



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 3

Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Antonello LO CALZO, Leonardo PACE,
Giuliano SERGES, Cecilia SICCARDI,
Pietro VILLASCHI**

**«Diritto e nuove tecnologie
tra comparazione e interdisciplinarietà»**

in memoria di

PAOLO CARROZZA



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

**La Rivista / Quaderno n° 3
Fascicolo speciale monografico**

A cura di

**Antonello LO CALZO - Leonardo PACE - Giuliano SERGES -
Cecilia SICCARDI - Pietro VILLASCHI**

**Diritto e nuove tecnologie
tra comparazione e interdisciplinarietà**

Atti del Seminario di diritto comparato – 26 marzo 2021

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

A. Al Hasani Maturano, D. Baldoni, S. Barbareschi, M. Bardin, C. Bologna, F. Camillieri, V. Cavani, D. Chinni, F. Cirillo, Y.M. Citino, E. Cocchiara, C. Colapietro, E. Cremona, M. D'Amico, L. Del Corona, C. Della Giustina, L. Dell'Atti, G. Donato, M. Falduti, M. Fasan, A. Ferrero, N. Fiano, R. Fittipaldi, V. Fogliame, I. Forgione, V. Fredianelli, A. Fricano, M. García Goldar, A. Giubilei, L. Grimaldi, E. La Fauci, A. Lauro, F. Laviola, L. Lorenzini, E. Mantovani, V. Martínez Torres, F. Musella, F. Novello, J. Ocón García, F. Paolucci, L. Pasqui, P. Passaglia, A. Prozzo, P.G. Puggioni, M. Rhao, C. Righetti, L. Rinaldi, D. Rosani, P. Rossi, M. Dorado Ruiz, L. Rullo, F. Severa, C. Severino, I. Spadaro, F. Spagnoli, V. Telaro, A. Valsecchi, G. Verrigno, P. Villaschi, D. Zecca, G. Ziccardi.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2021/2 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 26 marzo 2021 su "Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà" – Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di novembre 2021

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile:** Marilisa D'Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Giacomo D'Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Federica Grandi (*"Sapienza" Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL QUADERNO N° 3

Nota dei curatori

Antonello LO CALZO, Leonardo PACE, Giuliano SERGES, Cecilia SICCARDI, Pietro VILLASCHI.....	1
--	---

Presentazione

Marilisa D'AMICO.....	5
-----------------------	---

Introduzione al Seminario

Carlo COLAPIETRO, <i>Le sfide del "Costituzionalismo digitale": un approccio originale al rapporto tra diritto e nuove tecnologie</i>	7
---	---

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Fortunato MUSELLA, <i>Legge e amministrazione digitale. Lo spazio conteso della regolazione pubblica</i>	15
Caterina SEVERINO, <i>La democrazia francese e le sfide del digitale: tra opportunità e rischi</i>	33
Giovanni ZICCARDI, <i>Profilazione dell'individuo, Big Data, e metadati: comprendere le tecnologie attuali per comprendere i contenuti d'odio online</i>	49

SECONDA SESSIONE

PARTE I

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO, DIRITTO ALLA RISERVATEZZA
E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione della coordinatrice

Chiara BOLOGNA, *Libertà di espressione e riservatezza «nella rete»?*
Alcune osservazioni sul mercato delle idee nell'agorà digitale 67

Contributi dei partecipanti

Amir AL HASANI MATURANO, *El dilema entre censurar o amparar la libertad de expresión en el ciberespacio* 81

Valentina CAVANI, *Diritto all'oblio. Dal diritto "ad essere dimenticati" al diritto alla deindicizzazione* 91

Francesco CIRILLO, *Il fondamento costituzionale dei neurodiritti*..... 107

Camilla DELLA GIUSTINA, *L'uso privato dei droni: una nuova sfida per i diritti umani?*..... 123

Giuseppe DONATO, *La negazione delle libertà negative: quali regole sul territorio dei social network* 137

Antonella FERRERO, *I diritti dei minori nell'ambiente digitale*..... 149

Mónica GARCÍA GOLDAR, *La Directiva (UE) 2019/770 y los aspectos más relevantes de su ámbito de aplicación*..... 159

Andrea GIUBILEI, *Il nuovo Oversight Board istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione*..... 179

Francesco LAVIOLA, *Diritti fondamentali ed efficienza economica nel mercato digitale: tra protezione dei dati personali e tutela della concorrenza* 195

Luca RINALDI, *Le piattaforme tra diritto pubblico e diritto privato: libertà d'espressione, discorso politico e social network in alcuni casi recenti tra Italia e Stati Uniti*..... 211

Domenico ROSANI, *Nuove vie costituzionali (comparate) per promuovere i diritti dei minori nella disciplina delle nuove tecnologie* 229

Ignazio SPADARO, *Il contrasto alla disinformazione e ai discorsi d'odio nell'ambiente digitale e le possibili ricadute sulla forma di stato*..... 243

Pietro VILLASCHI, <i>Profilazione online e manipolazione del consenso nella bubble democracy</i>	257
Michaël BARDIN, <i>La loi Avia et la lutte contre les contenus haineux sur internet. Contexte, inspiration et échec (ou la chronique d'un désastre annoncé)</i>	271
Marco RHAO, <i>Gaia X: un'analisi giuspubblicistica dei cloud europei</i>	283

PARTE II

GARANZIA DEI DIRITTI E NUOVE TECNOLOGIE

Contributi dei partecipanti

Simone BARBARESCHI, <i>Rivoluzione digitale e diritti dei disabili: la tecnologia come fattore inclusivo e la tutela dell'habeas mentem</i>	299
Federica CAMILLIERI, <i>Gli algoritmi predittivi alla luce dei principi delineati nella European Ethical Charter</i>	313
Marta FASAN, <i>L'intelligenza artificiale nella dimensione giudiziaria. Primi profili giuridici e spunti dall'esperienza francese per una disciplina dell'AI nel settore della giustizia</i>	325
Valentina FREDIANELLI, <i>La Dataveillance e il sistema di credito sociale cinese</i>	341
Laura GRIMALDI, <i>Giustizia predittiva e garanzie del giusto processo</i>	353
Enrico MANTOVANI, <i>Intelligenza artificiale e discriminazione: quali prospettive? Il modello inglese del Data trust</i>	367
Federica NOVELLO, <i>Rapporto tra metodi di calcolo degli assegni di mantenimento e intelligenza artificiale. Spunti di diritto comparato e prospettive de iure condendo</i>	381
Juan OCÓN GARCÍA, <i>Vida privada versus seguridad pública: en busca de una solución ponderada al cifrado fuerte de comunicaciones</i>	395
Alessandra PROZZO, <i>Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione ed effettività dei diritti</i>	407
María RUIZ DORADO, <i>SITEL e Captatore informatico? Due strumenti di indagine tecnologica con particolari implicazioni costituzionali</i>	421
Davide ZECCA, <i>L'autonomia della pretesa alla segretezza delle comunicazioni digitali fra nuovi diritti ed equo contemperamento di interessi divergenti</i>	437

PARTE III

GIUSTIZIA E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione del coordinatore

Paolo PASSAGLIA, *Introduzione* 453

Contributi dei partecipanti

Emanuele COCCHIARA, *Algoritmi amministrativi e principio di legalità: riflessioni interne e spunti di comparazione* 459

Lavinia DEL CORONA, *I social media e la disinformazione scientifica: spunti per un cambiamento di rotta alla luce dell'esperienza statunitense ed europea*..... 473

Mattia FALDUTI, *L'imprevedibilità del diritto vivente: accesso e analisi del dato giudiziario*..... 489

Nannerel FIANO, *La robotizzazione delle decisioni amministrative e della decisione giudiziale. Problematiche di diritto costituzionale in chiave comparata con la Germania*..... 501

Ilde FORGIONE, *L'esercizio del potere tramite i dati, tra logica small e big data* 515

Alessandro LAURO, *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione* 529

Virginia MARTÍNEZ TORRES, *La cuarta revolución industrial: el principio de capacidad económica en la digitalización y la robótica* 547

Federica PAOLUCCI, *Il riconoscimento facciale: una sfida di policy per il futuro dei diritti fondamentali*..... 561

Pier Giuseppe PUGGIONI, *Il giudice e l'estraneo. Spigolature su intelligenza artificiale, giudizio e soggettività* 575

Philipp ROSSI, *Il ruolo delle Regioni e delle Province autonome nell'informatica pubblica alla luce della competenza esclusiva statale in materia di «Coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» di cui all'art. 117, comma secondo, lettera r) della Costituzione*..... 591

Luigi RULLO, *Corti costituzionali e social media. Una panoramica europea* 607

Andrea VALSECCHI, *La spersonalizzazione della funzione giudicante: un primo sguardo sulla giustizia algoritmica*..... 625

PARTE IV

POTERE POLITICO E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione del coordinatore

Daniele CHINNI, *Potere politico e nuove tecnologie. Spunti conclusivi a margine della discussione nell'atelier* 641

Contributi dei partecipanti

Diego BALDONI, *La raccolta delle firme online nella democrazia regionale: linfa tecnologica per una partecipazione ancora offline*..... 649

Ylenia Maria CITINO, *Il “fatto digitale” e l’elasticità costituzionale nei processi di formazione del governo*..... 667

Elia CREMONA, *Le nuove tecnologie oltre la “grande dicotomia” tra pubblico e privato* 681

Luca DELL’ATTI, *E-Democracy e partiti populistici. Un lettura del paradigmatico caso del Movimento 5 Stelle attraverso gli artt. 49 e 67 Cost.* 697

Raffaella FITTIPALDI, *La strategia tecnico-politica dei partiti digitali tra potere e orizzontalità: il caso di Podemos* 711

Virgilia FOGLIAME, *Democrazia partecipativa e processi deliberativi alla luce della rivoluzione digitale: la “rappresentanza connessa”* 725

Alessandro FRICANO, *Prove tecniche di resilienza costituzionale: l’assalto a Capitol Hill e la censura mediatica di Donald Trump*..... 733

Erika LA FAUCI, *I partiti politici e le piattaforme digitali: più tecnologia e meno democrazia?*..... 745

Lucie LORENZINI, *Souveraineté numérique : Quelle place pour l’État dans le cyberspace ?*..... 759

Leonardo PASQUI, *La costituzione economica tra opinione pubblica e bubble democracy* 773

Camille RIGHETTI, *Un an après, quelle révolution numérique pour le parlement français à l’heure de la crise sanitaire?* 787

Francesco SEVERA, *La dissoluzione dello spazio pubblico. Il fattore “tecnologico” tra geodiritto e geopolitica*..... 801

Federico SPAGNOLI, <i>Parlamenti virtuali: una soluzione d'emergenza?</i> <i>Riflessioni in prospettive comparata</i>	815
Vincenzo TELARO, <i>I servizi di rete sociale (social network) come spazio pubblico d'espressione politica. Verso il "giudice" digitale?</i>	829
Giuseppe VERRIGNO, <i>Potere politico e nuove tecnologie: il vertice dell'esecutivo nel tempo del consenso digitale</i>	839
<i>Informazioni sui Curatori e sugli Autori</i>	851



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

NOTA DEI CURATORI

ANTONELLO LO CALZO, LEONARDO PACE, GIULIANO SERGES,
CECILIA SICCARDI, PIETRO VILLASCHI

I contributi raccolti all'interno del presente fascicolo monografico (che assume la veste di Quaderno della Rivista) costituiscono una rielaborazione degli interventi che si sono tenuti in occasione del secondo Seminario internazionale di Diritto comparato dell'Associazione di studi sul diritto e la giustizia costituzionale «Gruppo di Pisa».

L'incontro – dedicato, anche quest'anno, alla memoria del compianto Prof. Paolo Carrozza – è stato organizzato sul tema «Diritto e nuove tecnologie: tra comparazione e interdisciplinarietà», e si è svolto, sotto forma di “seminario virtuale” (o *webinar*), il 26 marzo 2021, presso l'Università degli Studi di Milano.

L'organizzazione del Seminario – al quale i curatori di questo fascicolo hanno collaborato in qualità di “Comitato organizzativo” – prende le mosse, come oramai noto, da una lodevole iniziativa dell'Associazione, volta a valorizzare il ruolo dei più giovani studiosi all'interno della vita accademica, favorendo altresì un allargamento degli “orizzonti” delle tematiche affrontate al di fuori della comunità scientifica italiana. Due sono, in particolare, le caratteristiche peculiari dei Seminari internazionali di Diritto comparato del Gruppo di Pisa:

- i relatori degli *atelier* del pomeriggio vengono selezionati tramite un invito pubblico a partecipare (*call for conference papers*), tradotto in tre lingue (inglese, francese e spagnolo) e rivolto esclusivamente a giovani studiosi di ogni nazionalità, dei cui contributi si compone, quasi integralmente, la seconda parte di questo Quaderno;

- a tutti viene concesso di potersi esprimere – sia per iscritto che all’orale – nella lingua di loro preferenza tra italiano, inglese, francese e spagnolo (con il che si spiega la presenza, all’interno di questo fascicolo, di contributi in lingua straniera), nella convinzione che la “chiave” per rivolgersi ad un pubblico internazionale e giovane sia proprio quella del multilinguismo.

La risposta alla *call* è stata, anche quest’anno, straordinaria: sono pervenute richieste di partecipazione non solo da ogni parte d’Italia, ma anche da numerosi Paesi stranieri (Spagna e Francia *in primis*). L’accurata selezione delle proposte che è stata poi compiuta ha consentito al Seminario – e, di riflesso, a questo fascicolo (i cui contributi sono comunque stati sottoposti ad un’ulteriore procedura di valutazione, ai sensi dell’articolo 5 del Regolamento della Rivista) – di comporsi esclusivamente di lavori di alto livello, provenienti tanto da studiosi affermati quanto, soprattutto, da giovani talenti di diversi Paesi, lingua e formazione (non solo) giuridica.

La struttura del fascicolo riprende quella del Seminario, che si è articolato in due distinte sessioni, cui corrispondono le due “parti” di cui si compone il Quaderno:

a) La prima parte del volume raccoglie – oltre ad una presentazione della prof.ssa Marilisa D’Amico (Presidente dell’Associazione) e ad un’introduzione del prof. Carlo Colapietro (vice-Presidente dell’Associazione) – la maggior parte delle relazioni che si sono tenute nella sessione mattutina. In particolare, sono pubblicate le riflessioni del Prof. Fortunato Musella (Università degli Studi di Napoli), della Prof.ssa Caterina Severino (Università di Tolone) e del Prof. Giovanni Ziccardi (Università degli Studi di Milano).

b) La seconda parte, riservata alla pubblicazione degli interventi selezionati tramite la *call for conference papers* e ai contributi di coloro che sono spontaneamente intervenuti nel dibattito, è divisa in quattro sezioni, che corrispondono ai rispettivi *ateliers* pomeridiani : «Libertà di manifestazione del pensiero, diritto alla riservatezza e nuove tecnologie» (sez. I); «Garanzia dei diritti e nuove tecnologie» (sez. II); «Giustizia e nuove tecnologie» (sez. III); «Potere politico e nuove tecnologie» (sez. IV). In alcuni casi, tali sezioni contengono anche una presentazione redatta da coloro che, in occasione del seminario, hanno svolto una funzione di coordinamento del rispettivo *atelier*. In particolare, sono pubblicate le presentazioni della Prof.ssa Chiara Bologna (Università degli Studi «Alma Mater Studiorum» di Bologna, primo *atelier*), del Prof. Paolo Passaglia (Università di Pisa, terzo *atelier*) e del Prof. Daniele Chinni (Università degli Studi «Roma Tre», quarto *atelier*).

Con la presente raccolta, dunque, s’è inteso “lasciare traccia” di un evento scientifico di rilevanza internazionale, che s’inserisce in quel percorso – consacrato dalla recente creazione di un “Comitato dei Giovani Costituzionalisti” del Gruppo di Pisa – volto a rafforzare il profilo internazionale dell’Associazione e a valorizzare il ruolo dei giovani all’interno della vita associativa.

Il tema prescelto, d’altronde, si presta bene al raggiungimento di tali obiettivi.

L'avvento della rivoluzione digitale pone, infatti, nuovi ed inediti interrogativi di rilievo costituzionale, con riferimento sia alla tenuta dei diritti individuali, sia al configurarsi del rapporto tra i diversi poteri, pubblici e privati, come i contributi raccolti all'interno del presente fascicolo mettono chiaramente in luce, inquadrando le principali questioni poste dall'affermarsi delle nuove tecnologie da angolature prospettive differenti.

Trattandosi, inoltre, di un fenomeno che travalica tanto i tradizionali confini nazionali quanto le "frontiere" della riflessione giuridica, l'analisi condotta non può che aver giovato dell'approccio comparatistico e multidisciplinare con cui si è voluto caratterizzare il Seminario, che ha visto confrontarsi e dialogare studiosi di diverse discipline e diverse nazionalità su di un tema che, innegabilmente, solleva problematiche di comune interesse.

Della buona riuscita di questo fascicolo non possiamo che nuovamente ringraziare, da un lato, tutti gli Autori che hanno consentito, con i loro contributi, la pubblicazione di un Quaderno di altissimo valore scientifico e, dall'altro, il Consiglio direttivo dell'Associazione – a cominciare dalla Presidente Marilisa D'Amico – e il Comitato di direzione della Rivista che hanno dimostrato, una volta di più, una sincera attenzione nella valorizzazione delle competenze dei giovani studiosi.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

PRESENTAZIONE

MARILISA D'AMICO*

Il *Quaderno* raccoglie le relazioni tenutesi al Seminario «Diritto e nuove tecnologie: tra comparazione e interdisciplinarietà», organizzato dall'Associazione «Gruppo di Pisa» il 26 marzo 2021, ospitato virtualmente dall'Università degli Studi di Milano.

Si tratta della seconda edizione dei Seminari di diritto comparato, organizzati per la prima volta dal «Gruppo di Pisa» nel 2020, i quali sono stati introdotti dal Direttivo nel calendario degli eventi dell'associazione al fine di precedere e trattare le medesime questioni oggetto del canonico Convegno annuale, offrendo spunti di riflessione provenienti da altri ordinamenti.

Più precisamente, l'organizzazione del Seminario di diritto comparato risponde ad un duplice obiettivo che il Direttivo dell'Associazione si è prefissato sin dalla sua entrata in carica: potenziare le azioni volte all'internazionalizzazione dell'Associazione, nonché quelle volte ad un maggior coinvolgimento attivo dei giovani studiosi e ricercatori.

Inoltre, rispetto all'edizione dell'anno passato, il Seminario del 2021, presenta un elemento di novità. Il Direttivo ha ritenuto di arricchire ulteriormente il programma del Seminario non solo mediante spunti di diritto comparato, ma anche mediante il punto di vista di altre discipline.

Questa scelta non snatura certamente l'anima dell'Associazione, nata con lo scopo di approfondire il dibattito scientifico sulla giustizia e sul diritto costituzionale, ma è dovuta alla consapevolezza che l'analisi interdisciplinare sia fondamentale per lo studio

* Presidente dell'Associazione Gruppo di Pisa.

e la comprensione profonda di alcune tematiche, come quella del rapporto tra il diritto e le nuove tecnologie, oggetto del Seminario.

Nella sessione mattutina del Seminario che qui si presenta sono intervenuti non solo costituzionalisti (Prof.ssa Caterina Severino dell'Università di Tolone; Prof. German Teruel dell'Università di Murcia), ma anche politologi (Prof. Fortunato Musella dell'Università Federico secondo di Napoli), filosofi (Prof. Ugo Pagallo dell'Università di Torino), studiosi di informatica giuridica (Prof. Giovanni Ziccardi dell'Università degli Studi di Milano). I lavori sono stati presieduti dalla Prof.ssa Ginevra Cerrina Feroni dell'Università di Firenze, che ha arricchito ulteriormente il dibattito grazie alla sua esperienza come Vice Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, e sono stati conclusi dalla Prof.ssa Lorenza Violini dell'Università degli Studi di Milano.

Replicando lo stesso *format* dell'anno passato, nella sessione pomeridiana sono intervenuti giovani studiosi e giovani studiose nell'ambito di quattro distinti atelier: l'Atelier n. 1 «Libertà di manifestazione del pensiero, diritto alla riservatezza e nuove tecnologie», presieduta dalla Prof.ssa Chiara Bologna dell'Università degli Studi di Bologna; l'Atelier n. 2: «Garanzia dei diritti e nuove tecnologie», Presieduta dalla Prof.ssa Tania Groppi dell'Università degli Studi di Siena; l'Atelier n. 3 «Giustizia e nuove tecnologie», presieduta dal Prof. Paolo Passaglia dell'Università di Pisa; l'Atelier n. 4 «Potere politico e nuove tecnologie», presieduta dal Prof. Daniele Chinni dell'Università degli Studi "Roma Tre".

Gli interventi negli Atelier sono stati selezionati mediante una *call for papers* di rilevanza europea rivolta a studiosi e studiose *under 35*, elaborata e organizzata dal Dott. Giuliano Serges, il Dott. Antonello Lo Calzo, il Dott. Leonardo Pace, la Dott.ssa Cecilia Siccardi, il Dott. Pietro Villaschi.

La *call for papers*, descritta nella nota dei curatori di questo volume, ha condotto a risultati che non esito a definire eccellenti.

Sono state ricevute più di ottanta proposte di intervento elaborate in tre lingue (italiano, spagnolo e francese), da parte di dottorandi e dottorande, dottori e dottoresse di ricerca, assegnisti e assegniste, provenienti da Università italiane e straniere. Tra queste ne sono state selezionate sessanta di ottimo livello, quindici per ogni Atelier.

Ripenso con grande piacere e soddisfazione all'entusiasmo con cui i partecipanti alla *call for papers* hanno aderito, per la seconda volta, all'iniziativa, dimostrando profonde capacità di analisi, ricerca e approfondimento scientifico. Il lavoro di questi giovani potrà essere ulteriormente valorizzato nell'ambito delle attività del Comitato Giovani costituzionalisti del Gruppo di Pisa, in via di istituzione.

Ringrazio tutti i componenti del Direttivo e coloro che hanno reso possibile la buona riuscita del Seminario e la pubblicazione del fascicolo che oggi sono felice di presentare.

In conclusione, il mio pensiero e quello di tutto il Direttivo, a due anni dalla sua scomparsa, va al Professor Paolo Carrozza, al quale sono dedicati i Seminari di Diritto comparato.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LE SFIDE DEL “COSTITUZIONALISMO DIGITALE”: UN APPROCCIO
ORIGINALE AL RAPPORTO TRA DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE

CARLO COLAPIETRO*

Il rapporto tra diritto e nuove tecnologie non è certo privo di ambiguità e va affrontato nella prospettiva del “nuovo costituzionalismo”, così come definito da Enzo Cheli¹. In primo luogo, infatti, occorre chiarire a quale diritto si faccia riferimento e se non è forse il caso di ripensare il diritto in ragione dei progressi della tecnica². Si prendano in considerazione, ad esempio, le modalità di conclusione di un contratto attraverso un click sullo *smartphone*, sul pc o su un altro *device*, oppure mediante l’applicazione di un’impronta digitale. Proprio con riferimento a quest’ultima, già Stefano Rodotà rammentava il suo essere dato biologico riproducibile, proprio attraverso le nuove tecnologie, e metteva in guardia dai meccanismi di controllo sociale attraverso la trattazione dei dati corporei³.

In secondo luogo, è bene altresì domandarsi quali siano i diritti che vengono in rilievo in questo contesto e se l’incessante evoluzione tecnologica non sia in grado di creare di continuo sempre nuovi diritti. A questa domanda – che vede confrontarsi coloro che sostengono che nelle Carte esistenti già si tutelino ogni forma di libertà e coloro che optano per un’ulteriore positivizzazione – per il momento è difficile dare risposta. Inoltre, come ben noto alla dottrina costituzionalistica, la tutela di istanze inedite – sia a livello

* Vice-presidente dell’Associazione Gruppo di Pisa.

¹ E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 956.

² N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, Roma-Bari, 2001.

³ S. RODOTÀ, *Le trasformazioni del corpo*, in *Politica del diritto*, 1/2006, 6 ss.

giurisprudenziale che a livello normativo – non è mai priva di costi, poiché le risorse non sono infinite. Di certo, le nuove tecnologie creano nuove pretese, con cui i giuristi di domani dovranno confrontarsi anche più di quanto non facciano quelli di oggi.

Ancora, occorre chiarire che cosa si intenda precisamente con il lemma “nuove tecnologie”. Nell’accezione comune, al giorno d’oggi con tale locuzione si fa principalmente riferimento alla tecnologie digitali, che sono una *specie* di un più ampio *genus*. Si tratta di una sineddoche inevitabile perché, ormai diffuse in ogni settore, le tecnologie digitali hanno trasformato profondamente la società e l’economia. È la cosiddetta Quarta Rivoluzione, che sta esplicando i suoi effetti sia nel campo della scienza che in quello dell’industria⁴.

Difatti, come il carbone e la macchina a vapore hanno rappresentato gli elementi essenziali della Prima rivoluzione industriale, e il petrolio e il motore a scoppio quelli della Seconda rivoluzione industriale, i dati e l’Intelligenza artificiale rappresentano i fondamenti di quella che stiamo vivendo noi e che oggi è ancora nella sua fase iniziale. Non a caso, la rivista *Economist* già nel 2017 aveva titolato: “la risorsa più preziosa del mondo non è più il petrolio, ma i dati”⁵.

Infatti, l’ingresso nel XXI secolo ha inaugurato un periodo di capillare digitalizzazione dell’ambiente umano, portando all’accumulo di un quantitativo di dati di gran lunga superiore rispetto a quanto prodotto sino ad ora nella storia dell’umanità, tanto che i fenomeni del mondo circostante, specialmente quelli afferenti all’essere umano, sono suscettibili di essere ridotti ad informazioni, mediante rappresentazione attraverso una serie di dati, che comportano una misurazione in forma quantitativa dei fenomeni stessi e la possibilità di condurre analisi molto efficaci⁶.

Questa capacità di trasporre in dati ogni aspetto della realtà è stata resa possibile grazie alla combinazione di molteplici fattori, primi tra tutti la diffusione di Internet e la conseguente realizzazione del web 2.0, del web semantico e dell’*Internet of Things*, che ha determinato la crescente connessione in rete di oggetti e dispositivi. In questo contesto, si deve, peraltro, considerare l’incremento della potenza di calcolo di cui sono dotati i moderni strumenti tecnologici e la progressiva diminuzione dei costi richiesti per il loro sviluppo e la loro implementazione. Nonostante l’alto livello di tecnologia raggiunto, acquistare uno *smartphone* non è, al giorno d’oggi, una spesa così proibitiva, ma al contrario tali dispositivi sono largamente accessibili, pur garantendo funzionalità superiori e notevolmente più complesse rispetto ai computer prodotti sino a qualche anno addietro. Pertanto, va evidenziato come la penetrazione tecnologica si vada gradualmente diffondendo in ogni aspetto della vita quotidiana, consentendo a ciascun individuo di avere a disposizione molteplici *device* attraverso cui poter interagire con la realtà circostante. Ciò contribuisce al processo di datizzazione e alla produzione di un costante flusso di dati.

⁴ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017; vedi anche K. SCHWAB, P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, München, 2016.

⁵ *The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*, in *The Economist*, 6 maggio 2017.

⁶ Sul punto sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L’Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 3/2020.

Riprendendo il parallelo con il petrolio delineato poc'anzi, è bene, però, sottolineare come, rispetto al combustibile fossile, i dati presentano una caratteristica che li rende ancor più preziosi. Essi, infatti, non rappresentano una ricchezza finita e consumabile, ma costituiscono una risorsa che può essere liberamente condivisa, trattata e riutilizzata molteplici volte, senza che l'utilizzo dell'uno pregiudichi l'impiego di altri. Ebbene, ciò premesso, si deve, d'altronde, rilevare che i dati di per sé non forniscono informazioni, né sono in grado di produrre valore. Affinché ciò sia possibile occorre che gli stessi vengano lavorati, trattati ed aggregati, allo stesso modo di come avviene per il petrolio grezzo il quale, prima di poter essere effettivamente utilizzato come carburante, deve essere sottoposto ad un processo di pulizia e raffinazione. Ecco, dunque, che assumono centrale importanza le modalità e gli strumenti attraverso cui i dati vengono elaborati, cosicché, nel contesto attuale, acquisisce significativo rilievo l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale.

Tali processi di elaborazione, infatti, possono portare a soluzioni innovative e ad un efficientamento dei tempi decisionali, tanto che nel settore privato si fa ampio ricorso a queste tecniche al fine di massimizzare il profitto, attraverso un'offerta di beni e servizi ai consumatori sempre più razionalizzata; eppure, anche nel settore pubblico v'è una tendenza a rivolgersi a questo tipo di strumenti per modernizzare l'azione amministrativa⁷, sebbene ciò comporti la necessità di rispondere a nuove sfide⁸.

Da un punto di vista prettamente costituzionalistico, non si può non mettere in luce quanto attiene all'impatto delle nuove tecnologie e dell'Intelligenza artificiale sulla politica, sulla democrazia, sull'amministrazione e ovviamente sui diritti scolpiti nella Carta costituzionale, dal momento che sussistono delle criticità da non sottovalutare. Essa non si dimostra – per ora – in grado di affrontare questioni sociali complesse, né tantomeno affidabile quale strumento di decisione politica o giudiziaria⁹.

Le tecnologie di Intelligenza Artificiale, difatti, sono in ampia misura dipendenti dalla programmazione degli algoritmi e dai dati di partenza utilizzati per le elaborazioni. Eventuali difetti nella progettazione o l'immissione nel sistema di dati errati o, comunque, di cattiva qualità, comportano possibili risultati distorsivi, con conseguenze non di poco momento¹⁰. Peraltro, occorre evidenziare che, per via del fenomeno del c.d. *math washing*, non si ha la percezione dell'errore nella rappresentazione della realtà da parte dell'Intelligenza Artificiale, in quanto vi è una sorta di presunzione di oggettività algoritmica. Si pone, così, un problema: quello della presunta neutralità dell'algoritmo, che in quanto prodotto umano, invece, non è esente dall'essere espressione di una

⁷ F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 3/2020, 397.

⁸ Per un'analisi dettagliata si rinvia al Report realizzato dalla Fondazione Cotec e dal Crispel, *Il futuro della pubblica amministrazione nell'era delle nuove tecnologie. Le prospettive dell'Intelligenza Artificiale e l'impatto su cittadini e imprese*, consultabile in <https://cotec.it/RAPPORTO-IA/>.

⁹ Vedi M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018.

¹⁰ Sul punto, cfr. G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 285 ss.

determinata idea o, ancor peggio, ideologia¹¹, con la conseguenza che anche quelle che dovrebbero essere le “macchine sapienti”¹² possono incorrere in discriminazioni di genere, razziali o basate sulle *performance* di un soggetto¹³.

Inoltre, come ha mostrato un’ampia giurisprudenza sul punto¹⁴, non si può fare a meno di porre dei principi al fine di governare l’impiego degli algoritmi nell’ambito dell’attività amministrativa, proprio al fine di evitare quegli effetti distortivi che possano pregiudicare diritti e interessi legittimi dei cittadini¹⁵. Soprattutto, ciò assume le proporzioni di un’urgente necessità nel contesto odierno, in cui sempre più si progetta di introdurre tecnologie di Intelligenza Artificiale all’interno della macchina amministrativa.

Tuttavia, con un certo ottimismo, non si può non rilevare che l’assetto costituzionale degli Stati europei, e anche dell’ordinamento italiano, già presenta delle solide garanzie, idonee a presidiare i settori del vivere comune in cui l’Intelligenza Artificiale nel prossimo futuro potrà impattare maggiormente; difatti, nelle disposizioni costituzionali – mediante un’operazione di adeguamento ermeneutico – già si può rinvenire la strada affinché lo sviluppo delle nuove tecnologie avvenga nel rispetto della persona umana¹⁶.

Tra l’altro, proprio la rapida evoluzione della tecnologia, che spesso rende “obsoleta” ed “inadeguata” la normativa in breve tempo¹⁷, induce a ritenere maggiormente opportuna un’attività di interpretazione estensiva dei principi costituzionali già positivizzati, in luogo dell’introduzione di previsioni *ad hoc* dirette a regolare i sistemi algoritmici.

Piuttosto, è necessario che tali principi fondamentali trovino una loro estrinsecazione all’interno di un sistema di regole che, affondando le proprie basi nella “tradizione costituzionale” dell’Unione europea, risulti sufficientemente elastico, così da stare al passo con l’innovazione tecnologica. Solo in questo modo, i principi fondamentali

¹¹ Sul punto si vedano le riflessioni di C. NARDOCCI, *Intelligenza Artificiale e discriminazioni*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno annuale dell’associazione “Gruppo di Pisa” dal titolo “*Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*”.

¹² P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, Bologna, 2018.

¹³ W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/> 2018.

¹⁴ Cfr. Tar Lazio, sez. III bis, 18 dicembre 2020, n. 13692; Tar Lazio, sez. III bis, 1° luglio 2020, n. 7256; Tar Lazio, sez. III bis, 30 giugno 2020, n. 7370; Tar Lazio, sez. III bis, 30 giugno 2020, n. 7370; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Tar Lazio, sez. III bis, 28 maggio 2019, n. 6686; Tar Lazio, sez. III bis, nn. 9224-9230, 9227 del 2018; Tar Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

¹⁵ Si veda A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2019, 1149 ss.; D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019; M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, cit.

¹⁶ Di nuovo, sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L’Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale*, cit., 386 ss.

¹⁷ Si veda sul punto F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, in corso di pubblicazione.

già presenti nell'ordinamento costituzionale (*rectius*: nella rete degli ordinamenti europei) potranno assumere delle declinazioni innovative idonee a regolare il nuovo ecosistema digitale.

A tal proposito, non si può non notare che, sebbene il trattamento dei dati personali rappresenta, ancora oggi, il cardine della *data protection*, il Regolamento europeo UE 2016/679 (c.d. GDPR) già contiene dei principi generali e degli strumenti operativi che possono costituire un valido riferimento in ordine alle modalità di implementazione e di impiego dell'Intelligenza Artificiale, anche nei casi in cui si verifichi un'elaborazione di dati non riferibili ad un soggetto.

Infatti, la normativa in tema di protezione dei dati personali sembrerebbe poter contribuire in un duplice senso ad uno sviluppo di sistemi artificiali rispettosi della persona umana: in primo luogo, perché, intervenendo sul principale fattore di funzionamento di questi, ossia i dati, la *data protection* rappresenta una normativa di settore applicabile anche ai sistemi di Intelligenza Artificiale. In secondo luogo, tale impianto di regole costituisce un valido modello a cui guardare, tanto che si vogliano introdurre delle modifiche alla legislazione esistente, quanto per l'ipotesi in cui si ritenga opportuno introdurre una disciplina *ad hoc* in materia.

Basti pensare, a tal proposito, alla previsione dell'approccio *by design* e alla particolare attenzione alla valutazione dei rischi e dell'impatto che l'impiego delle nuove tecnologie possono avere sull'individuo¹⁸, per cogliere come il GDPR possa concorrere a tracciare la via verso un'Intelligenza Artificiale orientata al rispetto e al benessere della persona umana. In sostanza, quindi, se si vuole individuare già ora, nella costellazione normativa che regola le nostre vite, un punto di riferimento, certamente si deve guardare alla disciplina contenuta nel Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, proprio perché costituisce un esempio cristallino dell'approccio antropocentrico¹⁹, che dovrebbe caratterizzare qualsiasi regolamentazione che voglia intervenire sui sistemi di Intelligenza Artificiale²⁰.

E, tuttavia, occorre tener presente che, come affermava Vittorio Frosini, la macchina resta pur sempre una "protesi intellettuale", la quale modifica sì «il procedimento del comunicare e del conoscere»²¹, ma che non potrà certo portare ad una sostituzione vera e propria dell'uomo, del professionista o del funzionario pubblico, ma semmai a nuove figure di essi. Senza dubbio, saranno necessarie competenze interdisciplinari per poter avviarsi consapevolmente verso questo futuro, così come competenze sempre più interdisciplinari occorreranno anche ai giudici, ai medici, agli avvocati e ai professionisti, nell'ottica di una piena integrazione degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale anche nell'ambito dello svolgimento delle loro attività. Ciò, in quanto «l'uomo è divenuto essenzialmente diverso da quello che è stato in tutti i tempi,

¹⁸ Cfr. A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 730 ss.

¹⁹ Sulla necessità di un approccio *human centered* si veda P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, Bologna, 2018.

²⁰ Sul punto si vedano anche le riflessioni di A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018.

²¹ V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998, 58.

e non potrebbe tornare indietro senza perdere la sua nuova umanità, che gli è stata conferita dalla cultura informatica di massa»²².

In conclusione, allora l'obiettivo a cui deve tendere la scienza giuridica non è quello di inserire la regolazione dei meccanismi automatizzati all'interno delle Costituzioni, quanto piuttosto quello di "plasmare" i sistemi algoritmici per mezzo dei valori costituzionali e della persona. Allora, conformemente al percorso avviato dall'ordinamento europeo, occorre guardare ad un modello antropocentrico dell'Intelligenza Artificiale, capace di infondere fiducia al cittadino e che risponda sempre all'imperativo kantiano della persona come fine e mai come mezzo. In poche parole, è necessario, indipendentemente dagli sviluppi tecnologici, perseguire una normativa che non subordini mai la persona all'IA, ma che indentifichi in quest'ultima uno strumento al servizio dell'uomo.

²² Cfr. sempre V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, cit, 58.

PRIMA SESSIONE



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LEGGE E AMMINISTRAZIONE DIGITALE.
LO SPAZIO CONTESO DELLA REGOLAZIONE PUBBLICA

FORTUNATO MUSELLA

SOMMARIO: 1. Introduzione. Mito e realtà del cyberspazio. – 2. Code is law. – 3. La legge delle Corporation. – 4. Il futuro degli algoritmi – 5. Un’agenda di ricerca adeguatamente comparata.

1. Introduzione. Mito e realtà del cyberspazio

Le trasformazioni digitali hanno impattato sulla nostra vita individuale e collettiva. Per il momento riusciamo a mettere a fuoco la radicalità di processi che stravolgono i meccanismi di base del nostro stare insieme, con una velocità che non trova alcun precedente storico, e a intuire alcune linee di sviluppo. Come la rivoluzione di Gutenberg che con la stampa ha aperto la strada alla modernità, le nuove tecnologie aprono una epoca nuova. Con la differenza che, per dirla con lo storico Niall Ferguson¹, la diffusione della stampa veniva rallentata nelle prime fasi dalla mancanza di una quantità adeguata di carta, mentre il digitale dilaga rapidamente per quantità e intensità del suo uso nei cinque continenti.

L’avvento delle tecnologie digitali era stato accompagnato negli anni Novanta da contrapposizioni ideologiche. Tant’è che l’accesso, e, talvolta, aspro confronto di idee sviluppatosi all’alba del cyberspazio sembra essere ora solo un capitolo di storia del

¹ Si veda N. FERGUSON, *The square and the tower: networks, hierarchies and the struggle for global power*, New York, 2017.

pensiero: con gli entusiasti e gli apocalittici² a contendersi la supremazia intellettuale su di un terreno, quello delle implicazioni politico-istituzionali e culturali dell'innovazione tecnologica, che mal si prestava ad essere sondato, e governato, con uno strumentario concettuale forgiato per rispondere alle sfide, e ai dilemmi, di altre stagioni.

Lo sviluppo del digitale sembrava potersi piegare ad un cauto ammodernamento degli Stati democratici. Da una parte la pubblica amministrazione avrebbe guadagnato maggiore efficienza attraverso l'uso intensivo del mezzo informativo, una linea che prometteva di rivederne pratiche e livelli di efficienza. Il «reinventing government»³, la formula che orienta i piani neoliberali di riforma del settore pubblico definiti negli anni Novanta negli Stati Uniti⁴, e poi diffusisi sull'altra sponda dell'Atlantico, troverà nelle nuove tecnologie la principale leva per la sua implementazione. Anziché riconoscere i cambiamenti profondi che le ICTs generavano, spesso in una direzione molto diversa rispetto agli stessi programmi governativi e ai loro assunti di fondo⁵, queste sono state intese, dunque, come gambe nuove su cui far camminare una ben precisa piattaforma politico-ideologica, con chiare linee guida che assumevano nel tempo i tratti di un «imperativo»⁶: lo snellimento della burocrazia pubblica, l'enfasi sulla privatizzazione e sulla supremazia delle logiche di mercato, l'introduzione di strumenti di misura quantitativa della performance amministrativa. L'espressione «work better, cost less» ha rappresentato una bandiera di un nuovo approccio all'azione pubblica, in direzione del ridimensionamento della macchina dello Stato e di un diverso rapporto pubblico-privato.

² T.E. Frosini segnala di recente la difficoltà di utilizzo della coppia tratta dal famoso scritto di Umberto Eco: la rilevanza delle trasformazioni digitali non può, infatti, che favorire una prospettiva da «integrati» al fine di affrontare le notevoli sfide poste al costituzionalismo nel Ventunesimo secolo, si veda T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, 2021. Segnala e documenta, tuttavia, una ripresa degli studi apocalittici legati al digitale la parte monografica di *Quaderni di Teoria Sociale* (1/2018, a cura di Gabriele Balbi) intitolata «Critical Turn nel digitale».

³ Il conio dell'espressione e-government avviene, non a caso, nell'ambito del programma dell'amministrazione Bush «*National Performance Review*».

⁴ A partire dal libro manifesto di D. OSBORNE, T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, New York, 1992, un imponente processo di riforma della pubblica amministrazione interesserà i paesi occidentali. Una ricca letteratura ne analizza l'implementazione nei diversi casi nazionali: M. MINOGUE, C. POLIDANO, D. HULME, *Beyond the new public management*, Cheltenham, 1998; C. POLIDANO, *The new public management in developing countries*, Manchester, 1999; C. POLLITT, S. VAN THIEL, and V. HOMBURG (a cura di), *New public management in Europe*, Basingstoke, 2007. Con particolare riferimento al caso italiano si veda F. DI MASCIÒ, A. NATALINI, A., *Oltre il New Public Management. Le riforme amministrative tra meccanismi e contesti*, Roma, 2018.

