per considerare buona e opportuna una data applicazione tecnologica?

Il punto centrale, si torna così alla questione di partenza, è il parametro in base al quale si decida di valutare la bontà e opportunità del mezzo scelto. Produttività? Efficienza? Riduzione della spesa pubblica? Come ho ricordato, il parametro costituzionale è ancora oggi un altro: dignità, eguaglianza, giustizia sociale. Poi si aggiungono certamente anche gli altri parametri. Ma dopo. La gerarchia valoriale del modello di democrazia sociale è chiara.

Così come il concetto di accesso rispetto a quello di soglia, si può allora dire che anche il concetto di neutralità dovrebbe essere ripensato e tradotto nei termini della dignità.

Non si tratta soltanto di disciplinare un mezzo tecnologico per costruire difese contro i rischi di mancata neutralità: questa è una risposta certamente necessaria ma insufficiente, perché genera risposte giuridiche meramente reattive. Occorre piuttosto ripensare modi, strumenti e garanzie delle politiche pubbliche dove si sperimenta in concreto la capacità (e non soltanto il diritto formale) di esercitare le libertà sociali. Occorre chiedersi «se sia ancora possibile, al tempo del “capitalismo cognitivo e digitale”, immaginare politiche pubbliche (locali? nazionali? europee?) in campo economico-occupazionale, anche ripensando il welfare e ben consapevoli della sua crisi»³⁸.

Questo interrogativo rimbalza ancor più attuale e urgente in questo peculiare momento storico, in cui l'inedita emergenza legata all'epidemia Coronavirus ha determinato una penetrazione ancor più drastica e repentina delle tecnologie digitali nella dimensione dei diritti sociali, anche in quegli ambiti che erano rimasti sino ad oggi più saldamente legati all'ambiente esterno al web.

³⁷ P. MARSOCCHI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, cit. Particolarmente attenta ai risvolti sociali dell'accesso ad Internet anche G. DE MINICO, di cui fra gli altri: *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 6 marzo 2013; *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 4/2018.

³⁸ P. MARSOCCHI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in F. MARCELLI-P. MARSOCCHI-M. PIETRANGELO (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica*, cit., 55.

Si pensi ad alcuni ambiti maggiormente coinvolti in questo mutamento: lavoro, istruzione, sanità, ricerca scientifica. Su ognuno di questi vi sarebbe molto da dire, ben oltre quanto sia possibile in queste brevi considerazioni. Ma mentre si riflette sulle pesanti conseguenze economiche del prolungato isolamento sociale, della sospensione delle attività produttive e dei rischi di indebitamento ulteriore delle persone e dello Stato, non credo possano passare sotto traccia le politiche tecnologiche che si stanno mettendo in atto e che si prefigura di stabilizzare anche nel dopo-emergenza: abdicare in questo momento ad una visione di insieme, sottovalutando la stretta connessione di queste politiche con le altre, significherebbe non solo replicare errori già fatti ma rischiare di produrre danni ancor più gravi e irreversibili proprio nel campo dei diritti sociali.

Procederò per spigolature e senza sistematicità, e soprattutto per domande anziché per affermazioni. Ma credo che il tempo dell'emergenza sia anche il tempo in cui fermarsi e farsi domande, affiancando all'urgenza delle risposte il recupero del senso del limite. Perché «ritrovare il limite è ritrovare la razionalità»³⁹.

Con riferimento al lavoro, ad esempio, ci si è affrettati a tessere le lodi del c.d. smartworking, o "lavoro agile" nel d.p.c.m. 8 marzo 2020, che troverebbe nell'attuale situazione di costrizione una "occasione" di decollo dalla quale –si dice in molti- sarebbe opportuno non tornare indietro.

Posto che si tratta di una modalità di lavoro flessibile già introdotta in Italia per favorire l'articolazione dei tempi e dei luoghi del lavoro subordinato, con modalità da concordare fra le parti⁴⁰, la prima domanda da porsi è se l'estensione del lavoro in remoto temporaneamente imposta dal d.p.c.m. 8 marzo 2020 possa essere stabilizzata anche nel dopo-emergenza, trasformandola di fatto in riforma strutturale di un pezzo importante del mercato del lavoro. Nessun dubbio che, *all'interno della situazione di emergenza*, la possibilità di lavorare a distanza grazie alle tecnologie digitali abbia consentito a interi pezzi del sistema di continuare a funzionare: ma dopo? Nessun dubbio, ancora, che la stabilizzazione di modalità di lavoro in remoto possa rappresentare un elemento importante di riorganizzazione per le pubbliche amministrazioni: ma questo dato è estensibile tout court alle aziende private e al lavoro autonomo?

Gli argomenti solitamente addotti, anche negli atti normativi, in favore del lavoro flessibile mediante tecnologia digitale sono prevalentemente in favore del lavoratore: la conciliazione dei tempi di vita e lavoro; il benessere organizzativo; l'esercizio dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori. Ma anche il miglioramento della produttività e della qualità dei servizi pubblici.

Si tratta di argomenti di indubbia importanza legati al contesto di origine, in quanto nati essenzialmente nell'ambito delle politiche di riequilibrio di genere e del superamento di ostacoli che hanno afflitto maggiormente le donne (cure parentali, maternità, ecc.). Ma sono proprio e soprattutto le donne, oggi, ad avvisare contro i rischi di una eccessiva e generalizzata celebrazione di questi argomenti laddove il lavoro flessibile non dovesse essere più una scelta del singolo lavoratore per proprie necessità bensì una modalità necessitata (perché imposta proprio dalla situazione di crisi del lavoro o dal datore di lavoro per interessi aziendali). Laddove vengano decontestualizzati ed estesi senza adeguata ponderazione, quegli argomenti tendono infatti a caricarsi di una certa retorica in termini di benefici attesi.

Si parla di maggior produttività e riduzione dei costi dell'impresa: ma quanti sono i costi non misurabili che vengono spostati dalle aziende ai singoli? Maggiori rischi in termini di salute (techno-stress e dipendenza tecnologica), interferenza e sovrapposizione fra tempo di lavoro e tempo di vita con alterazione dei rapporti personali e familiari, meccanismi di controllo per consentire la verifica dell'adempimento delle prestazioni, impatto organizzativo del ripensamento di uno spazio (la casa) che non è affatto il mondo neutro, duttile e poroso che gli entusiasti del "lavoro agile"

³⁹ P. BARCELLONA, *Le passioni negate*, Roma, Città Aperta, 2001, 57.

⁴⁰ V. in particolare le leggi nn. 124/2015 e 81/2017.

presuppongono. «Tutta la serie di azioni che si svolgono all'interno delle mura domestiche (la cura dei figli è solo la più evidente), proprio perché sottratte dal campo della visibilità pubblica, sono consegnate a un riconoscimento insufficiente o affidate a una retorica, anche istituzionale, che continua a subordinarle alle logiche del lavoro e della produttività»⁴¹.