⁵ Dopo, infatti, l'entusiasmo iniziale si riconosceva il peso delle variabili sociali e culturali sui processi di cambiamento amministrativo indotti dalle nuove tecnologie, che sono stati spesso intesi, invece, secondo un approccio deterministico, P. DUNLEAVY e H. MARGETTS, *Cultural barriers to e-government, Report for the National Audit Act 1983*, London, 2002; S. BOLGHERINI, *The technology trap and the role of political and cultural variables: A critical analysis of the e-government policies*, in *Review of Policy Research*, 24, 3/2007, 259-275. Sulla molteplicità di variabili che intervengono nelle politiche digitali Y. ZHAO e B. FAN, *Understanding the key factors and configurational paths of the open government data performance: Based on fuzzy-set qualitative comparative analysis*, in *Government Information Quarterly*, 2021, 101580. Una parte della letteratura sul governo elettronico considera il fallimento della sua trasposizione in diversi contesti geografici, si veda D. DADA, *The failure of E-government in developing countries: A literature review*, in *The electronic journal of information systems in developing countries*, 26, 1/2006, 1-10.

⁶ OECD, *L'administration électronique: Un impératif*, Paris, 2004.

Un'impostazione che avrebbe trovato una naturale intersezione con le politiche del digitale⁷, che sembravano offrire ampie probabilità per la velocizzazione e la riduzione dei costi dell'amministrazione⁸. In tale quadro, l'espressione governo elettronico è sembrata designare, dunque, una classe di fenomeni tutti più o meno direttamente legati al recupero dell'efficienza, facendo riferimento all'uso della «information technology, in particular the Internet, to deliver public services in a much more convenient, customer oriented, cost effective and altogether different and better way»⁹. Di fatto, se si concentra l'attenzione sul nostro paese, la digitalizzazione della pubblica amministrazione era stata uno dei capitoli più rilevanti delle riforme permanenti nel nostro paese, condannate alla riproposta nella interminabile transizione delle nostre istituzioni¹⁰.

La riforma amministrativa era però solo uno dei piani in cui si considerava l'utilizzo delle nuove tecnologie come risposta, e panacea, dei mali delle democrazie rappresentative, di cui si riconosceva da più parti il progressivo svuotamento/svilimento¹¹. Tant'è che il dibattito sulle implicazioni politiche della diffusione delle nuove tecnologie ha assunto come metro di misura ideologico proprio la loro capacità di ricostruzione/ricostituzione di istituti e procedure cardine delle liberaldemocrazie. Dalle tecniche dell'e-voting, che promettevano un rilancio dei processi di mobilitazione elettorale, fino all'informatizzazione dell'infrastrutture organizzative e dei circuiti di decision-making parlamentari che, favorendo l'accelerazione dei processi decisionali e lo stesso legame con i cittadini, avrebbe agito potentemente sugli istituti e le prassi della rappresentanza democratica¹², sono molti i

⁷ L'innovazione tecnologica era già stata annoverata dal ministro Massimo Severo Giannini, nel suo celebre *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, Roma, 1979, tra i fattori ad alto potenziale trasformativo, pur se tra tante difficoltà di aggiornamento delle amministrazioni pubbliche alle nuove tecniche. Il tema verrà sviluppato poi da Sabino Cassese, in qualità di Ministro per la funzione pubblica, in un rapporto altrettanto noto: *Rapporto sulle condizioni della pubblica amministrazioni pubbliche*, Roma, 1993.

⁸ I benefici, politici e organizzativi, dell'uso delle nuove tecnologie sono visti «almost infinite» dagli studiosi che si sono occupati di investigarne l'impatto sulla macchina statale, che si pongono in genere nella prospettiva della «integrazione» tra governo e nuove tecnologie cfr. J.E. FOUNTAIN, *Building the Virtual State: Information Technology and Institutional Change*, Washington, 2001; V. SHNEIDER, *The transformation of the State in the digital age*. Paper presented at the workshop The Transformation of the Statehood from a European Perspective, Vienna, Austrian Academy of Sciences, 2003.

⁹ D. HOLMES, *Egov: Ebusiness strategies for government*, London, 2001.

¹⁰ È una delle tesi in G. CAPANO, *Le politiche amministrative: dall'improbabile riforma alla riforma permanente*, in G.D. PALMA, S. FABBRINI e G. FREDDI (a cura di), *Condannata al successo?*, Bologna, 153-198.

¹¹ Come già fotografato in opere ormai classiche degli anni Settanta, sotto forma di crisi di legittimazione (J. HABERMAS, *What does a crisis mean today? Legitimation problems in late capitalism*, in *Social research*, 1973, 40, 4, 643-667), crisi di governabilità (S. BRITTAN, *The economic contradictions of democracy*, in *British Journal of Political Science*, 5, 2/1975, 129-159; M.A. KING, *The United Kingdom profits crisis: myth or reality?*, in *The Economic Journal*, 85, 337, 1975, 33-54.), o crisi della democrazia (M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, and J. WATANUKI, *The crisis of democracy*, New York, New York University Press, 1975). Per un inquadramento empirico si veda fra gli altri D. FUCHS e H.D. KLINGEMANN (a cura di), *Citizens and the state*, Oxford, 1995, e, più di recente, J. PHARR e R. PUTNAM (a cura di), *Disaffected Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries?*, Princeton, 2000.

¹² Si veda sul punto la special issue della rivista Parliamentary Affairs, che poi ha anche costituito volume autonomo (S. COLEMAN, J. TAYLOR and W. VAN DE DONK (a cura di), *Parliament in the Age of the Internet*, Oxford, 1999), che alimenta un più ampio dibattito sulla rivitalizzazione della democrazia rappresentativa: R.K. GIBSON, A. ROEMMELE e S.J. WARD, *Electronic democracy: mobilisation*,

campi in cui alla variabile tecnologica si attribuiva un ruolo determinante. Soprattutto, le ICTs sembravano contribuire, più di qualsiasi altro fattore, allo sviluppo di una realtà (virtuale e reale al tempo stesso) che una lunga tradizione di studi pone a premessa stessa del discorso democratico: l'emersione di una sfera pubblica informata e consapevole. Se la disaffezione restava, e resta, uno dei problemi più avvertiti della politica contemporanea, la Rete avrebbe potuto coinvolgere i cittadini in uno spazio di libertà per lo scambio di informazioni e di idee e per la costruzione di una nuova socialità.

Su questo quadro – piuttosto rassicurante – impatta il mutamento degli ultimi anni quando le nuove tecnologie producono processi così radicali da stravolgere lo schema della politica tradizionale. Mentre nella prima fase le nuove tecnologie apparivano come uno strumento capace di innervarsi sul corpo dei regimi statali, con un cambiamento modulabile sulla base di schemi di regolamentazione nazionali, le trasformazioni legate al digitale sono divenute, su scala globale, impetuosi quanto difficilmente riconducibili al paradigma tradizionale dell'intervento pubblico¹³.

Chi voglia riprodurre, o innovare, moduli organizzativi del passato, in ogni campo di attività, non può che partire da alcuni semplici dati oggettivi. Innanzitutto, le quantità e le modalità dell'uso della Rete, che rendono ormai insostenibile la distinzione tra realtà fisica e virtuale: attività di ogni tipo, da quelle lavorative a quelle ludiche, sono assorbite dalla dimensione digitale. Negli ultimi quattro anni gli abitanti del pianeta terra connessi – gli internauti – sono passati da 2 miliardi e duecento milioni a oltre 4 miliardi e mezzo, con la maggioranza di essi impegnati anche nei social network (4.2 miliardi di utenti attivi). Queste quantità appaiono in veloce crescita se si considera, come sottolinea un recente rapporto¹⁴, che 300 milioni di utenti hanno avuto accesso alla rete per la prima volta nel 2019. L'anno seguente, quello della pandemia, segna un balzo in avanti del 7,3 per cento nel numero degli utenti globali, con una media di utilizzo delle tecnologie digitali che raggiunge il sorprendente valore di sette ore al giorno. Si tratta di quantità in grado di dettare non solo molti comportamenti dei cittadini, ma anche di modificare le strutture di cognizione della realtà più profonde, con le tecnologie delle informazioni ad incidere – secondo una lungimirante formula – sul *brainframe*¹⁵. Oltre a spingere gli stessi Stati a rimettere in discussione il proprio orientamento verso le politiche neo-liberali di

organisation and participation via new ICT, Londra, 2004; e più di recente, G. AICHHOLZER, S. STRAUB, *Electronic Participation in Europe*, in R. LINDNER, G. AICHHOLZER, L. HENNEN (a cura di), *Electronic Democracy in Europe*, Cham, 2016, 55-134. Un testo di inquadramento, ormai classico, sulle capacità delle nuove tecnologie di rigenerare la democrazia è S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997.

¹³ Le ragioni di questo cambio di paradigma, che spingono ad adottare nuove lenti concettuali per osservare i processi in corso sono analizzate in M. CALISE e F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019.

¹⁴ Si tratta del rapporto *Digital 2021*, delle agenzie *We Are Social* e *Hootsuite*, ultimo aggiornamento di una pubblicazione annuale su dati globali.

¹⁵ Sul punto si ricordi l'intuizione di D. DE KERCKHOVE che anticipa come le tecnologie di elaborazione delle informazioni e delle conoscenze finiscono per forgiare le strutture di percezione cognitiva e sensoriale della realtà (*Brainframes: Technology, Mind and business*, Utrecht, 1991); riflette, in modo più specifico, sulla diffusione dei big data V. MAYER-SCHÖNBERGER E K. CUKIER, *Big Data. A Revolution that will Transform How We Think, Work, and Think*, New York, 2014.

deregulation, per «appropriarsi delle leve digitali di azione che sono state appannaggio quasi esclusivo dell'oligopolio dei giganti Ict»¹⁶.

Con un uso planetario dei social, e l'impiego estensivo delle più sofisticate tecniche di digital data analysis, gli attori tradizionali sono spesso rimpiazzati da protagonisti e reti di relazioni inediti e imprevedibili, lasciando spesso aperto il quesito su quale posto di indirizzo dei processi in corso può avere la politica democratica; quali possibilità essa ha di dettare legge nel nuovo ecosistema digitale; e infine come restituire al cittadino lo scettro della sovranità che gli appartiene.

2. Code is law

All'origine, prima ancora che gli strumenti digitali entrassero nei piani neoliberali degli Stati occidentali, fu il mito della Rete come spazio libero. Perry Barlow lanciava *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, con la quale chiedeva in nome del futuro a Stati e corporation di restare fuori dal cyberspazio, perché privi del diritto a imporre su quest'ultimo la loro tirannia. Nelle rappresentazioni di Internet degli anni Novanta da un lato si pensa che «il significato della libertà, le strutture di autogoverno, la definizione della proprietà, la natura della competizione, le condizioni per la cooperazione, il senso di comunità e la natura del progresso, saranno tutti ridefiniti nell'Età della conoscenza – così come già avvenuto per la nuova età dell'industria 250 anni fa»¹⁷. Dall'altra, proprio da questa radicale diversità, e distanza dal mondo reale dell'ambiente digitale¹⁸, si faceva dedurre l'illegittimità degli interventi dei poteri tradizionali, e si scommetteva sulla capacità della Rete e «dei suoi abitanti» di generare spontaneamente le regole necessarie per strutturare i rapporti sociali. In tale prospettiva potevano rivivere alcuni valori e miti della cultura americana, che riscopriva proprio nel digitale lo spirito della frontiera come spazio di conquista individualista¹⁹. Un'impostazione confutata alla prova dei fatti se solo si ricordano le battaglie di Google con il governo francese o la capitolazione di Yahoo al regime cinese, si scopre come stati e corporation lottino sin da subito per il controllo sul

¹⁶ Su come la nuova fase richieda il ripensamento dello Stato, in chiave più interventista, e come la pandemia abbia fatto affiorare – e maturare – tale necessità si veda il primo numero della *Rivista di Digital Politics*, dedicato alle «Politiche virali», e in particolare l'introduzione di M. CALISE, *Virus contro virus*, 5-20.

¹⁷ E. DYSON, G. GILDER, G. KEYWORTH e A. TOFFLER, *Cyberspace and the American Dream: A Magna Carta for the Knowledge Age*, Progress & Freedom Foundation (PFF), agosto, 1994, reperibile sul sito della PFF: www.pff.org.

¹⁸ Il cyberspazio si concepiva come mondo distinto dalla realtà fisica, retto da regole e leggi specifiche, che finivano però per assumere progressivamente rilevanza per la vita del cittadino: infatti, «Separated from doctrine tied to territorial jurisdictions, new rules will emerge to govern a wide range of new phenomena that have no clear parallel in the nonvirtual world. These new rules will play the role of law by defining legal personhood and property, resolving disputes, and crystallizing a collective conversation about online participants' core value», cfr. DAVID R. JOHNSON and DAVID POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 5/1996, 1367-1402. Vedi anche sulla natura delle regole del cyberspazio L. LESSIG, *Reading the constitution in cyberspace*, in *Emory Law Journal*, 45, 3/1996, 869-910.

¹⁹ Sulle capacità delle nuove tecnologie di attivare nuovi miti, e recuperarne di vecchi, V. MOSCO, *The Digital Sublime Myth, Power, and Cyberspace*, Cambridge, The MIT Press, 2004.

cyberspazio²⁰. Come del resto anche si ricava dal fatto che i rapporti che si definiscono sul web sono in molti casi dipendenti dalla regolamentazione di attori terzi: come è stato tempestivamente notato, la Rete ha perso ben presto la sua innocenza²¹.

L'arma, a doppio, taglio dell'utopia di Barlow è la capacità del codice digitale di prendere il posto della legge. Se innanzitutto si rendono manifeste le trasformazioni che le tecnologie pongono sul piano delle procedure legislative²², inizia poi ad essere evidente che esse investono direttamente il nucleo centrale delle libertà dei cittadini²³.

Accanto a quella dei vecchi strumenti normativi è emersa, dunque, la rilevanza del "codice digitale" come insieme di standard e di regole che influenzano l'accesso e il comportamento nel cyberspazio. La policy delle nuove tecnologie non si esprime solo attraverso modalità legislative tradizionali ma si «integra nei progetti e negli standard di rete, nonché nelle configurazioni di sistema»²⁴, così che siano questi stessi ad assumere valore normativo. In altre parole, la Rete, non presentandosi anarchica, richiede una sorta di "politica del codice" che stabilisca come Internet possa essere utilizzato, da chi, e sotto quali condizioni. Come nella nota intuizione di Lawrence Lessig: «cyberspace has an architecture, [... that] embeds certain principles; its sets the terms on which one uses the space; it defines what's possible in the space»²⁵. Ciò richiama immediatamente all'attenzione – e pone il problema – del costituirsi di un legislatore privato, quali possono essere le corporation, verso il quale sembrano scivolare, nei fatti, le prerogative degli organi rappresentativi. Infatti, il combinato disposto del processo di globalizzazione e dello sviluppo della Rete come ambiente molto più dinamico del passato «porta a superare i parametri statici degli Stati nazione attorno ai quali i costituzionalisti tendono a costruire i propri modelli»²⁶.

«Code is law»⁴, secondo la formula del giurista americano della scuola di Stanford: il modo in cui l'ambiente digitale è regolamentato dipende non solo dai comandi di entità dotate di autorità politica, come i parlamenti e le corti, ma anche dall'insieme di istruzioni, in un dato linguaggio di programmazione, delle quali si compongono le nuove reti informatiche. Quanti in una prima fase hanno immaginato l'emergere di un nuovo spazio libero, senza confini e lontano dalla realtà, devono ricredersi. L'architettura della Rete non è neutrale, né ha una sua natura immanente, ma è determinata da concrete decisioni

²⁰ J. GOLDSMITH, G. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, 2006.

²¹ D. RESNICK, *Politics on the Internet: The Normalization of Cyberspace*, in CH. TOULOUSE, T.W. LUKE (eds.), *The Politics of Cyberspace*, New York-London, 1997, 51-54.

²² E. KATSH, *Law in a digital world*, Oxford, 1995, dove si avvertiva sulle conseguenze dell'adozione degli strumenti tecnologici sulla pratica della legalità.

²³ Sui modi di intendere il tema della regolazione tecnologica mi sia consentito rimandare a F. MUSELLA, *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in *Politica del diritto*, 41, 3/2010, 441-456.

²⁴ Come scrive J. R. REIDENBERG (*Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology*, in *Texas Law Review*, 76, 1997, 553-593, part. 553), che conferma, in conclusione al suo saggio, che: «The new institutions and mechanisms will not be those of traditional government regulation. Policymakers must begin to look to Lex Informatica to effectively formulate information policy rules».

²⁵ L. LESSIG, *The Code in Law, and the Law in Code*, 2000. Retrieved November 10th, 2009, from www.lessig.org/content/articles/works/pcforum.pdf; L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999. G. LONGFORD, *Pedagogies of Digital Citizenship and the Politics of Code*, in *Technè*, 9, 1/2005, 68-96.

²⁶ C.T. MARSDEN, Reviewed Work: *Code and Other Laws of Cyberspace* by Lawrence Lessig Review, in *The Modern Law Review*, 63, 4/2000, 624-628, part. 624.

sul suo sviluppo. Le scelte che riguardano il codice possono cambiare il cyberspazio da terra di perfetta libertà in terra di perfetto controllo, soprattutto nel contesto dei regimi autoritari.

Con il passare del tempo, sulla scorta dell'intuizione di Lessig, è apparso sempre più chiaro che con l'avvento delle nuove tecnologie non si trattava solo di assicurare pratiche democratiche più inclusive e partecipative, né di migliorare la performance delle nostre amministrazioni. Era sul tappeto la fissazione delle categorie di base della grammatica giuridica: lo sviluppo della Rete apporta il suo impatto trasformativo sull'elemento civile «composto dai diritti necessari alla libertà individuale: libertà personali, di parola, di pensiero e di fede, il diritto di possedere cose in proprietà e di stipulare contratti validi, il diritto a ottenere giustizia». Nell'idea di Lessig, il codice si avvia a divenire il principale strumento regolatore della vita dei cittadini, in uno spazio digitale destinato a fagocitare un sempre più ampio numero di attività, dal diritto di autore emerso come una delle prime grandi questioni del diritto digitale all'utilizzo delle tecnologie blockchain per le transazioni economiche²⁷. Tendenzialmente, è stato riconosciuto, «gli aspetti più basilari della democrazia, della società e persino della vita stessa potrebbero essere regolati dal software»²⁸. Chi definisce il nuovo codice diventa un nuovo legislatore²⁹.

Restava aperta però, una volta compresa tale lezione, la questione di quale attore avesse la competenza a “dettar legge”. L'allontanamento dal modello della legge statale significava anche un ridimensionamento dell'apparato classico dei pubblici poteri? Una prima stagione della riflessione sul cyberspazio era molto propensa a riconoscere il carattere plurale della regolazione del Web. Il farsi del diritto della Rete è legato – ed è questa l'importante intuizione del giurista tedesco Teubner³⁰ – alla capacità degli attori in essa coinvolti di dotarsi di regole di comportamento. Nel cyberspazio, segnala lo studioso, si può riconoscere la formazione di ordini di rilevanza costituzionale, che sembrano emergere direttamente dalla società civile, in molti settori abbastanza autonoma per autoregolamentarsi. Per Teubner ciò segnala la nascita e la diffusione delle «costituzioni civili». In particolare, l'autopoiesi della *lex digitalis* nasce dall'esigenza di un sottosistema sociale di dotarsi di regole con la quali strutturare i rapporti al suo interno e risolvere eventuali controversie. Una necessità che sarà colta sul nascere da alcune autorità, che acquistano una legittimità ad essere tali proprio sulla base della capacità di definire codici comportamentali nel nuovo scenario³¹. Ne consegue un processo di

²⁷ P. DE FILIPPI, S. HASSAN (2018), *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*, in arXiv.org

²⁸ J. GRIMMELMANN, *Regulation by Software*, in *Yale Law Journal*, 114, 7/2005, 1719-1758, part. 1758, traduzione mia.

²⁹ L. LESSIG, *The Code in Law, and the Law in Code*, 1999, 59. Nella seconda edizione del suo volume del 2006 (*Code. Version 2.0*) il giurista americano rafforza la tesi per il quale il web procederà verso posizioni di sempre maggiore regolabilità.

³⁰ Per una raccolta di alcuni dei saggi più significativi dello studioso si veda G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

³¹ Si tratta di una rete di attori governativi e non governativi preposta alla cosiddetta internet governance. Se ne ricostruiscono origini e sviluppi: M. L. MUELLER, *Networks and states: The global politics of Internet governance*, Cambridge, 2010; L. DENARDIS, *The emerging field of Internet governance*, in *Yale*

decostruzione delle categorie giuridiche tradizionali, e il posizionamento di «una infinita rete eterarchica di rimandi giuridici», dal momento che sembra sempre più che «ogni sottosistema funzionalmente differenziato su scala globale produca il “suo” diritto senza venire mediato da alcuna legittimazione politica, sia essa nazionale o internazionale»³². A tale affermazione corrisponde poi una particolare posizione da parte dei governi nazionali, che resistendo alla tentazione di regolare invitano piuttosto i fornitori di servizi mediali all’adozione di autonomi codici di comportamento³³. Se il principale problema del costituzionalismo degli ultimi secoli era quello di limitare il potere politico nei contesti nazionali, emergeva invece «una molteplicità di costituzioni civili fuori lo spazio istituzionalizzato della politica»³⁴. Da una parte si assisteva ad un ritorno di localismo nella regolazione di un fenomeno che trasbordava i confini nazionali, con una miriade di leggi nazionali e decisioni delle corti che si accingevano a regolare una grande varietà di attività e interazioni sociali in rete. D’altra parte, sembrava sempre più chiara l’inadeguatezza di una concezione tradizionale di giurisdizione, non più adatta ad una complessa trama di rapporti transnazionali³⁵. Da questo punto di vista agli Stati resta affidata la prospettiva della co-regolazione³⁶, condividendo un comune spazio normativo con stakeholder multipli.

La teoria dell’autonomia dei sottosistemi sociali di Teubner è però sufficiente ad uscire dal «triangolo stato/individuo/mercato» per entrare nel poligono delle razionalità sociali, tutte egualmente originali e poste “a rete” su uno spazio di legittimazione tendenzialmente “orizzontale”»³⁷? Dopo aver intuito le potenzialità del codice digitale di investire le libertà costituzionali (Lessig), così chiamando in causa gli attori politici a svolgere la propria attività di regolamentazione; e dopo aver ricordato le difficoltà di tale regolazione da parte delle organizzazione statale per il costituirsi di ambiti che sfuggono al controllo degli attori della politica territoriale (Teubner), sono le recenti e sempre più

Information Society Project Working Paper Series, 2010; F. AMORETTI, M. SANTANIELLO, *Governing by internet architecture*, in *Soft Power*, 1, 1/2014, 109-127; sino ad includere l’interconnessione tra i principali Internet service provider: M. J. VAN EETEN, M. MUELLER, *Where is the governance in Internet governance?*, in *New media & society*, 15, 5/2013, 720-736.

³² R. PRANDINI, *La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner*, in G. TEUBNER cit., 192 e 207.

³³ Uno studio della Oxford University ha inteso indagare le capacità di autoregolazione della Rete a partire da alcuni ambiti di attività digitali, come ad esempio quello delle scommesse online, si veda D. TAMBINI, D. LEONARDI e C. MARSDEN, *Codifying cyberspace: Communications self-regulation in the age of Internet convergence*, Londra, 2007; con importanti conseguenze sullo sviluppo di un’economia network-based, cfr. Y. BENKLER, *The Wealth of the Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale, 2006, 379.

³⁴ G. TEUBNER, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?*, in C. JOERGES, I.-J. SAND and G. TEUBNER (eds.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Oxford, 2004, 3-28.

³⁵ Di visione parrocchiale della legge, e in particolare della risoluzione dei conflitti legali, parla P.S. BERMAN a partire da alcune note sentenze della Corte Suprema, cfr. *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 153, 2004, 1819-1882.

³⁶ C.T. MARSDEN, *Internet co-regulation: European law, regulatory governance and legitimacy in cyberspace*, Cambridge, 2011; D. D. HIRSCH, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation*, in *Seattle University Law Review*, 34, 2/2011, 439-480.

³⁷ Ivi 218.

evidenti tendenze oligopolistiche della Rete degli ultimi anni a segnarne gli sviluppi come spazio di regolazione privata, e a rispondere negativamente a tale interrogativo.

3. La legge delle Corporation

Ad un sistema del diritto digitale globale che, privato della razionalizzazione offerta dalle architetture formali nazionali, non sembra assumere una direzione dotata di senso, seguono i recenti sviluppi della Rete che esprimono una notevole concentrazione del potere di regolazione nelle mani delle grandi multinazionali del digitale.

L'ambito, sempre più esteso, di tale regolamentazione fa dubitare delle prime rappresentazione del cyberspazio, come realtà altra, o almeno parallela, rispetto a quella fisica. La diffusione delle nuove tecnologie digitali come infrastruttura sociale ha aperto una nuova era, portandoci nel volgere di un decennio alla trasformazione di ogni ganglio della nostra esistenza. Riesce ad incidere in modo così profondo da riguardare le basi stesse del nostro stare insieme. Il passaggio alla società delle piattaforme³⁸ è scandito dall'affermazione dalle connessioni alla connettività: «dalla connectedness, frutto dei rapporti che ciascuno di noi intesse di propria volontà, alla connectivity, il tessuto ciberneticamente che le macchine ci confezionano addosso, nella mente e nel corpo. Dall'attore che fa la rete, alle reti che fanno gli attori»³⁹. La reputazione, dei singoli e dei prodotti, è legata alle misure quantitative della loro circolazione in rete, in un ambiente che si aspettava libero, ma che invece è presidiato, e regolato, dalle grandi corporation del digitale. Le implicazioni sono molto ampie in ogni ambito di vita individuale e collettiva, e pongono in primo piano gli attori preposti alla regolazione dei processi di connettività.

Le grandi corporation hanno mostrato le enormi potenzialità dell'utilizzo dei dati digitali ai fini del profitto⁴⁰, estendendo poi la loro egemonia in campo politico. Secondo una tendenza evolutiva che si è consumata nello spazio di un decennio così che «Apple, Alphabet, Amazon, Microsoft e Facebook sono divenuti potentissimi player dell'economia planetaria, totalizzando nel 2017 una capitalizzazione superiore al prodotto interno lordo della Germania, e non di molto inferiore a quello del Giappone. Conciliando – a modo loro – interesse privato e funzione pubblica, in settori cruciali come i trasporti

³⁸ Il ruolo politico esercitato dalle piattaforme digitali è dato sempre più evidente e riconosciuto. Si vedano T. GILLESPIE, *The Politics of "Platform"*, in *New Media and Society*, 12, 3/2010, 347-364; J.C. PLANTIN, *Infrastructures Studies Meet Platform Studies in the Age of Google and Facebook*, in *New Media and Society*, 21, 1/2016; e il doppio numero monografico della rivista *Public and Internet*, 9, 3, e in particolare l'editoriale dei curatori V. NASH, J. BRIGHT, H. MARGETTS e V. LEHDONVIRTA, *Editorial. Public Policy in the Platform Society*, in *Policy and Internet*, 9, 3/2017, 368-372. La prima analisi sistematica della *platform society* è in J. VAN DIJCK, T. POELL e M. DE WAAL, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford, 2018.

³⁹ M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019, Viii.

⁴⁰ Sino a definire un nuovo tipo di capitalismo, basato sulla raccolta ed elaborazione intensiva dei dati digitali (F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015), su una forma di accumulazione basata sulla sorveglianza (S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019; S.M. WEST, *Data capitalism: Redefining the logics of surveillance and privacy*, in *Business & Society*, 58, 1/2019, 20-41). Si veda anche T. BUCHER, *If... then: Algorithmic power and politics*, Oxford, 2018.

e la salute, l'informazione e l'education, le piattaforme digitali riescono ad espandersi attraverso l'uso intensivo dei dati e la loro capacità di interazione digitale»⁴¹. La pandemia globale ha rappresentato una fase di consolidamento economico di tali aziende, con crescite di fatturato che hanno seguito lo spostamento online di gran parte delle attività sociali e lavorative. La rapida espansione assicura alle corporation un potere di regolazione sempre più ampio rispetto ai corpi rappresentativi⁴².

Sarebbe però un errore considerare tali processi in una dimensione a-territoriale, a partire dalla considerazione del loro impatto globale. Il processo di digitalizzazione in corso invita a guardare "oltre lo Stato"⁴³, riconoscendo come la fissazione del standard apparentemente di natura tecnica acquisisca il significato di un'attività normativa in senso proprio, con rilevanti conseguenze sulla vita dei cittadini, e conseguente frammentazione degli ordinamenti giuridici. A tale proposito si è parlato apertamente di una legge *à la carte* che si adatta agli interessi delle imprese presenti sul mercato globale⁴⁴, e che fa vacillare il baricentro statale degli impianti normativi⁴⁵. Allo stesso tempo l'impatto trasformativo indotto dalla infrastrutturazione digitale delle nostre società entra in interazione dialettica con le tradizioni e gli ordinamenti giuridici nazionali, che ne dettano la differenziazione sulla base di coordinate geografiche. Si deve, infatti, riconoscere l'articolazione territoriale dei piani legati al digitale, «l'incapacità di comprendere i molti volti e le sfaccettature della coercizione governativa territoriale è cruciale per la teoria della globalizzazione così com'è intesa oggi e centrale per comprendere il futuro di Internet»⁴⁶.

È quanto alcuni episodi di conflitto tra aziende del digitale e Stati nazionali hanno mostrato soprattutto negli anni Duemila: si ricordino, ad esempio, i piani di censura cinese con il blocco di alcuni servizi informatici provenienti dall'esterno del Paese. Oppure, più di recente, le sperimentazioni legate al tracciamento dei contagi nella fase della pandemia da Covid-19. I sistemi di sorveglianza possono essere maggiormente utilizzati nei sistemi dove le garanzie costituzionali a presidio della privacy del cittadino sono più deboli. L'installazione di 200 milioni di telecamere per il riconoscimento facciale, l'accesso e il monitoraggio dell'uso dei social media e l'impiego della tecnologia dei droni segnala

⁴¹ M. CALISE e F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019, 18.

⁴² Molto fragile è la posizione del cittadino, e anche qui è stata l'America a incaricarsi di mostrare al mondo quale sarà il suo destino, come direbbe Engels. Sull'entrata di Trump nella White House pesa il peso dello scandalo Cambridge Analytica che mostrava le enormi possibilità di influenza dell'opinione pubblica basate sulla elaborazione computazionale di enormi quantità di dati. Un sistema così pervasivo che impattava sul nucleo essenziale delle democrazie, in ultima istanza la capacità di giudizio e critica dei cittadini. Per un inquadramento sulla propaganda computazionale si veda lo studio S.C. WOOLLEY, P.N. HOWARD (a cura di), *Computational propaganda: political parties, politicians, and political manipulation on social media*, Oxford, 2018.

⁴³ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; Vedi anche S. CASSESE, *Shrimps, Turtles and Procedure: Global Standards for National Administrations*, IILJ Working Paper, Global Administrative Law Series 4, 2004.

⁴⁴ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

⁴⁵ S. BIEGEL, *Beyond Our Control?: Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, 2003.

⁴⁶ J. GOLDSMITH, T. WU, *Who Controls the Internet?*, Oxford, 2006.

l'efficacia del modello cinese di contrasto all'epidemia⁴⁷, che segue tuttavia una impostazione che non accetteremmo nei paesi occidentali perché restrittiva delle libertà individuale. A Hong Kong si è fatto anche ricorso a dispositivi obbligatori che a mezzo di braccialetti consentissero il tracciamento dei cittadini, facendo dei big data uno strumento di controllo autoritario⁴⁸. Il contrasto all'epidemia nei paesi asiatici si inserisce in un modello già utilizzato negli ultimi anni al fine del controllo sociale: l'uso delle nuove tecnologie e l'elaborazione di immense quantità di dati ha trasformato in molti casi periferie malfamate in contesti urbani iperdisciplinati, dove il monitoraggio continuo assicura la certezza della pena per i comportamenti devianti⁴⁹. Ancor più pervasivo appare il cosiddetto "modello cinese" del governo dei dati, nel quale le potenzialità degli algoritmi sono piegate al controllo degli orientamenti e delle idee politiche. Il mondo occidentale resta per il momento sospeso tra la considerazione dei benefici procurati dalle nuove tecnologie informatiche e l'allerta per il rischio che l'uso estensivo dei dati impatti sui diritti garantiti. Nel mentre però, nello stesso Occidente, *le giant corporation* gestiscono i big data digitali di miliardi di utenti, compromettendo la tutela della privacy in nome di modelli di profilazione generalizzata. Ma come fare a conciliare la ricchezza di dati con il governo democratico di tali processi?

4. Il futuro degli algoritmi

La direzione – e i possibili approdi – di tali processi si possono meglio valutare con riferimento alle punte più avanzate dell'applicazione delle nuove tecnologie al settore pubblico.

Una delle tendenze più acclamate della pubblica amministrazione a livello globale è il ricorso a schemi algoritmici di comportamento che facciano leva sulla gestione di enormi basi dati digitali⁵⁰. Lo sviluppo delle automazioni algoritmiche sono al centro di un amplissimo ambito di ricerca e innovazione digitale che «prende forma ad un ritmo e ad una scala mai conosciuta nella storia»⁵¹. Secondo la declinazione di origine nipponica

⁴⁷ V. REDA, *Big Data ed emergenza: politiche pubbliche della sanità e dell'istruzione nella platform society*, in S. STAIANO, *Nel Ventesimo Anno del Terzo Millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, 723-742.

⁴⁸ Inter alia: G. KING, J. PAN, e M.E. ROBERTS, *How censorship in China allows government criticism but silences collective expression*, in *American Political Review*, 107, 2/2013, 326-343; P. LORENTZEN, *China's strategic censorship*, in *American Journal of Political Science*, 58, 2/2014, 402-414.

⁴⁹ Si veda A. CARLEO, *Decisione robotica*, Bologna, 2019; e, in particolare, D. DE KERCKHOVE, *La decisione datacratica*, in A. CARLEO, *Decisione robotica*, Bologna, 2019.

⁵⁰ Approfondisco questo tema in F. MUSELLA, *Amministrazione 5.0*, in *Rivista di Digital Politics*, 1, 2021, 95-112.

⁵¹ P. AGARWAL, *Public administration challenges in the world of AI and Bots*, in *Public Administration Review*, 78, 6/2018, 917-921, part. 917; si veda anche M. BOYD e N. WILSON, *Rapid developments in artificial intelligence: How might the New Zealand government respond?*, in *Policy Quarterly*, 13, 4/2017, 36-44; A. ZUIDERWIJK, Y.C. CHEN, e F. SALEM, *Implications of the use of artificial intelligence in public governance: A systematic literature review and a research agenda*, in *Government Information Quarterly*, 2021, 101577. Una prima rassegna della letteratura in materia è offerta in W. G. DE SOUSA, E. R. P. DE MELO, P. H. D. S. BERMEJO, R. A. S. FARIAS e A. O. GOMES, *How and where is artificial intelligence in the public sector going? A literature review and research agenda*, in *Government Information Quarterly*, 36,

Society 5.0, i dati raccolti dal mondo reale dalle macchine informatiche sono riapplicati automaticamente una volta processati⁵². Gli algoritmi contengono in sé una legge di osservazione dei comportamenti umani, e a seconda di quanto rilevato eseguono una serie di istruzioni precedentemente definiti. L'uso degli algoritmi si va diffondendo al punto da imporre cambiamenti anche culturali nel modo di intendere il rapporto tra uomo e macchina⁵³ – e solleva importanti questioni etiche⁵⁴. In questo nuovo contesto, si evidenzia la tendenza della pubblica amministrazione a sviluppare modelli algoritmici, spesso basati su tecniche di *machine learning*, per favorire, o anche determinare, decisioni nella gestione e erogazione dei servizi pubblici, e più in generale per ottenere evidenze sulle politiche pubbliche⁵⁵.

Della tendenza all'automazione dei processi amministrativi si parla spesso come un processo inesorabile, destinato a migliorare le performance del settore pubblico, e a divenire, grazie proprio ai suoi successi, pratica dominante. È indubbio che gli algoritmi possono costituire un potenziamento della decisione amministrativa⁵⁶, molto più proiettata verso un più efficace problem-solving. Se le tecniche algoritmiche sono state già applicate in svariati campi, è però quando «si tratta di fare leggi e prendere decisioni governative che l'idea di utilizzare algoritmi come sostituti delle decisioni umane sembra creare una seria minaccia alla governance democratica, facendo affiorare alla mente

4/2019. Alcune misure quantitative dello sviluppo delle applicazioni di intelligenza artificiale in diversi campi di attività sono fornite dal rapporto della Stanford University, *Artificial Intelligence Index Report 2021*, AI Index Steering Committee, Human-Centered AI Institute, Stanford University, Stanford, CA, March 2021.

⁵² Descrivono il nuovo scenario i testi B. SALGUES, *Society 5.0: Industry of the Future, Technologies, Methods and Tools*, Hoboken, 2018; A. DEGUCHI, C. HIRAI, H. MATSUOKA, T. NAKANO, K. OSHIMA, M. TAI, S. TANI (2020). *What Is Society 5.0?*, in *Society 5.0*, Singapore, 1-25; A.G. KRAVETS, A.A. BOLSHAKOV and M. SHCHERBAKOV, *Society 5.0: Cyberspace for Advanced Human-Centered Society*, Cham.

⁵³ Sulla necessità di costruzione di una «cultura dell'algoritmo» si rimanda a E. FINN, *What algorithms want: imagination in the age of computing*, Cambridge, 2017.

⁵⁴ Papa Francesco ha utilizzato di l'espressione "algor-etica" rimandando a una verifica competente e condivisa dei processi secondo cui si integrano i rapporti tra gli esseri umani e le macchine nella nostra era. La Pontificia accademia per la vita ha promosso, su questa, base, una carta etica per l'intelligenza artificiale (AI) firmata da alcune corporation del digitale, cfr. *Rome Call for AI Ethics*, Rome, 28 febbraio 2020.

⁵⁵ M. VEALE e I. BRASS, *Administration by algorithm? Public management meets public sector machine learning*, in *Public Management Meets Public Sector Machine Learning*, 2019. La definizione di un nuovo modello di burocrazia guidata da codici e istruzioni digitali ha portato anche al conio dell'espressione "algorazia", A. ANEESH, *Global labor: Algoratic modes of organization*, in *Sociological Theory*, 27, 4/2009, 347-370; J. DANAHER, *The threat of algoracy: Reality, resistance and accommodation*, in *Philosophy & Technology*, 29, 3/2016, 245-268; F.S. MASSIMO, *Burocrazie algoritmiche. Limiti e astuzie della razionalizzazione digitale in due stabilimenti Amazon*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 13, 1/2020, 53-78. Più di recente, F. ZAMBONELLI, *Algorazia. Il governo degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale*, Trieste, 2020.

⁵⁶ Tali vantaggi si inseriscono nella prospettiva già richiamata del recupero dell'efficienza del settore pubblico, così che gli algoritmi sembrano aggiungere un nuovo capitolo i piani di governo elettronico, si veda A. THIERER, A. O'SULLIVAN e R. RUSSELL, *Artificial intelligence and public policy*, Arlington, 2017; Y. ZHENG, H. YU, L. CUI, C. MIAO, C., LEUNG e Q. YANG, *SmartHS: An AI platform for improving government service provision*, in *32nd AAAI conference on artificial intelligence*, 2018; B. WIRTZ, J. WEYERER e C. GEYER, *Artificial Intelligence and the Public Sector – Applications and Challenges*, in *International Journal of Public Administration*, 42, 7/2019, 596–615.

l'immagine di despoti irresponsabili, computerizzati»⁵⁷. Su questa linea di evoluzione, infatti, l'autorità espressa in maniera algoritmica può divenire sempre più enigmatica⁵⁸. I rischi, che seguono a stretto giro le opportunità, vanno dalla scarsa identificabilità del decisore, le cui scelte si perdono nelle trame della definizione tecnica dell'algoritmo, ad un ruolo sempre più cruciale, soprattutto nei paesi in via di sviluppo, dei privati nei processi di regolamentazione pubblica, che proprio quegli algoritmi creano e controllano. In quanto costruito sociale, sotto un'apparenza di neutralità, gli algoritmi portano con sé visioni del mondo e concrete scelte di policy, orientando il settore pubblico nelle sue direzioni di fondo⁵⁹. In pratica, se chi definisce il codice digitale diventa un nuovo legislatore, la dimensione algoritmica realizza il sogno della scrittura di una "legge occulta"⁶⁰.

La diffusione degli algoritmi a fini politico-amministrativi rappresenta, dunque, uno snodo importante della nostra civiltà. Da non derubricarsi come mera regolamentazione tecnica di alcuni comparti della pubblica amministrazione. Laddove, infatti, la volontà dell'amministrazione non è identificata, la governance algoritmica crea un potere regolatore nascosto, o almeno opaco per tutti coloro che non abbiano accesso all'algoritmo o non siano in grado di interpretarlo⁶¹. Con il pericolo sempre in agguato che si prendano «technological decisions without understanding the implications for governance of the administrative state»⁶², sino ad arrivare al configurarsi di una amministrazione invisibile⁶³. Nella quale non si elimina la discrezionalità, ma si finisce per oscurarla⁶⁴.

⁵⁷ C. COGLIANESE e D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the MachineLearning Era*, in *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2017, 1147- 1223, part. 1152.

⁵⁸ Così in F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015, 8. Si veda anche B. W. WIRTZ, J. C. WEYERER, and B. J. STURM, *The dark sides of artificial intelligence: An integrated AI governance framework for public administration*, in *International Journal of Public Administration*, 43, 9/2020, 818-829.

⁵⁹ Sintentica ed efficace a tale proposito è l'espressione di Gillespie che parla di "political valence" degli algoritmi, cfr. T. GILLESPIE, *The relevance of algorithms*, in T. GILLESPIE, P. J. BOCZKOWSKI e K. A. FOOT (a cura di), *Media technologies: Essays on communication, materiality, and society*, Cambridge, 2014, 167-193; K. YEUNG, *Algorithmic regulation: A critical interrogation*, in *King's College London Law School Research Paper No. 27*, 2017; L. ANDREWS, *Public administration, public leadership and the construction of public value in the age of the algorithm and 'big data*, in *Public Administration*, 97, 2/2019, 296-310.