Si parla, con particolare riferimento ai lavoratori autonomi (in molti casi precari) della possibilità di riconvertirsi grazie all'uso delle tecnologie e al lavoro da casa. Ma anche in questo caso: con quali costi individuali per la difficoltà di negoziare costantemente le proprie competenze per rendere visibile e misurabile il valore di un lavoro sempre più immateriale? Con quali costi non misurabili in termini di spostamento di oneri dalle aziende ai singoli (salute, congedi parentali, gestione contabilità, pressione fiscale, ecc.)? Con quale costo sociale in termini di stabilizzazione del precariato? Saranno davvero più competitivi i professionisti che riceveranno i propri clienti online, come taluno ha ipotizzato?⁴²

Si parla infine, in termini più generali, di un presunto miglioramento della gestione del tempo: il lavoratore avrà addirittura meno bisogno di assenze per malattia o di permessi per necessità private, potendo più facilmente organizzarsi per gli adempimenti personali e familiari "senza sacrificare il lavoro". Vi è addirittura chi supporta queste considerazioni con i risultati di pseudo-ricerche compiute su campioni di lavoratori, le quali evidenzerebbero risultati positivi anche in termini di migliore e più piacevole distribuzione dei carichi domestici fra uomini e donne: «un'occhiata al computer e una alla pentola dei fagioli e alla lavatrice. A quanto pare, invece di distrarre, aiuta a concentrarsi»⁴³.

Francamente si rimane basiti di fronte alla leggerezza banalizzante e quasi offensiva di simili affermazioni; e se la situazione non fosse così grave vi sarebbe solo da riderne. Ma la situazione invece è grave e argomenti come questo e come gli altri che ho ricordato saranno, di fatto già lo sono, nell'agenda politica di uno Stato che deve decidere urgentemente come rialzarsi dalla più grave crisi dopo quella del dopoguerra. Si tratta di argomenti che pertanto non possono essere sottovalutati e che devono essere supportati, o al contrario confutati, sulla base di dati e di analisi serie di carattere economico e giuridico.

Mi pare che i punti cruciali siano tre.

In primo luogo, si rischia una colonizzazione di spazi sempre maggiori di vita privata, che vengono messi a "valore" senza che tuttavia questo valore sia reso visibile, e dunque misurabile e valutabile in termini di valorizzazione delle competenze e remunerazione. Si finisce così per confermare gerarchie consolidate, soffocando proprio quegli interessi che lo strumento del lavoro agile intendeva tutelare, cioè il benessere organizzativo e la conciliazione dei tempi e dei luoghi di vita/lavoro; e spacciandosi per maggiore autonomia l'esproprio ulteriore di tempi di vita⁴⁴.

⁴¹ S. BURCHI, *Lavorare a casa non è smart*, in *inGenere* (<http://www.ingenere.it/>), 2. Con particolare riferimento al lavoro di formazione scolastica e universitaria, e alle ambivalenze della celebrata capacità di continuità e riconversione telematica, si vedano le efficaci osservazioni di A. MELLONI, *Il corpo del docente*, in *La Repubblica*, 16 aprile; R. PEPICELLI, *University at home and distance learning: work, private sphere and the research of empathy*, in *European Law And Gender* (<https://elan.jus.unipi.it/>), 16 aprile.

⁴² P. GARIBALDI, *Il mercato del lavoro si scopre smart*, in *lavoce.info* (<https://www.lavoce.info/>), 31.03.20.

⁴³ «Fermo in casa, in condizioni di autogestirsi l'orario», anche «papà si dichiara più pronto a guardare i fagioli, caricare la lavatrice, andare a prendere la figlia a scuola»: M. RICCI, *Smartworking, la rivoluzione portata dal virus. Ecco perché non torneremo più indietro*, in *la Repubblica* (<https://www.repubblica.it/>), Economia & Finanza, 28.03.2020. Una favola, per di più "politically correct" perché rispettosa dei generi, che non potrebbe essere più distante dalla realtà; sebbene ci si premuri di citare i risultati della ricerca di un centro studi tedesco su un campione di lavoratori italiani (in realtà tutti interni a un'azienda del Nord con circa 4mila dipendenti...).

⁴⁴ Sulla questione dei tempi del vivere v., fra gli altri: M. RAMPAZI, (a cura di), *L'incertezza quotidiana. Politica, lavoro, relazioni nella società del rischio*, Milano, Guerini ed., 2002, 139ss.; L. BALBO, *Tempi di vita. Studi e proposte per cambiarli*, Milano, Feltrinelli, 1991.

In secondo luogo, il tanto di sé stessi e di tempo “altro” che viene impiegato rischia di dare luogo a nuove forme di sfruttamento. Il capitalismo cognitivo ha generato una sorta di «economia delle esperienze»⁴⁵, in cui «tutto è capitale umano e viene messo al lavoro» (le emozioni, le qualità inventive, le relazioni affettive, ecc.), perché il valore del soggetto deve essere competitivo in ogni ambito esistenziale. Stimolando il desiderio e l'istinto alla propria autorealizzazione si è rovesciata l'immagine del lavoro, sempre più spesso «autonomo», anche quando salariato: «i soggetti consentono e cooperano»⁴⁶.

Ma che ne è della sicurezza, della libertà e della dignità umana che l'art. 41 della Costituzione oppone come limiti all'iniziativa economica privata? In che termini questi limiti fondamentali potranno valere nelle modalità del lavoro agile? È davvero possibile dare per assunto che il fatto di lavorare a casa assolve di per sé al paradigma della sicurezza e della dignità del lavoratore? Che le cose non stiano esattamente così lo si desume, ad esempio, dalla riflessione scientifica che si è sviluppata intorno alla possibile regolazione giuridica di un “diritto alla disconnessione”, quale possibile antidoto per gli effetti negativi dello smartworking sulla salute e sul benessere del lavoratore⁴⁷. Ma può ridursi a questo l'apparato di garanzie contro una nuova e pervasiva modalità di sfruttamento del lavoro? La pur condivisibile e sacrosanta battaglia per riconoscere il diritto di disconnettersi rivela cioè, a sua volta, un altro rischio: quello di perpetuare un sistema giuridico meramente difensivo, che allunga le carte dei diritti civili mentre sacrifica i diritti sociali e i meccanismi redistributivi; un giurisdizionalismo senza garanzia che annulla la dimensione sociale, riduce ogni ipotesi di conflittualità alla dimensione individualistica del singolo (o al massimo di un gruppo) che protesta e si rivolge a un tribunale, neutralizzando il momento collettivo dell'agire politico⁴⁸.

In terzo luogo, si pongono i rischi connessi alla parcellizzazione del lavoro e alla diradazione delle relazioni sociali. Ciò che è qui in gioco va ben oltre gli aspetti, pure importanti, legati al bisogno di socialità quale condizione di pieno sviluppo della persona e partecipazione effettiva alla vita del Paese, come chiaramente indicato negli artt. 2 e 3 Cost.: in questa direzione si muovono, per esempio, molte esperienze di c.d. coworking, volte a condividere risorse di tempo e di luogo fra professionisti secondo formule che mettono a valore le relazioni e il rapporto con il contesto; e che in questo senso creano interconnessioni virtuose anche con altre politiche, come quelle di rigenerazione urbana e recupero di spazi industriali (un altro grande tema nell'attuale agenda politica del governo dei territori).

Ciò che è in gioco sotto questo profilo è piuttosto il rischio di spezzare quel tipo di relazioni sociali che sono alla base del conflitto e della lotta di classe, della capacità dei lavoratori di aggregare forza

⁴⁵ Z. BAUMAN, *L'arte della vita*, cit., 160, richiamando lo studio di J.B. PINE e J.H. GILMORE, *L'economia delle esperienze. Oltre il servizio*, Milano, trad. it. Etas, 2000.