⁶⁰ Sulle possibilità invece delle autorità politiche di imporre la propria autorità sulle regole dell'algoritmo, nel mentre ne possano beneficiare in termini di avanzamento nell'uso dei dati che riguardano la collettività, scommette C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the MachineLearning Era*, in *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2017, 1147- 1223, part. 1152.

⁶¹ Sul punto si vedano G.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, in *Rivista di studi giuridici e politici*, 40, 619-642; E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020.

⁶² T. BARTH, E. ARNOLD, *Artificial intelligence and administrative discretion: Implications for public administration*, in *The American Review of Public Administration*, 29, 4/1999, 332-351, part. 349; J. REIS, P. ESPÍRITO SANTO, and N. MELÃO, *Impacts of artificial intelligence on public administration: a systematic literature review*, in *14th Iberian conference on information systems and technologies (CISTI)*, IEEE, 2019.

⁶³ S. CIVITARESE MATTEUCCI e L. TORCHIA, *La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2016.

⁶⁴ F. JORNA e P. WAGENAAR, *The "iron cage" strengthened? Discretion and digital discipline*, in *Public Administration*, 85, 1/2007, 189-214.

Anche nel nostro paese le prime applicazioni algoritmiche hanno aperto un vivace dibattito dottrinale circa il loro uso – in un contesto, tuttavia, in cui gli investimenti in tecnologia da parte dei governi occidentali anticipano di gran lunga la riflessione scientifica sulle implicazioni dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale per il settore pubblico⁶⁵. Gli algoritmi sono stati sperimentati in importanti settori, come quello «dei contratti pubblici, dai provvedimenti di esclusione automatizzati nelle procedure di affidamento alla realizzazione e gestione delle opere pubbliche attraverso la modellazione, dei dati; a quello della gestione dei beni demaniali; a quello dell'organizzazione scolastica»⁶⁶. Queste prime promettenti applicazioni spingono a concordare col fatto che «la decisione amministrativa robotizzata è indirizzata su un cammino che può essere ragionevolmente percorso in molti settori della vita quotidiana»⁶⁷. L'estensione di tali sperimentazioni a modalità prevalente nella regolazione dei rapporti sociali presenta tuttavia prospettive inedite e pericoli all'orizzonte.

Le prime pronunce giurisprudenziali in materia impongono grande cautela per le innovazioni prodotte dagli algoritmi. Se infatti l'utilizzo degli algoritmi viene incoraggiato laddove utile, in linea con la progressiva digitalizzazione del settore pubblico, si cerca di indirizzare il ricorso ai nuovi strumenti al rispetto dei principi che regolano l'attività della Pubblica Amministrazione. Gli interventi ad opera del giudice amministrativo ribadiscono che la digitalizzazione del settore pubblico non può contemplare la «devoluzione ad un meccanismo informatico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa»⁶⁸. Le più recenti sentenze del Consiglio di Stato (nn. 8472/2019 e 2270/2019) tendono, inoltre, ad equiparare l'algoritmo ad un atto amministrativo da valutare come “modulo organizzativo”, vale a dire come strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento. Anche qualora l'amministrazione si dovesse automatizzare nei meccanismi di funzionamento, ciò non

⁶⁵ Se livello internazionale si consuma infatti la lotta tra Stati Uniti e Cina per acquisire la leadership in questo campo, molto ampi sono anche gli investimenti europei e il numero di laboratori che si dedicano al tema A. ANSIP, *Making the most of robotics and artificial intelligence in Europe*, 17 novembre 2017, European Commission, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/ansip/blog/making-most-robotics-and-artificial-intelligenceeurope_en

⁶⁶ G. ORSONI e E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Le Istituzioni del Federalismo, Rivista di studi giuridici e politici*, 40, 2019, 593-618, part. 600-601.

⁶⁷ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, intervento al Convegno “Decisione robotica”, organizzato nell'ambito dei Seminari ‘Leibniz’ per la teoria e la logica del diritto – Roma, Accademia dei Lincei, 5 luglio 2018.

⁶⁸ Così Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, sentenza 28 maggio 2019, n. 6688. I primi interventi in Italia in materia di utilizzo degli algoritmi nell'ambito della pubblica amministrazione sono in prodotti dal TAR del Lazio, che ha adottato diverse sentenze relative a provvedimenti di trasferimenti e/o assegnazioni del personale docente in sede di mobilità nazionale sulla base del piano straordinario di cui alla l. n. 107/2015 (Buona Scuola) che faceva ricorso, appunto, ad un sistema di tipo algoritmico: n. 3742/2017; n. 9224/2018; n. 9225/2018; n. 9226/2018; 9227/2018; n. 9228/2018; n. 9229/2010; n. 9230/2018; si veda, anche in chiave comparativa, S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2019, 109-128.

potrebbe condurre alla dispersione della volontà soggettiva di un soggetto che produca l'atto amministrativo: infatti, come è stato chiarito, «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»⁶⁹. L'algoritmo dunque non è da ritenersi produttore di decisione, anziché integratore delle conoscenze sulla base delle quali l'organo competente dovrà poi di seguito agire.

Nel nostro ordinamento alla valorizzazione dello strumento informatico per il miglioramento delle prestazioni amministrative segue, dunque, la qualificazione dell'algoritmo come atto amministrativo informatico adeguato a principi quali la pubblicità e la trasparenza, e sottoposto alla valutazione del giudice⁷⁰, «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»⁷¹. Se ne ricava anche una importante indicazione in chiave comparativa, in quanto se spesso si indugia sulla neutralità, e facile esportabilità, degli strumenti algoritmici tra gli ordinamenti, la tecnologia si pone in posizione dialettica con i valori e le procedure del contesto normativo in cui si va ad innervare. Alla considerazione, dunque, dei vantaggi e dei rischi degli impianti algoritmici, come visto molto presente nella letteratura scientifica, deve seguire grande attenzione rispetto a come le innovazioni digitali vadano ad essere implementate, e per questo ridefinite, negli specifici sistemi politici e giuridici.

5. Un'agenda di ricerca adeguatamente comparata

L'uso delle nuove tecnologie è passato dall'essere uno degli strumenti principali di «reinventing government» a indicare nuovi meccanismi di regolazione collettiva di tipo algoritmico. Il sorprendente sviluppo delle tecnologie digitali, e la loro invasione in ogni ambito delle attività sociali, ha stimolato la rielaborazione del ruolo, delle modalità

⁶⁹ «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», Sentenza del Consiglio di Stato, n. 2270/2019.

⁷⁰ F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto amministrativo elettronico*, www.cesda.it, 2, 2003; M.C. CAVALLARO e G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019; I. NICOTRA e V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, 86-106.

⁷¹ Così ancora nella Sentenza del Consiglio di Stato, n. 2270/2019, dove di aggiunge: «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».

operative e delle finalità stesse delle istituzioni pubbliche. Fino a chiedersi quale sia il posto della “legge” a mano a mano che le *giant corporation* del digitale diventino attori di primo piano nei processi in corso⁷². Con il passare del tempo, infatti, l’espressione «code is law» ha inteso indicare il progressivo affermarsi del codice digitale non solo per la regolamentazione degli utenti della rete ma di tutti i cittadini in moltissime aree della vita collettiva, e ciò è andato a inquadarsi in un parallelo processo di concentrazione di ingenti risorse politiche ed economiche nelle mani delle multinazionali del digitale.

Gli sviluppi algoritmici mettono in discussione in molti casi le basi costituzionali nazionali, presentando una indubbia tensione nei sistemi di regolazione così come li abbiamo sin qui concepiti. Laddove non regolamentato, l’algoritmo può perdere il suo carattere di strumento privo di autonomia, quasi invece a sostituirsi alla decisione umana: è il caso dell’«algoritmo incostituzionale»⁷³ che si riscontra ad esempio quando il giudice si basi su sistemi predittivi che, anziché supportare le sue scelte, finiscano per sostituirle; ma è anche uno strumento che nasconde la sua finalità quando, in fattispecie di non completa conoscibilità, produce lo spostamento di potere da attori pubblici ad attori privati, con conseguente sovvertimento del circuito della responsabilità democratica. Si definisce così una nuova “legge algoritmica”, orfana della norma statutale, e tendenzialmente regolativa per mano privata, e «priva di punti d’incontro con la “legge statutale”»⁷⁴. Un problema trasversale ai casi nazionali, dunque, attiene alla valutazione di “chi governa” l’algoritmo, una volta atteso che esso veicola un nuovo potere normativo, con gli attori privati che sembrano destinati ad assumere una posizione di – più o meno – contrastata egemonia.

Si definisce, dunque, una nuova agenda di ricerca che possa analizzare le trasformazioni legate alla Rete sullo sfondo del contesto politico e costituzionale di ogni singolo Paese. A fronte delle tendenze globali del processo di digitalizzazione, il processo di cambiamento va visto nel prisma delle diverse tradizioni e impianti normativi nazionali, che esprimono una variabile capacità, pur nei contesti calati in tale prospettiva teleologica, di limitazione del potere in ambito digitale. La sfida classica del costituzionalismo, di evitarne l’arbitrarietà, trova un terreno ancor più difficile di applicazione, con sistemi di regolazione pubblica spesso opachi e sottratti al pubblico scrutinio. L’algoritmo, come strumento alchemico, nonostante si siano già accumulate numerose proposte di disciplina a livello sia nazionale e internazionale, continua a configurarsi in molti casi come un black-box, con caratteri e finalità mistificatori⁷⁵. Nuovi

⁷² T. GILLESPIE, *The politics of ‘platforms’*, in *New media & society*, 12, 3/2010, 347-364.

⁷³ L’espressione è in A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 63-89. Sul rapporto tra algoritmi e costituzionalismo si veda anche A. SIMONCINI E S. SUWES, *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1/2019, 87-106; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020; T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta online*, 3/2020, 675-683.

⁷⁴ A. NUZZO, *Algoritmi e regole*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1/2019, 39-46.

⁷⁵ M. MARTINI, *Regulating Artificial Intelligence - How to De-Mystify the Alchemy of Code?*, in *Algorithms and Law*, 2019, Cambridge University Press, forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3458261> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3458261>; J. KLEINBERG, J.,

legislatori digitali sono da tempo all'opera. Il recupero dei principi e meccanismi per restituire al cittadino la sovranità che gli è propria è al centro di una battaglia civile che dovremmo sin da subito ingaggiare.

LUDWIG, S. MULLAINATHAN E C.R. SUNSTEIN, *Discrimination in the Age of Algorithms*, in *Journal of Legal Analysis*, 10, 2018, 113-174. Nell'ampio dibattito sulla regolamentazione dell'algorithmico, ritenuta di gran lunga ancora insufficiente alla portata del fenomeno, si vedano A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 18, 1/2019, 47-60.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA DEMOCRAZIA FRANCESE E LE SFIDE DEL DIGITALE:
TRA OPPORTUNITÀ E RISCHI

CATERINA SEVERINO

SOMMARIO : 1. Cenni introduttivi. – 2. Una nuova configurazione dei diritti e delle libertà dei cittadini. – 2.1. La libertà di espressione. – 2.2. La *privacy* e la protezione dei dati personali. – 2.3. Le libertà economiche. – 3. La trasformazione dei processi democratici e l'accessibilità ai servizi pubblici. – 3.1. La democrazia partecipativa. – 3.2. L'accesso ai servizi pubblici. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi

Vorrei innanzitutto in questa sede esprimere un ringraziamento particolare agli organizzatori dell'incontro. Sono molto onorata di partecipare a questo seminario in memoria di Paolo Carrozza, un Maestro ed un amico.

Come si evince dal titolo del mio contributo, la riflessione qui proposta si sviluppa sulla base di due constatazioni. La prima è che la rivoluzione digitale, come le altre rivoluzioni tecnologiche del passato (come quella indotta dalla stampa o dal motore a scoppio), rappresenta una sfida per le democrazie, ha un impatto sui diritti e sui processi democratici, segna «una nuova era democratica»¹. La seconda è che, alla stregua delle rivoluzioni che l'hanno preceduta, la rivoluzione digitale è un fenomeno ambivalente, poiché costituisce al tempo stesso una grande opportunità per lo sviluppo delle nostre

¹ Assemblée Nationale, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, Rapport n. 3119, XIV Legislatura, 2015 (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/14/dossiers/numerique_et_libertes).

società e, quindi, dei nostri diritti, ma è anche foriera di nuovi pericoli, di rischi a cui il sistema deve far fronte.

Alla base di queste constatazioni c'è il fatto che il digitale (che non si limita ad internet ma di cui internet rappresenta la «colonna vertebrale»², la *conditio sine qua non*, poiché permette la messa in rete dei dati sviluppati tramite le tecnologie digitali³) non è un fenomeno limitato al campo tecnologico, ma sconvolge totalmente le nostre società. Il digitale infatti ha un impatto sui rapporti economici e sociali, sui modi di produzione, di consumo, di comunicazione, entra nelle nostre case, nelle fabbriche, negli uffici, nelle scuole, nelle Università (e quanto accaduto con la pandemia dovuta al Covid, non ha fatto altro che accentuare tale impatto)...

A distanza di più di settant'anni, il fenomeno digitale, che si focalizza inizialmente sulla comunicazione delle opinioni e delle idee, è stato un modo per concretizzare pienamente la promessa sancita dall'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948, secondo cui «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».

Per quanto riguarda la Francia, e per capire l'importanza del fenomeno in questo Paese, basti ricordare che, secondo gli ultimi dati, nel 2019, il 90% delle famiglie aveva accesso ad internet⁴. In questo Paese, i rapporti tra il diritto, in particolare il diritto costituzionale, ed il digitale (il cd. "*numérique*"⁵) suscitano l'attenzione e la riflessione delle istituzioni e degli studiosi oramai da più di vent'anni. Già nel 2008, infatti, il *Comité Veil*, incaricato di riflettere sulla revisione del Preambolo della Costituzione del 1958⁶, si era posto la questione dell'opportunità di inserire nel Preambolo la protezione esplicita

² T. SHULGA-MORSKAVA, *Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 57, 2017, 94.

³ Il digitale è quindi una nozione più ampia di internet. Il *Conseil d'Etat* lo definisce come «un sistema di innovazioni tecniche di cui internet permette la messa in rete» (*Conseil d'État, Etude annuelle 2014 – Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, consultabile on line <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000541-etude-annuelle-2014-duconseil-d-etat-le-numerique-et-les-droitsfondamentaux>).

⁴ Secondo i dati forniti dall'INSEE il 20 maggio 2020 (<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2385835#tableau-figure1>).

⁵ Il *Rapport della Mission d'information sur la lutte contre l'illectronisme et pour l'inclusion numérique sur la lutte contre l'illectronisme et pour l'inclusion numérique* istituita presso il Senato, indica che: «L'uso del termine "*numérique*" è molto recente. Gli anni '80 erano gli anni dell'"*informatique*". Dal 1992, è il termine "internet" che invade il linguaggio. Gli anni 2000 sono invece segnati dall'uso dell'acronimo "Tic" (*technologies de l'information et de la communication*). È solo di recente che l'aggettivo si trasforma in sostantivo: "il" *numérique*. Così ad esempio, il *Conseil stratégique des technologies de l'information*, creato nel 2004 presso il Primo ministro, lascia il posto al *Conseil national du numérique* nel 2011».

⁶ Il *Comité Veil*, commissione di riflessione presieduta da Simone Veil, figura di spicco tra gli intellettuali ed i giuristi francesi del secolo scorso e dell'inizio di questo secolo, fu istituito dal Presidente della Repubblica francese Nicolas Sarkozy nell'aprile 2008 al fine di riflettere sull'opportunità di inserire nuovi diritti nel Preambolo della Costituzione del 1958 (Preambolo che contiene un rinvio ai principali testi aventi valore costituzionale in materia di diritti e di libertà fondamentali, tra i quali la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789). La relazione (*Rapport*) redatta dal *Comité Veil*, dal titolo *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, fu presentata al Presidente della Repubblica francese il 27 dicembre 2008 (il *Rapport Veil* è consultabile on line: <https://www.vie-publique.fr/rapport/30242-redecouvrir-le-preambule-de-la-constitution-rapport-du-comite-preside>).

del diritto alla riservatezza e quella dei dati personali, scartando alla fine questa eventualità così come qualsiasi altra modifica al testo iniziale⁷. È del 2009 la legge detta HADOPI relativa alla diffusione e alla protezione delle opere creative su internet, che istituisce la *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet* (HADOPI). È sempre del 2009 la storica sentenza del Consiglio costituzionale francese, proprio relativa a tale legge, in cui si afferma l'esistenza di una libertà di accesso ad internet derivante dalla libertà di espressione e di comunicazione⁸. Nel 2011, viene istituito il *Conseil national du numérique*⁹, commissione consultiva indipendente che opera ancora oggi in modo molto efficace.

Bisogna altresì sottolineare che soprattutto dagli anni 2000 in poi si susseguono studi, rapporti ad opera di istituzioni o di commissioni indipendenti, volti a riflettere sulle implicazioni dei nuovi fenomeni digitali e sulla loro possibile disciplina. Anche il Consiglio di Stato ha dedicato ben due dei suoi studi annuali a questi temi: lo studio del 2014, intitolato *Le numérique et les droits fondamentaux*¹⁰, e quello del 2017, che verte sulle piattaforme digitali e la cd. "uberizzazione"¹¹. Per quanto riguarda il diritto costituzionale, ricordo in particolare che due numeri dei *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* sono dedicati ai rapporti tra diritto costituzionale e digitale¹² e che le giornate decentralizzate dell'Associazione francese dei costituzionalisti del 2016 vertevano proprio su questo tema (il che ha condotto alla realizzazione di convegni e seminari in diverse sedi universitarie francesi)¹³.

⁷ Sul dibattito circa l'opportunità di modificare la Costituzione francese per adeguarla alle esigenze del fenomeno digitale v. *infra*, paragrafo 4. Considerazioni conclusive.

⁸ Conseil constitutionnel, n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, *Loi relative à la diffusion et à la protection de la création sur internet*. Ricordiamo anche la celebre sentenza antecedente a quella del 2009, Conseil constitutionnel n. 2004-496 DC del 10 giugno 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

⁹ Questa commissione consultiva è stata creata il 29 aprile 2011 con decreto del Presidente della Repubblica <https://cnumerique.fr/le-conseil> e sostituisce il *Conseil stratégique des technologies de l'information*, creato nel 2004 presso il Primo ministro.

¹⁰ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2014 – Le numérique et les droits fondamentaux*, consultabile *on line*: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2014-le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>.

¹¹ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2017 - Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'«ubérisation»*, consultabile *on line*: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2017-puissance-publique-et-plateformes-numeriques-accompagner-l-uberisation>.

¹² *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, *La Constitution et l'innovation*, n. 52, 2016; *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, *Droit constitutionnel à l'épreuve du numérique*, n. 57, 2017. Al di là di questi numeri dedicati al digitale, si possono ricordare due numeri dei *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* che vertono su temi strettamente legati al digitale: *La liberté d'expression et de communication*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 36, 2012; *Vie privée*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 48, 2015.

¹³ Tra i quali mi permetto di rinviare a M. BARDIN, P. MONGE, M. STEFANINI e C. SEVERINO (a cura di), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, Aix-en-Provence, 2018 (pubblicato *on line*: https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd5_la_democratie_connectee_2018_0.pdf). Si segnala altresì che il tema della 37^a Tavola rotonda internazionale di giustizia costituzionale che si è tenuta a Aix-en-Provence il 10 e 11 settembre 2021 verteva proprio su: *Constitution, libertés et numérique*. Gli atti dell'incontro saranno pubblicati nel prossimo volume dell'*Annuaire International de Justice Constitutionnelle (AIJC)*, a settembre 2022.

In Francia, così come negli altri Paesi, è pressoché unanime l'idea per cui proprio poiché internet (ed in generale il digitale) non può essere ricondotto ad una semplice, nuova tecnologia, ma costituisce un nuovo spazio sociale democratico, in cui si esercitano i diritti e le libertà del cittadino, il diritto non può restare indifferente, ma deve intervenire per regolamentarne (tutti, o quasi tutti) gli aspetti¹⁴. E quando il diritto viene a disciplinare la materia, la difficoltà risiede proprio nel cercare un punto di equilibrio tra le nuove esigenze ed i "vecchi" valori, valori essenziali, che stanno alla base delle nostre democrazie e che sono per lo più contenuti nelle nostre carte costituzionali. La difficoltà sta nell'adattare i nostri sistemi democratici, nel rivisitare i nostri valori, senza sacrificarli sull'altare della nuova tecnologia. La sfida sta proprio nella capacità del diritto di appropriarsi di queste novità rivoluzionarie per incanalarle, disciplinarle, regolamentare i nuovi rapporti giuridici, sociali ed economici che ne scaturiscono, anziché restarne fuori o, peggio, restarne vittima.

Per tentare di realizzare un *état des lieux* sul sistema democratico francese dinnanzi al digitale, seguirò il tracciato dato dalla definizione stessa di sistema democratico: che è al tempo stesso un sistema in cui vi sia la garanzia dei diritti e delle libertà dei consociati ed in cui - dal punto di vista del suo funzionamento - vi sia la partecipazione di coloro che sono destinatari della decisione politica alla decisione stessa. Tra i molteplici aspetti da trattare, saranno messi in luce quelli che suscitano maggiormente il dibattito e che sono particolarmente di attualità in Francia. Seguendo questo doppio binario, si analizzerà quindi, in un primo tempo, la nuova configurazione dei diritti e delle libertà dei cittadini che scaturisce dalla rivoluzione digitale, valutando al tempo stesso le nuove forme di protezione poste in essere, assieme ai rischi ed ai pericoli presenti; per poi passare, in un secondo tempo, alle trasformazioni dei processi democratici indotte dal digitale e alla questione, di grande attualità, dell'accesso dei cittadini ai servizi pubblici tramite il digitale.

2. Una nuova configurazione dei diritti e delle libertà dei cittadini

Le interazioni tra le tecnologie digitali ed il diritto, in particolare il diritto costituzionale, si manifestano in primo luogo in materia di diritti e libertà fondamentali¹⁵. Qui si rivela l'ambivalenza di cui sopra. Da una parte, infatti, le nuove tecnologie rinforzano i diritti: esse promuovono, ad esempio, la libertà di espressione e di comunicazione, facilitano l'accesso all'informazione, promuovono la libertà di associazione, aprono nuove prospettive ai diritti relativi all'impresa e all'iniziativa economica... Dall'altra parte, tuttavia, esse producono rischi inediti e "fragilizzano" alcuni diritti e libertà: le nuove tecnologie possono favorire violazioni gravi della *privacy*, permettere gravi discriminazioni, possono facilitare la commissione di infrazioni e di

¹⁴ J. BONNET e P. TÜRK, *Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 57, 2017, 13 ss.

¹⁵ Cf. E. GEFFRAY, *Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère du numérique ?*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 52, 2016, 7 ss.

violazioni dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini (pensiamo agli attentati terroristici organizzati tramite la rete) o possono favorire la diffusione di pratiche anticoncorrenziali... Il perfezionamento della geolocalizzazione, lo sfruttamento commerciale dei *big data*, le nuove tecnologie di sorveglianza e di schedatura, l'uso deviato dei nostri dati personali, come quelli relativi alla salute, la criminalità *on line*, rappresentano altrettante sfide poste alle nostre libertà.

Sotto queste spinte contrapposte, si produce quindi, ineluttabilmente, una trasformazione dei diritti: alcuni sono rinforzati, altri indeboliti, per altri ancora se ne vede la nascita o una nuova consacrazione. In Francia, questo movimento, prima di tutto legislativo, ha dato luogo a sentenze importanti da parte del giudice costituzionale.

Tra i diritti che hanno subito una importante trasformazione/evoluzione bisogna annoverare in primo luogo la libertà di espressione ed in particolare quella che si esercita tramite internet.

2.1. La libertà di espressione

Nella storica sentenza relativa alla legge HADOPI del 10 giugno 2009¹⁶, il Consiglio costituzionale ha consacrato per la prima volta la libertà di accesso ad internet, collegandola senza ambiguità alla libertà di espressione, definita dall'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 come «uno dei diritti più preziosi dell'uomo»¹⁷. Il giudice costituzionale, dopo aver affermato che la libertà di espressione e di comunicazione si esercita ugualmente su internet¹⁸, ha precisato che tale libertà comporta due dimensioni: quella «passiva», che consiste nella libertà per il cittadino di ricevere informazioni¹⁹, ma anche quella «attiva», che consiste nella libertà per il cittadino di trasmettere informazioni²⁰. Si badi bene però che il riconoscimento della libertà di accesso ad internet non significa (contrariamente a quanto affermato da alcuni ricorrenti) un diritto di accesso alla rete²¹. Il Consiglio costituzionale non si spinge fino a questo punto: partendo dall'analisi dello «stato attuale» dei mezzi di comunicazione e

¹⁶ Conseil constitutionnel, n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, cit.

¹⁷ L'art. 11 della Dichiarazione dei diritti del 1789 sancisce che «La libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge».

¹⁸ In un *considérant* di principio, il *Conseil constitutionnel* afferma che «allo stato attuale dei mezzi di comunicazione e tenendo conto dello sviluppo generalizzato dei servizi di comunicazione al pubblico *on line* così come dell'importanza acquisita da questi servizi per la partecipazione alla vita democratica e l'espressione delle idee e delle opinioni, questo diritto implica la libertà di accedere a questi servizi». Conseil constitutionnel, n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, cit., cons. 12.

¹⁹ Il *Conseil constitutionnel* aveva già affermato questa dimensione «passiva» della libertà di comunicazione in precedenti sentenze, in particolare nella sentenza n. 2009-577 DC del 3 marzo 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*.

²⁰ Dimensione «attiva» già affermata nella sentenza n. 94-345 DC del 29 luglio 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française* (a proposito della Carta europea delle lingue regionali o minoritarie). Si veda il *Commentaire* della sentenza del *Conseil constitutionnel* n. 2009-580 DC, pubblicato nei *Cahiers du Conseil constitutionnel* (n. 27, 2009, 7) e sul sito internet del Consiglio costituzionale (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2009580dc/ccc_580dc.pdf).

²¹ Si veda il *Commentaire* della sentenza del *Conseil constitutionnel* n. 2009-580 DC, cit.

dello sviluppo generalizzato di internet, così come dello «spazio che occupa oramai internet nel dibattito democratico», il Consiglio giunge ad affermare che esiste una vera e propria libertà di accesso, ma niente più. Tuttavia, queste affermazioni lasciano aperta, in prospettiva, la possibilità di un'evoluzione giurisprudenziale che vada verso la consacrazione di un nuovo diritto, quello di accesso ad internet e ad essere connessi.

Senza dubbio uno degli aspetti principali di questa sentenza, considerata come la «pietra angolare»²² del diritto costituzionale digitale in Francia, è l'affermazione secondo cui la libertà di accesso ad internet costituisce «uno dei modi di esercizio dell'art. 11 della Dichiarazione del 1789», che è a sua volta non un semplice diritto come gli altri, ma uno dei «più preziosi dei diritti dell'uomo» (secondo i termini usati dalla Dichiarazione) e «ancor più prezioso [aggiunge il Consiglio costituzionale], perché il suo esercizio è una condizione della democrazia ed una delle garanzie del rispetto degli altri diritti e libertà»²³.

Il giudice costituzionale poi, sempre nella sentenza del 2009, ribadendolo in seguito in altre decisioni, subordina la conformità alla Costituzione delle eventuali limitazioni alla libertà di accesso ad internet ad una triplice condizione di necessità, adeguatezza (*adaptation*) e proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito dalla legge, obiettivo che deve avere a sua volta valore costituzionale. Le esigenze a confronto sono quindi, tutte, esigenze costituzionali.

La giurisprudenza che è seguita negli anni su questo punto va nello stesso senso. Così, in alcuni casi, come in quello deciso nel 2009, il giudice ha censurato alcune disposizioni che limitavano oltremodo la libertà di accesso ad internet²⁴; in altri casi, invece, il giudice delle leggi ha considerato che la soluzione legislativa fosse sufficientemente circondata da garanzie, che fosse adeguata all'obiettivo perseguito e proporzionata, e potesse così essere salvata. Così è stato, per citare un esempio, per la legge LOPPSI che ha superato il controllo *a priori* nella sentenza del 10 marzo 2011²⁵. In quest'occasione il giudice costituzionale ha convalidato alcune disposizioni che conferivano all'autorità amministrativa il potere di limitare, al fine di proteggere gli utenti di internet, l'accesso a dei servizi di diffusione di immagini pedopornografiche infantili.

Al contrario, e più di recente, con la sentenza del 18 giugno 2020 relativa alla cd. legge Avia avente ad oggetto la lotta contro i discorsi d'odio su internet, il Consiglio costituzionale, pur ribadendo la possibilità di limitare la libertà di espressione e di comunicazione su internet al fine di frenare gli abusi (ad esempio per evitare contenuti a carattere pedopornografico infantile o a carattere terroristico), ha censurato le disposizioni della legge che intendevano imporre agli operatori su internet l'obbligo di

²² I. FALQUE-PIERROTIN, *La Constitution et l'Internet*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 36, 2012, 34.

²³ Conseil constitutionnel, n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, cit., cons. 15.

²⁴ Nel caso di specie, deciso con la sentenza sentenza n. 2009-580 DC, il *Conseil constitutionnel* ha censurato un dispositivo che permetteva all'amministrazione di bloccare l'accesso a internet per qualsiasi utente, in particolare dal proprio domicilio, in caso di un uso di internet che non rispettasse la proprietà intellettuale.

²⁵ Conseil constitutionnel, n. 2011-625 DC del 10 marzo 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

ritirare i contenuti consistenti nell'incitamento all'odio o i contenuti a carattere sessuale, poiché tali disposizioni non rispettavano le tre condizioni di cui sopra²⁶.

2.2. La privacy e la protezione dei dati personali

Un'altra libertà fondamentale profondamente condizionata dall'evoluzione digitale è quella relativa alla protezione della *vie privée*, o *privacy*, cioè il diritto alla riservatezza. Peraltro, la diffusione dell'utilizzazione della rete e la raccolta dei dati personali hanno posto in primo piano, in tutte le democrazie come anche in quella francese, la questione della protezione dei dati personali, che è strettamente collegata alla protezione della *privacy*²⁷.

Nel sistema costituzionale francese, la protezione della *vie privée* è un vero e proprio diritto a valore costituzionale derivante dall'art. 2 della Dichiarazione del 1789 secondo cui: «Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione». Il giudice costituzionale si è fondato su questa disposizione per affermare che essa «*implica* il rispetto della vita privata»²⁸. Tuttavia, fino ad oggi, l'orientamento del giudice delle leggi rispetto alla protezione della *vie privée* è stato sempre di tipo "difensivo": si è trattato, cioè, di verificare la proporzionalità delle misure adottate dal legislatore suscettibili di ledere tale diritto, in particolare con riguardo alle disposizioni finalizzate all'identificazione delle persone per scopi di ordine pubblico e di sicurezza, o per la protezione della proprietà privata o ancora per la difesa nazionale. La giurisprudenza costituzionale verte soprattutto su questioni che riguardano la conservazione dei dati da parte degli operatori su internet e l'accesso ai dati. Buona parte della giurisprudenza riguarda anche le leggi di modifica della legge del 6 gennaio 1978 che ha istituito la CNIL (la *Commission informatique et libertés*).

Ma - come sottolinea sin dal 2012 Isabelle Falque-Pierrotin, presidentessa della CNIL - con lo sviluppo del digitale, questo orientamento difensivo non basta più e la giurisprudenza (così come il legislatore) dovrebbero allargare lo spettro della protezione anche in una prospettiva «positiva/propositiva»²⁹. In effetti, allo stato attuale della giurisprudenza costituzionale, la protezione dei dati personali non costituisce ancora un diritto costituzionale vero e proprio, ma è semplicemente un diritto che «partecipa» alla protezione della *vie privée*. Da molte parti si auspica quindi, la consacrazione di questo diritto da parte del giudice costituzionale, anche perché, soprattutto se lo si collega ad altri diritti, come la proprietà o la libertà di espressione o la sicurezza, le questioni poste sono davvero tante. Ad esempio: i dati che diffondiamo sui social ci appartengono

²⁶ Conseil constitutionnel, n. 2020-801 DC del 18 giugno 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*.

²⁷ Su questi aspetti, E. DERIEUX, *Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et « droit à l'oubli » face à la liberté d'expression*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 48, 2015, 21 ss.

²⁸ Conseil constitutionnel, n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, cit., cons. 22. Corsivo nostro.

²⁹ I. FALQUE-PIERROTIN, *La Constitution et l'Internet*, cit., 37.

ancora? Quale protezione contro la commercializzazione dei *big data*? Quale protezione per evitarne un uso improprio, o per evitare il loro stoccaggio, che potrebbe anche essere pericoloso per gli utenti... Si auspica quindi la possibilità per l'individuo di riprendere il potere sui propri dati personali, in una prospettiva, appunto, positiva.

A questo proposito, vorrei fare solo un accenno al diritto all'oblio ed al diritto, suo corollario, alla dereferenziazione, che non è la cancellazione delle informazioni sul sito Web di origine, ma che consente a chiunque di chiedere a un motore di ricerca di eliminare determinati risultati che compaiono da una richiesta fatta sul proprio nome e cognome. Questo diritto alla dereferenziazione è stato sancito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Google Spain* del 2014³⁰. Tra il 2016 ed il 2020 vi è stato su questo punto un interessante scambio di battute tra la Corte di giustizia, la CNIL ed il Consiglio di Stato francese che ha portato a precisare l'ambito geografico del cd. "diritto alla discrezione", il quale, contrariamente a quanto affermato in un primo tempo dalla CNIL, si limita solo del territorio europeo, e non mondiale³¹.

2.3. Le libertà economiche

Tra i diritti e le libertà profondamente trasformati dal digitale, si devono ricordare anche le libertà economiche. Internet ha infatti modificato in profondità i modelli economici e commerciali e la sua regolamentazione ha posto, sia per il legislatore che per il giudice, questioni inedite e di difficile soluzione.

In questo ambito, il Consiglio costituzionale ha manifestato una certa prudenza nei confronti del legislatore, mantenendosi ancorato alla protezione dei diritti «classici», come il diritto di proprietà/diritto di autore, e suscitando per questo al tempo stesso apprezzamenti e critiche.

Tra i casi decisi dal Consiglio costituzionale, ricorderò un solo esempio che illustra questo orientamento giurisprudenziale e le sue principali implicazioni. Esso riguarda la conciliazione tra la protezione del diritto di proprietà, in particolare la proprietà intellettuale (i diritti d'autore), con la richiesta di gratuità dei contenuti su internet, collegata alla libertà di espressione (secondo l'idea per cui si dovrebbe condividere gratuitamente la cultura su internet, in nome proprio della libertà di espressione).

Nella già citata sentenza Hadopi del 2009³² il giudice costituzionale, pur avendo censurato le misure che violavano la libertà di comunicazione e la presunzione di

³⁰ Corte di Giustizia UE, Grande sezione, sentenza n. 317, 13 maggio 2014, *Google Spain SL, Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (causa C-131/12).

³¹ Per una ricostruzione della vicenda, si veda il commento alla sentenza del *Conseil d'Etat* del 27 marzo 2020 che ha chiuso la controversia, pubblicato sul sito della CNIL: *Droit au déréférencement : le Conseil d'Etat tire les conséquences des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne* (<https://www.cnil.fr/fr/droit-au-dereferencement-le-conseil-detat-tire-les-consequences-des-arrets-de-la-cour-de-justice-de>). Si veda pure M. BASTIAN, *CJUE, Conseil d'État... La prise en main juridictionnelle nécessaire du droit au déréférencement*, *La Revue des droits de l'homme* [On line], Actualités Droits-Libertés, pubblicato on line il 23 aprile 2020, (<http://journals.openedition.org/revdh/9061>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.9061>).

³² Conseil constitutionnel, n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, cit.

innocenza (ricordo che questa sentenza aveva censurato un dispositivo legislativo che permetteva all'amministrazione di bloccare l'accesso a internet per qualsiasi utente, in caso di un uso di internet che non rispettasse la proprietà intellettuale), ha tuttavia convalidato la parte essenziale della legge, che mirava alla protezione del concetto tradizionale del diritto di autore. Nella sentenza, il *Conseil constitutionnel* difende la proprietà privata, ricordando che si tratta di un diritto a valore costituzionale ed estendendo il suo campo di azione al digitale, pur affermando che questo campo, così specifico, necessita di regole particolari.

Alcuni hanno criticato questa giurisprudenza, soprattutto per la sua inadeguatezza rispetto ai tempi³³. Si è scritto che l'orientamento «conservativo» del giudice (e del legislatore) non terrebbe conto dell'evoluzione che rappresenta internet e delle molteplici possibilità che internet dà, nonostante le leggi messe in campo, per aggirare il diritto d'autore e la proprietà intellettuale³⁴. Vi è invece chi ha apprezzato, giustamente a mio parere, l'orientamento del Consiglio costituzionale che, così facendo, avrebbe raggiunto un punto di equilibrio tra i difensori di una libertà senza briglie su internet e i difensori di una lotta dura contro il pirataggio. In effetti, il fatto che internet sia un luogo molto particolare, senza frontiere, non significa che debba essere una sorta di «buco nero giuridico», in cui non vi siano regole e dettami adeguati per la protezione dei diritti fondamentali³⁵.

3. La trasformazione dei processi democratici e l'accessibilità ai servizi pubblici

Al di là dei diritti e delle libertà fondamentali del cittadino, la rivoluzione digitale trasforma inesorabilmente lo Stato nel suo insieme. Essa ha un impatto sui processi democratici stessi, incide sui modi di partecipazione dei cittadini a questi processi, così come sui modi di accesso ai pubblici servizi e sulle modalità di fruizione degli stessi. A tale proposito, Jean-Bernard Auby afferma che la rivoluzione digitale ha trasformato i principi che reggono l'organizzazione e le modalità di azione dello Stato, rimettendo in causa la linea di confine tra il diritto pubblico ed il diritto privato, il diritto interno ed il diritto internazionale, così come le condizioni di esercizio della funzione normativa, sino ad allora riservata allo Stato³⁶. Dal canto suo, Jacques Chevallier, che ha notevolmente approfondito questi fenomeni nel quadro del panorama dottrinale francese, considera che con l'avvento del digitale, lo Stato è «spinto ad istituire dei meccanismi d'interfaccia e

³³ T. SHULGA-MORSKAYA, *Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 57, 2017, 103.

³⁴ A questo proposito, Tatiana Shulga-Morskaya ricorda l'argomentazione di Lawrence Lessig, professore ad Harvard, secondo cui «in un mondo in cui la tecnologia ci spinge a creare e a diffondere il lavoro creativo in modo diverso rispetto a come era creato e diffuso nel passato, quale genere di piattaforma morale sosterrà i nostri figli, quando il loro comportamento ordinario sarà considerato come criminale?», T. SHULGA-MORSKAYA, *Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel*, cit., 103.

³⁵ Cf. I. FALQUE-PIERROTIN, *La Constitution et l'Internet*, cit., 40.

³⁶ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Parigi, 3a ed., 2020.

d'intermediazione, volti a facilitare la fruizione e la produzione di beni e di servizi», dando alla luce un vero e proprio «nuovo modello di Stato»³⁷.

3.1. La democrazia partecipativa

Riguardo all'impatto del digitale sui processi democratici, il dibattito in Francia si focalizza soprattutto sulla cd. democrazia partecipativa, alternativa alla democrazia rappresentativa, classica, e sulle opportunità che offre internet in questo campo. Grazie alle piattaforme digitali, ai social, alla rete, i cittadini possono essere chiamati a partecipare direttamente alla vita democratica, ad esempio intervenendo nella definizione delle politiche pubbliche locali, o collaborando alla scrittura di una legge se non, addirittura, alla scrittura della Costituzione.

In questi anni, in Francia, vi sono state varie proposte ed esperienze interessanti, soprattutto a livello locale, come quella del bilancio partecipato (realizzato ad esempio a Rennes³⁸), o dell'uso di piattaforme digitali nelle quali si sono condivisi progetti per la città (come ad esempio a Parigi³⁹ o a Mulhouse⁴⁰).

Tra le esperienze originali, è particolarmente interessante quella della scrittura congiunta (tra cittadini e Governo) della legge *pour une République numérique*, detta legge Lemaire, dal nome del Ministro, avvenuta nel 2016. Questa legge è stata adottata dopo un processo durato due anni, nel quale dapprima vi è stata una consultazione dei cittadini («*Ambition numérique*») da parte del *Conseil national du numérique* (ottobre 2014-febbraio 2015 – periodo in cui sono state raccolte più di 4.000 proposte), poi è seguita una Strategia («*Stratégie numérique*») presentata dal Governo (18 giugno 2015), ed ancora una nuova consultazione pubblica sul testo del progetto di legge (settembre 2015- ottobre 2015), in cui si è data la possibilità ai cittadini di depositare contributi e proposte (quelli che avevano ottenuto la maggior parte dei voti sono stati oggetto di una risposta da parte del Governo)⁴¹. Ciò è avvenuto tramite un sito internet dedicato, e con una semplice e-mail si poteva proporre, discutere, commentare le disposizioni legislative. Al termine del percorso, questa esperienza ha permesso di riunire 21.000 partecipanti, 8.500 contributi, 150.000 voti ed ha permesso di aggiungere cinque nuovi articoli alla legge, e di riscrivere numerose disposizioni (più della metà)⁴². Tuttavia, al di là dei dati,

³⁷ J. CHEVALLIER, *Vers l'Etat-plateforme?*, in *Revue Française d'Administration Publique*, n. 167, 2018, 629. Cf., dello stesso Autore, *L'Etat post-moderne*, Parigi, 4a ed., 2017.

³⁸ Per maggiori dettagli su questa interessante esperienza, si rinvia al sito internet dedicato al bilancio partecipato della città di Rennes: <https://metropole.rennes.fr/le-budget-participatif>

³⁹ Si rinvia al sito internet dedicato: <https://smartcity-guide.afd.fr/conception-collaborative-d-une-strategie-municipale-numerique.html?lang=fr>

⁴⁰ Si rinvia al sito internet dedicato: <https://mulhousecestvous.fr/blog/lancement-de-la-plateforme-numerique-des-conseils-participatifs-aux-actes-citoyens>

⁴¹ La consultazione è stata realizzata attraverso un sito internet dedicato, chiamato *République Numérique*. Una semplice iscrizione tramite e-mail permetteva di commentare gli articoli del progetto di legge, di modificarli o di proporre di nuovi, ma anche di votare le proposte degli altri partecipanti.

⁴² Secondo uno studio realizzato dalla società *Cap collectif*, incaricata della consultazione e disponibile *on line* (<https://www.republique-numerique.fr/media/default/0001/02/2377a996950cadd5a093dc9e3a621c0e1f9a19f5.pdf>).

la valutazione di questa esperienza originale è stata, tutto sommato, assai deludente⁴³. Innanzitutto, per quel che riguarda i «cittadini» che hanno partecipato all'iniziativa, si è constatato che vi è stata una certa monopolizzazione da parte di alcune persone con un profilo molto particolare: giovani abituati a connettersi su internet, naturalmente, ma anche specialisti, gruppi d'interesse, sindacalisti, lobbies... Il che pone la questione della reale rappresentatività di queste frange della popolazione che partecipano a tali iniziative. Poi, da un punto di vista della qualità dei contributi, si è constatato che questi sono spesso demagogici, o antitetici, antisistema, o che rispondono a logiche clientelari...

Si è pure rilevato il rischio che, tramite queste iniziative, si escluda tutta una parte della popolazione che non ha accesso a internet o che comunque non è sempre "connessa". Da qui l'idea di prevedere, per ulteriori iniziative di questo tipo, la possibilità di far "partecipare" i cittadini anche di persona, senza ricorso ad internet.

3.2. L'accesso ai servizi pubblici

L'ultimo aspetto da evidenziare riguarda, appunto, l'accesso ai servizi pubblici tramite il digitale (e le eventuali disparità tra i cittadini) e la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione⁴⁴.

Si tratta di questioni di grande attualità in Francia. Da alcuni anni, in particolare dal 2013, è stato avviato un processo di semplificazione e di dematerializzazione delle pratiche amministrative, sfruttando tutte le potenzialità offerte da internet.

Nell'ottobre 2017, è stato lanciato il programma di trasformazione dell'amministrazione battezzato «*Action Publique 2022*», con il quale il Governo intende migliorare la qualità dei servizi agli utenti dando la priorità alla trasformazione digitale delle amministrazioni, con l'obiettivo della dematerializzazione della totalità dei servizi pubblici per l'orizzonte 2022. Nello stesso tempo, e nell'ambito di questo processo, si sviluppa l'idea del cd. Stato piattaforma digitale «*Etat plateforme numérique*», proprio per indicare le nuove modalità di azione della pubblica amministrazione ispirate al funzionamento delle piattaforme digitali private (come Amazon, eBay, Wikipedia, Google ecc.) che si basano sul contributo degli utenti per migliorare la qualità dei servizi⁴⁵.

In questi anni sono state create, grazie a più di 50 «start-up di Stato», decine di piattaforme digitali, prima in via sperimentale ed ora pienamente operative, in

⁴³ Per un'analisi critica di questa iniziativa, A. VIDAL-NAQUET, *Le citoyen co-législateur : quand, comment, pour quels résultats ?*, in M. BARDIN, P. MONGE, M. STEFANINI e C. SEVERINO (a cura di), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, cit., 17 ss. V. anche dello stesso Autore, *La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 57, 59 ss.

⁴⁴ Vedi, da ultimo, il *Rapport* del Conseil National du Numérique, *Accessibilité numérique, entre nécessité et opportunité*, 5 febbraio 2020, consultabile *on line* (https://cnnumerique.fr/publication_rapport_accessibilite_numerique).

⁴⁵ Su questo tema, P. TÜRK, *L'Etat plateforme numérique*, in *Revue de droit public*, 2020, n. 5, 1189 ss.

numerossissimi campi⁴⁶. Ad esempio il portale MesDroitsSociaux (che permette in un clic di conoscere tutti i diritti sociali di cui si può godere e di effettuare le procedure per ottenere le prestazioni collegate)⁴⁷, oppure lo *Chèque emploi service universel* (per i servizi alla persona che danno diritto ad un credito d'imposta). Tra queste piattaforme, si deve ricordare FranceConnect, una piattaforma molto semplice da utilizzare, che semplifica l'accesso a più di 700 servizi e riunisce molti siti *on line* come quello delle Imposte, Pôle emploi (per i disoccupati), l'Assurance maladie (cioè il sistema sanitario di base), La Posta, la Prefettura (per ottenere ad esempio i libretti di circolazione o la patente di guida). Basta avere un solo conto su uno dei siti proposti da FranceConnect per essere immediatamente identificati ed accedere al servizio di cui si ha bisogno⁴⁸.

L'idea che sta alla base dello Stato piattaforma e del processo di dematerializzazione della PA è chiara: si tratta di semplificare, per una maggioranza di cittadini (su FranceConnect ci sono attualmente più di 21 milioni di iscritti), l'accesso alle informazioni o ai documenti amministrativi, di migliorare altresì l'accesso reale dei cittadini ai loro diritti, anche evitando, in pratica, interminabili file di attesa... il che ha un impatto, in definitiva, sulla dignità delle persone.

Tuttavia, questo processo, lodevole in sé, comporta anche dei rischi importanti, ben evidenziati in particolare dal Difensore dei diritti in un rapporto del 2019 consacrato proprio a questo tema: *Dematerializzazione e disuguaglianze nell'accesso ai servizi pubblici*⁴⁹. Il Difensore, pur riconoscendo gli enormi vantaggi del passaggio alla dematerializzazione e la bontà degli obiettivi perseguiti⁵⁰, partendo dal fatto di essere stato sommerso, dal 2013, da migliaglia e migliaglia di reclami a causa soprattutto delle difficoltà provocate dalla dematerializzazione delle domande per ottenere le patenti di guida ed i libretti di circolazione, ha denunciato le gravi disuguaglianze a cui il programma *Action publique 2022* può condurre ed ha interpellato il Governo, fornendo diverse raccomandazioni. Tra queste, vi è prima di tutto la previsione di un'alternativa cartacea o umana (ad esempio telefonica) alla dematerializzazione, affinché gli utenti possano sempre interloquire con l'amministrazione (e in tempi di pandemia questa possibilità, soprattutto per gli anziani, si rivela essere fondamentale). In effetti non tutti i cittadini, in seno alle nostre democrazie, hanno ugualmente accesso ad internet. Anche in Francia esiste una frattura sociale e territoriale che porta a gravi disparità nell'accesso e nella fruizione del digitale, e si parla anche di *illectronisme*, cioè di analfabetismo

⁴⁶ La Francia si trova ben posizionata nelle classifiche internazionali (DESI (UE) et ONU 2020, la Francia occupa il 19° posto), si veda al [sito](#).

⁴⁷ <https://www.mesdroitssociaux.gouv.fr/accueil/>

⁴⁸ <https://franceconnect.gouv.fr/>

⁴⁹ Défenseur des droits, *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, 14 gennaio 2019, consultabile *on line* (<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daces-aux-services-publics>).

⁵⁰ «Tenendo conto della riflessione sulla semplificazione e sull'esplicitazione delle procedure amministrative a cui può dar luogo, la dematerializzazione può costituire una leva importante per migliorare l'accesso di tutti e tutte ai propri diritti», Défenseur des droits, *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, cit., 3.

digitale⁵¹. Vi è poi anche il rischio, messo in evidenza dal Difensore dei diritti e dagli studi condotti in questo campo, che lo Stato faccia sparire alcuni servizi da alcuni territori seguendo una logica legata al budget, di tagli alla pubblica amministrazione, ed anche il rischio che si vada troppo velocemente, senza tenere conto delle difficoltà reali di una parte della popolazione e dei bisogni specifici di alcune categorie di utenti. Inoltre, vi è il rischio che lo Stato si deresponsabilizzi, delegando soprattutto alla sfera associativa, se non, addirittura, ai privati, l'accompagnamento delle persone nelle procedure di accesso ai loro diritti.

4. Considerazioni conclusive

L'analisi dei rapporti tra il sistema costituzionale francese ed il fenomeno digitale rivela che in questo ambito il legislatore ha oramai disciplinato molti aspetti toccati o trasformati da questo fenomeno. Essa rivela che, a sua volta, anche il giudice costituzionale è intervenuto in molteplici occasioni, in via preventiva o in via successiva, ponendo (nuovi) limiti al legislatore ed interpretando in modo dinamico i diritti consacrati dai testi che compongono la Costituzione francese⁵², al fine di adeguare il sistema costituzionale alle nuove esigenze. L'analisi svolta rivela pure, nondimeno, che sussiste una questione che fa da sfondo alla riflessione nel suo insieme e che si trova ancora oggi al centro del dibattito costituzionalistico: quella dell'opportunità o meno di intervenire anche a livello costituzionale, tramite una revisione delle norme fondamentali dell'ordinamento francese, al fine di introdurre "nuovi" diritti e "nuovi" doveri, per adeguare i "vecchi"⁵³ testi costituzionali alle esigenze provenienti dalla rivoluzione digitale.

Come accennato nella parte introduttiva di questo contributo, già il *Comité Veil*, incaricato, nel 2008, dal Presidente della Repubblica di riflettere su una eventuale modifica del Preambolo della Costituzione del 1958 (che contiene il rinvio ai testi aventi

⁵¹ V. il *Rapport d'information* n. 711 (2019-2020) della *Mission d'information "Lutte contre l'illectronisme et pour l'inclusion numérique"* istituita presso il Senato (<https://www.senat.fr/rap/r19-711/r19-711-syn.pdf>). Secondo i dati forniti dall'INSEE (Istituto Nazionale di statistica), nel 2019 l'analfabetismo digitale interessava il 17% della popolazione francese (INSEE Première, *Une personne sur six n'utilise pas Internet, plus d'un usager sur trois manque de compétences numériques de base*, n. 1780, ottobre 2019, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4241397>).

⁵² La Costituzione francese è infatti composta, oltre che dalla Costituzione del 1958, da diversi altri testi e principi che si sono succeduti nel tempo (la Dichiarazione dei diritti del 1789, il Preambolo della Costituzione del 1946, i *Principes fondamentaux Reconnus par les Lois de la République* e la Carta dell'ambiente). Si tratta del cd. "*bloc de constitutionnalité*", espressione coniata da Louis FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Parigi, 1973, 33 ss., e che si riferisce all'insieme di norme aventi valore costituzionale che servono da parametro al controllo delle leggi realizzato dal *Conseil constitutionnel*.

⁵³ Se pensiamo al fatto che tra le norme aventi valore costituzionale che compongono il *bloc de constitutionnalité*, vi è addirittura la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, si comprende allora come sia fin troppo facile, ma anche, a mio parere, troppo sbrigativo addurre l'argomento secondo cui i testi costituzionali di riferimento sono troppo "vecchi" ed abbiano quindi bisogno di essere aggiornati.

valore costituzionale relativi ai diritti ed alle libertà⁵⁴) si era posto la questione dell'introduzione, nel Preambolo stesso, del diritto alla riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali. Tuttavia, l'ipotesi fu alla fine scartata dal *Comité de réflexion*, così come qualsiasi altra ipotesi di modifica delle disposizioni del Preambolo, e ciò nonostante le posizioni contrarie di Alex Türk - l'allora presidente della CNIL - e di Jean-Pierre Changeux - presidente onorario del *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé* - i quali si pronunciarono a favore di un riconoscimento esplicito di questi nuovi diritti, legati al fenomeno digitale, prendendo anche spunto da quanto avvenuto in altri Paesi.

È qui interessante ricordare i principali argomenti, a mio parere condivisibili, adottati dal *Comité Veil* per pronunciarsi a favore del mantenimento dello *statu quo*. Si legge infatti nel *Rapport* - dal titolo non banale *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*⁵⁵ -, che la consacrazione esplicita nel Preambolo della Costituzione del diritto alla riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali sarebbe stata priva di un qualsiasi effetto pratico, dato che nulla avrebbe aggiunto ai limiti già imposti al legislatore francese dalla giurisprudenza del Consiglio costituzionale e dai trattati internazionali. Una tale modifica sarebbe quindi risultata inutile, a parere del *Comité de réflexion*, ed anche inopportuna dal punto di vista dell'esigenza di credibilità dell'atto costituente⁵⁶. In altri termini, essa avrebbe avuto soltanto un valore simbolico. D'altra parte, secondo il *Comité Veil*, sarebbe sempre opportuno evitare di inserire nei testi costituzionali delle disposizioni troppo precise, che rischiano di diventare obsolete dinnanzi alla rapidità delle evoluzioni tecnologiche: «il livello di disciplina ottimale è [quindi] quello del legislatore ordinario e non quello del legislatore costituente»⁵⁷.

Qualche anno dopo, anche il *Conseil d'Etat*, nello studio intitolato *Le numérique et les droits fondamentaux*⁵⁸, si pronunciò a sfavore di una modifica costituzionale mirante ad inserire in Costituzione i diritti legati al digitale, mentre ritenne necessario adattare i modi e le forme di garanzia di tali diritti, trovando nuove forme di protezione⁵⁹.

Di recente, il dibattito si è riaperto intorno all'introduzione di una *Charte des droits et libertés du numérique*, proposta da alcuni deputati, nel momento in cui si discuteva del progetto di revisione costituzionale promosso dal Presidente della Repubblica Emmanuel Macron⁶⁰. Tale proposta è stata però eliminata dal progetto di revisione definitivo, il

⁵⁴ Il Preambolo della Costituzione del 4 ottobre 1958 afferma che: «Il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo ed ai principi della sovranità nazionale così come sono stati definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal Preambolo della Costituzione del 1946». Nel 2005 una revisione costituzionale ha aggiunto un riferimento alla Carta dell'ambiente, che quindi fa oggi parte del *Bloc de constitutionnalité*, cioè della Costituzione francese nel suo insieme.

⁵⁵ *Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, cit.

⁵⁶ *Ibidem*, 74.

⁵⁷ *Ibidem*, 78.

⁵⁸ *Conseil d'Etat, Etude annuelle 2014 – Le numérique et les droits fondamentaux*, cit.

⁵⁹ *Ibidem*, 38.

⁶⁰ C. FERAL-SCHUHL *Vers un droit fondamental de l'accès à l'Internet dans la Constitution de 1958 ?*, in *editionmultimedia.fr*, 23 luglio 2018 (<https://www.editionmultimedia.fr/2018/07/23/vers-un-droit-fondamental-de-laccès-a-linternet-dans-la-constitution-de-1958/>); J. LAUSSON, *Que dit la charte numérique qui pourrait avoir valeur constitutionnelle?*, in *Numerama.com*, 22 giugno 2018

quale, a dire il vero, non è andato a buon fine, viste le vicissitudini che hanno caratterizzato il quinquennio di presidenza di Emmanuel Macron (dapprima i *Gilets jaunes* ed in seguito la pandemia di Covid).

Bisogna infine ricordare che nel 2020 è stata depositata una proposta di legge di revisione costituzionale da parte di un deputato (Pierre-Alain Raphan) relativa all'inserimento nella Costituzione francese di una *Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*⁶¹. Tale proposta non è però stata ancora esaminata dal Parlamento francese.

La questione della modifica della Costituzione per adattarla alle nuove esigenze nate con la rivoluzione digitale resta, quindi, totalmente aperta in seno all'ordinamento francese. Probabilmente perché non ve ne sono i presupposti. A mio parere, però, sicuramente non si può chiedere al giudice costituzionale di "inventare" *ex nihilo* nuovi diritti o nuovi limiti da imporre al legislatore, uscendo fuori dal tracciato segnato dalla Costituzione così come forgiatasi nel corso dell'evoluzione che questa ha attraversato fino ad oggi⁶². Si può cionondimeno chiedere al giudice costituzionale di interpretare in senso evolutivo le disposizioni costituzionali, anche e soprattutto *les plus anciennes*, come del resto ha già fatto, ad esempio, per l'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti del 1789, che consacra la libertà di espressione e che, a ben vedere, meglio non potrebbe esser scritto⁶³. Si può chiedere al giudice costituzionale di trovare un giusto equilibrio tra le diverse esigenze, e si può e si deve chiedere, ancor prima, al legislatore stesso di trovare questo equilibrio nel disciplinare la materia. Poi, un altro discorso è quello che riguarda la globalità del fenomeno digitale e le enormi difficoltà che incontrano i legislatori nazionali a regolamentare la materia soltanto "a casa loro".

Comunque, la linea da seguire, nel disciplinare il fenomeno digitale, non può essere che una sola. Si deve cioè sempre tenere a mente che il digitale rappresenta certamente una grande opportunità per la nostra società: esso riconfigura i diritti e le libertà e ne semplifica, in gran parte, l'accesso, ma nello stesso tempo - usando le parole del Difensore dei diritti - «nessuna organizzazione amministrativa, nessuna evoluzione tecnologica può essere difesa se non va nel senso del miglioramento dei diritti, per tutti e per tutte [...]». Se una sola persona dovesse essere privata dei suoi diritti a causa della

(<https://www.numerama.com/politique/388222-que-dit-la-charte-numerique-qui-pourrait-avoir-valeur-constitutionnelle.html>); P. HERARD, *Révision constitutionnelle : la "Charte numérique" rejetée à l'Assemblée nationale*, 13 luglio 2018, (<https://information.tv5monde.com/info/revision-constitutionnelle-la-charte-numerique-rejetee-l-assemblee-nationale-249558>).

⁶¹ Si tratta della proposta di legge n. 2585 depositata il 15 gennaio 2020 (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/charte_intelligence_artificielle_algorithmes).

⁶² Nella quale un ruolo importante ha avuto la stessa giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, riguardo alla formazione progressiva del *bloc de constitutionnalité*.

⁶³ Molti sono gli autori che condividono questo punto di vista. Per fare un solo esempio, nel corso del dibattito che si è tenuto durante la Tavola rotonda internazionale di giustizia costituzionale svoltasi ad Aix-en-Provence nel settembre 2021, (*Constitution, libertés et numérique*, cit.), le voci a sfavore della modifica delle costituzioni nazionali erano numerose, se non addirittura maggioritarie: come quella del giudice costituzionale Olivier Dutheillet de Lamothe (che fu membro del *Conseil constitutionnel* proprio in occasione della sentenza HADOPI del 2009), o quella di molti relatori, come Massimo Luciani, Audrey Bachert o Xavier Philippe. Non sono, però, mancate altresì le voci contrarie, come quella di Vasco Pereira da Silva, o dubbiose su questo punto, come quella di Marc Verdussen o di Marc Carrillo.

dematerializzazione di un pubblico servizio, sarebbe una sconfitta per la nostra democrazia e per lo Stato di diritto»⁶⁴.

⁶⁴ Défenseur des droits, *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, cit., 4.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

PROFILAZIONE DELL'INDIVIDUO, *BIG DATA* E METADATI:
COMPRENDERE LE TECNOLOGIE ATTUALI PER COMPRENDERE I
CONTENUTI D'ODIO *ONLINE*

GIOVANNI ZICCARDI

SOMMARIO: 1. L'odio online «mirato» tra profilazione, dati e metadati delle persone. – 2. Contenuti d'odio e *big data*. – 3. La necessità di proteggere i (meta)dati. – 4. L'automatizzazione dell'analisi e del controllo dei dati. – 5. Le tecnologie come strumento di protezione dall'odio. – 6. Conclusioni: è un discorso poco adatto a questi tempi?

1. L'odio online «mirato» tra profilazione, dati e metadati delle persone

Dimmi cosa mangi, ti dirò chi sei, scrive il poeta portoghese Fernando Pessoa in epigrafe al suo bel racconto *Una cena molto originale*¹. In tutta Italia, in piena emergenza-pandemia, si è disegnato un periodo storico e tecnologico nel quale, a seguito della chiusura di tutti i ristoranti, vi è stato un vero e proprio boom economico del comparto del *food delivery* (in altre parole: la consegna di cibo e di beni di prima necessità a domicilio)². Migliaia di ordini sono stati trasmessi con un *click*. Prendevano – e prendono

¹ La frase è riportata proprio in prima pagina in F. PESSOA, *Una cena molto originale*, Milano, 2004, 5.

² Sia *Bloomberg*, a livello mondiale, sia *Il Sole 24 Ore*, in una prospettiva nazionale, hanno pubblicato, tra gli altri, dati che testimoniano un aumento del 50% nel primo quadrimestre del 2020. Si vedano: N. DROZDIAK, *Just Eat Takeaway 1Q Orders Rise 50% on Virus-led Delivery Boom*, sul sito web di *Bloomberg*, 9 aprile 2020 (dove si parla di un salto/aumento del 50% per i takeaway *Just Eat* in tutto il mondo, di un ripensamento radicale del business e dell'ingresso (anche) di *Uber* sul mercato con i servizi *Uber Eats*), e la *Redazione Food* de *Il Sole 24 Ore*, 11 marzo 2020, nell'articolo *Coronavirus, è boom di*

– vita dallo schermo *touch* dello smartphone, venivano memorizzati e gestiti da un sistema informatico, venivano inviati ai fornitori e, poi, ai *rider*, mentre i clienti si geolocalizzano e rilasciano i loro dati di pagamento e di residenza.

Ci è, allora, tornata in mente la frase di Pessoa e ci è apparsa non solo significativa, ma ben adatta al contesto attuale: detta osservazione aveva, in sé, un chiaro riferimento al potere di *controllo* e, soprattutto, un tono minaccioso: la possibilità di controllare le persone in base a ciò che mangiano, generando nuova informazione dalle, e sulle, abitudini alimentari della gente. Si tratta, se ci pensiamo, della prima necessità dell'essere umano dall'alba dei tempi: e oggi è possibile contarla – anzi, “computarla” – con una precisione che non ha precedenti.

Rammentiamo anche, sullo stesso tema, un delicato momento di *protesta* dei rider (e delle loro associazioni) nel 2019 volto a tutelare il profilo lavorativo e le garanzie contrattuali e previdenziali di questa nuova categoria di lavoratori³: in quei frangenti molto concitati, la minaccia esplicita, da parte di alcuni collettivi, fu quella di rendere *pubblici* gli ordini inviati e, quindi, di svelare le diete e le abitudini alimentari degli italiani, di mettere alla gogna la (poca) generosità di alcuni VIP computando ed esibendo le modeste (o nulle) mance lasciate ai giovani lavoratori o, addirittura, di svelare alcuni ordini chiaramente correlabili a incontri intimi o, perché no, a cene clandestine. Una «trasparenza radicale alimentare», in sintesi, richiamando la nozione di «trasparenza radicale» tanto cara a Lawrence Lessig⁴.

Si sarebbe così venuto a conoscenza ben di più di quei pochi dati dei soci della *Società di Gastronomia di Berlino*, descritta nel racconto di Pessoa, che già, *per incidens*, era una società le cui arti «erano quelle di mangiare, bere e fare all'amore»⁵. Era, però, una “società” che generava informazioni che dovevano essere raccolte *manualmente* o, al massimo, approfittando del passaparola e delle arti del gossip di provincia.

Dimmi come sei online, ti dirò chi sei, potrebbe, invece, essere l'*incipit* più adatto per la società dell'informazione odierna che andremo a descrivere, basata essenzialmente sul commercio, spesso surrettizio, dei nostri dati.

Una simile epigrafe potrebbe sintetizzare egregiamente quello che sta succedendo in conseguenza di una rivoluzione tecnologica che, come ha scritto bene lo studioso Ivano Dionigi⁶, ha reso tutto *istantaneo* e *planetario* e che sta «esplorando e varcando i territori del trans-umano e del post-umano»⁷.

spesa online con consegna a domicilio (dove si parla di “assalto virtuale” alla spesa, di almeno un +90% per *Coop Lombardia* ed *Esselunga* con quasi 1.000 spese a domicilio al giorno di media) e ordini triplicati per i supermercati e anche per i piccoli negozi, bar, gelaterie, pizzerie e locali di quartiere.

³ Era, in particolare, l'aprile del 2019. Si veda, tra le altre, la notizia della redazione Ansa del 27 aprile 2019 *Rider fanno i nomi dei vip, Fedez contro “le liste di proscrizione, puzzano di fascio”*, dove il rapper si scaglia contro un post apparso sulla pagina Facebook di *Deliverance Milano*, un collettivo di rider, dove era stata pubblicata una lista nera di VIP colpevoli a loro dire di non lasciare le mance.

⁴ Si veda L. LESSIG, *Against Transparency*, in *The New Republic*, 9 ottobre 2009.

⁵ F. PESSOA, *cit.*, 12.

⁶ Si veda I. DIONIGI, *Osa sapere*, Milano, 2019.

⁷ I. DIONIGI, *cit.*, 9.

Siamo in presenza di una tecnica, e di nuove modalità di trattamento dei dati delle persone, che sono in grado di intaccare la vita stessa dell'uomo e il suo vivere in società. Nota sul punto, lucidamente, il grande latinista:

«La tecnica, propriamente la tecnologia, nata come alleata della scienza per soccorrere l'uomo, oggi non è più strumento: grazie all'uomo, diventato demiurgo di se stesso, essa è protesi che supera e perfeziona l'uomo e la natura. Mostrando tutto il suo potere e tutte le sue potenzialità, la tecnologia va a intaccare e evadere gli stessi domini della natura: dalla genetica e dalle neuroscienze all'Intelligenza Artificiale, fino a consegnarci un uomo competitivo con la macchina, combinato con la macchina, aumentato dalla macchina. E anche minacciato dalla macchina»⁸.

L'essere umano è, oggi, in *competizione* con le macchine che trattano i suoi dati. Macchine che riescono a recuperare informazioni, e a elaborare dati, che sono in grado di disegnare, attorno all'individuo, un profilo (o «corpo elettronico», come scriverebbe Stefano Rodotà) ancora più preciso di come l'essere umano conosca sé stesso, e capace persino di prevedere e, perché no, di orientare i comportamenti.

A causa di una costante *produzione di dati* che riguardano l'individuo ci si trova, ha sempre sostenuto Rodotà, a operare nella società digitale con una sorta di *doppio corpo*. Vi è, infatti, la possibilità di controllo non solo del lato fisico della persona ma anche di quell'insieme di dati che, giorno dopo giorno, si popolano, aumentano e costituiscono, in un certo senso, una *seconda persona*: un lato-ombra perfettamente visibile e, soprattutto, altrettanto importante.

La vita quotidiana online e offline, secondo lo studioso, si svolge allora distreggiandosi in un flusso continuo d'informazioni che è generato dalle persone stesse al fine di avere accesso a beni, servizi o, semplicemente, per puro piacere di condivisione.

La conseguenza è che le tecnologie dell'informazione non solo si *impadroniscono della vita della persona* ma costruiscono un *corpo elettronico* (l'insieme delle informazioni personali custodite in infinite banche dati) che vive accanto al corpo fisico.

Negli ultimi anni è apparso sempre più chiaro come questo corpo logico sia *collegato* al corpo fisico o, meglio, permetta di ottenere informazioni sempre più precise sul lato fisico della persona e, quindi, possa funzionare come *strumento di controllo*.

Osservare il *lato logico* di una persona – i siti web che consulta quando è online, le ricerche che effettua, le e-mail che scambia, le conversazioni in chat che attiva, i dati che memorizza sul cloud – permette di ricavare informazioni utili e reali sulla sua vita e, quindi, sul suo *primo corpo*. Tale raccolta d'informazioni può avvenire da remoto, senza più nemmeno la necessità di inseguire in qualche modo il controllato, ma semplicemente consultando, comodamente, le sue attività.

Appare chiara l'attualità delle teorie di Rodotà illustrate poco sopra: nell'era dei social network e dell'esibizione dei dati, l'aspetto del corpo elettronico diventa *critico* perché può mettere a rischio l'utente stesso, generando una falsa rappresentazione dello stesso.

⁸ I. DIONIGI, *cit.*, 48-49.

Un singolo soggetto “fisico” può, poi, avere più corpi elettronici a seconda di come si presenta in rete in diversi contesti o community⁹.

Si legga ciò che scriveva, lucidamente, Rodotà su questo punto a lui particolarmente caro:

«Questo essere la vita fuori del mercato impone di guardare al di là del corpo e della sua fisicità, verso il «corpo elettronico», dunque verso l'insieme delle informazioni personali, il cui governo è affidato sempre «al consenso della persona interessata» dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali. È possibile ritenere che il divieto di profitto si estenda anche ai dati personali, considerando che il loro commercio, in particolare quando ha come oggetto dati sensibili riguardanti le convinzioni o la salute della persona, può produrre effetti negativi, personali e sociali, assai maggiori di quelli che possono derivare dalla vendita di un frammento di pelle? Per affrontare questo problema, dobbiamo leggere insieme gli artt. 3 e 8 della Carta che, attraverso il comune riferimento al consenso, ricompongono l'unità della persona tra fisicità e virtualità, così come il solo art. 3 aveva già ricomposto l'unità tra soma e psiche affermando l'integrità fisica e psichica della persona. Quale che sia la soluzione del problema riguardante i dati personali e l'eventuale loro essere fonte di profitto, è certo comunque che l'insieme delle indicazioni normative appena ricordate conferma la più generale linea di ricostruzione dell'ambito dell'autodeterminazione, e del consenso che la sorregge, come irriducibile alla dimensione biologica della persona. Nel titolo dell'art. 3 della Carta si parla di «integrità fisica e psichica» e si definiscono le condizioni per il rispetto di tale integrità facendo riferimento, oltre che al consenso, al mercato, all'eugenetica, alla clonazione. Si riconosce il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali distinguendolo da quello alla protezione della vita privata e familiare (come fa l'art. 8 della Carta) e tuttavia ribadendo anche la tutela di quest'ultima (art. 7 della Carta). Tutto questo conferma che è la biografia, e non la biologia, al centro dell'attenzione. Vita e corpo si definiscono nel continuo fluire della libera costruzione della personalità»¹⁰.

E, ancora, sul punto dell'habeas corpus:

«Anche se è eccessivo, e persino pericoloso, dire che «noi siamo i nostri dati», è tuttavia vero che la nostra rappresentazione sociale è sempre più affidata a informazioni sparse in una molteplicità di banche dati, e ai «profili» che su questa base vengono costruiti, alle simulazioni che permettono. Siamo sempre più conosciuti da soggetti pubblici e privati attraverso i dati che ci riguardano, in forme che possono incidere sull'eguaglianza, sulla libertà di comunicazione, di espressione o circolazione, sul diritto alla salute, sulla condizione di lavoratore, sull'accesso al credito e alle assicurazioni, e via elencando. Divenute entità disincarnate, le persone hanno sempre più bisogno di una tutela del loro «corpo elettronico». Proprio da qui nasce l'invocazione di un habeas data, sviluppo di quell'habeas corpus dal quale si è storicamente sviluppata la libertà personale»¹¹.

⁹ La teoria, e l'idea, del corpo elettronico permea tutti gli studi più recenti di Stefano Rodotà che si occupano di Internet, di evoluzione della società digitale e di controllo. Si vedano, tra gli altri: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015; ID., *Il mondo nella rete*, Roma-Bari, 2014; ID., *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005 (a cura di P. CONTI).

¹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 270.

¹¹ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 30.

Ci si domanda sempre più frequentemente, allora, se in questo quadro anche il dato, e la sua raccolta, possano improvvisamente diventare qualcosa di *pericoloso* e di *minaccioso* per l'essere umano.

Sempre Dionigi, sul punto, non ha dubbi: «Di fronte a questo progresso scientifico e tecnologico vertiginoso e destabilizzante l'uomo per la prima volta rischia di sentirsi inferiore rispetto agli effetti che ha causato, ai prodotti che ha creato, alla macchina che ha costruito»¹².

Le invenzioni dell'essere umano, gli algoritmi, l'intelligenza artificiale, i sistemi di profilazione, di *micro-targeting*, le tecnologie predittive, i *big data* potrebbero ritorcersi contro l'essere umano stesso.

Il tutto si risolve, allora, in una sfida quotidiana tra scettici ed entusiastici, tra apocalittici e integrati, tra corse verso il futuro e improvvisi ripensamenti ai valori del nostro passato, tra richieste che tutto sia *contabile*, e *computabile*, e il rischio di discriminazione, di *social sorting*¹³, di catalogazione delle persone proprio come in un videogioco o in una serie televisiva distopica.

«Quotidianamente» – scrive ancora Dionigi – «si rinnova questa sfida delle macchine di cui al momento non riusciamo a vedere né tutte le opportunità, né tutti i rischi. Di fronte alla prospettiva che niente è impossibile, ci si divide tra entusiastici e scettici: tra chi crede in Prometeo infinito e chi teme il ritorno di Pandora; tra chi spera in un futuro utopico e chi paventa un futuro distopico; tra chi profetizza un'«Atene digitale» (Erik Brynjolfsson) – nella quale regneranno tempo libero, ricchezza e robot che ci esenteranno dal lavoro – e chi, novello luddista, dichiara la propria ostilità ai nuovi traguardi della tecnologia»¹⁴.

Il tutto avviene in quella matrice che lo scrittore di fantascienza William Gibson ha descritto nel suo romanzo *Neuromante*:

«Perché in una maniera strana e approssimativa, era come una corsa nella matrice. Bastava logorarsi un po', trovarsi coinvolti in qualche tipo di guaio disperato ma stranamente arbitrario, ed era possibile vedere Ninsei come un campo di dati, allo stesso modo in cui la matrice un tempo gli aveva ricordato i legami proteici di singole cellule specializzate. Allora potevate buttarvi e planare, alla deriva, ad alta velocità, completamente coinvolti ma del tutto separati, e tutt'intorno a voi la danza degli affari, delle informazioni che interagivano fra loro, dati che diventavano carne nei labirinti del mercato nero...»¹⁵.

Il tema dell'odio online è legato a doppio filo al quadro tecnologico che abbiamo sommariamente descritto in questo primo Paragrafo.

Non potrebbe esistere l'odio online, oggi, senza la profilazione accurata degli individui, per cui l'odio viene «indirizzato» con grande precisione verso un *target* che lo «aspetta» ed è pronto a «digerirlo».

¹² I. DIONIGI, *cit.*, 50.

¹³ Le elaborazioni più moderne (e tecnologiche) dell'idea di catalogazione sociale sono state sviluppate, a nostro avviso, da Zygmunt Bauman. Si vedano, tra gli altri, Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011; Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere*, Roma-Bari, 2015.

¹⁴ I. DIONIGI, *cit.*, 51-52.

¹⁵ W. GIBSON, *Neuromante*, Milano, 1986, 17.

Non esisterebbe l'odio online nella forma attuale senza l'effetto disinibitorio causato dalla presenza di tanti «corpi elettronici» online che sovente prendono forme, e sentimenti, ben lontani da quelli della persona fisica che genera tale corpo elettronico.

Non potrebbe esistere l'odio online attuale senza questo costante processo di *sorting*, di catalogazione, delle persone che non solo permette ai messaggi d'odio di arrivare a destinazione più rapidamente e con maggiore efficacia, ma che, grazie ad algoritmi sempre più sofisticati e segreti, rende l'odio più visibile e più adatto a circolare in questo ecosistema tecnologico rispetto a contenuti positivi.

Ciò comporta la necessità, per l'interprete, di comprendere il funzionamento di questi aspetti della società tecnologica al fine di proporre soluzioni, per fronteggiare il problema dell'odio online, che siano anche realmente applicabili nel contesto informatico nel quale ci troviamo oggi.

2. Contenuti d'odio e big data

La società tecnologica di oggi (compresi i contenuti d'odio che contribuisce a far circolare) vede al centro dell'analisi i cosiddetti *big data*.

Gli studiosi hanno fornito, soprattutto in questi ultimi vent'anni, decine e decine di descrizioni, e definizioni, dei *big data* che sono perfette per coprire ogni aspetto: tecnico, matematico, algoritmico, filosofico, sociologico, economico e giuridico.

In realtà, è molto semplice definire cosa siano, oggi, i *big data*.

Lo scrittore emiliano Paolo Nori, nelle pagine del suo *La grande Russia portatile*, ricorda, a un certo punto, le disavventure di un cantante bolognese, Dino Sarti. L'artista felsineo, di ritorno da un suggestivo viaggio in Russia, e in una canzone intitolata, appunto, *Com'è la Russia*, risponde, a tutti coloro che gli domandavano, animati da una tipica curiosità provinciale, su come fosse la Russia, be', rispondeva «La Russia è grande»¹⁶. *Grande*.

Lo stesso vale per i big data. I big data sono, innanzitutto, *grandi*. Sono enormi archivi di dati che ci riguardano, che ci descrivono, che ci profilano, che anticipano le nostre decisioni, che ci collegano ai nostri contatti, alla nostra rete sociale, che vengono correlati e generati in ogni secondo. Quando siamo collegati in rete ma anche quando non lo siamo. E che danno origine a ulteriori informazioni su di noi.

La loro caratteristica peculiare, in questa eterogeneità di formati e di contenuti, è che sono *grandi*: hanno raggiunto una dimensione, oggi, come volume, come *data point* (riferimenti precisi a noi, alla nostra personalità e alla nostra coscienza), come traffico, che spesso non è comprensibile in un'ottica di grandezza. E sono in continua crescita ed espansione.

La grandezza non è, però, l'unico parametro da tenere in conto, anche se è il più visibile, e può essere in alcuni casi fuorviante. Lo scrive bene il filosofo Luciano Floridi nel suo saggio *La quarta rivoluzione*:

¹⁶ Si veda P. NORI, *La grande Russia portatile*, Milano, 2018, 19.

«Ogni giorno viene generato un numero sufficiente di dati da riempire tutte le biblioteche americane più di otto volte. Naturalmente, armate di dispositivi ICT sono costantemente al lavoro per consentirci di restare a galla e navigare in questo oceano di dati. Questi sono numeri che continueranno a crescere rapidamente e ininterrottamente nel prossimo futuro, in particolare perché tali dispositivi sono tra le principali fonti di nuovi dati, che a loro volta richiedono o semplicemente rendono possibili nuove ICT. È un ciclo che si autoalimenta e sarebbe innaturale non sentirsi soverchiati»¹⁷.

Rimane, però, una confusione – o, meglio, una complessità – di fondo nel comprendere ogni singolo aspetto di questo grande mondo. Sempre Floridi, sul punto, è molto lucido:

«A dispetto dell'importanza del fenomeno, non è chiaro che cosa esattamente significhi l'espressione "big data". In questi casi, si ha la tentazione di adottare l'approccio del giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, Stewart Potter, allorché gli fu chiesto di descrivere la pornografia: difficile da definire, ma "la riconosco quando la vedo"»¹⁸.

C'è un secondo punto, sui big data, che non può non appassionare l'interprete: questa questione dei *big data* riguarda tutti i cittadini o sarebbe oggi possibile, in un qualche modo, rimanere fuori dal sistema? Non finire, in altre parole, nel calderone dei *big data*?

Se a qualche lettore venisse in mente di potersi chiamare fuori, oggi, con semplici frasi del tipo «io quegli strumenti non li uso», o «io non sono sui social network perché alla mia privacy ci tengo», e che questo quadro non lo possa riguardare, suggeriremmo, a proposito, un altro passaggio del bel libro di Paolo Nori.

Lo scrittore ricorda un periodo della storia, in Russia, dove nessuno, ma proprio nessuno, poteva "chiamarsi fuori" dai controlli del KGB. Si legga questo divertente passaggio:

«Nell'estate del 2017, a San Pietroburgo, mentre passavamo davanti alla sede del Kgb, sul Liteinyj prospekt, un mio amico mi ha raccontato che un funzionario russo ha proposto di far diventare quel palazzo, la sede del Kgb, Pamjatnik literatury, un monumento letterario, e quando gli hanno chiesto cosa c'entrava il Kgb con la letteratura lui sembra che abbia risposto "Son passati tutti di qua"»¹⁹.

Tutti sono passati e tutti passano, oggi, dai *big data*, proprio come tutti passavano dagli uffici del KGB di allora. Tutti passano dai social network, in maniera diretta o indiretta, grazie a *tag* o a informazioni che li riguardano ma, ad esempio, rivelate da terzi. Tutti sono, prima o poi, fotografati, o finiscono nell'area di ripresa di una telecamera, o hanno il viso riconosciuto da un software, o effettuano una transazione con dati che sono, poi, custoditi e correlati ad altri.

¹⁷ Si veda L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Milano, 2017, 13.

¹⁸ Si veda L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Milano, 2017, 14.

¹⁹ P. NORI, *cit.*, 89.

I contenuti d'odio sono diventati anch'essi, ben presto, dei big data o, meglio, si sono confusi, incorporati, «immedesimati» in questo grande archivio di dati e hanno iniziato a sfruttare tutte le capacità e caratteristiche dei big data stessi.

Hanno sfruttato, immediatamente, il potere dei big data, ossia la capacità di *amplificazione* dei messaggi.

Si sono giovati della capacità di *persistenza* del contenuto d'odio, ossia la difficoltà di cancellare i contenuti d'odio e, quindi, l'aumentato effetto nocivo di tali informazioni.

E hanno, anch'essi, approfittato dell'incredibile *viralità* dei big data, ossia della capacità dei contenuti di prendere vita e di circolare in maniera incontrollabile su siti e piattaforme.

Detto in altri termini: i «big data d'odio» hanno trovato, nel contesto generale dei big data, e nella loro tecnologia, un luogo ideale per diffusione e impatto.

3. La necessità di proteggere i (meta)dati

La protezione delle proprie informazioni e dei propri dati nella società digitale si è manifestata, nonostante la sua complessità, quale un'esigenza imprescindibile per il cittadino digitale.

Siamo fermamente convinti, da tempo, che una maggiore protezione dei dati delle persone potrebbe avere un effetto diretto anche sulla circolazione dei contenuti d'odio o, meglio, eviterebbe una profilazione mirata dei contenuti d'odio e, quindi, ne diminuirebbe l'impatto sulle persone.

La diffusione delle tecnologie e, soprattutto, della rete, dello smartphone e dei social network (congiuntamente all'uso personale di sistemi GPS, che permettono di localizzare facilmente le persone) hanno fatto sì che ogni attività del soggetto fosse, in qualche modo, tracciata e conservata in una enorme *memoria digitale* che, in ogni momento, è in grado di individuare, descrivere, dettagliare e profilare un individuo, la sua rete di contatti e le sue attività.