⁴⁶ L. BAZZICALUPO, *L'economia come logica di governo*, in *Spazio Filosofico* (<http://www.spaziofilosofico.it/>), 2013, vol. 7, 28. Sul concetto e le dinamiche dell'assoggettamento, v. ampiamente J. BUTLER, *La vita psichica del potere*, Milano, Mimesis Edizioni, 2013: «Ciò che vorrei suggerire è che il soggetto può essere concepito come se il suo agire derivasse proprio dal potere a cui si oppone, benché tale formulazione possa sembrare scomoda e disturbante, soprattutto agli occhi di quanti credono nella possibilità di sradicare questa complicità e questa ambiguità una volta per tutte» (55).

⁴⁷ Primi tentativi di regolazione del diritto di disconnessione volti a ridurre il lavoro da remoto informale e irregolare si registrano in Francia e in Germania, per lo più a livello di contrattazione collettiva e di prassi aziendali. La legge francese n. 1088 del 2016, in particolare, ha introdotto il diritto alla disconnessione fra le materie oggetto della negoziazione annuale obbligatoria per le imprese: ma le modalità di attuazione del diritto sono ancora di fatto rimesse alla discrezionalità del datore di lavoro. Questo diritto è stato previsto anche dalla legge italiana n. 81/2017, che non lo qualifica espressamente ma rinvia all'accordo tra le parti e alla contrattazione collettiva la necessità di prevedere misure tecniche e organizzative necessarie per assicurarne l'effettiva realizzazione (art. 19). Per un approfondimento: M. LEONE, *Autonomia/subordinazione: realtà parallele con punti di incontro*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), fasc. 4/2019; C. SPINELLI, *Tutti i rischi dello smart working*, in *inGenere* (<http://www.ingenere.it/>), 5.9.17.

⁴⁸ P. BARCELLONA, *Le passioni negate*, 135.

dialogica e potere contrattuale. Il distanziamento sociale generato da formule di smartworking che fossero estese oltre le necessità individuali, e adottate quali strumenti di riforma non adeguatamente meditata del mercato del lavoro, rappresenterebbe un indubbio fattore di indebolimento della classe dei lavoratori: si pensi alle rsu nelle pubbliche amministrazioni, ma soprattutto alle sempre più numerose figure di autonomi e free lance per i quali il lavoro da casa non è scelta ma necessità.

Esisteranno ancora le possibilità concrete di scioperare? Di certo, per lo sciopero, non è prevista modalità in remoto, perché occorre parlarsi, discutere, organizzarsi. Occorre, prima di tutto, conoscersi: aver condiviso disagi, aspettative deluse, bisogni familiari importanti, pause alla macchina del caffè per raccontarsi frammenti di vita, soste all'uscita della fabbrica in cui ci si attarda sulla previsione di altre possibilità. Poi, per mezzo dei social, si può fare il resto.

Per non parlare delle forme di lavoro più umile o al nero, che non possono avere accesso al lavoro agile: non c'è smart technology che tenga, qui. Eppure, per fronteggiare le gravissime ricadute economiche dell'emergenza Covid-19, il Governo ha stanziato contributi una tantum da elargire anche ai lavoratori al nero per sopperire alle esigenze di vita fondamentali: suona quasi un ossimoro; ma è la prova che esistono. Anzi, come taluno ha già avvisato, la prospettiva per queste forme di lavoro più fragile è quella di essere attratti nel meccanismo perverso di incremento occupazionale offerto dai «grandi giganti della rete» e dei servizi di vendita online, come dimostrano le 100.000 assunzioni addizionali annunciate da Amazon nei suoi stabilimenti dislocati nel mondo. Si tratta di una prospettiva a dir poco beffarda perché indica chiaramente come questa emergenza (rectius, la mancanza di una efficace contro-politica economica) «rischi di rafforzare chi già aveva una posizione di tipo monopolistico nel mercato con conseguenze negative ampiamente accertate sulla distribuzione dei redditi. Quei 'giganti' distribuiscono poco reddito ai lavoratori, specie i più 'deboli', e molto, moltissimo reddito ai manager; in più il contributo che danno alle casse dello Stato attraverso il pagamento di imposte è quasi sempre irrisorio per la poco responsabile corsa di alcuni stati a riservare loro condizioni fiscali particolarmente vantaggiose»⁴⁹.

Tutto questo per dire che lo strumento tecnologico deve essere certamente valorizzato ma non celebrato; e deve essere valorizzato con cautela, in modo mirato e con gli opportuni distinguo, all'interno di politiche articolate in cui le dimensioni concrete dell'esistenza siano tenute in stretta connessione: pena il rischio di replicare la storia delle politiche di e-government e la confusione fra tecnologia come strumento e tecnologia come obiettivo in sé, a discapito di reali vantaggi, sia di carattere economico-occupazionale per la collettività, sia inerenti la dignità dei singoli lavoratori.

Il capitalismo cognitivo non può assorbire le politiche economico-occupazionali. Riporre nel primo aspettative generalizzate e non calibrate di rilancio delle seconde rischia di riprodurre gerarchie consolidate, ma ancor più ipocrite perché ammantate di modernità.

Considerazioni analoghe possono farsi per la scuola, per le università, per la sanità, per la ricerca scientifica, ecc., cioè per gli ambiti nei quali si giocano le chances concrete di giustizia sociale e di pieno sviluppo della persona.

A fronte dei tagli pubblici degli ultimi decenni e della competitività feroce che ne è derivata anche laddove competitività non dovrebbe esserci (come nell'istruzione e nella ricerca scientifica), a fronte di una sovranità di algoritmi che assoggetta gli individui e la libertà della ricerca a valutazioni quantitative di stampo efficientista ben lontani da quei parametri fissi che ho ricordato a proposito degli artt. 2 e 3 Cost., a fronte degli slanci in avanti di quanti prefigurano l'estensione della didattica online per favorire studenti che disporrebbero di più tempo per apprendere -oltre a diminuire traffico e congestione urbani-, a fronte di università che diverrebbero più competitive anche sul

⁴⁹ M. FRANZINI, *Il Covid-19 e le diseguaglianze economiche*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 8 aprile 2020.

piano internazionale per le capacità di didattica a distanza, a fronte di applicazioni in grado di tracciare le persone per rilevarne i dati sanitari a fini di tutela della salute collettiva, ebbene a fronte di tutto questo l'emergenza in atto oppone altro: aiuti economici alle famiglie in difficoltà e persino ai lavoratori al nero, cioè a coloro che non sono affatto competitivi; rinvio delle valutazioni algoritmiche, giudicate evidentemente non essenziali rispetto alle attività universitarie che intanto i docenti riescono a proseguire, in gran parte grazie alle tecnologie, offrendo continuità di didattica e di discussione scientifica (chissà se e come questi elementi rientreranno nei prossimi parametri VQR)⁵⁰; studenti che creano di propria iniziativa classi virtuali, parallele a quelle della didattica ufficiale, per studiare insieme e scambiarsi materiali e consigli; assunzioni di massa e repentine di medici e infermieri; necessità di rendere pubblicamente accessibili e dialoganti i dati scientifici e farmacologici in possesso dei grandi centri di ricerca privati⁵¹; dispositivi medici prodotti da piccole imprese locali grazie alla disponibilità di lavoratori a rischio di contagio; ospedali da campo messi in piedi da volontari; gruppi di acquisto locali che vanno ricostituendosi dopo lo sterminio generato da centri commerciali e grandi catene distributive. Si potrebbe continuare.