Lo strumento principale di controllo che è, per così dire, *incorporato* nell'essere umano è diventato, oggi, il telefono cellulare. Da semplice oggetto per comunicazioni vocali è diventato smart, ed è mutato in un dispositivo che permette un controllo su tanti aspetti della vita dell'individuo: le comunicazioni vocali tradizionali (che sono, oggi, in calo, in via di sostituzione da parte delle note vocali), la messaggistica, le e-mail, la geo-localizzazione (il telefono è sempre vicino, se non addosso, alla persona e viaggia con lei), il momento e il tempo/durata di accesso ai social network, l'uso di app e, anche, i *dati esterni*, spesso più importanti dei contenuti stessi.

Il filosofo Byung-Chul Han ha definito in più occasioni, con molta efficacia, lo smartphone come il nuovo *oggetto devozionale*, un vero e proprio *confessionale digitale*, un originale tipo di *rosario* dove, ogni giorno, sgraniamo *like*, cuori e condivisioni²⁰ che stanno connotando la nostra vita quotidiana nella società digitale.

²⁰ Si veda B. HAN, *Psicopolitica*, Milano, 2018.

Una distinzione fondamentale, spesso poca nota ma cruciale se ci si pone nei panni, e nell'ottica, di chi vuole controllarci attraverso i nostri dati, è quella tra *dati* e *metadati* (questi ultimi li potremmo anche definire come “dati su dati”).

Edward Snowden, l'hacker e attivista che ha dato il via al *Datagate*, il più grande scandalo recente che abbia colpito l'intelligence nordamericana, nella sua biografia (*Errore di sistema*) è molto chiaro su questo punto, e illustra questo aspetto dei dati esterni veicolando diverse nozioni tecniche che, sovente, sfuggono alla consapevolezza del cittadino comune ma che sono, per il discorso che andremo ad articolare, essenziali²¹.

In estrema sintesi, in un'ottica investigativa e di controllo sono molto più utili, e importanti, i *metadati* e i dati *esterni* rispetto ai *contenuti* delle comunicazioni.

Si legga cosa sostiene Snowden su questo punto (corsivo mio):

«Molte persone, oggi, tendono a pensare alla sorveglianza di massa in termini di *contenuto*, cioè delle effettive parole utilizzate durante una telefonata o in un'email. Quando capiscono che il governo non presta particolare attenzione a quel contenuto, allora anche loro non danno più attenzione alla sorveglianza di massa e smettono di preoccuparsene. È comprensibile, in un certo senso, poiché ciò che più ci importa è ovviamente la natura intima e privata delle nostre comunicazioni: il suono della nostra voce, l'espressione inimitabile del nostro volto in un selfie che inviamo per messaggio. La verità, però, è che il contenuto delle nostre comunicazioni *rivela ben poco* rispetto ad altri elementi, rispetto alle informazioni *non scritte e non dette* che possono risultare da un contesto più ampio. L'NSA li chiama «metadati». Il prefisso meta, che tendenzialmente si traduce con l'espressione «al di là», in questo caso significa «riguardo a»: i metadati sono dati che riguardano altri dati, o più precisamente, dati risultanti da altri dati, un insieme di tag e marcatori che permettono ai dati di essere utili. Per dirla meglio, i metadati sono *dati di attività*, riguardanti cioè tutto ciò che si fa sui propri dispositivi, e tutto ciò che i propri dispositivi fanno. Prendiamo una telefonata, per esempio: i suoi metadati includono la data e l'ora della chiamata, la durata, il numero da cui si è chiamato, il numero che è stato chiamato, e le rispettive localizzazioni. I metadati di un'email comprendono invece informazioni sul tipo di computer da cui l'email è stata generata, dove e quando, a chi appartiene il computer, chi ha inviato l'email, chi l'ha ricevuta, dove e quando è stata inviata e ricevuta. I metadati possono rivelare a chi ti sorveglia dove hai dormito la scorsa notte e a che ora ti sei svegliato stamattina; ogni posto che hai visitato durante il giorno e quanto ci sei rimasto. Mostra le persone con cui sei entrato in contatto. È proprio per questo che la dichiarazione del governo secondo cui i metadati non coinvolgono i contenuti delle nostre comunicazioni è falsa. Considerata la quantità di comunicazioni intercettate nel mondo, è impossibile che tutte le telefonate vengano ascoltate e che tutte le email siano lette. E anche se questo fosse possibile, non sarebbe comunque utile: ci sono già i metadati che agiscono da filtro. È per questo che non bisogna considerarli come una mera astrazione, ma come un vero e proprio contenuto: è quella la prima informazione che cerca chi ti sta sorvegliando»²².

Esistono, quindi, un gran numero di dati, che non sono i *semplici* contenuti delle nostre comunicazioni, che sono considerati ben più importanti da un punto di vista investigativo perché generano *una rete e nuove informazioni* attorno a quei dati originari.

²¹ Si veda E. SNOWDEN, *Errore di sistema*, Milano, 2019.

²² E. SNOWDEN, *cit.*, Capitolo “Tokyo”.

Sono importanti anche per un secondo, inquietante motivo: sono generati in maniera *indipendente* dalla nostra volontà e, quindi, siamo, in poche parole *completamente impotenti* nei loro confronti.

Si legga, sul punto, questo ulteriore passaggio di Snowden (corsivo mio):

«C'è un'altra cosa da dire: il contenuto è spesso definito come qualcosa che viene prodotto in modo *volontario*. Tu sai cosa stai dicendo durante una telefonata, o cosa stai scrivendo in un'email. Ma non hai alcun controllo sui metadati che produci, perché vengono generati *automaticamente*. È il dispositivo che li crea, senza la tua partecipazione né il tuo consenso. Gli apparecchi che usi comunicano di continuo, che tu lo voglia o no. E, a differenza degli umani con cui interagisci, i tuoi dispositivi non nascondono le informazioni private, né usano parole in codice con l'intento di essere discreti. Si connettono semplicemente alla torre più vicina e gli inviano segnali che non mentono mai».

Non si ha alcun controllo, in definitiva, su questo processo in corso di generazione di informazioni che ci riguardano.

E molti Stati puntano a custodire i dati esterni per periodi molto lunghi perché sono molto più leggeri da conservare (in un'ottica digitale/informatica) rispetto ai contenuti delle comunicazioni e forniscono informazioni preziose in una prospettiva investigativa.

I contenuti d'odio usano i metadati per raggiungere con maggior precisione specifici soggetti. Per chi produce, e diffonde, contenuti d'odio (si pensi all'odio politico prodotto durante una campagna elettorale) diventa fondamentale poter analizzare tutti questi «impulsi» che i sistemi in ogni istante generano.

Si pensi, per fare un esempio semplice, al poter verificare se un soggetto abbia visto un video fino alla fine o lo abbia immediatamente interrotto e abbandonato: si tratta di una informazione preziosa in vista della creazione di nuovi contenuti d'odio più interessanti per quel *profilo*. E i metadati hanno fornito immediatamente, in pochi secondi, tale informazione.

4. L'automatizzazione dell'analisi e del controllo dei dati

Un punto ulteriore, altrettanto importante, riguarda la possibilità, oggi, di *automatizzare* la circolazione e il trattamento dei dati delle persone al fine di esporre in maniera chiara la “vita” di un dispositivo elettronico e ogni singola attività, proprio come se fosse messo sotto il vetrino di un *microscopio*. Ciò ci consente di tenere sotto controllo con una certa precisione anche i percorsi che i contenuti d'odio seguono nella nostra vita quotidiana connessa.

Si potrebbero facilmente individuare, a nostro avviso, quattro tipi di dati, oggi, che possono essere l'oggetto di simili strumenti di controllo: *i*) i dati che sono contenuti e transitano sui nostri smartphone, informazioni che viaggiano con noi e che, ormai, sono per così dire *incorporati* nella nostra vita quotidiana; *ii*) i dati che sono realmente incorporati in noi, ossia protesi, vestiti, braccialetti o sensori sempre uniti al nostro corpo o al nostro *ambiente* (si pensi agli assistenti vocali che in molti casi sono posizionati in

ogni stanza della casa); *iii*) i dati che condividiamo online e sui social network, e *iv*) i dati che *altre persone* diffondono su di noi e sulla cui circolazione abbiamo ben pochi poteri di controllo.

A ciò si aggiungono, si diceva, i metadati, ossia dati riferiti a questi dati, che sono in grado, opportunamente “addomesticati”, di generare ulteriore informazione.

Come ricorda bene il filosofo del diritto Mauro Barberis, sembra che il quadro attuale della società digitale sia caratterizzato (e non solo in politica) da una estrema *frammentazione*:

«La *frammentazione* consiste nel fatto che attorno a ogni utente dei social si addensano sciami di informazioni personalizzate, tarate da algoritmi automatici sui *big data* di ognuno. Si chiama così la massa di informazioni personali, relativa a gusti sia commerciali sia politici, ricavate da ogni clic, like o cuoricino che ognuno di noi mette sui social»²³.

Lo scrittore, e filosofo, Éric Sadin ha ben individuato, in questo quadro di automatizzazione della gestione del dato, tre aspetti che sono essenziali per comprenderne a fondo l’impatto sull’umanità: *i*) il passaggio a una vera e propria economia del dato; *ii*) un mondo fatto di copie digitali del mondo reale, e *iii*) la centralità di nuove equazioni matematiche. Vediamo, nelle sue parole, questi tre aspetti.

Il quadro di generale automatizzazione del dato ha innanzitutto preso la forma, si diceva, di una vera e propria economia del dato:

«La realtà resiste sempre meno e sempre più si accorda ai nostri desideri. Un processo particolarmente evidente nella pratica del selfie, in cui le persone si fanno la foto da sole senza bisogno di alcunché, tanto da funzionare come negazione implicita dell’altro, assicurando un facile e immediato dominio dell’intera “catena di comando”: scatto, scelta dell’inquadratura grazie all’asta telescopica, possibilità di effettuare ritocchi grazie allo smartphone. Sono gesti il cui scopo è in genere di postare immagini sui social network, ben presto gratificate da like o commenti benevoli che servono non solo a lusingare l’ego, ma anche a rafforzare la sensazione di essere padroni assoluti della propria vita, senza dover chiedere l’opinione né il sostegno di nessuno. C’è un legame palese con il recente, massiccio rifiuto nei confronti delle istituzioni, derivato dall’ideologia della disintermediazione, per cui a ogni individuo si dà il potere di agire come meglio crede senza dover subire precetti di enti potenzialmente capaci di restringere o limitare il “diritto all’espressione di sé”»²⁴.

Il mondo che si genera muovendo da queste premesse, sostiene Sadin, è fatto di copie digitali e diventa una copia (più o meno) fedele di sé stesso:

«Al punto in cui siamo, il mondo genera una copia sempre più fedele di se stesso. Ogni suo stato viene duplicato e dettagliato in codice binario, così da render conto in tempo reale di situazioni sempre più diversificate e numerose. I fenomeni del reale sono raccolti direttamente alla fonte e subito misurati, aprendo un orizzonte di funzionalità veramente infinito. L’aumento dei sensori nei nostri ambienti fisici, a casa o al lavoro, unito al potere dell’intelligenza artificiale, rappresenta la maggior prospettiva industriale del terzo decennio

²³ Si veda M. BARBERIS, *Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020, 159.

²⁴ Si veda É. SADIN, *La siliconizzazione del mondo*, Torino, 2018, 143.

del Duemila. Non c'è limite alla digitalizzazione del mondo e agli utilizzi che se ne possono concepire. [...] Viviamo nell'epoca euforica di un'economia digitale in piena espansione, volta a monetizzare ogni singola occorrenza spaziotemporale. Si chiama "economia dei dati" – sarà infatti applicabile a ogni fenomeno dell'esistenza umana e terrestre – ed è inesauribile. Un modello che spazza via la constatazione dei limiti strutturali della crescita e partecipa dell'entusiasmo mondiale nei suoi stessi riguardi. Questo senso di infinita espansione è indissolubilmente legato all'essenza del digitale, che presuppone combinazioni illimitate dovute all'aumento esponenziale della capacità di stoccaggio ed elaborazione dati, oltre che alla crescente varietà delle tipologie di dati disponibili. Qui la logica computazionale si intreccia e confonde con la logica tipica del liberalismo, che non smette mai di aspirare alla conquista di nuovi mercati, all'esplorazione di un "West" indefinitamente spostato in avanti. Velleità "naturale" oggi esaltata come non mai, che tramuta il regime liberista in *tecnoliberismo*, capace di realizzare l'anelito ultimativo di non essere frenato da alcun limite e di non venire escluso da alcun ambito. L'economia digitale aspira a trasformare ogni gesto, ogni fiato, ogni relazione in un'occasione di profitto, nell'intento di non lasciare nessuno spazio vuoto e sempre a caccia di ogni molecola vitale, per poterla occupare fino a confondersi con la vita stessa. L'economia digitale è l'economia totale della totalità della vita»²⁵.

Infine, le equazioni matematiche si uniscono a questa nuova percezione, e prospettiva, economica e digitale dei valori, dello spazio e del tempo:

«A svilupparsi è un modello economico-industriale che riposa sul primato di equazioni matematiche e dell'istantaneità temporale. Al peso e alla latenza degli oggetti si vanno sostituendo progressivamente sequenze algoritmiche incaricate di fornire soluzioni rivolte a tutti i punti del globo e a ogni fase del quotidiano. Qui non si tratta di uno schema che si fa beffe delle frontiere appoggiandosi su una immaterialità illusoria, come vorrebbe la vulgata. No, il punto è che l'informatizzazione tendenzialmente assoluta instaura un paradigma nuovo, fondato sullo sfruttamento della conoscenza in tempo reale e superdettagliata di un numero sempre maggiore di fenomeni, sotto forma di funzionalità illimitate e accessibili ovunque. La riduzione del mondo a un insieme di dati genera un loop che non abolisce distanza alcuna, ma forma in compenso un unico terreno di gioco percorso da miriadi di entità. La Terra, al momento della fine di una globalizzazione delle differenziazioni conflittuali, viene unificata grazie a innumerevoli sistemi deterritorializzati, o situati nei cloud, che determinano all'unisono il comportamento di miliardi di individui. Il ritmo della nostra quotidianità è ovunque scandito dalle stesse logiche, il cui raggio d'azione non dipende dalla localizzazione ma dalla loro potenza di suggestione e interpretazione»²⁶.

Anche il mercato dei contenuti d'odio è, in molti casi, *automatizzato*. E si comporta esattamente con le modalità tecnologiche che abbiamo indicato poco sopra. Attraversa tutti i nostri dispositivi – dal telefono cellulare ai profili social – e sfrutta proprio questa connessione e interoperabilità tra i vari sistemi per raggiungere ogni momento della persona connessa online.

²⁵ Si veda É. SADIN, *La siliconizzazione del mondo*, Torino, 2018, 12-13.

²⁶ Si veda É. SADIN, *La siliconizzazione del mondo*, Torino, 2018, 55.

5. Le tecnologie come strumento di protezione dall'odio

Le tecnologie ci potrebbero consentire di alzare la protezione dei nostri dati e della nostra persona digitale: esistono strumenti che sono proprio pensati per portare libertà o che, comunque, sono in grado di rendere più difficile un nostro controllo e annullare processi di profilazione. Una maggiore protezione delle persone online porterebbe anche, come conseguenza, a una minore esposizione ai contenuti d'odio.

Da un lato è chiaro, si diceva, come uscire dal sistema completamente sia, oggi, praticamente impossibile. Dall'altro, però, le tecnologie digitali stesse possono fornire strumenti che consentano di proteggersi, di essere dei cittadini digitali consapevoli e capaci di tutelare i dati propri e altrui, di proteggere le proprie linee di comunicazione, i propri contatti, di nascondere i propri dati o di cercare di confondere algoritmi e sistemi di controllo sofisticati.

La cifratura dei dati è sempre stata al centro di questo dibattito e di queste sfide: lo è ancora oggi come non mai.

L'idea di poter nascondere realmente le nostre conversazioni tramite algoritmi efficienti è diventata, in molti casi, realtà, anche se esistono strumenti in grado di attaccare simili sistemi.

Vi è stata una sorta di diffusione capillare di tecniche efficaci, idonee a proteggere realmente la nostra capacità di comunicare. Sono tecnologie spesso criticate da chi investiga, additate come strumenti ad uso di pedofili e terroristi, ma che consentono, al contrario, amplissimi margini di libertà a chi ha il diritto di fruirne.

Accanto alla crittografia, tutte quelle tecnologie che permettono di navigare in maniera anonima, di non essere tracciati, di ingannare i controlli, i banner e la profilazione pubblicitaria, di pubblicare blog e documenti anonimi possono contribuire a (ri)stabilire costanti equilibri tra voglia di controllo e desiderio di libertà riconosciuta dalla carte costituzionali.

La tecnologia stessa potrebbe poi essere utilizzata in un'opera di controllo, per individuare e contenere i flussi di odio online.

Gli algoritmi e i glossari/lemmari che possono aiutare a monitorare le manifestazioni d'odio e che possono, persino, cercare di prevenire i conflitti, individuando e delimitando le "sacche d'odio" in occasione di determinati eventi, possono rivelarsi di grande utilità e poco invasivi del complessivo panorama dei diritti.

Il rovescio della medaglia è che simili sistemi possano togliere, all'uomo, la facoltà di scelta e di valutazione, sino a prospettare la possibilità della già vista *dittatura dell'algoritmo*, dove saranno i computer a prendere decisioni anche su un tema così delicato e idoneo a violare diritti fondamentali quale il censurare un'espressione.

Il punto dell'*educazione* e della *formazione* (anche) all'uso delle tecnologie è, a nostro avviso, essenziale ma sottovalutato, così come lo sono i continui appelli (e campagne) a non aumentare il livello di *tolleranza* dell'odio in rete ma, anzi, a denunciarlo costantemente e a riportarlo a valori accettabili.

Sostenere che l'odio in rete sia, prima di tutto, un problema *culturale* può sembrare un'asserzione retorica e banale ma, in realtà, è proprio sul terreno dell'educazione digitale delle persone e, soprattutto, dei mass media, che si combatterà una grande battaglia.

Non di poco conto è peraltro, come si diceva, la presenza evidente di una sorta d'interesse *commerciale e istituzionale* alla diffusione del sentimento astioso, sia da parte delle forze politiche in cerca di consensi facili, sia da parte di tutti quei siti web che traggono profitto soprattutto dal numero di visite, di click e di commenti generati sulla loro piattaforma.

Tutto ciò potrebbe vanificare il necessario, certosino lavoro di educazione e di formazione degli utenti, vista soprattutto l'importanza che i mass media rivestono nell'attuale società e data l'influenza che gli organi di diffusione di notizie hanno nei confronti delle menti degli ascoltatori o dei lettori, soprattutto di quelli culturalmente meno preparati o più suggestionabili.

In tale contesto, assumono grande importanza le notizie volutamente *false*, fatte circolare unicamente per alimentare polemiche o per istigare odio nei confronti di alcuni gruppi (anche in Italia vi è stata una diffusione di siti web con notizie false, ad esempio, sui reati commessi dagli immigrati nel nostro Paese).

Non di meno, preoccupante è l'approccio all'odio di molti esponenti *politici*, non solo in Italia. È sufficiente ascoltare comizi, leggere trascrizioni di discorsi o osservare i tweet trasmessi per comprendere che in molti casi sono loro i primi interessati a veicolare espressioni d'odio, essenzialmente per fini di consenso elettorale e per fomentare divisioni.

Questo punto è, forse, il più importante di tutti. I soggetti che dovrebbero dare l'esempio, e combattere per mantenere quiete sociale, per garantire la stessa dignità a tutte le persone, per smussare episodi di violenza o di discriminazioni, che non dovrebbero usare la loro autorità, influenza sulla gente e presenza costante sui mass media per fomentare astio e separatismo, sono diventati, in molti casi, portatori d'odio abituali e "istituzionali".

In un siffatto quadro, l'*apertura* ai massimi livelli possibili dell'architettura di Internet e dei contenuti che oggi vi circolano, la non eccessiva criminalizzazione della tecnologia *ex se*, la più ampia diffusione possibile dei pensieri di tutti gli utenti, lo sviluppo di nuove tecniche automatizzate per il controllo semantico delle espressioni violente in rete e una costante opera di educazione, di redazione di policy interne *ad hoc* e di disseminazione di *counter speech* sembrano essere le armi migliori per combattere il fenomeno dell'odio online.

Simili punti di vista, però, rischiano ogni giorno di essere soffocati e osteggiati in tutto il mondo, soprattutto in periodo di emergenze terroristiche.

Il tutto avviene a detrimento delle libertà e dei diritti dell'essere umano senza che vi siano, come conseguenza a breve o a lungo termine, né benefici evidenti per la società e per l'ambiente telematico, né una diminuzione delle espressioni d'odio che circolano in rete.

6. Conclusioni: è un discorso poco adatto a questi tempi?

Scrivere di limitazione e di contenimento dei contenuti d'odio nella società tecnologica basata sulla profilazione degli individui e di (necessità di) *protezione* dei dati del cittadino e dell'utente comune in un momento storico dove è in corso, si è visto, un *commercio* costante di informazioni, anche le più intime dell'individuo, può sembrare non solo inopportuno ma, anche, palesemente lontano dalla realtà.

I contenuti d'odio si sono perfettamente incardinati in un quadro tecnologico che ha alla base le idee di *controllo* e *tracciamento* delle persone e dei loro comportamenti online e che può, quindi, veicolare contenuti d'odio verso gruppi specifici e persone ben individuate con una precisione senza precedenti.

Non siamo, quindi, in una società che ponga al centro dei propri interessi la tutela della persona e dei suoi dati anche, ma non solo, per proteggerla dai contenuti d'odio; non siamo in un ambiente digitale che ci inviti alla riservatezza, alla privacy, alla solitudine ma, al contrario, il dato è ben presto diventato una *valuta* ed ha avviato un processo di scambio su larga scala che ha generato, a sua volta, un mercato che ha coinvolto, ben presto, tutti i cittadini e tutti i tipi di contenuti, compresi quelli d'odio.

Non è semplice, allora, comprendere quanta consapevolezza ci sia nel cittadino tipico circa questo comportamento ormai diffuso e quanto, invece, sia ancora misterioso per molti utenti, soprattutto per quelli che si limitano a usare le tecnologie superficialmente e non conoscono con precisione ciò che sta succedendo “sotto al cofano”, intendendo come cofano sia lo smartphone comunemente utilizzato sia le reti e le infrastrutture e le piattaforme che veicolano dati.

Proprio in questi giorni lo scandalo, negli Stati Uniti d'America, dei *Facebook Papers* sta dimostrando come gran parte delle modalità tecnologiche usate dalle piattaforme per far circolare contenuti d'odio (e renderli più evidenti) siano segrete e complesse, ben al di là delle possibili conoscenze e competenze degli utenti.

Tanti utenti hanno compreso, però, come vi sia una relazione diretta tra il vendere i propri dati e il ricevere, in cambio, dei servizi.

Negli ultimi quindici anni, e con una chiara impennata negli ultimi dieci (quando lo smartphone è diventato strumento più diffuso al mondo), vi è stata una immissione di dati di privati in rete in cambio di servizi di ogni genere.

L'abbonarsi a un servizio, l'isciversi a una piattaforma, il consentire l'accesso ai propri dati a un'app o a un videogame è diventato il passaggio obbligato per accedere a servizi sempre più sofisticati.

In più, ogni attività condotta anche su siti web che non richiedono la registrazione – come, ad esempio, i motori di ricerca – è allo stesso modo tracciata.

Tutti questi sistemi tendono a *unirsi* e a dialogare costantemente tra loro, per scambiarsi i dati o per generare nuove informazioni su un determinato utente.

E i contenuti d'odio, come è noto, entrano in questo mercato e sfruttano al meglio questa situazione.

Gradualmente si è costituito un unico, grande ambiente che ha raccolto, ordinato e processato: *i*) i dati di accesso, o di iscrizione, degli utenti, che spesso sono molto più

ampi, in fase di richiesta, di quelli che realmente servono per accedere al servizio; *ii*) i dati generati una volta che l'utente ha avuto accesso a quel servizio, e questi dati dipendono da quanto il soggetto esponga di sé in quell'ambiente; *iii*) i dati che sono generati da contatti o soggetti anche sconosciuti ma, in qualche modo, in relazione costante od occasionale con quell'utente; *iv*) i dati generati automaticamente dal sistema che profila gli utenti e, partendo dai loro dati, genera nuova informazione aggregata a un livello di dettaglio e di "inventiva" che, spesso, lo stesso cervello umano non sarebbe in grado di generare, per approfondire ulteriormente l'analisi del soggetto; *v*) i dati che sono generati su dispositivi mobili, o *portable* che dir si voglia, e che si connettono con la rete e con i social network, per cui oggi lo smartphone e il tablet sono diventati *appendici* della vita online e, anzi, generano ulteriori informazioni per meglio connotare la vita online.

Questa parte di generazione dei contenuti d'odio e dei dati delle persone ad essi correlati è molto delicata perché può presentare tre caratteristiche importanti: *i*) può essere molto potente, *ii*) può essere molto precisa e *iii*) può essere molto segreta.

Potente, per cui è in grado di trattare una mole di dati che non è gestibile, ad esempio, dalla "semplice" mente umana. *Precisa*, perché in grado di raggiungere a livelli di precisione con riferimento alle caratteristiche di una singola persona e della sua sfera sociale che non ha precedenti. *Segreta*, perché non sappiamo come funziona, come ci può discriminare, come ci sta profilando e come ci presenta alla macchina stessa. Questo sistema analizza sia i *dati sui dati* che generiamo, sia genera nuova informazione specifica che viene, poi, utilizzata, ad esempio, per inviare notizie personalizzate o per intervenire per migliorare la nostra *esperienza* nel contesto digitale.

Come possiamo allora, in conclusione, pensare di risolvere i problemi dell'odio online se, prima, non si comprende a fondo il mondo dei big data, delle piattaforme e delle modalità precise attraverso le quali l'odio ha preso vita e si diffonde in rete?

Essenziale diventa mettere al centro la persona e i suoi dati.

Chiaramente l'odio online ha assunto livelli di *precisione* senza precedenti, arrivando a toccare soggetti e gruppi già discriminati o in difficoltà, e il tutto grazie al perfezionamento degli algoritmi e alla segretezza di gran parte delle procedure.

Ciò comporta l'esigenza, per lo studioso, di trattare il tema dell'odio online nel contesto più generale dei big data e della società della profilazione e della esibizione delle informazioni, non trascurando gli aspetti più tecnici.

Un lume di speranza, forse, lo potrebbe dare il *diritto alla protezione dei dati*. Se dovesse aumentare il livello di protezione dei dati degli utenti, diminuirebbe la possibilità per i contenuti d'odio di «mirare» a un soggetto, o a un gruppo, e di impattare sulle persone con la massima capacità lesiva possibile. Ma si tratta, nell'era della profilazione commerciale e dell'intelligenza artificiale, di un diritto molto difficile da far valere in concreto e da far comprendere agli utenti della rete.

SECONDA SESSIONE

Parte I

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO, DIRITTO ALLA RISERVATEZZA
E NUOVE TECNOLOGIE



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E RISERVATEZZA «NELLA RETE»?
ALCUNE OSSERVAZIONI SUL MERCATO DELLE IDEE
NELL'AGORÀ DIGITALE*

CHIARA BOLOGNA

SOMMARIO: 1. Internet, diritti e partecipazione. – 2. Quale partecipazione? Profilazione, bolle informative e *fake news*. – 3. *Hate speech* e «democrazia digitale protetta»? – 4. Democrazia protetta da chi? Limiti ai «nuovi governanti» tra decisore pubblico e *Drittwirkung*.

1. Internet, diritti e partecipazione

L'avvento della *rete* ha aperto come noto scenari inediti di partecipazione democratica, divenendo strumento tramite cui la società civile può diffondere informazioni, dibattere, organizzarsi, dando origine a movimenti di opinione di dimensione internazionale, come avvenuto da ultimo con il movimento *Friday for Future*, la cui nascita ed espansione sono legate innegabilmente alle potenzialità dell'uso dei *social media*. Non meno emblematico fu considerato alcuni anni fa il caso *Wikileaks* che, pur nascendo da una fuga di notizie riservate, aveva evidenziato, secondo alcuni, «una

* Occasione per le brevi riflessioni che seguono è stata l'opportunità, concessami dall'Associazione Gruppo di Pisa, di presiedere l'atelier dedicato a *Libertà di manifestazione del pensiero, diritto alla riservatezza e nuove tecnologie* nell'ambito del seminario *Diritto e nuove tecnologie: tra comparazione e interdisciplinarietà* (Giornata di studi in Memoria del Prof. Paolo Carrozza, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, 26 marzo 2021).

nuova dimensione dei rapporti tra potere e opinione pubblica»¹, mostrando le potenzialità della *rete* quale strumento in grado di contribuire alla visibilità del potere e dunque alla democrazia². Se tuttavia la rete è innegabile strumento di potenziamento di alcune libertà, essa, allo stesso tempo, in ragione della sua diffusività, è in grado di pregiudicare massicciamente l'esercizio di altri diritti costituzionalmente tutelati.

Le nuove tecnologie, e il *web* in particolare, impongono per esempio di declinare in modo diverso la classica dialettica tra libertà di espressione (intesa anche come libertà di informare ed essere informati) e diritto alla riservatezza, non più indicativo, come noto, del solo *right to be let alone* tramandato al costituzionalismo contemporaneo dalla dottrina ottocentesca statunitense³, ma anche del diritto all'*autodeterminazione informativa*, al controllo cioè sulla circolazione dei dati riferiti alla persona. La «libertà informatica», come scriveva Vittorio Frosini già nel 1981, ha infatti un profilo negativo ed uno positivo: il primo è «il diritto di non rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale», il secondo esprime «la facoltà di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia della *privacy* per essere divenuti elementi di *input* di un programma elettronico»⁴. Emblematico della nuova dialettica tra libertà di informazione e riservatezza è il diritto all'oblio, riconosciuto esplicitamente nell'art. 17 del GDPR, il regolamento generale sulla protezione dei dati⁵.

Il «diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona», secondo la definizione suggerita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 20 del 2019⁶, non è tuttavia l'unico che rischia di essere compromesso dalla pervasività della *rete*. Se infatti quest'ultima ha aperto inediti scenari di partecipazione democratica, essa, come dicevamo, ha altresì amplificato le occasioni di violazione di altri interessi di rango costituzionale, riconducibili alla dignità della persona. L'*hate speech* sulla rete, il

¹ V. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3/2011, 367.

² Sulla democrazia come «potere in pubblico» e non come «potere invisibile» si rinvia alle celebri osservazioni di N. BOBBIO di cui v., fra gli altri scritti, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2/1980, 181 ss.

³ In tema ampiamente A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2017.

⁴ Cfr. V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dati*, Bologna, 1981, 37 ss. Questi due profili distinti appaiono chiari nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconosce all'art. 8 il diritto alla protezione dei dati personali e all'art. 7 quello al rispetto della vita privata e della vita familiare.

⁵ V. regolamento (Ue) 2016/679. Sul diritto all'oblio v. tra gli altri T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019, 105 ss. Sul GDPR v. 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*, Napoli, 2017; O. POLLICINO, M. BASSINI, *Libertà di espressione e diritti della personalità nell'era digitale. La tutela della privacy nella dimensione europea*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 91 ss.; F. PIZZETTI (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021.

⁶ Vedi *Cons. dir. 2.2*: su questo profilo della decisione vedi C. COLAPIETRO, *Diritto alla riservatezza e principi di pubblicità e trasparenza: quale bilanciamento?*, 22 aprile 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, IV, *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, in *Consulta OnLine*.

discorso d'odio⁷, ha assunto per esempio, anche nel nostro Paese, dimensioni preoccupanti: qualche anno fa lo denunciò con chiarezza, nel suo rapporto finale adottato il 6 luglio 2017, la Commissione sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio istituita presso la Camera dei Deputati⁸.

Ma non solo. Alla prova dei fatti, ad essere offuscata (nella «rete» e dalla «rete») sembra essere non solo la protezione di alcuni diritti e interessi individuali sacrificati sull'altare dell'*agorà* digitale: con una parziale eterogenesi dei fini appare a tratti compromessa la stessa immagine di «piazza virtuale», del *web* come luogo aperto di informazione, discussione e partecipazione democratica⁹. La rappresentazione di Internet quale luogo di sviluppo del *marketplace of ideas*, del libero «mercato di idee» in cui «il miglior test per la verità è la capacità del pensiero di essere accettato nella competizione del mercato»¹⁰ sembra essere in realtà in parte compromessa, soprattutto in riferimento al confronto politico, nel quale invece maggiormente avrebbe dovuto realizzarsi l'auspicata funzione democratizzante della *rete*.

2. Quale partecipazione? Profilazione, bolle informative e fake news

In un recente e già citatissimo volume, la psicologa sociale dell'Università di Harvard Shoshana Zuboff si sofferma sull'impatto radicale che la *rete* ha avuto sull'economia e sulla società contemporanea, facendo nascere quello che l'autrice definisce un «capitalismo della sorveglianza», nel quale i dati raccolti sugli utenti del *web*, le loro scelte, idee e preferenze sono trasformati in dati sui comportamenti, utilizzati in alcuni casi per migliorare prodotti e servizi, in molti altri per costruire «un surplus comportamentale privato». Quest'ultimo a sua volta, sottoposto a processi di elaborazione tramite forme di intelligenza artificiale, viene trasformato «in prodotti predittivi in grado di vaticinare cosa faremo», prodotti che «vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato per le previsioni comportamentali», il «mercato dei comportamenti

⁷ Una definizione dell'*hate speech* si trova nella Raccomandazione di politica generale n. 15 della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza del Consiglio d'Europa (ECRI) del 21 marzo 2016 relativa alla lotta contro il discorso dell'odio. Esso viene definito come «l'istigazione, la promozione o l'incitamento alla denigrazione, all'odio o alla diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo di persone, o il fatto di sottoporre a soprusi, molestie, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce tale persona o gruppo, e comprende la giustificazione di queste varie forme di espressione, fondata su una serie di motivi, quali la "razza", il colore, la lingua, la religione o le convinzioni, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica, nonché l'ascendenza, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere, l'orientamento sessuale e ogni altra caratteristica o situazione personale» (v. https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N15/REC-15-2016-015-ITA.pdf).

⁸ Il testo della relazione è consultabile nel sito web della Camera dei Deputati nella documentazione relativa ai lavori della Commissione "Jo Cox" sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio (<https://www.camera.it/leg17/1313>).

⁹ In tema v. P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 1/2015.

¹⁰ Vedi *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 1919, 630 e per l'esplicita estensione al web cfr. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 1997, 885. Sull'importanza della seconda decisione v. P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2000, 355.

futuri». Il capitalismo della sorveglianza, dunque, avrebbe dato vita ad un vero e proprio «nuovo ordine economico», che sfrutta l'esperienza umana come «materia prima per pratiche commerciali segrete di estrazione, previsione e vendita»¹¹.

Il fenomeno che l'autrice statunitense considera dunque centrale è la c.d. «profilazione», la rielaborazione dei *big data*, l'enorme quantità di dati circolanti *online*, che permette di costruire profili individuali molto accurati¹². L'impatto di tale fenomeno è riconosciuto dallo stesso GDPR, che, dettando la disciplina generale sulla protezione dei dati personali, include la regolamentazione di tale pratica¹³.

Le dimensioni del fenomeno sono peraltro agevolate dal persistente e problematico dualismo esistente tra la protezione dei dati personali intesa quale diritto fondamentale¹⁴ e la concezione patrimoniale dei dati stessi, che vengono continuamente trasferiti sulla *rete* quale corrispettivo in contratti di fornitura di contenuti digitali. Di questo dualismo sembra prendere atto da ultimo la direttiva (Ue) 2019/770 «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali»: nei *considerando* di tale atto, infatti, il legislatore europeo, pur riconoscendo che «la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce», al fine di evitare che tale riconoscimento si traduca in un danno per i consumatori, chiarisce che finalità della direttiva è garantire che questi ultimi «abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali»¹⁵.

La profilazione è poi, a sua volta, alla base di altri fenomeni che, come si diceva all'inizio, rischiano di pregiudicare la possibilità di avere *online* un vero «mercato delle idee»¹⁶: tra questi vi è la *personalizzazione della selezione delle informazioni* operata, per ciascun utente, da motori di ricerca e *social network*.

¹¹ V. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019 (già disponibile nella traduzione italiana da cui sono tratte le citazioni nel testo: v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, 17 ss.).

¹² In tema v. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale 2019, 106 ss.

¹³ La «profilazione» viene definita dal GDPR come «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» (v. art. 4).

¹⁴ Su cui v. a titolo esemplificativo F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Napoli, 2017, in particolare 126 ss.

¹⁵ Cfr. *considerando* n. 24. Lo stesso GDPR, all'art. 22, afferma un generale «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», stabilendo tuttavia subito dopo che tale disposizione non si applica «nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

¹⁶ Cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 101 ss.; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 789 ss.

Già da alcuni anni è stato in realtà sottolineato il ruolo cruciale delle *Internet Platforms* quale strumento di selezione delle informazioni: queste ultime, infatti, vengono rese accessibili o meno tramite l'indicizzazione, e poi valorizzate o postposte a seconda dal *ranking* con il quale compaiono tra i risultati della ricerca¹⁷. È l'algoritmo usato dalla piattaforma, in sintesi, a decidere quali notizie appaiono sullo schermo dell'utente e in quale ordine, condizionando così il mondo dell'informazione che, come noto, viaggia sempre più sulla *rete* e sempre meno sui restanti *media*. Più recente è invece la riflessione sulle c.d. *filter bubbles*, secondo la definizione fornita da Eli Pariser in un volume del 2011¹⁸. Queste ultime sarebbero il frutto dell'applicazione della profilazione alla selezione delle notizie proposte a ciascun utente: una volta acquisite le preferenze di quest'ultimo cioè, anche le informazioni, così come i prodotti commerciali, gli vengono offerte sulla base del suo profilo, limitando la possibilità di accedere a fonti di informazione o pareri che discordino dalle sue convinzioni. Questo, evidentemente, chiude ciascun utente della rete in una *filter bubble*, una «bolla», e dunque in una *echo chamber*, una «cassa di risonanza» all'interno della quale ogni utente è esposto solo a notizie che confermano le opinioni che egli stesso ha già espresso. La *rete*, come è stato sottolineato¹⁹, in questi casi sembra tradire la promessa di essere «piazza» aperta e si trasforma in una compartimentazione di individui e delle loro idee, che amplifica divisioni e polarizzazioni politiche, tradendo una delle missioni più profonde della libertà di espressione e del confronto: la tolleranza reciproca fra opinioni differenti²⁰ e la creazione dei presupposti del *government by discussion*²¹.

Il modello di un confronto trasparente (e consapevole) rischia di esser ancor più alterato dal c.d. *micro-targeting* politico²², che applica meccanismi analoghi a quelli del marketing online, utilizzando i profili dei potenziali elettori per confezionare messaggi elettorali personalizzati. Ricordiamo tutti il caso di Cambridge Analytica, l'azienda di consulenza che, attraverso un sistema di *micro-targeting* comportamentale (realizzato

¹⁷ Si sofferma su questi temi G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, 62 ss., il quale ricorda come «un'informazione, una storia può essere indicizzata o meno e anche se indicizzata può avere assegnato dall'algoritmo un ranking differente da cui dipende la sua effettiva capacità di raggiungere il pubblico» (*ivi*, 63). Sul più ampio tema della *net neutrality* v. ad es. G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 183 ss.; 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*, Firenze, 2016, 185 ss.

¹⁸ E. PARISER, *The filter bubble. What the Internet is hiding from you*, London, 2011.

¹⁹ C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, 79 ss.

²⁰ L. BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York, 1986.

²¹ Secondo Damiano Palano il fenomeno delle *filter bubbles* si inserisce e facilita quella che egli definisce la *bubble democracy*: dopo la democrazia dei partiti e la «democrazia del pubblico» affermatasi tra gli anni Ottanta e Novanta del XX secolo, oggi sembrerebbe svilupparsi un modello di democrazia sempre più polarizzato che l'autore definisce proprio *bubble democracy* per l'importanza che «assumono le «bolle» in cui l'*audience* generalista si frammenta, e in virtù della tendenziale autoreferenzialità che tende a contrassegnare i segmenti in cui si divide il «pubblico»»: v. D. PALANO, *La democrazia alla fine del «pubblico» sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una «bubble democracy»?*, in *Governare la paura*, 2019, aprile, 35 ss.

²² V. A. D'ALOIA, *Il diritto verso il mondo nuovo. Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 22 ss.

acquisendo i dati personali di milioni di utenti di Facebook), lavorò per sostenere sia l'elezione del Presidente statunitense Trump, sia la Brexit durante la consultazione referendaria del 2016²³. Il fenomeno è tutt'altro che isolato: la stessa Autorità garante per la protezione dei dati personali del nostro Paese ne ha preso atto in un provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica adottato prima delle elezioni europee e amministrative del 2019²⁴, provvedimento nel quale richiama l'attenzione sui casi nei quali i partiti e i singoli candidati possono utilizzare legittimamente i dati personali degli interessati per iniziative di propaganda. Nel farlo, il documento dell'Authority evidenzia come le implicazioni problematiche del *micro-targeting* non siano limitate al solo pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive, *in primis* il diritto alla *privacy*, in quanto «il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati, in tale contesto, è essenziale» anche «per mantenere la fiducia dei cittadini e garantire il regolare svolgimento in tutte le fasi delle consultazioni elettorali».

Le potenzialità della rete quale strumento di piena partecipazione politica sembrano essere offuscate anche dal proliferare in essa di notizie false: la problematicità delle c.d. *fake news*²⁵ è innegabilmente amplificata da internet²⁶ perchè la *rete* e i *social media* aumentano la diffusione della notizia falsa, perchè il fenomeno delle *echo chamber* facilita negli utenti la percezione come vere di notizie anche poco credibili (in quanto in linea con le loro opinioni), perchè, banalmente, gli utenti del *web* non sono vincolati, al contrario dei giornalisti professionisti, da nessun codice deontologico che invece, ad esempio, nel nostro Paese, impone esplicitamente a chi eserciti tale professione, «il rispetto della verità sostanziale dei fatti»²⁷.

Il tema è evidentemente molto complesso²⁸: se infatti in alcuni ordinamenti come quello statunitense «non esiste la notizia falsa» ma solo «la notizia com'è presentata [...]

²³ In tema v. E. MENIETTI, *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, in *Il Post*, 19 marzo 2018.

²⁴ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica*, n. 96, 18 aprile 2019.

²⁵ In tema E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, 21 maggio 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine*.

²⁶ Su questo v. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 70 ss.

²⁷ V. art. 2, l. n. 69/1963 (Ordinamento della professione di giornalista) che significativamente rubricato *Diritti e doveri* riconosce come sia «diritto insopprimibile dei giornalisti la libertà di informazione e di critica», limitata però «dall'osservanza delle norme di legge dettate a tutela della personalità» e affiancata dall'«obbligo inderogabile il rispetto della verità sostanziale dei fatti, osservati sempre i doveri imposti dalla lealtà e dalla buona fede». In tema v. G.E. VIGEVANI, *L'informazione e i suoi limiti: il diritto di cronaca*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, cit., 25 ss.

²⁸ In tema vedi tra gli altri: O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione in internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit., 62 ss. All'interno dello stesso volume Giovanni Pitruzzella ripropone l'introduzione di «istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente, su richiesta di parte e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana»: v. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 92. Su questa proposta, accolta da non poche critiche, v. a titolo esemplificativo le osservazioni di N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un' "Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 1/2018, 12 ss.

alla luce delle convinzioni dell'oratore»²⁹ e la soluzione per la *fake news* non è la censura, ma è *more speech*, «più parola» per esporre versioni differenti, diversa è la tendenza in Europa: si pensi al nostro ordinamento che nell'art. 21 Cost. garantisce la manifestazione del proprio pensiero escludendo dal suo oggetto il «subiettivamente falso»³⁰ o alla legge (molto discussa nella stessa Europa) «relativa alla lotta contro la manipolazione dell'informazione» nel periodo pre-elettorale, approvata in Francia nel 2018 e considerata conforme alla Costituzione dal *Conseil constitutionnelle*³¹. L'Unione europea, a sua volta, ha promosso nello stesso anno l'adozione di un *Code of practice on disinformation*, sottoscritto dalle principali *Internet Platforms*, per incentivare l'autoregolamentazione da parte delle varie piattaforme, creando dunque un sistema sostanzialmente «ascrivibile a una logica di privatizzazione della censura»³².

3. Hate speech e «democrazia digitale protetta»?

Proprio la «privatizzazione della censura» è divenuta centrale nella riflessione sul ruolo della *rete* quale «piazza virtuale», che dovrebbe garantire il massimo pluralismo, realizzando quello che Alain Touraine ha indicato come «il ruolo positivo della tecnica»: «protegge(re) contro tutti i totalitarismi culturali»³³. La realtà dei fatti, invece, evidenzia una *rete* (o meglio delle *Internet Platforms*) che, seppur per fronteggiare reali abusi, selezionano ogni giorno i contenuti dell'*agorà* e gli stessi accessi ad essa.

Emblematico sotto questo profilo è il caso di Facebook, i cui standard della *Community*³⁴ prevedono esplicitamente degli *objectionable contents*, «contenuti discutibili» e dunque potenzialmente rimuovibili dalla piattaforma, primo fra tutti l'*hate speech*³⁵, categoria di origine sociologica dai confini giuridici non sempre netti³⁶, di cui il *social* fornisce una definizione, indicandolo come un «attacco diretto contro persone - piuttosto che concetti o istituzioni - sulla base di quelle che chiamiamo

²⁹ V. M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 427.

³⁰ V. A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006, 88 ss.

³¹ 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*, 4 aprile 2019.

³² M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 827.

³³ A. TOURAINE, *Critica della modernità*, Milano, 1993, 176.

³⁴ V. *Facebook Community Standards*, disponibili sulla pagina del social network all'indirizzo: <https://transparency.fb.com/policies/community-standards/>

³⁵ In tema v. E. STRADELLA, *La libertà di espressione politica simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2008, 119 ss.; I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020. In tema vedi anche, *ex multis*, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2013.

³⁶ C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, 102 ss.

caratteristiche protette: razza, etnia, origine nazionale, disabilità, appartenenza religiosa, casta, orientamento sessuale, sesso, identità di genere e malattie gravi». Gli «attacchi» sono a loro volta definiti «come discorsi violenti o disumanizzanti, stereotipi dannosi, dichiarazioni di inferiorità, espressioni di disprezzo, disgusto o rifiuto, imprecazioni e inviti all'esclusione o alla segregazione».

Ed è proprio la reiterazione dell'*hate speech* uno dei segnali che gli standard della piattaforma indicano per identificare «individui e organizzazioni pericolose» i cui *account* possono essere oscurati.

L'ampiezza delle formule di tali standard ha condotto più di una volta alla censura di opinioni potenzialmente tutelate dalla garanzia costituzionale all'esercizio della libertà di espressione, anche negli Stati Uniti dove sono stati rimossi contenuti protetti dal I emendamento³⁷. Emblematica nel nostro Paese è stata la vicenda nel 2019 di Casa Pound e Forza Nuova, i cui profili sono stati disattivati in quanto valutati contrari alle condizioni d'uso della piattaforma. In questa circostanza, peraltro, chiamato a pronunciarsi a seguito di azioni cautelari, il Tribunale di Roma ha dato risposte differenti, accogliendo la richiesta di Casa Pound di riattivazione della propria «pagina» e respingendo invece il ricorso di Forza Nuova³⁸. Nel primo caso i giudici hanno ritenuto che le misure adottate da Facebook fossero in contrasto con l'articolo 49 della Costituzione, in quanto la disattivazione della pagina di CasaPound avrebbe implicato la sua esclusione dal dibattito pubblico nazionale: «il soggetto che non è presente su Facebook – scrive il giudice – è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento». Argomento principale della difesa della piattaforma era invece la riconducibilità della fattispecie alla sola autonomia contrattuale, in base alla quale gli utenti di Facebook accettano le condizioni d'uso della *Community* rendendo irrilevante, come sostenuto esplicitamente dalla difesa della piattaforma, la circostanza che si tratti di un'organizzazione proibita o meno secondo la legge italiana³⁹.

Ma può essere lo stesso per il nostro ordinamento costituzionale? Può essere cioè irrilevante la possibilità concessa a privati di censurare contenuti ed escludere associazioni da piattaforme che rappresentano uno dei principali strumenti dell'attuale dibattito pubblico? Nel nostro Paese, come noto, la dottrina prevalente sottolinea, alla luce dell'ampio dettato dell'art. 21 Cost. (oltre che dell'ispirazione personalista

³⁷ C. LIMA, *Facebook Wades Deeper into Censorship Debate as It Bans «Dangerous» Accounts*, in *Il Politico*, 2 maggio 2019.

³⁸ In tema v. C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, 17 marzo 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine*; I. M. LO PRESTI, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.

³⁹ Il contenuto della memoria di costituzione del *social network* è in parte riprodotto nell'ordinanza con cui il Tribunale di Roma ha respinto il reclamo della società contro l'ordine cautelare di riattivare la pagina Facebook di CasaPound (XVII sez. civile, 29 aprile 2020).

dell'intera Costituzione⁴⁰), il carattere individualistico (e non funzionalistico) che la libertà di manifestazione del pensiero ha nella nostra Carta. Ne sarebbe prova anche la mancanza, nella nostra Costituzione, di norme come l'art. 18 della Legge fondamentale tedesca che, disciplinando l'abuso del diritto, «finalizzano l'esercizio della libertà al perseguimento di determinati valori politici»⁴¹. La Costituzione italiana opta invece, in particolare in riferimento alla libertà di espressione, per un modello pienamente pluralista evidenziato anche dalla scelta di omettere nel testo dell'art. 21 Cost. il limite dell'ordine pubblico, che durante il fascismo aveva ricevuto interpretazioni fortemente estensive trasformandosi in «una clausola capace di riempirsi dei valori dominanti»⁴².

Lo stesso dovere di fedeltà alla Repubblica sancito nel primo comma dell'art. 54 Cost., pur avendo avuto letture diverse, è interpretato dalla dottrina come inidoneo a tradursi in un vincolo ideologico per i cittadini. Il dovere di fedeltà assume di fatto sfumature differenti nei vari ordinamenti, ma è possibile individuare una *summa divisio* tra le democrazie «che si difendono» e le democrazie «aperte». Nelle prime, all'opposizione anticostituzionale, che contesta i principi fondanti dell'ordinamento, è precluso l'accesso stesso all'*agorà*. Vi è in questi casi una protezione della costituzione *ex ante*, in virtù della quale alle forze che si prefiggono di mutare l'ordine costituzionale sono preclusi i diritti civili e politici, *in primis* la libertà di manifestazione del pensiero. Solo in ordinamenti di questo tipo la fedeltà può avere un contenuto ideologico, mentre nelle democrazie «aperte», dove le istituzioni statali hanno un atteggiamento di tolleranza nei confronti dei movimenti politici che anche mirino a mutare l'ordinamento costituzionale, ma che conducano la loro battaglia con metodi pacifici e rispettosi della dialettica democratica, la fedeltà non può assumere un significato così pregnante⁴³. A questo secondo modello può sostanzialmente ricondursi il nostro ordinamento⁴⁴. La libertà di propaganda, come affermò chiaramente la Corte costituzionale nella sentenza n. 84 del 1969, «è espressione di quella di manifestazione del pensiero, garantita dall'art.

⁴⁰ «Le esigenze di tutela del regime democratico», all'interno della Carta costituzionale italiana, «possono agire soltanto quale "limite" esterno e non quale fondamento» di questa, come delle altre libertà inviolabili: v. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 105.

⁴¹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 386.

⁴² Così M. MANETTI, *L'ordine pubblico*, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 231 ss.

⁴³ In tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a C. BOLOGNA, *La libertà di espressione del funzionario*, Bologna, 2020, 84 ss.

⁴⁴ Come è stato notato, tuttavia, «il paradosso kelseniano della "democrazia indifesa", impossibilitata a difendersi se vuole rimanere fedele a se stessa, in realtà non sembra avere un fondamento storico, semmai un essenziale valore di ordine logico»: G. AZZARITI, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico. Appunti*, in A. PIZZORUSSO et al. (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, 250). Nessuna democrazia è infatti completamente priva di strumenti di protezione a partire ad esempio dai limiti alla revisione costituzionale (in tema ad es. P. COSTA, *Gli istituti di difesa della Costituzione*, Milano, 2012), così che la distinzione è più che altro «tra Costituzioni dotate di un sistema di protezione meno "appariscende" e quelle che, invece, ne esibiscono uno maggiormente strutturato» (così C. SALAZAR, *Le "relazioni pericolose" tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2008, 15).

21 della Costituzione e pietra angolare dell'ordine democratico», ed «è assicurata *fino al limite oltre il quale risulti lesa il metodo democratico*»⁴⁵.

Coerentemente, nel nostro ordinamento, per quanto riguarda l'associazionismo politico, è rimasta minoritaria la tesi espositiva secondo la quale il dettato dell'art. 49 Cost. (che prevede che i cittadini abbiano diritto di associarsi in partiti «per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale») e la XII disposizione transitoria e finale (che vieta la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista) conterrebbero «l'implicito divieto di esistenza di ogni partito che» come quello fascista «persegua l'instaurazione di dittature o l'abbandono degli oggi vigenti principi democratici»⁴⁶. La stessa legge n. 645 del 1952 (cd. legge Scelba), che ha attuato la XII disposizione transitoria e finale, ha ricevuto nella prassi un'applicazione garantista⁴⁷.

Nelle «maglie della rete», invece, emergono di tanto in tanto istituti e norme che la nostra Costituzione non prevede, quali l'abuso del diritto o l'illegittimità delle associazioni c.d. *anticostituzionali*⁴⁸ che siano, cioè, come prevede l'art. 9 della Legge fondamentale tedesca, «dirette contro l'ordinamento costituzionale, o contro il principio della comprensione fra i popoli»⁴⁹: nel *web*, dunque, sembra comparire quella che potremmo definire una «democrazia digitale protetta».

4. Democrazia protetta da chi? Limiti ai «nuovi governanti» tra decisore pubblico e *Drittwirkung*

Le *Internet Platforms*, come sottolinea Jack Balkin, sono diventate dunque «the central battleground over free speech in the digital era»⁵⁰, il «principale campo di battaglia per la libertà di parola nell'era digitale». Controllo dei contenuti, eventuale sospensione degli *account*, accesso alle informazioni: i *social media* costituiscono sia la struttura, «l'architettura» per pubblicare «nuovi discorsi», sia «gli architetti» che quella struttura disegnano e controllano⁵¹. Della problematicità di questo ruolo censorio ha preso atto anche la piattaforma Facebook che, al fine dichiarato di tutelare la libertà di

⁴⁵ V. punto 5 *Cons. dir.*

⁴⁶ Cfr. C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 238.

⁴⁷ v. C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, cit., 10 ss.

⁴⁸ In tema v. G. MORBIDELLI, *La difesa della Costituzione*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, 150 ss.; A. MELONCELLI, *La disciplina generale delle associazioni anticostituzionali nella Repubblica Federale di Germania*, in *Rivista Trimestrale di diritto Pubblico*, 1/1982, 151 ss.

⁴⁹ Nella stessa Germania le norme sulla protezione della democrazia sono oggi applicate con grande cautela: nel 2017, con una decisione molto discussa, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha ritenuto di non sciogliere il partito di estrema destra NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), condizionando l'applicazione dell'art. 21 GG all'effettiva pericolosità della formazione politica: in tema diffusamente E. CATERINA, *La metamorfosi della democrazia militante in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018, 239 ss.

⁵⁰ J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, vol. 127, 2014, 2296.

⁵¹ L. LESSIG, *Code: version 2.0*, New York, 2016, 2 ss.

espressione dei suoi iscritti sottraendoli a decisioni arbitrarie della stessa piattaforma, ha istituito un *Oversight Board*, un comitato di controllo indipendente, destinatario dei ricorsi degli utenti che non condividano le decisioni assunte dal social network in riferimento alla rimozione di contenuti e *profili*⁵². La stessa istituzione di tale organo con funzioni paragiurisdizionali, tuttavia, solleva a sua volta altre questioni, rischiando di configurarsi non solo e non tanto come una limitazione del potere censorio delle piattaforme, quanto come un'«(auto)legittimazione»⁵³ di quest'ultimo, all'interno di dinamiche che restano problematicamente sottratte *in toto* al potere pubblico.

La tensione irrisolta tra dimensione pubblicistica e privatistica sembra essere in effetti il filo rosso che lega le diverse questioni che abbiamo provato a ricordare, a partire, come si diceva, dal *doppio volto* dei dati personali, oggetto di un diritto fondamentale da un lato, eppure alienati ogni giorno in cambio di contenuti digitali dall'altro. Negli Stati Uniti, per fare un altro esempio, la rimozione unilaterale dei contenuti e degli utenti ad opera delle piattaforme viene ricondotta alle dinamiche dell'autonomia contrattuale e all'accettazione delle condizioni imposte dalle piattaforme stesse ai loro iscritti, salvo emergere di tanto in tanto, nella stessa giurisprudenza, l'idea che i *social media* siano invece un *public forum*, uno spazio pubblico nel quale favorire e difendere il *marketplace of ideas*: queste sono le argomentazioni con le quali i giudici federali di una corte distrettuale di New York hanno ritenuto che il Presidente Trump non fosse legittimato a *silenziare* sul suo profilo Twitter utenti che esprimevano dissenso rispetto alle sue dichiarazioni⁵⁴. Lo stesso Tribunale di Roma, decidendo il citato caso della chiusura della pagina Facebook di Forza Nuova compie un'articolata ricostruzione dei limiti che l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero incontrerebbe nel nostro ordinamento, riconducendo le espressioni del gruppo politico alla fattispecie dell'apologia di fascismo, per poi utilizzare tali argomenti, nei motivi della decisione, solo *ad adiuvandum* rispetto all'applicazione del principio dell'autonomia contrattuale, e alla legittimità dell'intervento del *social network* alla luce delle condizioni espressamente accettate dagli utenti.

Difficile immaginare di continuare ad affidare il *web* alle sue stesse dinamiche: il rischio, come è stato segnalato, è quello di un «neomedievalismo istituzionale»⁵⁵, con il

⁵² Il 5 maggio 2021 l'*Oversight Board* di Facebook si è pronunciato sul caso più spinoso degli ultimi mesi, la sospensione dell'*account* di Donald Trump dopo l'assalto di Capitol Hill da parte di alcuni suoi sostenitori il 6 gennaio. A parere del *Board* il Presidente aveva creato un ambiente in cui era possibile un serio rischio di violenza. La commissione, tuttavia, richiama Facebook alle sue responsabilità criticando il *social network* per aver applicato una sospensione a tempo indefinito, evitando sia di stabilire un termine per la conclusione della sospensione stessa sia di decidere una rimozione definitiva dell'utente. Il 4 giugno Facebook ha annunciato che l'*account* dell'ex Presidente sarà sospeso almeno per due anni, sino alle prossime elezioni di metà mandato (v. Oversight Board, *Case decision 2021-001-FB-FBR*, in <https://www.oversightboard.com/sr/decision/2021/001/pdf-english>). Sulla vicenda v. le riflessioni di M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit.

⁵³ Così G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* (16 febbraio 2021), in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>.

⁵⁴ V. HARVARD LAW REVIEW, *Recent case: Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, in *Harvard Law Review Blog*, 3 giugno 2019.

⁵⁵ S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 347. In tema v. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., 372.

fiorire di sotto-ordinamenti guidati dalla *lex digitalis*, sottratti ai poteri politici e alle costituzioni, anche se idonei a violare diritti individuali e interessi generali, come quello ad un dibattito politico trasparente e plurale. «Sotto le forme del diritto privato si nasconde», come è stato scritto, «l'esercizio di poteri pubblicistici, fondati sull'originarietà e indipendenza» che le *Internet Platforms* sono riuscite ad affermare, «sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento»⁵⁶. La centralità della *rete* nel dibattito democratico contemporaneo e il rischio di un oligopolio informativo di livello internazionale rendono ineludibile quella che da più voci è stata definita la «costituzionalizzazione» di Internet e delle nuove tecnologie, la necessità che il decisore pubblico contribuisca, all'interno di «un accorto dosaggio tra eteroregolazione ed autoregolazione», a ribadire i «principi cardine dello Stato liberale, quali la riserva di legge e la riserva di giurisdizione»⁵⁷.

La via per una «costituzionalizzazione» della *rete* non passa però forse solo per la decisione politica. Molte voci rievocano ormai la necessità di valorizzare in questo contesto l'efficacia orizzontale dei diritti costituzionali, la *Drittwirkung*,⁵⁸ dottrina affermata per la prima volta dal Tribunale costituzionale tedesco in una sentenza del 1958 proprio in riferimento alla libertà di espressione⁵⁹, e occasionalmente affermatasi anche nel nostro ordinamento⁶⁰.

Sull'efficacia *inter privatos* dei diritti costituzionali restano, ci sembra, ancor'oggi fondamentali le osservazioni di Giorgio Lombardi il quale, partendo dall'insufficienza delle impostazioni tradizionali delle libertà come diritti subiettivi pubblici operanti nei confronti dello Stato⁶¹, ricordava il presupposto essenziale dell'efficacia orizzontale dei diritti costituzionali: la presenza di un «potere privato». Quest'ultimo si associa ad una situazione nella quale «le parti non sono in quella posizione di simmetria che appare [...] quale giustificazione costante dell'autonomia privata» ed è invece presente un «potere che è privato per quanto concerne la sua fonte [...] ma che proprio all'atto del suo esercizio si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità avvicinabili sostanzialmente alle categorie [...] che sono proprie dei poteri di diritto pubblico»⁶².

Il tema è ormai così centrale che finanche nell'ordinamento statunitense, il cui costituzionalismo è radicato «nei valori di *liberty* e *individual freedom*, che costituiscono

⁵⁶ M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit., 427.

⁵⁷ E. CHELI, *Presentazione*, in G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, cit., XIII.

⁵⁸ In tema R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 554 ss.

⁵⁹ BVerfGE 7, 198. Il testo in inglese della decisione è disponibile in *German Law Archive* (<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>).

⁶⁰ V. ad es. i diritti riconosciuti dagli art. 36 c. 1 Cost. 38 c. 2 Cost.: su questo ed altri profili vedi la relazione italiana alla XIII Conferenza delle Corti costituzionali europee, dedicata a *I criteri di limitazione dei diritti umani nella pratica della giustizia costituzionale* e svoltasi a Cipro nel maggio 2005 (il testo è disponibile in: <https://www.cortecostituzionale.it/conferenzaCorti.do>). In tema cfr. da ultimo G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno, Pisa, 24-25 febbraio 2017*, Torino, 2017.

⁶¹ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, 5 ss.

⁶² *Ivi*, 86 ss.

il fondamento dell'autonomia privata»⁶³, non mancano proposte di *pubblicizzazione* per via giurisprudenziale del rapporto tra utente e piattaforme digitali, attraverso l'applicazione della c.d. *state action doctrine* con la quale la Corte suprema, in circostanze in parte differenti, ha sostenuto in passato che, qualora non siano presenti spazi di esercizio della libertà di parola altrettanto efficaci, i soggetti privati sono tenuti al rispetto del I emendamento come lo sono i poteri pubblici. I *social media* sono dunque, secondo questa ricostruzione, i «nuovi Governanti della parola online»⁶⁴, il nuovo *potere privato* che assume, nei confronti di coloro che con esso vengano a contatto «una posizione di rilevanza sociale, e quindi un'incidenza, in ultima analisi, pubblicistica», ponendo la parte più debole «in una posizione tipica di soggezione»⁶⁵.

⁶³ O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 3/2018, 140.

⁶⁴ K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 2018, vol. 131, 1669.

⁶⁵ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 89.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

EL DILEMA ENTRE CENSURAR O AMPARAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CIBERSPACIO

AMIR AL HASANI MATURANO

SUMARIO: 1. La revolución de Internet y las libertades públicas. – 2. ¿Diseñamos un régimen jurídico ante nuevos problemas o incorporamos el presente? – 3. El discurso del odio y formas de censura público-privada. – 4. Conclusiones provisionales.

1. La revolución de Internet y las libertades públicas

Residimos en una revolución tecnológica e informática, que ha emanado en un nuevo espacio virtual con cambios trascendentales en las estructuras productivas y económicas. Sumado a sus impactos políticos y culturales. Con ello, el fenómeno de Internet se considera un espacio o *plaza* especialmente proclive al ejercicio de la libertad de expresión, en sentido amplio del término. En especial por su especial naturaleza: abierta, desconcentrada y participativa. A grandes rasgos, en su espacio virtual se origina un debate público a nivel global que vence numerosos impedimentos espaciales y temporales. En suma, puja un nuevo modelo comunicativo disperso y multidireccional.

Este, además, ofrece nuevas posibilidades para lograr una efectiva comunicación legitimadora del orden político. De esta manera, Internet es un lugar de encuentro para la discusión pública, cumpliendo así, una función legitimadora para los estados democráticos. Esto es, presenta los efectos democratizadores del mercado de las ideas o

plural¹ en aras al pluralismo político. Mediante el cual se llega a una persecución de la veracidad en una democracia. Se considera democratizador, al facultar mayores posibilidades de participación a la ciudadanía en la esfera pública. Ciertamente, la ciudadanía pasa a formar parte de la toma de decisiones públicas, al involucrarse a través de Internet y las redes sociales. Ahora, también habitan inconvenientes, como son: la irresponsabilidad a la hora de difundir contenidos; la posibilidad de una tiranía del discurso por parte del emisor; junto al debilitamiento de las instituciones representativas, denotan riesgos para la democracia².

En síntesis, en el *marketplace of ideas* la información fluye horizontalmente, dispersamente y de modo descentralizado. En línea a las palabras de Frosini: «Si la democracia debe ser (también) participación eficaz y efectiva en las decisiones públicas por parte de la ciudadanía, entonces creo que Internet puede contribuir de manera importante en su realización»³.

En vista a lo anterior, todo nos llevaría a mencionar ventajas. Asimismo, Internet no deja de entrañar riesgos en cuanto el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. En especial, en lo relativo al ejercicio de la libertad de expresión⁴. En atención al contenido de este derecho-libertad de expresión⁵, su nueva perspectiva alcanzada por su evolución y la propia realidad social, ha conllevado que sea considerado un derecho fundamental que tutela todas las fases comunicativas en el ámbito de Internet⁶. En una palabra, un ancho *ius communicationis*⁷. Ya que, nos referimos al derecho a publicar, distribuir e interactuar, como meritorios de tutela amparada por la libertad de expresión.

¹ El autor promueve que los derechos son una forma de discurso y una forma de pensar sobre las necesidades de un mundo cambiante, por lo que la era digital ha cambiado el significado de la libertad de expresión. J. M. BALKIN, *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*, in *New York University Law review*, 79-1/2004.

² T. E. FROSINI, *Internet y democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo UGR*, julio-diciembre, 30/2018, 2-8 ss.

³ T. E. FROSINI, *Internet y democracia*, cit., 8 ss.

⁴ «Internet, y en particular las redes sociales, son, qué duda cabe, un espacio donde se conforma la opinión pública y a través del cual los ciudadanos ejercen su libertad de expresión» in G.M. TERUEL LOZANO, *Censura, redes sociales y pluralismo*, in Blog *Fundación Manuel Giménez Abad*, 10 de noviembre de 2020.

⁵ «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 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» in O. POLLICINO, *Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor*, in *Liber Amicorum per Pasquale Constanzo*, 2020, 211 s (<https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/INDICELiber.html>)

⁶ «desde un punto de vista de su contenido objetivo ésta se compadece mal con aquellas concepciones de la misma que proponen la fijación de límites internos como puede ser la “doctrina de las materias privilegiadas”» in G.M. TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión y censura en Internet*, in *Estudios de Deusto*, 62-2/2014, 45s.

⁷ Tanto en una vertiente activa como pasiva, «un derecho a la comunicación en el que se dé tutela a todo el proceso comunicativo entendido en toda su extensión» in G.M. TERUEL LOZANO, *Apuntes generales sobre la libertad de expresión en internet*, in *Anales de derecho*, 28/2010, 124 s.

En las fases comunicativas del *ius communicationis* se halla una amplia circulación de contenidos que posibilitan beneficios democráticos, como la formación de conciencia política por parte de la ciudadanía. Como al mismo tiempo, genera un mal o un peligro a la sociedad⁸. Esto se produce principalmente, cuando ejercemos esta libertad en ese espacio virtual, y con las manifestaciones o contenidos desembocamos en conflictos con otros derechos de los ciudadanos. Pues, en Internet como en las redes sociales, al permanecer abierto al pluralismo conllevaría el riesgo de contaminarse ese espacio, tanto por desinformación *-fake news-* como por mensajes odiosos *-hate speech-*. Sin género de dudas, anhelamos que este lugar almacene una opinión pública de calidad, donde fluya la información veraz y las opiniones no hirientes a otros individuos o colectivos; pero resulta una utopía. Ahora bien, *soñar* con esa realidad, nos lleva a tener presente dos cuestiones. La primera, hay contenidos que pueden resultar odiosos a la mayoría de la ciudadanía pero no por ello, dejan de formar parte del mercado de las ideas amparado por la libertad de expresión. La segunda, ¿corresponde a los servidores o empresas limpiar el contenido molesto o les corresponde a los poderes-instituciones públicas?

Ciertamente, ya desde los inicios del pensamiento liberal, la libertad de expresión se caracteriza por ser negativa, esto es, una defensa frente a posibles injerencias de los poderes públicos. De ahí que la libertad de expresión haya sido, desde sus orígenes, una libertad *esencialmente* negativa, un derecho de defensa frente a las injerencias del Estado. Como reconoce Teruel Lozano: «Fue la libertad que reclamaron los herejes protestantes o los disidentes puritanos que se enfrentaron al absolutismo, aprovechando el invento tecnológico de la imprenta para difundir sus panfletos. Antes como hoy, es la libertad del impertinente y del crítico, de quien quiere romper con el orden establecido. Por ello, es una libertad especialmente molesta, tanto para quienes gobiernan como para la mayoría social»⁹. Al contrario, también su ejercicio tiene límites previstos por las leyes, que justifiquen el daño a otro bien constitucional, como pueda ser el insulto, el honor, o la incitación a cometer un acto delictivo. Esto último resuelto por los juzgadores y tribunales¹⁰. Lo que en principio, la censura previa por parte de las autoridades pública resulta peligrosa para el pluralismo en correlación a la libertad de expresión¹¹.

Por esta razón, no resulta descabellado, que realicemos un somero análisis de la fijación de límites internos a los operadores o servidores, o reparemos de la injerencia de los poderes públicos a ciertos contenidos. Pues cabe preguntarse: ¿si cabe alguna regulación?

⁸ «Internet plantea una preocupante paradoja, que deriva de su eficacia global e ilimitada para atentar contra bienes y derechos, mientras que para la capacidad de respuesta jurídica se halla fraccionada por las fronteras nacionales» in A. E. PÉREZ-LUÑO, *Internet y los derechos humanos*, in *Anuario de derechos humanos*, nueva época 12/2011, 295 s.

⁹ G.M. TERUEL LOZANO, *Censura, redes sociales y pluralismo*, cit.

¹⁰ «Sarà quindi compito dell'interprete, in ogni, singolo momento storico, cercare di trovare un equilibrio tra diritti di manifestazioni del pensiero e rispetto (e protezione) della dignità della vittima», in G. ZICCARDI, *Il contrasto dell'odio online: possibili rimedi*, in *Lessico di etica pubblica*, 1/2018, 48 s.

¹¹ «¿Qué garantías y qué riesgos comporta la tendencia *privatizadora* donde se confía que sean las redes sociales y operadores privados los encargados de la limpieza de Internet, con el poder de bloquear o censurar aquello que estos entes consideren inapropiado, aunque pudiera ser un ejercicio lícito de la libertad de expresión?» in G.M. TERUEL LOZANO, *Censura, redes sociales y pluralismo*, cit.

Entre las colisiones con otros derechos, los más comunes se producen en relación a la protección de datos y/o propiedad intelectual, pero nuestra atención versará respecto al discurso de odio y censura de actos comunicativos.

2. *¿Diseñamos un régimen jurídico ante nuevos problemas o incorporamos el presente?*

En principio, se acepta mayoritariamente que en nuestro ordenamiento constitucional –nos referimos al Español– la libertad de expresión debe ser protegida con independencia del medio usado, sea o no en Internet. Lo que nos lleva, a la siguiente cuestión capital, respecto a la problemática entre Internet y la libertad de expresión, conocer qué régimen jurídico aplicamos. La subsiguiente, ¿y cómo determinamos su naturaleza? Pues no resulta fácil en la práctica, determinar cuál es la actividad principal de una página web. No es lo mismo, una página web que se destina al comercio electrónico que otra, por ejemplo, dedicada como medio comunicativo. O con términos semejantes, no toda acción comunicativa en Internet estará amparada por las garantías de la libertad de expresión. Así, ante la cuestión de la naturaleza, la doctrina diferencia entre las dedicadas al comercio electrónico que se adaptan a una normativa –de carácter más privado– correspondiente a sus peculiaridades. A diferencia de las páginas con actividades de difusión de información, que gozan de un amplio reconocimiento para incluir determinados límites a la libertad de expresión. En línea parecida a esta postura, Sánchez Ferriz expresa que el medio en Internet, necesariamente, afectará a la licitud de los mensajes. No es lo mismo el *cómo* y el *cuándo* para determinar la licitud de determinados mensajes¹².

Ahora bien, un medio o canal de comunicación en Internet debe estar sometido a un escrutinio estricto respecto a cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión¹³. Como nota, respecto a la responsabilidad jurídica en las redes sociales¹⁴, en principio, «no deben ser responsables por los contenidos publicados por terceros siempre que hayan cumplido con diligencia con su procedimiento de moderación»¹⁵. Si bien, los autores

¹² R. SÁNCHEZ FÉRRIZ, *Las libertades públicas y su ejercicio en internet*, in L. COTINO HUESO (a cura di), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 103-105 ss.

¹³ «Sin embargo, una cosa es pedir la colaboración de las redes sociales y distribuidoras de contenidos y, otra muy distinta, reclamar a éstas que suplanten a las autoridades policiales y judiciales en la decisión, persecución y, sanción, mediante el cierre de webs y borrado de contenidos, pues significaría tanto como convertir a empresas privadas en agentes legitimados para restringir discrecionalmente la libertad de expresión» in A. VALERO HEREDIA, *¿La libertad de expresión en manos de un algoritmo?* In *Agenda Pública-El País*, 10 de enero de 2017.

¹⁴ Nos sumamos a esta idea, «Twitter o Facebook hoy cumplen una función similar a la que antes cumplían los foros públicos tradicionales como las calles, los parques y las plazas, pero también lo es que Twitter o Facebook son espacios virtuales gestionados por empresas privadas», in V.J. VÁZQUEZ ALONSO, *Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es: Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EEUU*, in *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 1/2020, 498 s.

¹⁵ G.M. TERUEL LOZANO, *Redes sociales, censura, pluralismo*, in *resumen de Ponencia Fundación Giménez Abad*, 25 de marzo de 2021.

aluden a que si puede imponérselos normativamente una serie de cargas -a las empresas o proveedores- para salvaguardar el pluralismo y la posición de los usuarios. En especial, todo lo relativo a la claridad y transparencia en las condiciones de acceso y de moderación que libremente se establezcan -en consonancia al Estado de Derecho- en las redes sociales. Igualmente, determinados mecanismos para la retirada expedita de contenidos ilícitos, eso sí, cuando lo comunique la autoridad pública competente.

Otra cuestión esencial pero ambigua, son las fórmulas de control relativas a la censura de contenidos¹⁶. En principio, claro que resulta admisible y legítimo democráticamente bloquear la difusión de determinados contenidos ilícitos o de contenidos nocivos, así lo recogen numerosas leyes penales y administrativas en consonancia a los derechos fundamentales. De este modo, se traslada el tratamiento jurídico corriente del discurso del odio a Internet ante esas conductas extremas. Ahora bien, cualquier medida limitativa o censuradora, regulada por ley, de una comunicación libre –incluso con manifestaciones odiosas que no del odio– no puede tener como consecuencia, un control sistemático por parte de los poderes públicos u operadores privados¹⁷. Al fin y al cabo, «diritto della libertà del pensiero è anche sorveglianza, censura privatizzata»¹⁸, aunque diríamos que no de forma sistemática.

3. El discurso del odio y formas de censura público-privada

Bajo el rótulo de los llamados discursos de odio, fruto de la expresión *hate speech* norteamericano, se incluiría la caracterización que señaló el Comité de Ministros del Consejo de Europa: «toda forma de expresión que difunda, incite, promueve o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo, u otras formas de odio basadas en la intolerancia»¹⁹. Al igual que aquellas manifestaciones que incitan directamente a la violencia o enaltecimiento del terrorismo²⁰. Con otros términos, se persiguen tanto los

¹⁶ Respecto a la negación de difundir contenidos «la amenaza de fuertes sanciones, unidas a la ambigüedad del sistema legal de atribución de responsabilidad, implica también en nuestro caso un importante efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión» in G. ESCOBAR ROCA, *Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio*, L. COTINO HUESO (a cura di), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 127 s.

¹⁷ «la libertad de expresión podrá justificar la imposición de cargas o de obligaciones a los sujetos privados que participen en el proceso comunicativo y amparará la intervención estatal para corregir las disfunciones y facilitar la plena eficacia de esta libertad para todos los ciudadanos y garantizar así tal espacio auténticamente pluralista» G.M. TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión y censura en Internet*, cit., 45 s.

¹⁸ 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*, 4/2018, 225 s.

¹⁹ Recomendación nº (97)20, del 30 de octubre de 1997 sobre “discurso de odio” del Comité de Ministros. Al igual, la Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa.

²⁰ El «Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido bajo esta categoría tanto la incitación indirecta a la violencia como aquellos discursos que resulten discriminatorios o estigmatizadores para los grupos vulnerables de la sociedad» en A. VALERO HEREDIA, *El discurso del odio: la necesaria concreción de un concepto banalizado*, in *Agenda Pública-El País*, 22 de octubre de 2018.

discursos discriminatorios o estigmatizadores respecto a colectivos sociales que se hallen en situación especial de vulnerabilidad; como, aquellos discursos que generen una alta probabilidad de riesgo de incitación a la violencia. En definitiva, son expresiones –en este caso contenidos en Internet– que pretende estigmatizar a determinados colectivos o grupos con rasgos semejantes. Los marcos normativos y la jurisprudencia recientes, hacen que veamos con malos ojos, la banalización con la que se aplica extensivamente este término. Sin que se consideren numerosos requisitos o consideraciones interpretativas expuestos por parte de la dogmática referente, a la hora de considerar el discurso de odio un límite acorde al ejercicio de la libertad de expresión, entre otros, Pollicini, Ziccardi o Teruel Lozano. Con ello, la percepción del odio como límite a la libertad de expresión e información, acaba por transformarse en una aplicación judicial subjetiva o sin parámetros razonados. Por supuesto que el odio *en línea* presenta efectos multiplicadores de este tipo de discurso hacia la dignidad de muchos ciudadanos. Además, suprime un principio inclusivo equilibrado en el mercado de ideas a los grupos o colectivos minoritarios, tras haber sido dañados su honor o dignidad. A parte de sus efectos multiplicadores, se ubican otros problemas específicos (en la forma de difundirlos) como puede ser la itinerancia de datos, anonimato o transnacionalidad. Si bien, pensemos que el límite para no amparar el ejercicio de un derecho fundamental esencial, como es la libertad de expresión, debe fundamentarse en la necesidad y relevancia para los derechos de otro individuo y/o la sociedad en su conjunto. Resulta importante señalar que en la Unión Europea no se ubican instrumentos normativos –ejecutables– específicos destinados a la persecución de los discursos de odio en Internet. Por ello, hace necesario acudir a las legislaciones nacionales que, en su gran mayoría, han optado por la vía penal -omitiendo otras menos gravosas- para sancionar las incitaciones al odio. Dicho esto, no necesariamente, los tipos penales o sanciones administrativas deben transformarse en medidas limitativas o censuradoras de la comunicación libre, sino al contrario, debe no alterar –o al menos mínimamente– el ejercicio de la libertad de expresión. «Il diritto può essere, dal canto suo, uno strumento pericoloso ... può diventare strumento di censura» afirma Ziccardi.

Por otro lado, Balkin²¹ ha considerado que las empresas que operan en la red, se hallan en una difícil situación al proteger los derechos constitucionales de los usuarios. Por varios motivos, en primer lugar, no siempre tienen interés en hacerlo; y, en segundo, tanto por las diversas consecuencias jurídicas como económicas que les puede acarrear. En definitiva, la posible colaboración de los operadores de internet con los poderes públicos continúa en rumbo arduo, tanto teórico como normativo. Por ende, la revisión de contenidos por parte de las empresas que operan en Internet no se somete a un marco de responsabilidad claro y transparente.

En suma, el debate continúa vivo, entre extremos contradictorios: mientras hay quienes consideran que las autoridades deben suprimir los contenidos discriminatorios; al contrario, otros sugieren que estos no pueden devenir en un aparato de censura al *ius comunicatis*. Máxime, con una categoría sumamente compleja como es el *hate speech*.

²¹ Vid. J. BALKIN, *Digital Speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*, in *New York University Law Review*, 79-1/2004.

Unidos a los paradigmas distintos de protección de la libertad de expresión, entre Europa y los EEUU²². La doctrina considera relevante su diferenciación para un estudio completo, entre ellos, Vázquez Alonso entiende que «en derecho norteamericano cualquier restricción que imponga el Estado sobre la libertad de expresión, ya sea en ámbitos que puedan considerarse como foros públicos naturales, o en aquellos otros artificiales, en tanto habilitados por los poderes públicos, será contraria a la Primera Enmienda, salvo que se puede demostrar que existía un interés verdaderamente apremiante que justifique esa prohibición»²³.

En palabras de Valero, «las medidas para combatir estos discursos que se han ido adoptando hasta la fecha van desde la promoción de la autorregulación y la implementación de filtros informáticos por parte de las empresas de Internet, hasta la exigencia de actuaciones y responsabilidades a éstas por parte de los poderes públicos»²⁴. La determinación de si una expresión del *bot* es o no constitutiva de discurso del odio y con ello censurando, no puede pasar por la elección de los operadores privados de internet sin que contemplen su incidencia a un contenido protegido por la libertad de expresión²⁵, y sin tener en cuenta los parámetros del TEDH. Más aún, debemos analizar seriamente la práctica que se realiza mediante mecanismos de autorregulación por parte de las empresas, y a la propia posibilidad de que puedan ser objeto de supervisión judicial²⁶. Las tecnologías de control de contenidos son variopintas y no todas resultan igualmente respetuosas con la libertad de expresión. Una restricción a la libertad de expresión debe ser proporcional a los beneficios que la misma reporta a la protección de otros intereses constitucionales. Mínimamente, esa restricción debe estar prevista legalmente, siendo necesaria e idónea para alcanzar la finalidad perseguida, además debería incorporar las garantías judiciales, incluyendo un debido proceso.

4. Conclusiones provisionales

Concluimos afirmando que las ventajas de Internet han sido y son innumerables, así para Frosini: «Internet ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale».

²² Whilst in the US framework, the internet has amplified the protection of freedom of speech in Europe the trend was opposite. Among the reasons, it is possible to observe that only those restrictions that fulfil the strict scrutiny test comply with the First Amendment. Since any content restriction is subject to strict scrutiny, free speech in the US continues to enjoy a broader margin of protection, in 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*, 25-2/2019, 155-168 ss.

²³ V.J. VÁZQUEZ ALONSO, *Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es: Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EEUU*, cit., 488 s.

²⁴ A. VALERO HEREDIA, *Los algoritmos del odio*, in *Agenda Pública-El País*, 6 de septiembre de 2019.

²⁵ J. BARATA, *Facebook castiga a Netanyahu*, in *Agenda Pública-El País*, 16 de septiembre de 2019.

²⁶ «En Internet el problema no es tanto el castigo en sí mismo (¿qué se castiga?) [sino] cómo puede lucharse de modo eficaz contra los contenidos prohibidos (problema este último más policial que jurídico)» in G. ESCOBAR ROCA, *La libertad de expresión y el derecho a la información en la era de internet*, ponencia en Jornadas ¿Exige la sociedad-red una nueva democracia? in Giménez Abad- Universidad Meléndez Pelayo, 22 y 23 de enero de 2008.