Qual è il filo rosso delle molteplici esperienze concrete che vanno accalcandosi in questo periodo di emergenza?

Sarebbe un errore grave liquidare quelle esperienze come semplice frutto della solidarietà, cooperazione e buona volontà delle persone che puntualmente riemergono nei tempi di difficoltà. È vero, le dinamiche di tipo solidaristico esistono ed hanno un ruolo importante. Ma non dimentichiamo che c'è anche, sempre, chi specula sui molti aspetti dell'emergenza. Nulla di nuovo sotto il sole.

I termini più importanti e urgenti della questione sono piuttosto le *indicazioni politiche* che emergono dall'esperienza concreta di questa emergenza. Perché queste indicazioni hanno a che fare con la ricalibrazione del rapporto fra le categorie dei diritti, con le cause generative della disegualianza sociale ed economica e i parametri fissi posti dalla Costituzione, con il ruolo del sistema pubblico, con gli obiettivi e gli strumenti delle politiche, con la differenza fra strategie di governo dell'emergenza e politiche pubbliche.

5. Realtà sociale vs. media sociali: alleanza delle vite, sistema pubblico, programmazione delle politiche. Siamo ancora in tempo per invertire la rotta e ripartire dai diritti sociali?

Provo a riassumere le riflessioni sparse per orientarle al dopo-emergenza, mantenendo la traiettoria delle lezioni apprese e dei rischi da evitare: una prospettiva di certo meno ambiziosa e velleitaria della ricerca di soluzioni, tanto più in tempi in cui le dinamiche dei *social media* tendono a trasformare il confronto delle opinioni in conflitto delle verità; ma forse più utile pragmaticamente di fronte a tempi molteplici di grande delicatezza e complessità.

Mi pare che le evidenze più significative rispetto al ruolo che Internet e i social media potranno avere nelle politiche pubbliche a venire siano riconducibili entro tre direttrici.

La prima nasce dalla conferma (ammesso che ve ne fosse bisogno) della necessità di abbandonare una volta per tutte l'illusione liberale/illuministica che la libertà e la formazione della personalità

⁵⁰ Efficaci gli argomenti della lettera aperta *Università, al ministro e ai rettori: i docenti non sono "droni" della didattica. Le lezioni online sono una pallida alternativa*, 14 aprile 2020, in *Rete29Aprile* (<https://www.rete29aprile.net/>)

⁵¹ Si veda la prospettiva di un "comunismo scientifico" avanzata da alcuni economisti italiani: cfr. in particolare E. BRANCACCIO-U. PAGANO, *Stop private speculation in covid-19 research. An "anti-virus" economic plan for a collective sharing of scientific knowledge on the pandemic*, in *TheScientist* (<https://www.the-scientist.com/>), 23 marzo 2020; E. BRANCACCIO-R. REALFONZO-M. GALLEGATI-A. STIRATI, *With or without Europe. Italian economists for an "anti-virus" plan*, in *Financial Times* (<https://www.ft.com/>), 13 march 2020.

siano legate prevalentemente all'esercizio dei diritti civili e politici. Nelle condizioni materiali da cui dipende l'esercizio dei diritti sociali e nelle dinamiche redistributive delle risorse e delle opportunità risiede l'anima emancipante della democrazia sociale e la pre-condizione ultima del "pieno sviluppo della persona".

Questo assunto vale sempre, come aveva già affermato Piero Calamandrei con la consueta e fulminante chiarezza⁵². Ma vale tanto più nelle situazioni di crisi e di emergenza, poiché è in questi frangenti che sono messi in pericolo primariamente i beni essenziali dell'esistenza e le persone che la vita ha già reso economicamente o socialmente più fragili.

Il rischio che qui occorre evitare è quello di un'egemonia dell'emergenza che autoalimenta se stessa e che fa della retorica della crisi e del sacrificio una modalità di governo.

Fino ad oggi, questo tipo di logica è stata ampiamente funzionale alle politiche neoliberiste, perché sapientemente agganciata agli orizzonti di spaesamento e insicurezza sociale: la paura costituisce «l'orizzonte insuperabile del capitalismo neoliberista», nel quale l'emergenza tende a perdere progressivamente il suo carattere di eccezionalità e a divenire permanente; e se «col variare della crisi varia il tipo di paura», la politica neoliberista «si esercita nel continuo passaggio dalla crisi economica a quella climatica, energetica, occupazionale, migratoria, e così via»⁵³. Il paradosso è la riattivazione di «una semantica sacrificale che sembrava definitivamente oscurata proprio dall'avvento del neoliberalismo e del suo imperativo al godimento»⁵⁴: il sacrificio richiesto per superare la crisi tradisce le promesse di salvezza e si rivela funzionale a una «liturgia del debito che il soggetto ha il dovere di assumere su di sé», in linea con quella nozione di «capitale umano» che implica «il fatto di condurre una vita come un'impresa»⁵⁵. Non solo, in questo modo si insinua l'idea di uno stato di straordinarietà in cui le capacità individuali e collettive sono messe fuori gioco e occorre una razionalità superiore cui affidare la ricerca delle risposte e la assicurazione circa i destini delle persone; la vita viene rappresentata come uno stato di permanente «bisogno su uno sfondo di oggettiva scarsità»⁵⁶; e la crisi diventa il «sintomo di un rimosso, di un immaginario spettralizzato, che inchioda le vite in un orizzonte indecidibile in cui è sospesa ogni forma di aspettativa»⁵⁷.

Oggi il tipo di emergenza che si è imposto ha in effetti caratteristiche in parte inedite, che hanno sparigliato le carte e messo a nudo la fragilità (rectius, il bluff) di alcuni capisaldi di quella logica. Il capitalismo cognitivo non basta, il "cittadino digitale" imprenditore di sé stesso è un soggetto fragile pressato da un rinnovato bisogno di *compresenza*: relazioni nei luoghi di lavoro, personale stabile – e quindi formato e competente- nei vari comparti del sistema pubblico, ricercatori non competitivi che costruiscono un sapere scientifico pubblico essenziale.

⁵² Cfr. in particolare P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia, 1975.

⁵³ S. VIDA, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù*, cit., richiamando M. LAZZARATO, *Il governo dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013. Si rileggano le fulminanti parole di Walter Benjamin: «Nel capitalismo può ravvisarsi una religione, vale a dire, il capitalismo serve essenzialmente alla soddisfazione delle medesime ansie, sofferenze, inquietudini, cui un tempo davano risposta le cosiddette religioni» (*Scritti politici*, a cura di M. Palma, introduzione di G. Pedullà, Roma, Editori Internazionali Riuniti, 2011).

⁵⁴ M. ESPOSITO, *Sacrificio. Sulla matrice religiosa della relazione tra debito e credito*, in F. ZAPPINO-L. COCCOLI-M. TABACCHINI (a cura di), *Genealogie del presente*, cit., 207-208.