Sin embargo, los conflictos entre derechos y su sucesiva limitación continúan produciéndose. Por ese motivo, necesitamos soluciones razonables jurídicamente. Un paso inicial, son las propuestas enumeradas por el profesor Ziccardi: educación de los usuarios, tecnología para bloquear el odio automático, y el uso efectivo de la ley. En línea semejante, Rodríguez-Izquierdo afirma que: «La alternativa más realista para contener el discurso discriminatorio, al menos por el momento, parece ser la de involucrar a los operadores privados y a los usuarios en la depuración y eliminación de sus expresiones y símbolos, incentivando la cooperación sobre la base de elementales valores cívicos». En esa línea, Ziccardi considera que la responsabilidad del proveedor de comunicación puede ir por: «Un primer passaggio dovrebbe essere quello di sviluppare estándar, all'interno delle società, per far sì che si diffondano prassi accettabili e responsabili da parte degli utenti, e ciò si può ottenere con la redazione di policy chiare e trasparenti sull'hate speech...Un secondo passaggio consisterebbe nell'influenzare i risultati dei motori di ricerca più importanti»²⁷.

Consideramos que debe reflexionarse sobre si los operadores o proveedores no son meros prestadores de comunicación, al cumplir con funciones de interés general, lo que llevaría a pensar que su autorregulación debe ir en sintonía (al menos los dispositivos algorítmicos) «respecto a las propias reglas y principios que comprometen al Estado, y que por ello, son trasladables»²⁸.

El mundo globalizado reclama, cada vez más, una adecuación en el planteamiento de las garantías de los derechos fundamentales ante el avance creciente de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Los desarrollos tecnológicos no pueden menoscabar las libertades cívicas, lo que impone una consciencia de los ámbitos jurídico y político. En suma, una actitud reflexiva crítica ante nuevos problemas que en el acontecer social suscita los avances tecnológicos. Sin dudar de las incuestionables ventajas de conocimiento y comunicación del ciberespacio o la revolución de Internet, también ha supuesto un factor de incremento de nuevas formas de criminalidad, entre las que se ubica el discurso del odio. El tratamiento jurídico del discurso del odio que se aplicaba a canales tradicionales de comunicación requiere trasladarse a las nuevas formas de comunicación social, con especial atención a las redes sociales. Con ello, nos permitirá responder si los límites al ejercicio de la libertad de expresión se corresponden o no a los tradicionales. Tengamos presente que en nuestras sociedades modernas y pluralistas, la libertad de expresión es piedra angular del sistema democrático constitucional, así ha sido reconocido, por el TEDH, entre otros.

El derecho debe brindar determinadas respuestas a supuestos de hechos distintos, o al menos identificar elementos que diferencian la comunicación. El trabajo trata de plantear como las redes sociales ha supuesto, en la práctica, un espacio sin fronteras y límites para la expresión y comunicación entre la ciudadanía. Una auténtica revolución de la comunicación e información en un entorno virtual. En este, se alcanza cotas mayores de participación política en el debate público. Una oportunidad para mejorar las formas

²⁷ G. ZICCARDI, *Il contrasto dell'odio online: possibili rimedi*, in *Lessico di etica pubblica*, cit., 47 s.

²⁸ V.J. VÁZQUEZ ALONSO, *Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es: Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EEUU*, cit., 503 s.

de democracia participativa y un desarrollo expansivo de las libertades de información y comunicación. Ahora bien, por un lado, recientemente se está convirtiendo en un medio controlado o comercializado –controles sistemáticos previos–, desplegando formas de censura que impiden ser un auténtico espacio de libertad y de pluralismo. Y, por otro, determinadas expresiones de odio, con sus efectos multiplicadores, dañan otros derechos fundamentales como la dignidad y el honor. Junto a ello, estos discursos marginan a grupos y colectivos minoritarios, suprimiendo el principio inclusivo igualitario del equilibrio del mercado de ideas en la esfera pública. A nuestro pesar, las redes sociales se han transformado en el espacio preferido para el insulto, la humillación o la amenaza. Y las respuestas de las empresas tecnológicas que albergan los contenidos, no siempre son efectivas a la hora de moderar contenidos. Esta tensión entre amparar y censurar la libertad de expresión resulta un reto global e interdisciplinar jurídicamente. Dado que las democracias constitucionales precisan cánones para justificar una limitación a la libertad de expresión ante ese tipo de discursos de odio, al dañar la dignidad y el honor; pero al mismo tiempo deben evitar censuras injustificadas.

Esto es, los límites a la libertad de expresión deben ser reinterpretados o actualizados a la nueva realidad tecnológica. Las garantías constitucionales del pluralismo político y la libertad de expresión en un Estado social y democrático deben salvaguardarse. Tal es así, que resulta necesario atender a las nuevas formas de censura derivados del control tanto público como privado, y, las posibles barreras socio-económicas de acceso a la información. Asimismo, no debe perderse de vista la colisión entre la dignidad y la libertad, a consecuencia del *hate speech*.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

DIRITTO ALL’OBLIO
DAL DIRITTO “AD ESSERE DIMENTICATI” AL DIRITTO ALLA
DEINDICIZZAZIONE

VALENTINA CAVANI

SOMMARIO: 1. Diritto all’oblio come diritto “ad essere dimenticati”: il contesto dei media tradizionali e il confine con riservatezza e identità personale. – 2. Diritto all’oblio *vs.* diritto di cronaca. – 3. Diritto all’oblio come diritto alla contestualizzazione e all’aggiornamento dei dati: l’avvento di Internet. – 4. Diritto all’oblio come diritto alla cancellazione: l’evoluzione della *privacy* nel quadro normativo europeo. – 4.1. La Direttiva n. 95/46/CE e la sentenza *Google Spain*. – 4.2 Il Regolamento europeo n. 679/2016. – 5. Il diritto all’oblio oltre oceano: la prospettiva statunitense. – 6. Conclusioni.

1. Diritto all’oblio come diritto “ad essere dimenticati”: il contesto dei media tradizionali e il confine con riservatezza e identità personale

Il problema della qualificazione giuridica di quello che viene ormai comunemente definito ‘diritto all’oblio’ consiste nella ricerca della collocazione che questo diritto ha nel sistema ordinamentale e, segnatamente, nel sistema dei diritti della personalità.

Il tema dell’oblio, come contenuto di un diritto soggettivo della personalità, ha costituito oggetto di approfondimento da parte della cultura giuridica italiana soltanto in tempi relativamente recenti¹.

¹ Si potrebbe in realtà sostenere che, dal punto di vista giuridico, l’oblio abbia origini antichissime, essendo già rinvenibile nel diritto romano in ordine alla previsione della *damnatio memoriae*. Tuttavia, mentre in passato la cancellazione della persona dalla memoria collettiva costituiva una pena a tutti gli

Le prime pronunce della giurisprudenza sono state sollecitate da protagonisti di avvenimenti di cronaca, già di pubblico dominio, che, a distanza di tempo, vedendo riproposta attraverso i tradizionali *mass media* (principalmente attraverso i giornali e la televisione) la propria storia passata, si sono rivolti ai giudici per chiedere tutela alla loro esigenza di oblio, adducendo la stretta inerenza delle vicende rappresentate alla sfera più intima della propria personalità, indebitamente (ri)esposta alla pubblica notorietà.

Il diritto all'oblio si è dunque radicato in uno dei settori più "caldi" di quasi tutte le esperienze giuridiche contemporanee, trovando il proprio terreno di elezione nella tutela della personalità individuale rispetto alle lesioni provenienti dai mezzi di comunicazione di massa.

Questa finalità avvicina il diritto in esame ad altri due diritti "non scritti", considerati veri e propri paradigmi dell'opera di creazione giurisprudenziale del diritto e matrici prime del diritto all'oblio²: il diritto alla riservatezza e il diritto all'identità personale.

Prive di un esplicito richiamo nella Costituzione, anche tali situazioni giuridiche sono emerse nella prassi, ponendosi a presidio di esigenze che la realtà sociale ha reso sempre più impellenti. Con esse, il diritto all'oblio condivide non soltanto la genesi, per così dire, "pretoria", ma anche la sostanza degli interessi tutelati: quello al riserbo, in un caso, e quello a una corretta rappresentazione della propria personalità, nell'altro.

Il diritto all'oblio, nella sua originaria accezione di diritto "ad essere dimenticati", nasce come "specificazione" del diritto alla riservatezza³, con il quale condivide l'oggetto della tutela. Esso, infatti, si propone di tutelare la sfera privata dell'individuo contro le aggressioni a essa perpetrate attraverso la ripubblicazione, a distanza di anni, di notizie allo stesso riferibili.

Ma è proprio la vetustà delle notizie l'elemento che differenzia l'istituto in esame dalla *privacy*, l'elemento "specializzante". Il fattore temporale qualifica l'interesse sotteso al diritto all'oblio in termini diversi rispetto alla riservatezza⁴. Se, infatti, la prima

effetti, il fine che si vuole oggi perseguire invocando il diritto all'oblio risiede nell'opposta possibilità di essere concretamente dimenticati. Cfr. F. SERGIO, *Il diritto "ad essere dimenticati": l'evoluzione normativa giurisprudenziale del diritto all'oblio ed i rapporti con il diritto di cronaca in un'ottica costituzionalmente orientata*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1/2020, 177.

² Cfr. G. GIACOBBE, in E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di studi del 17 maggio 1997*, Napoli, 1999. Riferendosi a riservatezza e identità personale, parla di «nucleo duro» del diritto all'oblio E. STRADELLA, *Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone anche nella Rete, quali anticorpi si possono sviluppare, e, infine, cui prodest?*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 20. Assai di recente, la Suprema Corte, ha affermato che «il diritto all'oblio va considerato, atteso il comune fondamento nell'art. 2 Cost., in stretto collegamento con i diritti alla riservatezza ed all'identità personale»: Cass. civ., 31 maggio 2021, n. 15160, disponibile su *Pluris*.

³ In questo senso il diritto in questione appartiene «alle ragioni e alle regioni» del diritto alla riservatezza: cfr. G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, 808.

⁴ Tracciata in questi termini la differenza con la riservatezza, alcuni autori definiscono il diritto all'oblio come «privacy storica», il cui dato specificante la nozione generale di *privacy* è il distacco temporale che passa tra il fatto e la sua possibile conoscibilità o utilizzo da parte dei terzi: «Detto in altri termini, il rapporto tra le due situazioni giuridiche è quello che sussiste in matematica tra insieme e sottoinsieme, in cui quest'ultimo rientra nel primo ma con elemento specializzanti. Le caratteristiche generali presenti nella prima situazione, ovvero nella riservatezza, sono contenute anche nella seconda, la quale a sua volta

pubblicazione della notizia può essere lecita, e giustificare la lesione della *privacy* del soggetto interessato, la seconda può non esserlo, dando così forma alla pretesa dello stesso a tornare “nell’ombra”.

Il decorso del tempo incide anche su un altro valore fondamentale della persona umana: la propria identità. Quest’ultima, intesa come «patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale (ecc.)»⁵ dell’individuo, è “costruzione” in continua evoluzione, tanto che la rappresentazione di ciò che il soggetto era in passato nella maggior parte dei casi non corrisponde a ciò che egli è nel presente.

Il diritto all’oblio mira dunque a salvaguardare la proiezione sociale dell’individuo in una prospettiva “dinamica”, che renda conto degli effetti che il trascorrere del tempo può esercitare sulla sua personalità.

Diritto “ad essere dimenticati”, a tutela del riserbo dell’individuo, e diritto a non essere ricordati sulla base di fatti passati che forniscono una rappresentazione della propria identità non corrispondente a quella attuale: il diritto all’oblio diviene, pertanto, fulcro di incidenza di due distinti ordini interessi, dotati entrambi di rilevanza costituzionale.

Il rapporto tra riservatezza e tempo e, in particolar modo, la capacità di quest’ultimo di incidere sulla tutela della prima, è stato oggetto di attenzione della giurisprudenza sin dagli anni in cui andava affermandosi il diritto alla *privacy*⁶.

Tuttavia, i primi casi giurisprudenziali che sembrano potersi accostare alla tematica del diritto all’oblio sono tutti da ascrivere alla categoria delle «occasioni perdute»⁷, nel senso che i giudici non solo non arrivarono a menzionare il diritto in questione, ma continuarono anche a negare che il tempo potesse far dimenticare alcuni fatti un tempo pubblici⁸.

Occorrerà attendere gli anni ’90 affinché il rapporto tra fattore temporale e interesse alla notizia venga finalmente considerato in modo differente.

In una storica sentenza del 1998, la Corte di cassazione tiene a battesimo il diritto all’oblio, definendolo come «giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata»⁹.

presenta il fattore temporale come elemento del tutto particolare, come elemento che rende tale diritto del tutto autonomo da quello alla riservatezza», cfr. M. MEZZANOTTE, *Il diritto all’oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009, 123.

⁵ Secondo la definizione di tale bene individuale fornita dalla Corte di cassazione nella sentenza 22 giugno 1985, n. 3769, in *Giustizia civile*, vol. I, 1985, 3049.

⁶ Il diritto alla riservatezza è stato definitivamente riconosciuto nell’ordinamento italiano dalla Corte di cassazione con la sentenza 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro italiano*, vol. I, 1976, 2895.

⁷ L’espressione di M. DI MARZIO, *Il Diritto all’oblio*, in *Persona e danno*, 2006, - disponibile al seguente link: <https://www.personaedanno.it/articolo/il-diritto-all-oblio--mauro-di-marzio> - si riferisce ad una serie di casi sottoposti all’attenzione delle Preture di Roma negli anni ’70, riguardanti la riproposizione, all’interno di opere televisive o cinematografiche, di fatti di cronaca del passato.

⁸ In una di queste ordinanze si legge che il diritto di cronaca «opera senza limitazioni di sorta consentendo riferimenti a fatti accaduti quale che sia la distanza di tempo con essi», cfr. Pret. Roma, 20 febbraio 1971, in *Diritto di autore*, 1971, 330-333.

⁹ Cass. civ., 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro italiano*, 1998, 123.

2. Diritto all'oblio vs. diritto di cronaca

Se quello appena delineato è il campo d'azione del diritto in esame, emerge chiaramente come il diritto "antagonista" (o, come alcuni preferiscono, l'«interlocutore naturale»¹⁰) del diritto all'oblio vada individuato nel diritto di cronaca, corollario logico-giuridico della libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost.

Anche in relazione al diritto all'oblio si ripropone, quindi, il tradizionale problema del conflitto tra diritti della personalità e libertà di espressione: un rapporto, quest'ultimo, «vivace, inquieto, nervoso» eppure destinato a un fatale equilibrio nell'alveo dei valori costituzionali¹¹.

Affinché la tutela della personalità umana non si risolva in un'apriorista soppressione di libertà garantite dal testo costituzionale occorre operarsi una delicata operazione di bilanciamento tra gli interessi in gioco nel caso concreto.

A tal fine sembra possibile mutuare i criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ad analoghe tipologie di conflitti tra il diritto di informare e i diritti della persona cui si riferiscono le notizie divulgate.

Tra le condizioni che il diritto di cronaca deve rispettare affinché la diffusione di notizie lesive dell'altrui sfera privata possa dirsi legittima¹², a fungere da ago della bilancia per quanto concerne il diritto all'oblio è il requisito dell'interesse pubblico all'informazione. Il fattore temporale (che, come detto, rappresenta l'elemento qualificante del diritto in esame) va a incidere proprio su tale presupposto, affievolendolo fino a farlo scomparire. Se, infatti, la pubblicazione di una notizia (purché vera e correttamente esposta) è inizialmente giustificata dall'esigenza di informare il pubblico su fatti nuovi, essa non lo è più dopo che la notizia risulta ampiamente acquisita. Un'eventuale ripubblicazione non solo non soddisferebbe alcun (attuale) interesse della collettività, ma potrebbe risultare ulteriormente dannosa per il soggetto coinvolto, laddove quest'ultimo si sia nel tempo emancipato dai fatti che lo avevano visto

¹⁰ Così G. B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, cit., secondo il quale il rapporto tra riserbo e notizia non deve essere inteso nei termini di uno scontro o di un «braccio di ferro», in quanto «la scelta, operata dal nostro costituente, di porre al centro dell'intero sistema giuridico la persona nelle sue dimensioni sia individuale che sociale, fa sì che tutti i diritti (o, se si vuole, le libertà) politici, economici e civili, sanciti direttamente dalla nostra carta costituzionale o comunque presenti ed operanti nel sistema giuridico [...] risultino funzionalizzati alla sviluppo della persona stessa» (801). Ciò significa che tali diritti e il loro corretto esercizio non possono, in linea di principio, confliggere tra loro, tutti convergendo ad una medesima finalità (quella, appunto, di consentire il pieno sviluppo della persona umana).

¹¹ V. LA CAVA, *Il diritto alla riservatezza: la privacy e i suoi limiti*, in *Atti dell'incontro di studio e documentazione per i magistrati sul tema "Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale"* (Firenze, 18-20 novembre 1988), *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1990, 53.

¹² Condizioni delineate dalla giurisprudenza nella c.d. "sentenza decalogo" (Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro italiano*, 1984, I, 2711-2721), nella quale la Corte è giunta a riconoscere la legittima esplicabilità del diritto di cronaca, e la sua prevalenza sui diritti della persona coinvolta dalla pubblicazione, unicamente ove ricorra la triplice condizione: dell'utilità sociale della notizia; della verità dei fatti divulgati; della forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione.

protagonista, ricostruendosi una nuova identità non più corrispondente a quella passata.

Essendo il diritto all'oblio subordinato al perdurare della mancanza dell'interesse pubblico, può, tuttavia, accadere che, trascorsi diversi anni dall'iniziale pubblicazione, riviva (per i più diversi motivi) un interesse della collettività verso il fatto oggetto di cronaca, il quale in tal caso dovrà prevalere sul confliggente interesse del singolo a restare nell'anonimato.

Molto interessante, in questa prospettiva, è la “rappresentazione plastica” delle dinamiche ed interrelazioni tra i diritti coinvolti offerta dai giudici di legittimità in una sentenza del 2009¹³, i quali scelgono l'immagine rappresentativa della meccanica della molla compressa, che si ri-espande ove venga meno la forza che la costringeva: «I beni della riservatezza e della reputazione compressi dall'interesse pubblico all'informazione, quando la notizia è attuale, tendono a ri-espandersi con il trascorrere del tempo quando va, via via, scemando l'interesse pubblico». «La riattualizzazione dell'interesse pubblico può giustificare una nuova compressione di quei beni, ma deve trovare un nuovo punto di equilibrio con il diritto all'oblio, la cui maturazione, nel frattempo, può aver lenito o rimarginato l'offesa arrecata alla reputazione dalla notizia a suo tempo diffusa ovvero, addirittura, ricostituito la stessa reputazione ove questa, per gravità della vicenda, fosse stata distrutta dalla legittima informazione».

Il diritto all'oblio è nato e si è sviluppato in coppia dialettica con il diritto di cronaca, tanto da trovare in uno dei requisiti (positivi) di quest'ultimo (l'interesse pubblico all'informazione) l'elemento costitutivo che (in negativo) lo caratterizza.

La questione del bilanciamento tra oblio e cronaca ha accompagnato tutto il percorso evolutivo del diritto in esame ed è stata al centro di pronunce giurisprudenziali assai recenti.

Con l'ordinanza 20 marzo 2018, n. 6919¹⁴, la Suprema Corte nega la sussistenza di un interesse pubblico alla nuova diffusione di immagini riguardanti un noto cantautore italiano e stila un vero e proprio elenco dei presupposti ricorrendo i quali il «diritto fondamentale all'oblio può subire una compressione a favore dell'egualmente fondamentale diritto di cronaca»¹⁵.

All'antico conflitto oblio-cronaca non si sottrae nemmeno il caso che ha dato origine alla prima pronuncia delle Sezioni Unite sul diritto all'oblio¹⁶.

Si tratta, per utilizzare le parole della Corte, di un «caso classico», cioè di un caso connesso col problema della ripubblicazione (ritenuta lesiva) di notizie “datate” ad opera dei mezzi di comunicazione tradizionali.

In tale ottica, era stata la stessa ordinanza interlocutoria a chiedere alle Sezioni

¹³ Cass. pen., 17 luglio 2009, n. 45051, in *Diritto e giustizia*, 2009, 115.

¹⁴ Disponibile al link: https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2018/05/cassazione_Sez_I_6919_2018.pdf.

¹⁵ Si tratta di: 1) contributo arrecato dalla diffusione della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) interesse effettivo ed attuale alla diffusione della notizia; 3) elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato; 4) verità della notizia e modalità di diffusione non eccedenti lo scopo informativo; 5) preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., Sezioni Unite, 22 luglio 2019, n. 19681, disponibile al link: https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/11/19681_07_2019.pdf.

Unite di tracciare una linea di confine tra i due diritti antagonisti¹⁷.

Nel risolvere il problema in esame, le Sezioni Unite spostano la prospettiva dell'indagine. Secondo le stesse, quando un giornalista pubblica di nuovo, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata, egli non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto piuttosto il diritto alla rievocazione storica (storiografica), un diritto che gode di tutele inferiori rispetto alla cronaca e che può svolgersi anche in forma anonima, in tal modo attenuando (sino quasi a farli scomparire) gli effetti dannosi della (ri)pubblicazione per l'interessato.

3. Diritto all'oblio come diritto alla contestualizzazione e all'aggiornamento dei dati: l'avvento di Internet

La ricostruzione così operata del diritto all'oblio e del suo rapporto con la libertà di manifestazione del pensiero si complica (e non poco) con l'avvento della Rete.

L'applicazione delle coordinate teoriche elaborate dalla giurisprudenza per dare una forma e un contenuto al diritto "ad essere dimenticati" diventa alquanto complessa se si assume quale contesto di riferimento quello di Internet.

Mentre nei mezzi di comunicazione tradizionali è possibile distinguere, sul piano fenomenico, tra prima (lecita) e seconda (illecita) pubblicazione, in Rete la ripubblicazione non è più necessaria dal momento che, per la stessa organizzazione del *web*, l'informazione non viene cancellata ma rimane sempre (quantomeno astrattamente) disponibile.

Nel caso di notizie rese pubbliche mediante quotidiani, periodici o trasmissioni televisive, la pubblicazione dei contenuti costituisce un evento determinato e non continuativo nel tempo; pertanto, anche l'eventuale rievocazione della vicenda, attraverso i medesimi mezzi, ha analoga natura in termini di permanenza nel tempo¹⁸. Il mondo virtuale consente invece una potenzialmente infinita reiterazione della divulgazione della notizia, con effetti sul perdurare della stessa nel tempo e sull'ampiezza del pubblico raggiunto. Il tempo da considerare non è più quello trascorso tra la pubblicazione dell'informazione e la sua ripubblicazione, ma quello trascorso dal momento della pubblicazione che perdura. Non si tratta di un evento che si ripropone all'attenzione del pubblico, bensì di un evento che potrebbe non essere mai uscito dall'attenzione del medesimo.

Viene, dunque, meno il binomio notizia-rievocazione proprio del diritto all'oblio così come esso è venuto configurandosi nelle sue prime apparizioni: «siamo di fronte ad

¹⁷ Ritenendo «ormai indifferibile l'individuazione di univoci criteri di riferimento che consentano agli operatori del diritto (ed ai consociati) di conoscere preventivamente i presupposti in presenza dei quali un soggetto ha diritto di chiedere che una notizia, a sé relativa, pur legittimamente diffusa in passato, non resti esposta a tempo indeterminato alla possibilità di nuova divulgazione», cfr. Cass. civ., 5 novembre 2018, n. 28084, disponibile al link: <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/02/Cass-civ-rimessione-SSUU-28084.pdf>.

¹⁸ A. MANTELERO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad Internet*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, 156.

un continuum temporale e non più a due eventi puntuali»¹⁹.

Dall'analisi delle peculiarità del contesto *online* è facile intuire il ruolo centrale assunto dai soggetti che offrono gli strumenti abilitanti per indagare nella «memoria delle Rete»²⁰: da un lato, i professionisti dell'informazione, ovvero coloro che operano nel mercato delle notizie e che scelgono il canale *web* per pubblicarle, e dall'altro i nuovi intermediari dei contenuti digitali, i gestori dei motori di ricerca²¹.

Il diffondersi dei media *online* e la digitalizzazione del contenuto dei loro archivi assicura all'informazione una durata di vita che va molto oltre il momento nel quale essa è stata inizialmente diffusa. Sulla molteplicità delle informazioni presenti sulla Rete (vecchie, nuove o «riattualizzate») va poi ad incidere l'attività dei motori di ricerca, i quali scandagliano il *web* e catturano le informazioni come una sorta di «rete a strascico», le memorizzano e le decontestualizzano, privandole di ogni riferimento temporale.

In questo scenario accade anche, e spesso, che le notizie diffuse siano incomplete o incorrette, magari perché la vicenda in esse descritta si è nel frattempo evoluta e conclusa in modo diverso da come la notizia, non aggiornata, lascia intendere.

Con l'avvento di Internet, l'esigenza sottesa all'invocazione del diritto all'oblio cambia: la necessità non è più quella di non ripubblicare, ma quella di collocare la pubblicazione, mai uscita dalla disponibilità degli utenti, nell'attuale presente. La pretesa dell'individuo non è più quella che informazioni lui concernenti siano dimenticate, ma che siano «contestualizzate».

Questa nuova configurazione del diritto all'oblio, come diritto alla contestualizzazione dei propri dati personali, viene definitivamente sancita dalla Corte di cassazione nel 2012²².

Un esponente politico di un piccolo comune lombardo si rivolge al Garante per la *privacy* per ottenere la rimozione di un articolo, riguardante il suo arresto per fatti di corruzione, consultabile nell'archivio *online* di un noto quotidiano nazionale e non recante la successiva notizia del suo proscioglimento nella vicenda giudiziaria.

La richiesta del politico viene rigettata non solo dal Garante, ma anche, successivamente, dal Tribunale di Milano, i quali fondano le loro decisioni sul bilanciamento da svolgere tra diritto all'informazione e diritto alla protezione dei dati, e sul fatto che non trattandosi di ripubblicazione della notizia non sia configurabile il diritto all'oblio.

La Suprema Corte, investita della questione, ribalta tali conclusioni, affermando che «al soggetto cui i dati pertengono è correlativamente attribuito il diritto all'oblio, e cioè a che non vengano ulteriormente divulgate notizie che per il trascorrere del tempo risultino ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati». Tale diritto, «salvaguarda la proiezione sociale dell'identità personale, l'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni (potenzialmente) lesive in ragione della

¹⁹ G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2014, 593.

²⁰ L'espressione è di G. FINOCCHIARO, *La memoria della Rete e il diritto all'oblio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2010, 391.

²¹ A. MANTELETO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad Internet*, cit., 157.

²² Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, VI, 1001.

perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che costituisce l'oggetto) di attualità delle stesse, sicché il relativo trattamento viene a risultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità».

La Cassazione riconduce, pertanto, il diritto all'oblio all'identità personale del soggetto, a tutela della quale emerge la necessità di «garantire al medesimo la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca che lo riguarda, e cioè il collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o financo radicalmente mutare il quadro evincentesi dalla notizia originaria [...]».

4. Diritto all'oblio come diritto alla cancellazione: l'evoluzione della privacy nel quadro normativo europeo

Per comprendere l'ulteriore evoluzione del diritto all'oblio è necessario tornare "alle radici" dello stesso che, come precedentemente sottolineato, affondando nel terreno del diritto alla riservatezza.

A differenza degli altri diritti della personalità, il cui sostrato è rimasto sostanzialmente immutato nel tempo, quest'ultimo diritto si è progressivamente evoluto ed è andato arricchendosi di componenti ulteriori rispetto alla concezione iniziale e originaria.

In connessione con lo sviluppo delle tecnologie informatiche, nel quadro della società dell'informazione, il diritto alla riservatezza si è trasfuso nel più ampio "diritto alla protezione dei dati personali", con cui è stata riconosciuta la pretesa ad una tutela a tutto campo della propria sfera individuale, non più limitata alla *privacy* nei suoi termini essenziali (*rectius*, al diritto ad essere lasciato solo e a non subire ingerenze da parte di soggetti terzi), ma che si traduce anche nella c.d. "autodeterminazione informativa", ossia nel diritto del singolo a decidere in prima persona sulla cessione e l'uso dei dati che lo riguardano. Tale diritto fu riconosciuto per la prima volta in modo espresso dalla Corte costituzionale tedesca²³ e poi definitivamente consacrato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha costituzionalizzato il diritto in questione, affermando all'art. 8 che «Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano».

La *privacy*, dunque, da barriera contro l'accesso alla sfera privata si trasforma in una pretesa di libertà in senso attivo". Non più libertà *da*, ma libertà *di*: libertà di controllare e decidere il destino delle proprie informazioni personali.

Il diritto all'oblio, quale specificazione del diritto alla riservatezza, non poteva non seguire tale evoluzione.

²³ Si fa riferimento alla sentenza *Bundesverfassungsgericht* 15 dicembre 1983, 1 BvR 209/83, trad. it. in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza*, 1987, I, 532.

4.1. La Direttiva n. 95/46/CE e la sentenza “Google Spain”

A livello positivo, il provvedimento che per primo ha codificato il passaggio dalla dimensione *negativa* della *privacy* a quella *positiva* è stata la Direttiva 95/46/CE, attuata in Italia con la legge 31 dicembre 1996, n. 675, poi confluita nel c.d. Codice della *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

Tale normativa prevedeva una serie di norme che conferivano all’interessato il diritto di opporsi al trattamento dei propri dati personali e di chiedere, in presenza di determinate condizioni, la loro rettifica o cancellazione²⁴.

Tuttavia, sia la disciplina europea che quella nazionale non recavano alcuna menzione espressa del diritto all’oblio.

Il quadro normativo tracciato dalla Direttiva ha fatto da sfondo alla più famosa pronuncia in tema di diritto all’oblio, la c.d. sentenza “Google Spain” della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 13 maggio 2014.

La nota pronuncia ebbe origine dalla richiesta del Sig. González di vedere rimossi dal motore di ricerca *Google* alcuni *link* verso articoli pubblicati da un quotidiano *online* e riguardanti una risalente vicenda personale.

La Suprema Corte spagnola – investita della controversia tra l’Autorità garante e il colosso di *Mountain View* – decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE alcune questioni pregiudiziali, tra le quali la portata dei diritti di cancellazione e opposizione al trattamento dei dati previsti dalla Direttiva e la possibilità di delineare, a partire da tali prerogative, un vero e proprio “diritto all’oblio”.

La Corte, dopo aver chiarito che il gestore del motore di ricerca deve essere considerato come “responsabile” del trattamento, sancisce il diritto dell’interessato di rivolgersi direttamente a quest’ultimo per ottenere la rimozione dei collegamenti riguardanti la propria persona, legittimamente pubblicati da terzi e contenenti informazioni veritiere.

Un vero e proprio diritto soggettivo a essere dimenticati²⁵ attuato mediante l’obbligo di deindicizzazione di una determinata informazione da parte del gestore di un motore di ricerca, a richiesta dell’interessato e solo in determinati casi. In particolare, la deindicizzazione potrà essere ottenuta qualora i dati risultino inadeguati, non più pertinenti, ovvero eccessivi in rapporto alle finalità del trattamento e al tempo trascorso.

In presenza di dette condizioni, il diritto fondamentale all’oblio (ancorato ai diritti previsti dagli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza: rispetto della vita privata e familiare e protezione dei dati personali) prevale non soltanto sull’interesse economico del gestore

²⁴ Ci si riferisce, in particolare, all’art. 12 e all’art. 14 della Direttiva. Di particolare interesse anche l’art. 6 che, prevedendo che i dati personali debbano essere conservati in modo da consentire l’identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati, fa riferimento a quello che è l’elemento più caratteristico del diritto all’oblio, ossia il tempo, che in tal caso rappresenta la misura della liceità del trattamento.

²⁵ Cfr. G. M. RICCIO, *Diritto all’oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 4-5/2014, 753.

del motore di ricerca ma anche sull'interesse del pubblico ad avere accesso all'informazione a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome della persona interessata.

La facoltà dell'interessato di ottenere la deindicizzazione dei propri dati, ovviamente, non è assoluta, essendo destinata a soccombere «qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico ad avere accesso, [...], all'informazione di cui trattasi».

La sentenza *Google Spain* ha costituito una svolta epocale²⁶ nella materia della tutela dei diritti nell'era digitale e ha dato forma quel «diritto all'oblio 2.0»²⁷ che oggi viene sostanzialmente identificato nel diritto alla deindicizzazione.

L'aver compreso i rischi derivanti dalla incontrollata (e incontrollabile) diffusione di una notizia a seguito dell'indicizzazione della stessa su di un motore di ricerca costituisce, senza dubbio, una delle intuizioni più significative della pronuncia.

Nel mondo del *web*, infatti, una notizia “esiste” in quanto è indicizzata su un motore di ricerca: una notizia che non sia indicizzata è destinata a scomparire nei meandri della Rete e a causare così anche una minore (se non del tutto irrilevante) compressione dei diritti del singolo²⁸.

La pronuncia, tuttavia, ha scopercchiato un vaso di Pandora di problematiche²⁹, attirando svariate critiche, sia da parte di coloro che volevano “più” diritto all'oblio sia da parte di chi riteneva che tale diritto fosse stato preso dalla Corte troppo “sul serio”³⁰.

Dal primo versante si è obiettato che quello sancito dalla Corte non fosse un vero e proprio diritto “ad essere dimenticati”, quanto piuttosto un diritto a “non essere facilmente trovati”³¹, dal momento che la notizia di cui il soggetto chiede la cancellazione non

²⁶ Parla di una «vera rivoluzione copernicana» G. BUSIA, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014. Secondo R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, in *Questione giustizia*, 1/2017, 76: «La pronuncia è assurda al rango di *blockbuster*. A voler dar conto della letteratura ch'essa ha innescato si riempirebbero pagine e pagine». In effetti, l'*Academic Commentary: Google Spain*, compilato da J. POWLES e R. LARSEN, disponibile al link: <http://www.cambridge-code.org/googlespain.html>, e aggiornato a maggio 2015, conta un paio di centinaia di «entries».

²⁷ Così A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio “preso meno sul serio” alla luce della sentenza Google/Cnil della Corte di Giustizia dell'unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 497. C'è anche chi ha ricondotto a tale pronuncia la genesi di una “seconda anima” del diritto all'oblio, una versione eurounitaria che si affianca a quella domestica: cfr. R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, cit.

²⁸ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio*, cit., 506.

²⁹ Cfr. F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *Federalismi.it - Focus TMT*, 1/2014, 5.

³⁰ L'espressione è di T.E. FROSINI, *Google e il diritto all'oblio “preso sul serio”*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2014, 563 ss., il quale, a sua volta, fa propria quella di R. DWORIN, *Taking Rights Seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

³¹ Parlano di «right not to be found easily» A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro Italiano*, 1/2014, 14, ripresi da S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2016, i quali sottolineano come in realtà quello configurato dalla Corte di Giustizia non sia un vero e proprio diritto all'oblio («la locuzione di ‘diritto all'oblio’ non compare pressoché mai nel testo della decisione, ma anzi viene utilizzata con parsimonia estrema e, quasi, in maniera fugace», 148), quanto piuttosto un «diritto alla dis-associazione del proprio nome da un dato risultato di ricerca», 703. R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, cit., parla di «una sorta di “removal of visibility” ai fini di una reperibilità decisamente più difficoltosa», 17. Così anche S. ZANINI, *Il diritto*

scompare dalla Rete, ma rimane liberamente accessibile nel sito in cui è stata caricata e, quindi, potenzialmente in grado di continuare a ledere la sfera personale del soggetto interessato. A divenire più complicata è, piuttosto, l'attività di ricerca della stessa e quindi l'attività di associazione tra il fatto narrato ed i soggetti coinvolti. In altri termini, la Corte avrebbe consentito «di eliminare quel tradizionale “filo di Arianna” che attualmente consente agli utenti di orientarsi nel labirinto di dati esistenti in Rete, lasciando intatta però l'informazione, che rimane “tranquillamente” posizionata proprio nel punto in cui è stata originariamente pubblicata»³².

Sotto altro profilo si è obiettato che, seppure la deindicizzazione possa apparire come una misura meno drastica, essa produce effetti concretamente non lontani da quelli della cancellazione, data la notevole perdita di visibilità che determina. Ne deriva, anche in questo caso, un problema di temperamento tra diritti della persona e libertà di espressione.

Problema che diviene ancora più delicato se si pensa che, nell'ottica della sentenza in esame, il bilanciamento tra libertà antagoniste è affidato ai motori di ricerca, ai quali viene attribuito un ruolo, per così dire, «para-costituzionale»³³, essendo gli stessi tenuti, almeno in prima battuta, a decidere in merito alle richieste di deindicizzazione.

Quale che sia la prospettiva dalla quale la si vuole leggere, la sentenza *Google Spain* ha senza dubbio consacrato la deindicizzazione quale modalità di tutela privilegiata del diritto all'oblio nel mondo digitale.

Successivamente, anche la Suprema Corte ha definito la deindicizzazione dai motori di ricerca «una soluzione di ragionevole compromesso, soddisfacente per bilanciare i diritti del singolo con quelli della collettività»³⁴.

Ancora più di recente, la Cassazione ha chiarito che «laddove il titolare lamenti la presenza sul *web* di un'informazione che lo riguardi e la sua riemersione attraverso la consultazione di un motore di ricerca», tale esigenza deve essere soddisfatta «non attraverso la “cancellazione” da parte dell'editore del quotidiano *online*, bensì attraverso la “de-indicizzazione” dell'articolo da parte dei motori di ricerca generali»³⁵.

Quello della deindicizzazione è pertanto divenuto, nella prassi giurisprudenziale, lo strumento applicabile «ogni qual volta l'interesse all'indiscriminata reperibilità della notizia mediante motore di ricerca sia recessivo rispetto all'esigenza di tutela dell'identità personale [...]. In tal modo viene evitato il rischio di quella che è stata definita in dottrina

all'oblio nel Regolamento europeo 679/2016: quid novi?, in *Federalismi.it*, 15/2018. M. SIANO, *Il diritto all'oblio in Europa e il recente caso spagnolo*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, cit., ritiene che, con riferimento a quanto sancito dalla sentenza *Google Spain*, sarebbe più appropriato parlare di un «right not to be seen», 132.

³² D. MESSINA, *Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme di comunicazione*, in *dimt.it*, 7 aprile 2017.

³³ O. POLLICINO, *Google rischia di “vestire” un ruolo paracostituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2014.

³⁴ Cass. civ., 27 marzo 2020, n. 7759, disponibile al link: https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7Bb7db0060-b1d2-47eb-b328-422e7fd02feb%7D_cassazione-civile-ordinanza-7559-2020.pdf.

³⁵ Cass. civ., 19 maggio 2020, n. 9147, disponibile al link: https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7B90442855-bb27-4446-b7a7-b16010ff7894%7D_cassazione-civile-ordinanza-9147-2020.pdf.

la “biografia ferita”, ossia il rischio della “cristallizzazione della complessità dell’Io in un dato che lo distorce o non lo rappresenta più”»³⁶.

4.2. Il Regolamento europeo n. 679/2016

A fronte dell’ormai obsoleto impianto normativo della Direttiva 95/46/CE e delle incertezze lasciate dalla sentenza *Google Spain*, il legislatore europeo è intervenuto con il Regolamento n. 679/2016 (c.d. GDPR), il quale ha abrogato la precedente Direttiva.

Il Capo III del Regolamento, dedicato ai *Diritti dell’interessato*, delinea una serie di attribuzioni di diversa natura, costituenti altrettante manifestazioni dell’unitario diritto alla protezione dati personali.

Tra le più importanti novità introdotte in questo ambito dal Regolamento vi è sicuramente l’esplicito riferimento al diritto all’oblio. Nella rubrica dell’art. 17, infatti, accanto alla locuzione «Diritto alla cancellazione», si legge, tra parentesi tonde, la diversa espressione «diritto all’oblio»; espressione che è inoltre utilizzata in ben tre *considerando* del Regolamento, il 65, il 66 e il 156.

L’esplicito richiamo al “nuovo” diritto costituisce un’assoluta novità a livello europeo³⁷, a testimonianza e riconoscimento della lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato il diritto in esame.

Tuttavia, la singolarità di una “doppia” denominazione porta a domandarsi quale sia il rapporto – «metonimico, servente, terminologico, trasversale?»³⁸ – fra il diritto alla cancellazione e il diritto all’oblio.

Il paragrafo 1 della norma elenca una serie di casi in cui l’interessato ha diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano; il paragrafo 3 – nella consueta ottica di bilanciamento tra diritto all’oblio e altri diritti costituzionalmente garantiti – delinea le ipotesi in cui la cancellazione dei dati non può essere ottenuta.

Nulla, dunque, viene detto in relazione al diritto all’oblio inteso “alla *Google Spain*” quale diritto alla deindicizzazione.

Ciò porta a chiedersi: ma è vero oblio³⁹?

Riferendosi soltanto alla cancellazione e non alla deindicizzazione il legislatore europeo ha forse voluto fare un passo indietro rispetto alla sentenza *Google Spain*, riportando l’accento sulla cancellazione del dato dal sito sorgente, in luogo della deindicizzazione dal motore di ricerca? Oppure il diritto alla deindicizzazione deve

³⁶ Così Cass. n. 15160/2021, cit., la quale riporta le parole di A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019.

³⁷ Cfr. F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all’oblio*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 369.

³⁸ S. BONAVITA, R. PARDOLESI, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno e Responsabilità*, 3/2018, 275.

³⁹ *Ivi*, 276.

ritenersi implicitamente ricompreso nel più ampio diritto alla cancellazione⁴⁰?

Quest'ultima ipotesi è generalmente ritenuta preferibile, se non altro «per far sì che l'incerta formulazione del GDPR non depotenzi il diritto all'oblio faticosamente emerso per via giurisprudenziale»⁴¹.

Secondo alcuni autori⁴², la chiave per la corretta interpretazione della rubrica dell'art. 17 si celerebbe nel dettato del paragrafo 2, secondo il quale «il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, [...] adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali».

Per comprendere la portata innovativa di tale disciplina occorre coordinarla con quanto stabilito dal *considerando* 66, il quale, nell'occuparsi espressamente di diritto all'oblio, considera responsabile del trattamento solo il soggetto che ha inserito i dati personali nel circuito della Rete (dunque, il gestore del sito sorgente).