⁵⁵ M. ESPOSITO, *Sacrificio*, cit., 215-216. L'Autrice richiama in particolare F. EWALD, *L'État Providence*, Éditions Grasset, Paris, 1986, 180 e M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-79)*, Milano, Feltrinelli, 2005, sul concetto di capitale umano elaborato dalla scuola americana di Chicago degli anni '80.

⁵⁶ L. BAZZICALUPO, *L'economia come logica di governo*, cit., 25.

⁵⁷ L. BAZZICALUPO, *Politicità del mercato e la crisi come sintomo*, in *Cosmopolis* (<http://www.cosmopolisonline.it/>), n. 1-2/2017. Cfr. anche L. BAZZICALUPO, *L'immaginario della crisi e lo spettro del cambiamento: falso movimento*, in L. BAZZICALUPO-L. TUCCI (a cura di), *Il grande crollo. È possibile un governo della crisi economica*, Milano, Mimesis, 2010.

Valga una domanda come cartina di tornasole: perché, fra i molti temi che stanno impegnando i costituzionalisti in queste settimane rispetto al governo dell'emergenza (limiti alle libertà, fonti del diritto, rapporto Parlamento-Governo, ecc.), grande attenzione sta suscitando quello dell'opportunità o meno di applicare la modalità in remoto per l'attività e il voto dei parlamentari? La preoccupazione è, evidentemente, quella di assicurare la continuità dell'organo rappresentativo, e la sua capacità di decisione e di controllo rispetto all'operato del governo e a decisioni fondamentali in tema di libertà. Ma perché, se tutti concordano su questa necessità, vi sono poi molti dubbi e resistenze sulla possibilità di interpretare estensivamente il termine *presenza* contenuto nell'art. 64, mentre immediata è stata l'adozione di modalità in remoto per tutte le altre attività del comparto pubblico? La domanda è retorica, ovviamente. Ma il timore vero, di là dalle cautele comprensibili nell'interpretare estensivamente taluni principi consolidati del costituzionalismo e di là dalla divergenza delle opinioni, emerge chiaro da tutte le posizioni: salvaguardare la compresenza fisica di un'istituzione che ha bisogno di dialogo, relazioni, gestualità, confronti anche estenuanti, dissenso. Perché il Parlamento non è un "votificio" e l'attività parlamentare non è indirizzata soltanto a consentire votazioni⁵⁸.

In altre parole, allorché si è paventato l'utilizzo delle modalità di lavoro e voto in remoto per il Parlamento, è emerso in modo inequivocabile il vero nucleo del problema: quello dei rischi legati al *distanziamento*. Per questa ragione, anche fra coloro che si dichiarano propensi a un'interpretazione estensiva del concetto di presenza, si sottolinea la necessità di valutazioni attente, con introduzioni mirate dell'uso delle tecnologie, e distinzioni circa i casi nei quali occorre mantenere l'obbligo di compresenza fisica (ad esempio il voto segreto).

Ma quando ci si sposta dall'ipotesi dell'uso parlamentare delle tecnologie all'utilizzo per così dire comune, allora i timori giuridici tornano ad essere legati prevalentemente alle possibili violazioni dei diritti classici: *privacy*, pluralismo informativo⁵⁹. Il problema legato ai rischi di censura è ovviamente concreto e insidioso, oltre che antico: sono ben noti i malumori del potere egemonico incline al pensiero unico, e i suoi tentativi di controllo nei confronti dei mezzi che consentono di alimentare e diffondere opinioni critiche e dissenzianti. Ma considerare questo aspetto in modo disgiunto dal rischio di distanziamento sociale che i social media nel contempo alimentano, seppur nella pluralità di idee che certamente consentono, sarebbe come imbracciare un'arma spuntata: significherebbe lasciare scoperto uno dei due fianchi, e consentire a quello stesso potere egemonico di recuperare terreno e controllare in altro modo.

Tanto sconcerto suscitano le misure di distanziamento sociale transitoriamente imposte per arginare il contagio (che pure la Costituzione ammette per ragioni di sanità e sicurezza)⁶⁰; ma in molti non esitano a liquidare la presenza degli studenti con i docenti o dei lavoratori con i propri simili nel celebrare le lodi dell'online anche per il dopo-emergenza; e non impressionano le forme di distanziamento indotte dai social media, assai più subdole perché meno visibili e più dannose perché permanenti.

Ebbene, ripartire dai diritti sociali è ribadire un bisogno di compresenza e corresponsabilità che nulla ha a che fare con una certa retorica buonista che affligge –ahimè– le narrazioni attuali sulla

⁵⁸ Cfr. in particolare, fra gli altri, i commenti di Lara Trucco e di Nicola Lupo nel dibattito online del 3 aprile 2020, in *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?* (Il appuntamento), dibattito facebook (per il secondo v. anche *Perché non è l'art. 64 a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), fasc. n. 3/2020).

⁵⁹ Si veda ad esempio il clamore suscitato dal comunicato stampa dell'Agcom il 19 marzo 2020, in cui si chiede ai social network come Youtube, Facebook e Twitter di rimuovere i video con informazioni false o anche solo "non corrette", o non diffuse da fonti scientifiche accreditate.

⁶⁰ Altra questione è quella delle fonti normative utilizzate per introdurre tali limiti, sulla cui legittimità v'è più di un motivo per dubitare: si rinvia, su questo, ai molti commenti apparsi in questi giorni.

solidarietà, bensì con quel tipo di socialità sottesa ai paradigmi costituzionali di partecipazione, pluralismo, cooperazione, conflitto.

Il secondo rischio è quindi quello di trasporre e consolidare nel dopo-emergenza le singole “decisioni” e “strategie” adottate nell’emergenza, spacciandole per “politiche pubbliche”.

I presunti e diffusi benefici delle smart technologies che la popolazione italiana (e non solo) ha forzatamente sperimentato in questi mesi, e dai quali –si dice- bisognerebbe non tornare indietro, sono un esempio. Ma il consolidamento di questi strumenti, come ho cercato di dimostrare, porta con sé ben altra complessità di aspetti, che toccano il cuore delle garanzie dei diritti, non solo quelli civili e politici bensì anche quelli sociali. La loro introduzione e regolazione andrà quindi ben ponderata e calibrata in relazione alle singole politiche e alle molte articolazioni di queste: avallare adesso con troppa disinvoltura slanci in avanti rispetto a un’estensione diffusa dell’uso delle tecnologie rischierebbe di fiaccare proprio ciò che andrà maggiormente salvaguardato nel ritorno ai tempi ordinari, cioè le difese immunitarie contro le dinamiche antidemocratiche.

Il fatto è che le scelte indotte dalle situazioni d’emergenza non sono politiche pubbliche bensì strategie: le prime sono caratterizzate da processualità, programmazione, pianificazione, visione di lungo periodo; le seconde –al contrario- da singoli atti, immediatezza, contingenza, breve periodo. E soprattutto da eccezioni che in tempi ordinari sarebbero inammissibili, perché si trasformerebbero nel loro opposto e cioè da strumento di salvataggio in rotture del sistema. Rispetto a questo rischio, la peculiare situazione di emergenza legata al Coronavirus ha di certo portato molti aspetti del sistema costituzionale al punto estremo della loro tenuta.

Come ho già ricordato, le politiche pubbliche si costruiscono in “tempo di pace”, quando l’intero corpo sociale è meno sensibile all’angoscia dell’accaduto; e tuttavia facendo tesoro delle lezioni apprese. Anche su questo l’emergenza attuale ci dice qualcosa.

Le esperienze concrete vissute in questi mesi sembrano essere entrate a gamba tesa proprio nei settori che erano stati più pesantemente colpiti dalle politiche economiche degli ultimi anni (lavoro, scuola, università, sanità, autonomie locali), rivendicandone violentemente la centralità.

Non solo: quelle esperienze rivendicando a chiare lettere il ruolo insostituibile del sistema pubblico nel presidiare i paradigmi basilari della democrazia sociale e della capacità dello Stato di riaprirsi alla programmazione, quale modo fisiologico di concepire e ordinare i rapporti tra politica, interesse sociale ed economia. La programmazione è capacità ordinante e razionalizzante dei processi decisionali, «meccanismo riflessivo» necessario per la coerente prefigurazione delle finalità, degli obiettivi e dei mezzi delle politiche⁶¹; mentre è ben noto come il decisionismo indotto dal mito della governabilità e dallo stato di continua emergenza abbia soffocato il respiro di lungo periodo che dovrebbe caratterizzare la costruzione delle politiche, appiattendole su risposte contingenti e disorganiche: negli ultimi anni, i limiti e la dannosità dell’andamento sincopato e schizofrenico dell’agire pubblico si sono mostrati con particolare veemenza, soprattutto nell’ambito delle politiche economico-sociali e di quelle di governo dei territori.

E ancora. Le specificità di questa emergenza pandemica, che nel colpire tutti (ma con effetti più gravi e duraturi per chi era già più fragile) si è insinuata nei risvolti più minuti e concreti delle esistenze, rivendica un certo tipo di programmazione e di pianificazione, non più verticistiche e tecnocratiche ma trasparenti e dinamiche. È l’irriducibilità delle cose ultime che chiama in causa la «politica dei piccoli passi» di Norberto Bobbio, o la «politica del piede di casa» di Federico Caffè:

⁶¹ «Pianificare significa decidere sulle decisioni... stabilire le premesse decisionali per decisioni future»: N. LUHMANN, *Stato, diritto e sistema sociale*, Napoli, Guida Editori, 1978, 133. In generale: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1989, 284; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, 1997, 35ss.; R. DIPACE, *L’attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, n. 4/2017, 647ss.

«una programmazione per gli uomini comuni ... tendente, più che a un diverso “modello di sviluppo”, a differenti condizioni di vita civile»⁶².

Questa emergenza, nella quale alcuni pezzi del sistema pubblico hanno retto le sorti dell'intero Paese grazie allo sforzo delle singole persone, che si sono spese ben oltre quanto la disponibilità delle risorse pubbliche avrebbe teoricamente consentito, rilancia un'idea rinnovata e irrobustita dell'identità e della missione di quello stesso sistema: un “pubblico” che equivale a un certo tipo di “politica”, ad un certo modo del decidere (l'art. 2 Cost. parla di “solidarietà politica”, oltre che economica e sociale).

Non bisogna aver paura delle parole, anche queste sono malate da tempo. Come dice Vincenzo Atripaldi, bisogna «ripolitizzare la democrazia», restituirla ai circuiti decisionali, agli obiettivi e agli strumenti della democrazia sociale⁶³.

Infine, il terzo nodo riguarda il rischio di trasporre gli strumenti delle politiche sul piano degli obiettivi. Anche qui le lezioni apprese non mancano; e quello delle tecnologie è solo un esempio, sebbene fra i più rilevanti. Come ho già detto è storia in gran parte nota, e ne ho ricordato le tappe essenziali.

Tuttavia, anche qui le specificità dell'emergenza legata al Coronavirus mettono in evidenza maggiore taluni aspetti più trascurati sino ad oggi.

Innanzitutto, il fatto che i diritti sociali non sono per nulla immuni dai problemi di neutralità della Rete, ed anzi costituiscono la cartina di tornasole più autentica e veritiera della tenuta del sistema di giustizia sociale delineato in Costituzione.

L'euforia degli aggettivi utilizzati negli ultimi vent'anni per accompagnare e rinnovare talune categorie fondamentali del costituzionalismo è emblematica: e-democracy, e-participation, cittadinanza digitale, agenda (politica) digitale, diritti digitali, ecc. Espressioni che sono state troppo benevolmente accolte (e inflazionate) nel loro senso a-tecnico di meri indicatori di obiettivi e linee di tendenza⁶⁴; ma che risultano invece pericolosamente funzionali all'indottrinamento demagogico di una «democrazia senza qualità»⁶⁵, e come tali improprie, inopportune, irritanti.

La c.d. democrazia elettronica e le altre categorie non esistono, dal momento che l'aggiunta dell'aggettivo –in quanto espressivo soltanto dell'utilizzo di un certo strumento- non può valere di per sé a qualificare qualitativamente un certo tipo di società e di democrazia. Esiste piuttosto un'azione pubblica che sceglie i mezzi più adeguati a realizzare i propri obiettivi, orientandone l'utilizzo verso la realizzazione del modello di democrazia cui si ispira.

E in un modello di democrazia sostanziale, ispirato a valori di eguaglianza, solidarietà e giustizia sociale, una volta scelto il mezzo non è consentito al sistema pubblico di disinteressarsi delle modalità e degli effetti del suo utilizzo; al contrario, le scelte politiche in ordine agli effetti che si vogliono realizzare tramite l'utilizzo del mezzo tecnologico divengono uno dei principali misuratori della qualità e dell'efficacia dell'agire pubblico.

Purtroppo, continua ad essere terribilmente attrattiva la retorica delle virtù salvifiche dei nuovi media, ma oggi con l'aggravante dell'uso (e abuso) di alcune parole chiave: autonomia, partecipazione, socialità, benessere lavorativo, produttività. Si tratta non a caso dei valori fondanti del costituzionalismo emancipante e della democrazia sociale, perché costole del valore ultimo,

⁶² Cfr., rispettivamente, N. BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Torino, Einaudi, 1996, 136; B. AMOROSO, *Federico Caffè. Le riflessioni della stanza rossa*, terza edizione riveduta e aggiornata Castelvecchi, Roma, 2017, 88.

⁶³ V. ATRIPALDI, *Costituzionalismo e ripolitizzazione della democrazia*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 1/2019.

⁶⁴ Per alcuni chiarimenti, P. COSTANZO, *Avete detto “diritti digitali”?*, in *Tecniche normative* (www.tecniche normative.it), 13 luglio 2016, 1ss.

⁶⁵ A. DI GIOVINE-M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), n. 2/1993, 321ss.

quello della dignità dell'esistenza. Eppure, si tratta anche, a conti fatti, dei valori maggiormente feriti dai rischi di mistificazione che affliggono la gran parte delle politiche tecnologiche.

Il fatto è che si tratta di politiche bicefale, solo in parte generate dalle regole dell'ordinamento giuridico ufficiale. È stato già ricordato, dagli studiosi più attenti, come i social media siano in realtà catturati da un sistema regolatorio per lo più parallelo, alternativo, per nulla neutrale ed anzi in gran parte antagonista perché determinato da rapporti di forza di carattere squisitamente economico. A fronte di questo sistema normativo parallelo, parte integrante del più ampio sistema regolatorio generato dalla global economic governance, quello ufficiale mostra tutta la propria impotenza poiché è un diritto reattivo giocato tutto in difesa: «chiamato in causa, se fosse necessario, non per regolare gli effetti sociali positivi (espansione delle libertà) cagionati dal nuovo fenomeno, ma gli effetti sociali negativi, cioè le violazioni del diritto positivo vigente da quelle occasionate (violazione *privacy*, cyberbullismo, contenuti illeciti, ecc.)⁶⁶. A rimanere assai più gravemente esposta e priva di presidi è la libertà di autodeterminarsi nella vita reale prima che in Rete, mediante meccanismi predefiniti di induzione al consumo, alle scelte, all'interpretazione della realtà; perché un diritto prevalentemente reattivo difficilmente può riuscire a bilanciare il mito della "socializzazione produttiva" delle smart technologies (generato da valutazioni di carattere economico-efficientista) con i "costi sociali" del loro impiego in termini di isolamento, perdita di autonomia, sfruttamento, salute, precarizzazione, frammentazione dello spazio pubblico, azzeramento del conflitto sociale⁶⁷.

Ebbene, se il "distanziamento sociale" che ha tanto impressionato l'opinione pubblica nell'emergenza da Coronavirus è quello che ha limitato temporaneamente le libertà di circolazione e di spostamento fisico delle persone per limitare il contagio, mi pare che il vero distanziamento sociale, più pericoloso perché meno visibile e più subdolo, sia in realtà quello messo in atto dall'abbraccio perverso fra le regole tecno-finanziarie che governano i social media e le politiche nazionali che prospettano con troppa facilità estensioni delle attività in "remoto" –grazie al supporto tecnologico- nei settori nevralgici della democrazia sociale (come l'istruzione e il lavoro).

Del resto, il celebre esperimento di psicologia sociale condotto da Stanley Milgram nel 1961 aveva drammaticamente dimostrato proprio questo: la relazione che esiste fra distanziamento sociale, autorità e totalitarismo. Con l'accrescersi del primo diminuisce progressivamente la capacità di percepire le conseguenze dannose di regole o comandi ingiusti, e quindi la capacità di interrompere la sequenza di azioni ingiuste, di reagire, di dire no. Le nuove forme di distanziamento sociale oggi fornite a buon mercato dai social media si saldano con l'autoritarità continuamente chiamata in causa dalle politiche dell'emergenza. E il passo verso forme di rinnovato totalitarismo è breve, se è vero (come ben diceva Hannah Arendt) che questo altro non è che un potere sollecitato dalle paure che esso stesso genera, che costruisce i propri strumenti di governo sulla promessa di efficacia anziché sulla richiesta di legittimazione, che non produce più libertà ma si esercita in sue continue limitazioni⁶⁸.

È di certo in atto uno scontro sul diritto, come dice Alessandra Algostino: «fra diritto del costituzionalismo e diritto della global economic governance; uno scontro sul diritto che si presenta

⁶⁶ M. PIETRANGELO, *Sulle libertà dopo i social media*, cit., 14.

⁶⁷ Al contrario, il sistema regolativo alternativo sottostante i social media, sebbene formalmente interno all'ordinamento giuridico costituito, tende a forzare quest'ultimo e a negarne le regole democratiche: una devianza o alterità che «non pare occasionale o derivata», bensì «connaturata al modello stesso. Si tratta di un carattere a tratti eversivo, che dunque faticosamente si presta ad essere arginato mediante le sanzioni proprie del diritto positivo; che appaiono inefficaci, se non addirittura insufficienti nella loro parzialità» (M. PIETRANGELO, op. ult. cit., 16).

⁶⁸ H. ARENDT, *Sulla violenza* (1970), Parma, Guanda, 2008. Più di recente, in senso analogo, Martha Nussbaum parla di «monarchia della paura»: *The Monarchy of Fear. A Philosopher Looks at Our Political Crisis*, New York, 2018.

quale epifenomeno di un processo che dal campo economico è trascinata in quello politico, sociale, antropologico, denudando, fra l'altro, la natura del rapporto fra democrazia e capitalismo»⁶⁹.

Questo scontro richiama a sua volta uno scontro di "tempi": quello dei social network e quello delle Costituzioni. Il ritmo segnato dai social network, la frammentazione dello spazio pubblico, l'immediatezza delle risposte ai problemi politici e sociali rende via via più difficile programmare nel tempo in termini di stabilità: «il tempo delle costituzioni, tale e come lo abbiamo conosciuto fino ad ora, non è coerente con le caratteristiche dello spazio pubblico che si è configurato da pochi anni attraverso i social network»⁷⁰.

In mezzo sta il tempo delle vite, sospinte da una parte all'altra insieme ai bisogni e valori di cui sono tacitamente ma autenticamente espressione. Volutamente estremizzando, si potrebbe dire che i diritti civili e politici sono caduti prima e più facilmente in ostaggio del tempo dei social network, mentre i diritti sociali si dimostrano meno porosi, come anche l'attuale e più articolata situazione di crisi sta dimostrando: perché è nello spazio dei diritti sociali che maggiormente resiste la necessità di condizioni di presenza, di relazioni e di socialità, quale terreno insostituibile ove si giocano il pieno sviluppo della persona, la sua capacità concreta di cittadinanza e di sovranità.

C'è «un tempo costituente della moltitudine» che ad un certo punto chiede di essere agito, osserva Giuseppe Filippetta in un bel testo recente che rilegge in una chiave non consueta l'origine resistenziale della Costituzione⁷¹.

Oggi c'è un tempo delle vite concrete che esprimono valori e bisogni di giustizia sociale che, sebbene vengano in gran parte proclamati "dentro" alla Rete, nel frastuono fintamente comunicativo dei social media, tuttavia necessitano di essere agiti "fuori", nel confronto costante dei vissuti, delle strategie di invenzione del quotidiano, delle lotte comuni per costruire condizioni di vita dignitose per tutti. È l'«alleanza dei corpi» da cui nascono visioni e progettualità politiche altre, concrete, possibili, agibili; perché è nei luoghi e nei tempi della presenza fisica, nelle relazioni di prossimità che emergono altri racconti, alternativi e antagonisti a quelli ufficiali dei sistemi regolatori egemonici.

E i racconti che emergono dalle vite sono in genere alleati del costituzionalismo emancipante, compagni della democrazia sociale perché ne incarnano i valori senza possibilità di mistificazione⁷². Perché le vite e i loro racconti sono grandi bacini di letture della realtà e di indicazioni politiche. Ne è ben consapevole, e non da ora, chi ha utilizzato questo particolare angolo visuale per affrontare i temi più caldi della giustizia sociale: si pensi ai lavori di Rocco Scotellaro sulle biografie contadine; di Gianni Bosio sul pensiero operaio; di Danilo Dolci sui braccianti siciliani; ma anche, più di recente, a quelli di Enzo Scandurra sulle periferie urbane⁷³, di Paolo Cendon sul disagio psichiatrico e sociale⁷⁴. Ma si pensi anche a scritti autobiografici di autori "comuni" che, attraverso le domande esigenti dell'esistenza, mettono di fatto a nudo il sistema nei suoi punti più fragili, inadeguati,

⁶⁹ A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, 201.

⁷⁰ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 3/2019, 6.

⁷¹ G. FILIPPETTA, *L'estate che imparammo a sparare. Storia partigiana della Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 2018. V. in proposito il commento di S. CALAMANDREI, *Il potere nasce dalla canna del fucile? Tra resistenza e Costituzione*, in *Il Ponte*, n. 6-II, 2019, 370ss.

⁷² Sull'uso della Costituzione da parte dei movimenti, in una prospettiva antagonista che la rende compagna del conflitto sociale, A. ALGOSTINO, *Settant'anni di "uso" della Costituzione: da patto sociale a progetto alternativo?*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 2/2018, 122ss.

⁷³ E. SCANDURRA, *Vite periferiche. Solitudine e marginalità in dieci quartieri di Roma*, Roma, Ediesse, 2012.

⁷⁴ P. CENDON, *I diritti dei più fragili. Storie per curare i danni esistenziali*, Milano, Rizzoli, 2018.

irrisolti⁷⁵. Il crescente uso del registro narrativo –in particolare biografico e autobiografico- anche nella riflessione giuridica appare un segnale assai significativo della necessità invocata dall'art. 3, comma 2, Cost. di mantenere aperto e dialogante il rapporto fra il diritto e le vite⁷⁶.

Il senso politico del racconto dei vissuti assume una portata di grande rilievo in determinati frangenti, perché mettendo in risonanza le vite consente di restituire valore (cognitivo e normativo) all'esperienza, di ripattuare significati, di costruire visioni collettive altre, di agire di concerto.

Non è un caso che, anche in questo peculiare frangente legato all'emergenza Coronavirus, si cominci ad assistere, dopo il boom scomposto e alluvionale delle reazioni sui social, alla riappropriazione del bisogno di racconti più estesi e di maggior respiro, da parte di addetti ai lavori e non solo, nei quali le riflessioni più strettamente esistenziali si intrecciano con quelle che evidenziano palesemente il senso percepito dei valori della democrazia sociale e, soprattutto, del tipo di sistema pubblico chiamato a presidiarli⁷⁷.

Questi racconti sono chiari nei messaggi che lanciano, semplici nella linearità e coerenza delle indicazioni che esprimono. Ma "semplice" non equivale a "facile", sebbene si tratti di termini considerati fungibili: semplice, da *sim-plex*, è ciò che è composto da una parte soltanto, piegabile in un modo soltanto, è un'indicazione che non contempla alternative o altre possibilità (come invece duplice, triplice, ecc.); mentre facile, forma sincopata di *facibile* (da *facere*), è ciò che può farsi agevolmente.

Forse il dilemma politico dei social media è proprio nella sua "semplicità", ossia nella nitidezza del nucleo della questione: una nitidezza che riflette gli interessi dei più ma è scomoda agli interessi dei pochi, cioè delle oligarchie tecno-finanziarie che governano questi strumenti. Per questo è così difficile restituirli alla posizione di mezzi serventi delle politiche.

Un'inversione di rotta in direzione della democrazia sociale sarà possibile soltanto se la politica costituzionale saprà riappropriarsi di analisi giuridiche ed economiche oneste e dialoganti, libere dai

⁷⁵ Fra i moltissimi che si potrebbero citare, v. per tutti S. IACONESI–O. PERSICO, *La cura*, Torino, Codice edizioni, 2016, ove si prende di petto il tema ambiguo della dimensione "pubblica" e istituzionale della malattia: i due autori raccontano l'irruzione del cancro nella vita individuale e di coppia non tanto o non solo come forma di lotta ai molti tabù che ancora circondano questa malattia quanto, e soprattutto, con l'intenzione di mettere in discussione gli assetti consolidati e più criticabili delle procedure mediche, dell'accessibilità e del regime dei dati sanitari, dei protocolli di individuazione dei tipi di intervento e di cura. Di particolare significato le pagine in cui si raccontano le difficoltà affrontate per ottenere la cartella clinica e –soprattutto- immagini leggibili, in evidente contrasto con la grande enfasi posta sul tema degli *open data*: «Erano due cd con il logo dell'ospedale. Mentre li inserivo nel lettore del mio computer mi contenevo a stento: avrei finalmente stampato l'immagine del mio cancro. (...) Volevo scavare più a fondo nella riappropriazione del mio cancro, instaurare una relazione intima e aperta, organizzare i dati in modo che avessero senso per me, in modo da poterli rappresentare e visualizzare, far entrare i dati clinici nella mia vita, nella mia arte, nella mia professione, nel modo in cui creo relazioni con chi mi sta intorno. (...) Quello che ho trovato è stato un insieme di file in formato "dicom" (*digital imaging and communications in medicine*), il quale è, tecnicamente e formalmente, un formato aperto. Ciò non vuol dire che sia un formato inteso per essere comprensibile e usabile dalla gente comune. (...) è un formato per professionisti, per specialisti, per esperti tecnici. Per aprirlo servono software specifici e spesso l'installazione di componenti aggiuntive sul proprio sistema operativo, oltre alla necessità di eseguire configurazioni. Tutto questo solo per aprirlo. (...) Ero arrabbiato. Anche qui, nell'intimità della mia casa, il paziente xyz aveva trovato il modo di frustrarmi, di far valere la sua supremazia sull'essere umano Salvatore Iaconesi. Era riuscito a negarmi la possibilità di appropriarmi delle mie immagini, delle mie informazioni, dei miei dati e di farci quello che volevo, portandoli fuori dall'esperienza amministrativa e burocratica della medicina per inserirli in un contesto più vasto, nella vita complessa degli esseri umani» (115-118).

⁷⁶ Mi sia consentito rinviare ad A. VALASTRO, *Costituzionalismo, democrazia sociale, dignità dell'esistenza: le ricadute politiche del racconto dei vissuti*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. n. 2/2019, 135ss.; Id., *Storie di democrazia sociale. La narrazione biografica e autobiografica nella riflessione giuridica*, Firenze, Il Ponte Editore, 2020, in corso di pubblicazione.

⁷⁷ V. ad esempio E. MACCORA, *Il mio incontro con il Covid-19: una testimonianza personale per far memoria*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 6 aprile 2020.

condizionamenti degli interessi egemonici; e se queste a loro volta sapranno dialogare con le vite, con le cose ultime dell'esistenza che esse sanno raccontare nei loro contenuti più esigenti ma non prescindibili.

Il tipo di emergenza e di crisi generato dal Coronavirus, che ha chiamato in causa così prepotentemente le dimensioni più minute dell'esistenza, qualche elemento chiarificatore lo avrà offerto. Ma, appunto, semplice non è facile.

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

Volumi pubblicati

1) *"Itinerari" di Antonio Ruggeri per Consulta Online*,
a cura di Pasquale Costanzo e Lara Trucco, 2016, pp. 812
ISBN: 978-88-945618-3-8

2) *Stato di diritto Emergenza Tecnologia*,
a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, 2020, pp. 219
ISBN: 978-88-945618-0-7



ISBN: 978-88-945618-1-4