Sarà tale soggetto a dover comunicare la richiesta di cancellazione dei dati personali ai terzi che li trattino; terzi tra i quali devono necessariamente ricomprendersi i motori di ricerca i quali, solo a seguito della comunicazione da parte del sito sorgente, potranno essere considerati responsabili del trattamento.

Il soggetto interessato, pertanto, non può rivolgersi direttamente al motore di ricerca, né per ottenere la cancellazione dei dati, né – tantomeno – per richiederne la deindicizzazione.

Si deve concludere che il paragrafo 2 parli *anche* di deindicizzazione dei dati da parte dei motori di ricerca, ma non nei termini usati da *Google Spain*: «Il regolamento UE 679/16, all'art. 17, non sta positivizzando quel diritto all'oblio, ma qualcosa di parzialmente diverso»⁴³.

In conclusione, non appare fuori luogo domandarsi se il diritto all'oblio, così come delineato dal GDPR, possa essere ricondotto alla matrice forgiata dalla sentenza *Google Spain* oppure se «magari con la complicità delle corti, si candidi per rappresentare addirittura una “terza anima” o, comunque, un elemento atto a spingerlo verso una dimensione ancora più ipertrofica»⁴⁴.

5. Il diritto all'oblio oltre oceano: la prospettiva statunitense

L'implementazione europea del diritto all'oblio a seguito della *pronuncia Google Spain* e dell'entrata in vigore del GDPR ha suscitato nel contesto statunitense reazioni tendenzialmente negative.

Per comprendere questi timori occorre muovere dalla considerazione sacrale che la

⁴⁰ Domande poste da A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio*, cit., 514.

⁴¹ *Ivi*, 514; nello stesso senso, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione*, cit.

⁴² Cfr. S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo*, cit.

⁴³ *Ivi*, 20.

⁴⁴ S. BONAVITA, R. PARDOLESI, *GDPR e diritto alla cancellazione*, cit., 276.

freedom of speech riveste nell'ordinamento americano, scolpita a chiare lettere nel Primo Emendamento⁴⁵.

A tal proposito, è stato autorevolmente sostenuto che il diritto all'oblio rappresenti una vera e propria forma di censura⁴⁶, «la più grande minaccia alla libertà di parola su Internet nel prossimo decennio»⁴⁷.

D'altronde, la visione statunitense della *privacy* è tradizionalmente in conflitto con quella europea.

L'Europa considera i dati personali come una parte essenziale dell'identità di ogni individuo ed è perciò più incline ad ammettere il diritto all'oblio; gli Stati Uniti, al contrario, sono noti per avere un'ampia preferenza per la divulgazione, considerando la *privacy* spesso recessiva rispetto ad altri interessi che è “più necessario” proteggere, come la sicurezza nazionale⁴⁸.

Così, mentre l'UE ha adottato un approccio orizzontale per regolare la diffusione dei dati personali, convalidando l'intervento statale per garantirne la protezione, gli Stati Uniti applicano una strategia incentrata sul mercato, con codici di condotta volontari e regole specifiche per ogni soggetto, con l'obiettivo di ridurre le intrusioni dello Stato.

Tuttavia, nonostante questa mancanza di omogeneità in materia di tutela dei dati personali, il tema dell'oblio non è per nulla estraneo al pensiero statunitense.

La tradizione patriottica vuole che il paese sia stato costruito da coloro che cercavano una seconda possibilità e speravano di reinventarsi. Una lunga storia di «*heading West*» ha portato ad apprezzare l'allentamento delle catene del proprio passato⁴⁹: «Perdonare e dimenticare è la quintessenza dell'America»⁵⁰.

Le basi filosofiche del diritto in esame sono state riconosciute in una certa misura anche dalle Corti statunitensi. Per esempio, la Corte d'appello della California nel caso *Melvin v. Reid*⁵¹ ha riconosciuto che «c'era un valore sociale nel far dimenticare il proprio passato»⁵². Nel caso *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for the Freedom of the Press*, la Corte Suprema ha riconosciuto l'importanza di «tenere i fatti personali

⁴⁵ Così, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 219.

⁴⁶ A. McLAUGHLIN (Deputy Chief Technology Officer of the United States), *The U.S. Should Adopt the 'Right to Be Forgotten' Online*, in *Intelligence Squared Debates*, 11 marzo 2015, disponibile al link: <https://www.intelligencesquaredus.org/debates/us-should-adopt-right-be-forgotten-online>.

⁴⁷ J. ROSEN, *The Right to Be Forgotten*, in *Stanford Law Review Online*, 64/2012; nello stesso senso ID., *A Grave New Threat to Free Speech from Europe*, in *New Republic*, 10 febbraio 2012.

⁴⁸ Si pensi alla sorveglianza di massa condotta dalla NSA, ampiamente analizzata sia dagli studiosi che dai media.

⁴⁹ M.L. AMBROSE, *Digital Oblivion: The Right To Be Forgotten In The Internet Age*, in *ATLAS Institute Graduate Theses & Dissertations*, 2013, 218.

⁵⁰ E.J. GEORGE, *The Pursuit of Happiness in the Digital Age: Using Bankruptcy and Copyright Law as a Blueprint for Implementing the Right to Be Forgotten in the U.S.*, in *The Georgetown Law Journal*, 2018, 932.

⁵¹ *Melvin v. Reid* 112 Cal App 285 (1931), testo disponibile su <https://casetext.com/>. La vicenda riguardava un'ex prostituta, accusata di omicidio e poi assolta che, nonostante nel corso del tempo avesse cambiato vita, aveva visto la propria storia riproposta in un film.

⁵² R. ANTANI, *The Resistance of Memory: Could the European Union's Right to be Forgotten Exist in the United States?*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2015, 1173.

lontani dall'occhio pubblico»⁵³.

Il diritto statunitense ha, inoltre, una lunga esperienza con il “perdono legale” (*legal forgiveness*), una nozione profondamente impregnata in diversi strati del sistema giuridico.

La legge sul fallimento⁵⁴, per esempio, offre agli individui l'opportunità di ripristinare la loro reputazione finanziaria, in modo che dichiarare bancarotta non diventi un disastro reputazionale. Allo stesso modo, la legge sul diritto d'autore⁵⁵ fornisce un sistema di “*notice and takedown*” che potrebbe essere usato come modello per implementare il diritto all'oblio⁵⁶.

Nel contesto penale, l'esigenza di oblio è ancora più forte. Perché una reputazione da criminale può essere particolarmente dannosa e impedire la produttività futura, la grazia e i termini di prescrizione permettono a un individuo di andare ufficialmente avanti. Allo stesso modo, la divulgazione delle fedine penali è gestita da politiche di *sealing and expungement*, particolarmente incisive per quanto concerne i minorenni. Alcuni Stati proibiscono il rifiuto dell'impiego basato sul fatto che un candidato abbia precedenti penali e altri stanno sperimentando schemi per rinviare i controlli dei precedenti fino a dopo le decisioni preliminari di assunzione⁵⁷.

Il quadro giuridico statunitense contiene, dunque, i principi necessari per un diritto all'oblio simile a quello europeo.

In queste circostanze, l'idea di un diritto all'oblio nello spazio americano non può essere considerata un'utopia.

6. Conclusioni

Esaurita la panoramica relativa all'evoluzione giurisprudenziale del diritto all'oblio e alla sua attuale configurazione legislativa in ambito nazionale ed europeo, appare chiaro perché il diritto in analisi possa definirsi quale categoria giuridica «a fattispecie plurima»⁵⁸, nella quale trovano tutela diverse esigenze legate al destino delle informazioni personali di un individuo. Infatti, a seconda del contesto in cui queste ultime siano state rese pubbliche si parlerà, diversamente, di dimenticare, contestualizzare, cancellare⁵⁹.

L'aspetto “multiforme” del diritto all'oblio non impedisce, tuttavia, l'individuazione di un autonomo interesse sottostante, che sta accanto e va oltre quelli,

⁵³ U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for the Freedom of the Press 489 US 749 (1989), disponibile al link: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/749/>.

⁵⁴ Il c.d. *Fair Credit Reporting Act* limita la facoltà delle agenzie di segnalazione di riferire, dopo un determinato numero di anni, riguardo a procedimenti di fallimento.

⁵⁵ In particolare il *Digital Millennium Copyright Act*.

⁵⁶ Sul punto cfr. E.J. GEORGE, *The Pursuit of Happiness in the Digital Age*, cit.

⁵⁷ Per un'analisi più completa si rimanda a M.L. AMBROSE, *Digital Oblivion*, cit.

⁵⁸ F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in ID. (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 41.

⁵⁹ Ciò ha messo in evidenza, anzitutto, l'attitudine evolutiva del diritto in esame, il quale non deve fungere da “gabbia argomentativa”, bensì deve adeguarsi alla realtà sociale, L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Torino, 2013, 80.

ormai pacificamente riconosciuti, alla riservatezza e all'identità personale; e che, al pari di questi ultimi, deve essere oggetto di congrua tutela.

«Se la nozione giuridica di personalità, implicita nell'art. 2 Cost., dà luogo [...] ad un concetto dinamico, è evidente che il diritto all'oblio, strettamente connesso a quello alla riservatezza ed al rispetto della propria identità personale, ma in una prospettiva evolutiva, si traduce nell'esigenza di evitare che la propria persona resti cristallizzata ed immutabile in un'identità legata ad avvenimenti o contesti del passato, che non sono più idonei a definirla in modo autentico o, quanto meno, in modo completo»⁶⁰.

Se il diritto all'oblio possa o meno considerarsi un diritto fondamentale è ancora questione aperta.

Il crescente interesse della giurisprudenza, i recenti sviluppi normativi e la sempre maggiore attenzione verso l'esigenza di anonimato anche in ambito statunitense dimostrano come il diritto in esame sia ancora «on fire»⁶¹.

Quali che siano gli ulteriori sviluppi a cui il diritto all'oblio è destinato ad andare incontro, una cosa è certa: in una società dove si è disposti a tutto per essere ricordati, il vero privilegio sembra essere quello di essere dimenticati.

⁶⁰ Così Cass. n. 15160/2021, cit.

⁶¹ R. PARDOLESI, *The right to be forgotten comes of ages*, in *Law & Economics LAB Working Paper*, 2020, 1.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEI NEURODIRITTI

FRANCESCO CIRILLO

SOMMARIO: 1. Neuroscienze e libertà. – 2. Neuroscienze e neurotecnologie. – 3. La protezione dei dati neurali. – 4. Neurodiritti e *neuroprivacy*.

1. *Neuroscienze e libertà*

La libertà, variamente intesa, rappresenta l'architrave degli ordinamenti moderni e ricopre un ruolo determinante nell'organizzazione della comunità politica e nei rapporti privati. Quale preconditione dell'attuale assetto categoriale del diritto, essa si sottrae a ogni possibile domanda ontologica, attecchendosi a dogma dell'odierna teologia politica¹. In altri termini, si può affermare, come nell'intuizione di Böckenförde, che la libertà sia uno di quei presupposti di cui vive ogni Stato liberale, presupposto che esso stesso non può garantire². È stato anche osservato che la perdurante attualità di tale intuizione sia

¹ Sulle diverse accezioni, cfr. A. CAVALIERE, *Teologia politica e governo liberale*, in *Politica & Società*, 1/2013, 143 ss.); nel senso adoperato diffusamente da C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1934.

² Così E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in E. FORSTHOFF (a cura di), *Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien*, Stuttgart, 1967, in particolare, 60: «So stellt sich die Frage nach den bindenden Kräften von neuem und in ihrem eigentlichen Kern: *Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert». Sul concetto di teologia politica, intesa sia *strictu sensu* che come «rapporto dell'ordinamento politico con la religione», anche *Id.*, *Teoria*

resa possibile dai fraintendimenti “restaurativi” tesi a proiettare la formula a circostanze ben diverse da quelle cui originariamente si rivolgeva³. Eppure, è proprio la capacità adattativa di tale *locus classicus* a evidenziare l’inattitudine degli ordinamenti a garantire il significato della libertà, un concetto che resta ancorato – da ultimo – a un’ideologia condivisa e fondativa, una sorta di dogma delle moderne religioni civili⁴. Secondo questa convinzione, la libertà è un attributo dell’essere umano e ne descrive perciò l’essenza o la natura (e ciò prescinde dalla fede nell’esistenza di una dimensione spirituale trascendente).

Tuttavia, le perplessità relative alla libertà non caratterizzano soltanto la riflessione filosofica che, dall’antico dibattito sul determinismo e passando per la questione del libero arbitrio, ha conservato sino al ventesimo secolo un atteggiamento spesso scettico sul tema. Anche la prima stagione di studi neuroscientifici aveva ingaggiato una sfida contro la libertà, sino al punto di mirare a negarne l’esistenza. Il proposito non era ovviamente dettato dall’avversità ideologica al concetto di libertà, quanto piuttosto all’inattitudine di tale concetto a essere ricompreso in un paradigma scientifico deterministico o, quantomeno, casualmente orientato. Se infatti, da un lato, la libertà si presenta come un attributo della speciale natura dell’uomo, dall’altro lato essa si configura come un’eccezione nell’orizzonte della natura in senso generale. Così, esperimenti come quelli di *Libet* hanno tentato di affermare che la libertà, soprattutto nell’accezione del libero arbitrio, altro non sia che la percezione di un fenomeno già determinato, quasi un’illusione⁵. Le ambizioni delle neuroscienze, però, non hanno trovato una risposta definitiva al problema del libero arbitrio, né è detto che possano definire tale questione in modo ultimativo. Pur non raggiungendo quest’obiettivo, si è però dimostrato che l’uomo sia meno libero di quanto assuma di essere, offrendo così un apporto significativo al problema della contraddizione tra l’affermazione teorica e perentoria della libertà dell’individuo e il riscontro empirico del suo frequente e innegabile condizionamento⁶.

politica e teologia politica, in Id., *Cristianesimo, libertà, democrazia*, ed. it. in M. NICOLETTI (a cura di), Brescia, 2007, 380 ss.

³ Di *restaurative Missverständnis* parla M. INGENFELD, *Das Wagnis der Freiheit: Das Böckenförde-Diktum und seine Implikationen für eine moderne Demokratie*, intervento del 4 luglio 2009 al convegno del *Eric-Voegelin-Zentrum*, “*Postsäkulare Gesellschaft – postsäkulare Demokratie?*” (disponibile online), 3 ss.

⁴ Bisogna anche osservare che tale sintagma si presti a frequenti abusi: «In ogni caso non bisogna abusare della religione. Spesso si ricorre impropriamente ad essa per sottolineare il carattere sacro e assoluto che si attribuisce alle proprie convinzioni o credenze [...]. Così si parla di “religione della patria” o della “religione della libertà”» (F. VIOLA, *Religione civile: uso e abuso di un concetto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, 111). Sul punto è necessario richiamare anche il noto *locus* crociano (B. CROCE, *Storia d’Europa nel secolo decimonono* [1933, IV ed.], in G. GALASSO (a cura di), Milano, 1993, I cap., “La religione della libertà”).

⁵ Cfr. M. DE CARO, *Il libero arbitrio non è un’illusione*, in C. LUMER, G. ROMANO (a cura di), *Dalla filosofia dell’azione alla filosofia della mente*, Roma–Messina, 2018, 93: «non c’è oggi alcuna evidenza scientifica che suggerisca che il libero arbitrio sia – in generale, e inteso nelle sue definizioni filosoficamente più sofisticate – un’illusione».

⁶ Occorre rimarcare che i luoghi del condizionamento osservato delle neuroscienze siano molteplici: basti ora il richiamo all’apporto delle neuroscienze al tema della formazione e ai relativi risvolti nel campo del diritto, su cui si sofferma – tra gli altri – un intervento in un seminario di quest’Associazione, G. MATUCCI, *Il diritto/dovere all’inclusione scolastica*, in *Gruppo di Pisa*, 1/2019, 44 ss.

D'altronde, il condizionamento della libertà ha sempre avuto un riconoscimento anche nel diritto, sia nella previsione di specifici delitti (come quelli «contro la libertà individuale», che si presentano in varie forme nelle disparate esperienze storiche), sia nella protezione delle «debolezze» – anche temporanee – dell'individuo (la disciplina dei vizi della volontà, la tutela dei soggetti incapaci o parzialmente capaci, il diritto del lavoro, la tutela consumeristica, i diritti dei disabili, ecc.).

Dalle limitate ipotesi il cui l'interferenza psichica assume un rilievo apprezzabile non può desumersi, però, una sfiducia generale nell'assioma della libertà. Infatti, «[l]e descrizioni dei fenomeni di condizionamento psichico consentirebbero, in definitiva, solo di affermare ciò che è già noto e cioè che il patrimonio psichico di ciascuno deriva in massima parte dal comportamento altrui» (Corte cost., sent. 8 giugno 1981, n. 96).

In altri termini, «quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale» costituisce la regola in relazione a cui le eccezioni contemplate dall'ordinamento sono limitate, perché si assume che l'uomo sia generalmente libero, salvo che sia riconosciuta una particolare condizione di debolezza, perdurante o transitoria. Né può evocarsi la violazione della libertà personale nei casi che esulano dal tradizionale perimetro del concetto, se si accoglie la più restrittiva interpretazione dell'art. 13 Cost. secondo cui l'ambito precettivo della norma comprenderebbe «soltanto gli atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus* inteso come autonomia e disponibilità della propria persona» (Corte cost., sent. 5 febbraio 1975, n. 23).

Cionondimeno, gli ordinamenti hanno tipizzato un numero sempre crescente di eccezioni al dogma della libertà, in particolare nella declinazione della libera volontà⁷, sia nei rapporti privati che in quelli di autorità. Però, questo approccio, ancora nelle parole della più sensibile dottrina, si è sempre concentrato nell'affermare la condizione di diversità che affligge taluni soggetti, poiché «nel campo del diritto, questa condizione di “diversità” si esprime quindi e innanzitutto nell'esigenza di uno statuto giuridico differenziato»⁸.

È in questo contesto di progressivo ampliamento delle tutele avverso le forme di condizionamento psichico che le neuroscienze hanno già in parte contribuito ad abbattere il muro dell'insondabilità dei processi mentali, muro che limitava il riconoscimento di un pregio giuridico ai soli casi in cui l'interferenza psichica raggiungesse un'intensità manifesta, come nella coercizione fisica o nella violenza morale. Il paradigma delle neuroscienze, ora, appronta progressivamente uno strumentario idoneo a rendere misurabile il condizionamento psichico⁹.

⁷ Sul tema della autonomia negoziale nella giurisprudenza costituzionale (soprattutto in relazione agli artt. 2, 41, 42, 44 Cost.) v. F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, 52 ss.

⁸ M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1/1999, 25, dove l'autore osserva che alcune «classi di soggetti si possono indicare con una sola parola: i diversi – diversi rispetto a un parametro di normalità sociale costruito intorno agli assi della cittadinanza, dell'età, delle inclinazioni sessuali, della salute psico-fisica, del lavoro. O altrimenti diversi perché assoggettati a rapporti di supremazia speciale, come gli studenti, i militari, i detenuti».

⁹ Sul tema, v. in generale e diffusamente il collettaneo di A. D'ALOIA, M.C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law*, Cham, 2020.

Inoltre, la pervasività delle neurotecnologie interferisce sui concetti elaborati dalla cultura giuridica¹⁰: da un lato, fornendo strumenti di oggettivazione delle intuizioni più tradizionali relative al tema della libertà e del suo condizionamento; dall'altro, penetrando nei pregiudizi più consolidati su cui talora si fondano alcuni concetti. Allora, la libertà non è più quella «parola incommensurabile come il cielo»¹¹, ma appare sempre più collocata in una dimensione oggettiva e misurabile.

Nel contesto delle neurotecnologie, la condizione di debolezza non è più soltanto intendersi come uno stato eccezionale o sporadico, in qualche modo riguardante i soli soggetti deboli poiché “diversi” – qualsiasi cosa con tale espressione si possa intendere. Nei confronti delle moderne forme di interferenza nei processi cognitivi, la debolezza appare come una condizione umana generale e non eccezionale, normale e non “diversa”¹².

La questione di rilievo costituzionalistico, allora, è se tale generale e potenziale debolezza della mente possa ambire a un riconoscimento di idonee protezioni e, nel caso, sulla base di quali riferimenti positivi.

2. Neuroscienze e neurotecnologie

L'interferenza delle neuroscienze e delle neurotecnologie può avvenire in modi differenti, dalla coercizione cognitiva o affettiva all'intervento psicofarmaceutico, dal neuropotenziamento al *brain imaging* e al *brain monitoring*¹³.

Più in generale, nella coercizione cognitiva o affettiva, l'interferenza può riferirsi all'utilizzo delle neurotecnologie o delle conoscenze neuroscientifiche al fine di controllare i processi cognitivi, specialmente nelle relazioni in cui si esercita un potere formativo sulla persona (si pensi al caso dell'autorità pubblica, dell'istruzione, dell'ambito militare, ecc.). In altri termini, le neuroscienze consegnano nuovi strumenti per l'esercizio del potere, rafforzando così l'asimmetria dei rapporti¹⁴.

Inoltre, anche per mezzo degli psicofarmaci, vari agenti di controllo sociale possono interferire nell'attività cognitiva, nel caso in cui siano raccomandati o addirittura imposti taluni trattamenti psicofarmaceutici. Casi emblematici sono la diagnosi di disturbo da *deficit* di attenzione e iperattività (ADHD) e il conseguente trattamento con

¹⁰ Sul punto, cfr. A. LAVAZZA, *Neurolaw and Punishment*, in *Teoria*, 2/2017, 81 ss., che sostiene che la politica del diritto debba allinearsi con le conoscenze neuroscientifiche, intervenendo – quindi – anche sullo strumentario concettuale.

¹¹ J. ROTH, *Il profeta muto*, Milano, 2014, I cap.

¹² Si condivide qui la critica dell'approccio culturale che distingue tra “normali” e “disabili”, cfr. F. GIRELLI, *Disability and Body in the Perspective of the Constitution*, in *Giornale Italiano di Educazione alla Salute, Sport e Didattica Inclusiva*, 5/2020, 50 ss.

¹³ Sul punto v. ampiamente S. M. JOHNSON, K. S. ROMMELFANGER (a cura di), *The Routledge Handbook of Neuroethics*, New York, 2018.

¹⁴ Basti il riferimento alle riflessioni in ambito biomedico in R. H. BLANK, *Brain Policy: How the New Neuroscience Will Change Our Lives and Our Politics*, Washington D.C., 1999, 11 ss.

Ritalin o altri stimolanti¹⁵ oppure le terapie farmacologiche coatte poste in essere nelle strutture penitenziarie¹⁶.

Nell'ambito neuropotenziamento (*neuroenhancement*), le neurotecnologie hanno indotto una domanda sempre crescente di farmaci che intervengono sullo stile di vita. L'uso di psicofarmaci si presenta come una nuova declinazione del più generale problema della liceità del consumo di sostanze psicotrope (non può ci si può riferire, nel caso, ai soli stupefacenti). In relazione alla neurofarmacologia, ci si interroga se il consenso possa essere una base giuridica sufficiente per legittimare qualsiasi tipo di intervento o se, al contrario e come spesso avviene, le istituzioni debbano assumere (o mantenere) un ruolo protettivo della persona¹⁷.

Infine, il *brain imaging* e il *brain monitoring*, che ci offrono una visione del funzionamento del cervello, rinviano più direttamente alla questione della *privacy* della mente¹⁸. A ben vedere, le neurotecnologie non possono già "leggere le nostre menti", ma l'*imaging* del cervello consente di conoscere e prevedere sempre meglio i pensieri degli individui e, più in generale, i processi cognitivi o emotivi. Ci si può riferire, ad esempio, alla risonanza magnetica funzionale (fMRI), alla tomografia a emissione di positroni (PET), all'elettroencefalogramma (EEG) o al magnetoencefalogramma, che pongono diverse questioni etiche con frequenti ricadute anche sul piano del diritto¹⁹.

All'inizio della stagione di studi neuroscientifici, i dati neurali erano utilizzati principalmente nella pratica medica, all'interno dell'ampio quadro delle tecniche di *brain imaging*. Successivamente, con la possibilità di una diffusione su larga scala delle tecniche di *imaging*, le neurotecnologie sono state applicate anche alla ricerca psicologica, sociologica e, infine, a quella di mercato. Nell'attuale scenario si afferma il loro impiego per l'estrazione di dati a finalità commerciali.

Tra i dispositivi per l'*imaging* cerebrale, con metodi, usi ed efficacie diversi, l'EEG, che misura gli impulsi elettrici emessi dal cervello, è molto utilizzato a causa dei suoi bassi costi, ma la qualità dei dati ottenibili è relativamente scarsa in settori diversi da quello sanitario. Ciononostante, alcune strategie recenti mirano a ottimizzare l'EEG per migliorare la qualità delle informazioni ottenibili²⁰. A determinate condizioni, comunque, l'EEG può essere impiegato anche nelle ricerche di mercato, indipendentemente dal fatto

¹⁵ Cfr. C. FORLINI, E. RACINE, *Autonomy and Coercion in Academic Cognitive Enhancement Using Methylphenidate: Perspectives of Key Stakeholders*, in *Neuroethics*, 2009, 163 ss.

¹⁶ Cfr. A. B. SHNIDERMAN, L. B. SOLBERG, *Cosmetic Psychopharmacology for Prisoners: Reducing Crime and Recidivism Through Cognitive Intervention*, in *Neuroethics*, 2015, 315 ss.

¹⁷ Sul punto, v. M. C. ERRIGO, *Neuroenhancement and Law*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Neuroscience and Law*, cit., 189 ss.

¹⁸ Ancora in P. ROOT WOLPE, *Neuroprivacy and Cognitive Liberty*, cit., 211 ss.

¹⁹ Cfr. K. D. DAVIS *et al.*, *Brain Imaging Tests for Chronic Pain: Medical, Legal and Ethical Issues and Recommendations*, in *Nature Reviews Neurology*, 2017, 624 ss.; oppure, ampiamente, tra i tanti, M. S. GAZZANIGA, *The Ethical Brain*, New York, 2005.

²⁰ Cfr. J. L. FARRENS, A. M. SIMMONS, S. J. LUCK, E. S. KAPPENMAN, *Electroencefalogram (EEG) Recording Protocol for Cognitive and Affective Human Neuroscience Research*, disp. su *Researchsquare.com*, 2019, 1 ss.

che non sia stata affermata la piena evidenza scientifica della sua efficacia nella profilazione dell'utenza o nelle ricerche sul consumo²¹.

Sul lato opposto, l'*imaging* funzionale che utilizza fMRI e PET fornisce informazioni sulla localizzazione cerebrale delle funzioni mentali, anche se la quantità e la qualità delle informazioni ottenibili sono ancora piuttosto limitate²². A causa degli alti costi, la fMRI non è molto utilizzata in settori diversi da quello medico, ma risultano alcune applicazioni nella ricerca non medica, come nel caso di uno studio che mostra una diversa risposta del comportamento dei consumatori in base al genere²³ o anche nella profilazione dei consumatori nel settore del *branding* e del *marketing* più in generale²⁴.

Oltre a raccogliere dati neurali, un ventaglio di tecnologie meno precise di quelle ora descritte misura alcune proprietà fisiche per prevedere i processi mentali. Ad esempio, la scala di osservazione della ricompensa ambientale (EROS) si concentra su «i cambiamenti nelle proprietà di diffusione ottica del tessuto cerebrale attraverso la radiazione infrarossa»²⁵.

Le tecniche psicometriche non hanno ancora dimostrato la stessa efficacia dell'*imaging* funzionale, ma possono essere utilmente integrate con dati di *neuroimaging*, metanalisi e dati sul comportamento dei consumatori²⁶. In questi settori, si evidenzia il ruolo potenziale dello *smartphone* che può integrare la ricerca della *hard neuroscience* (i. e. quella di laboratorio) con test, questionari o dati passivi estratti, appunto, dai sensori²⁷.

Anche le *app* per la salute mentale (*MHapps*) acquisiscono una rilevanza sempre maggiore con una crescente efficacia nella diagnosi e nel monitoraggio dei pazienti²⁸. Lo stesso accade per le più generiche *app* per la salute psichica, la formazione delle competenze, o per la semplice raccolta di dati a finalità scientifiche²⁹.

Il trattamento dei dati neurali spesso convive con quello dei dati comportamentali, perché diverse tecnologie fanno affidamento sulla loro integrazione. La tendenza è quella di massimizzare i dati e di utilizzare i *big data* per la profilazione del paziente, dell'utente o del consumatore. E se è evidente che queste tecnologie possano fornire strumenti utili

²¹ Cfr. A. BAZZANI, S. RAVAIOLI, U. FARAGUNA, G. TURCHETTI, *Is EEG Suitable for Marketing Research? A Systematic Review*, in *Frontiers in Neuroscience*, 2020, 1 ss.

²² Traduzione nostra da S. B. EICKHOFF, J. KERNBACH, D. BZDOK, *Meta-Analyses in Basic and Clinical Neuroscience: State of the Art and Perspective*, in S. ULMER, O. JANSEN (a cura di), *fMRI*, Cham, 2020, 117.

²³ Cfr. M. Y. T. HSU, J. M. S. CHENG, *fMRI Neuromarketing and Consumer Learning Theory*, in *European Journal of Marketing*, 2018, 199 ss.

²⁴ Su cui v. H.-Y. CHAN, M. BOKSEM, A. SMIDTS, *Neural profiling of brands: Mapping brand image in consumers' brains with visual templates*, in *Journal of Marketing Research*, 4/2018, 600 ss.

²⁵ Cfr. ancora in D. HALLINAN, P. SCHÜTZ, M. FRIEDEWALD, P. DE HERT, *Neurodata and Neuroprivacy: Data Protection Outdated?*, cit., 55 ss., traduzione nostra.

²⁶ Cfr. C. C. CAO, M. REIMANN, *Data Triangulation in Consumer Neuroscience: Integrating Functional Neuroimaging with Meta-Analyses, Psychometrics, and Behavioral Data*, in *Frontiers in Psychology*, 2020, 1 ss.

²⁷ Cfr. C. M. GILLAN, R. B. RUTLEDGE, *Smartphones and the Neuroscience of Mental Health*, in *Annual Review of Neuroscience*, 2021, 1 ss.

²⁸ D. BAKKER, N. KAZANTZIS, D. RICKWOOD, N. RICKARD, *Mental Health Smartphone Apps: Review and Evidence-Based Recommendations for Future Developments*, in *JMIR Mental Health*, 2016, 7.

²⁹ N. E. BUSH, C. M. ARMSTRONG, T. V. HOYT, *Smartphone Apps for Psychological Health: A Brief State of The Science Review*, in *Psychological Services*, 2019, 188–195.

nel settore medico, è più difficile valutarne l'utilizzo in altri settori, considerando anche gli alti rischi per la *privacy* e gli altri diritti fondamentali potenzialmente coinvolti.

Inoltre, proprio perché l'intervento delle neurotecnologie è eterogeneo (sia per la varietà qualitativa delle tecniche, sia per il diverso grado di intensità delle indagini), il quadro regolatorio si presenta alquanto frammentato. L'intervento nell'ambito della ricerca medica o psicologica, in quanto presidiato dalle garanzie del settore (il consenso informato del paziente, la deontologia del professionista, ecc.), desta per certo minori perplessità. Però, le garanzie del settore sanitario non possono espandersi all'intero orizzonte delle neurotecnologie, né si può – per la stessa ragione – rinvenire soltanto nel perimetro del biodiritto il terreno idoneo per la disciplina in questione.

Di fronte a un panorama così ampio non esiste ancora una normativa nazionale o europea adeguata, e nemmeno un quadro chiaro dei concetti giuridici da adoperare³⁰. Più che di una mera inadeguatezza, a ben vedere, si deve evidenziare l'assenza di norme positive, quantomeno sul terreno tradizionale dello *hard law*. Allora, poiché ciascuna tipologia di intervento neuroscientifico, con eccezione del fronte farmacologico, si presenta essenzialmente come una forma di trattamento di dati, spesso con elevati rischi per i diritti degli interessati, è soprattutto sul terreno della protezione dei dati che va cercato un quadro di regole comuni.

3. La protezione dei dati neurali

Occorre ora procedere a ricostruire le protezioni che si attivano nei confronti dei dati neurali, intesi quali quelli riferibili all'attività mentale oggetto degli studi e delle pratiche delle neuroscienze, nella cornice che caratterizza il sistema multilivello del diritto della protezione dei dati. In tal senso, bisogna valutare innanzitutto se, o in che misura, tali dati possano essere sussunti tra le categorie particolari che nella regolamentazione europea godono di una tutela rafforzata.

Nel Regolamento generale sulla protezione dei dati (n. 679/2016/UE, sin d'ora GDPR), alcuni dati personali rientrano tra le “categorie particolari” (*special categories of personal data*) e richiedono una protezione rafforzata a causa della loro natura intima e del potenziale rischio per i diritti fondamentali. Più in generale, ogni ordinamento che protegge i dati personali ha una regolamentazione specifica per le categorie di dati più intimi o “sensibili”³¹.

³⁰ Lo osserva, su tutti, F. G. PIZZETTI, *Brain-Computer Interfaces and the Protection of the Fundamental Rights of the Vulnerable Persons*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di) *Neuroscience and Law*, cit., 291 ss.; da ultimo, O. POLLICINO nella relazione al convegno organizzato dal Garante per la Protezione dei Dati Personali “Privacy e neurodiritti: la persona al tempo delle neuroscienze”, tenutosi il 28 gennaio 2021 (in attesa della pubblicazione degli atti, per il testo della relazione, v. O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *Medialaws*, 2021, 1 ss.).

³¹ V., sul punto, M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 179 ss.

Le categorie particolari includono dati che rivelano l'origine "razziale" (*sic*) o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, i dati genetici, i dati biometrici, i dati sanitari o i dati sessuali. Nel quadro europeo, il loro trattamento è generalmente vietato a meno che esso non soddisfi una delle condizioni di cui all'art. 9, § 2 GDPR (generalmente, con deroghe riferibili al consenso dell'interessato o a specifici motivi di interesse pubblico). Quello che appare come un divieto generale, però, può essere descritto come un regime rafforzato di tutele, perché nella prassi i trattamenti in questione sono ampiamente diffusi.

Tuttavia, la definizione delle categorie particolari di dati non è affatto chiara. A titolo di esempio, con riferimento ai dati biometrici, nel Cons. 51 si afferma che «[i]l trattamento di fotografie non dovrebbe costituire sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica»; ciò dimostra che la qualificazione del dato sia connessa al trattamento cui esso è sottoposto e che i confini tra i concetti siano piuttosto labili. Esiste una forte relazione, infatti, tra il trattamento dei dati, la sua natura e finalità, e la definizione della categoria stessa. Pertanto, connettendo la natura del dato al contesto del suo trattamento, ancora il Cons. 51 ribadisce che «[m]eritano una specifica protezione i dati personali che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali». Per questo motivo, non è possibile qualificare i dati senza analizzare la tipologia di trattamento all'interno di un determinato contesto, dal quale può dipendere l'iscrizione del dato alle categorie particolari e, eventualmente, l'operatività del divieto generale – ma superabile – di cui si è detto.

Sulla base di questa premessa, bisogna analizzare i dati neurali nel loro contesto per determinare se e a quali condizioni siano inclusi tra le particolari categorie. Da tempo si è osservato che i "neurodati" siano una categoria unitaria che solleva questioni omogenee³². Tuttavia, pur accettando le proposte tese a una classificazione autonoma dei dati neurali, nel senso di una positivizzazione della loro specialità, è anche possibile, e forse necessario, ricostruire la collocazione dei dati neurali all'interno dell'attuale quadro regolatorio europeo.

In via preliminare, si può osservare che i dati neurali possono talvolta – ma non sempre – essere classificati come dati sanitari, dati sessuali, dati biometrici, così da essere inclusi tra le particolari categorie³³. Una nozione troppo rigida delle categorie particolari implicherebbe una protezione rafforzata dei dati neurali soltanto quando siano direttamente riferibili a condizioni di specifiche (salute, vita sessuale, ecc.), mentre il rischio di un'interpretazione estensiva consisterebbe nell'attribuire una protezione rafforzata a ogni tipo di dati relativi ai processi mentali, ivi compresi quelli relativi al

³² Cfr. D. HALLINAN, P. SCHÜTZ, M. FRIEDEWALD, P. DE HERT, *Neurodata and Neuroprivacy: Data Protection Outdated?*, in *Surveillance & Society*, 2014, 55 ss.

³³ Cfr. T. POLDERMAN *et al.*, *Meta-Analysis of the Heritability of Human Traits Based on Fifty Years of Twin Studies*, in *Nature Genetics*, 2015, 702–709.

gusto dell'utenza o al gradimento di un determinato prodotto. È pur vero che una protezione estesa a ogni genere di dato relativo ai processi mentali possa rappresentare un traguardo auspicabile ma, stante la natura eterogenea delle neurotecnologie, bisogna comunque tracciare un confine chiaro, ancorché mobile, tra il dato psichico ascritto alle particolari categorie e quello generalmente trattabile come dato personale *tout court* (e come tale soggetto a regole meno stringenti).

In quest'ottica, così come non tutte le immagini fotografiche di un individuo sono da ascrivere alla categoria dei dati biometrici (pur se possiamo trovare dati biometrici in tutti i ritratti fotografici), allora, anche per i dati neurali, il tipo di trattamento e il contesto ne determinano la qualificazione. Così, anche i dati neurali saranno protetti come categoria particolare «quando saranno trattati attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente» (Cons. n. 51) di rivelare dati sanitari, dati sessuali, dati genetici, ecc. Quindi, esistono dati neurali suscettibili alle categorie particolari e dati neurali non riconducibili a tale alveo. Questa considerazione definirebbe una partizione netta nella protezione dei dati neurali, se non fosse che, però, restano aperte le questioni definitorie che comunque investono il dato biometrico, quello sanitario, quello relativo alle opinioni politiche, ecc. Infatti, anche in relazione a queste ultime categorie di dati il problema della definizione è del tutto aperto.

Al fine di ricondurre alcuni dati neurali alle particolari categorie, non è necessario ricorrere a interpretazioni analogiche o estensive, perché non si richiede di risalire da una norma a un principio in essa contenuto, per poi «ridiscendere alla formazione di una norma inespressa»³⁴ che – nel caso – riguardi il dato neurale. I dati neurali che rivelano le condizioni di salute sono, infatti, dati sanitari *tout court*, così come i dati neurali relativi alla sfera sessuale sono dati sessuali in senso proprio. Ugualmente, possiamo definire “particolari” anche i dati neurali raccolti dai dispositivi neurosensibili in grado di riconoscere il gradimento o il disprezzo delle notizie politiche e, quindi, capaci di rivelare (o consentire di prevedere) le opinioni politiche di un individuo³⁵.

Cionondimeno, se il trattamento non è volto a raccogliere o predire informazioni relative agli ambiti delle categorie particolari, la tutela dei dati neurali resta affidata alle ordinarie garanzie dettate nel quadro del GDPR. Infatti, anche se alcune tecnologie raccolgono misurazioni corporee e dati relativi al comportamento, non tutti i dati comportamentali o psicologici possono essere inclusi tra i dati sanitari o quelli biometrici. Secondo il GDPR, infatti, «dati personali relativi alla salute dovrebbero rientrare tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso» e «qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato,

³⁴ Così G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1957, 159. Per l'approccio metodologico qui adottato, v. brevemente R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 276 ss., con ampia bibliografia sul tema.

³⁵ N. MINIALLY, V. HRINCU, J. ILLES, *A View on Incidental Findings and Adverse Events Associated with Neurowearables in the Consumer Marketplace*, in I. BÁRD, E. HILDT (a cura di), *Developments in Neuroethics and Bioethics. Ethical Dimensions of Commercial and DIY Neurotechnologies*, Cambridge (MA), 2020, 267 ss.

indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario» (Cons. 35 GDPR).

La nozione di dato sanitario, che certamente ricomprende i dati del *brain imaging* della ricerca o degli studi clinici riferiti a condizioni patologiche o fisiologiche dell'individuo, non può essere estesa fino a includere qualsiasi tipo di *record* psicologico e comportamentale.

La principale implicazione problematica di quest'approccio, che tra l'altro è accomuna la protezione dei dati sanitari in genere, è che la regolamentazione appare più rigida se riferita a contesti fortemente presidiati da norme giuridiche e deontologiche (la ricerca, la terapia, ecc.) e – paradossalmente – più debole nel mercato digitale.

In questi ultimi ambiti, più che di neurotecnologie in senso stretto, si assiste soprattutto all'impiego di tecniche di psicometria in generale³⁶. In quanto teoria e tecnica emergente della misurazione psicologica, la psicometria non ha ancora una solida metodologia e un'affermata validità scientifica. Tuttavia, essa mostra un'efficacia crescente nel prevedere i modelli, le scelte e le volontà degli individui³⁷. Proprio a causa della sua efficacia nella profilazione dell'utenza, la psicometria può essere applicata in diversi settori, dalle analisi di mercato alla politica³⁸.

Tuttavia, nel perimetro della protezione rafforzata è arduo includere anche la misurazione di segnali fisici relativi a condizioni psicologiche o sentimenti; misurazione che produce dati psicometrici molto simili ai dati neurali, perché i primi condividono con i secondi un analogo potenziale pervasivo. I dati psicometrici, infatti, consentono di prevedere informazioni intime ed è ragionevole supporre che nel futuro possano essere sfruttati con più ampi margini di efficacia e con ogni implicazione per la *privacy* e per gli altri diritti fondamentali. Allora, come per i dati neurali, si può assumere che i dati psicometrici siano da considerarsi "particolari" solo se rivelano condizioni di salute, opinioni politiche o religiose, atteggiamenti sessuali e così via.

Il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) è già intervenuto su questo argomento con le Linee guida n. 8/2020 sul *targeting* degli utenti dei *social media*³⁹. Per quanto riguarda le categorie speciali di dati, EDPB distingue in categorie particolari esplicite e categorie particolari dedotte e combinate, affermando che anche le inferenze riguardanti informazioni relative alle categorie particolari abbiano anch'esse una tutela rafforzata.

In ogni altro caso, quindi, i dati psicometrici e quelli neurali sono posti in uno spazio grigio e sono protetti come generici dati personali, senza meritare così alcuna forma di tutela speciale, benché essi consentano di accedere allo spazio più intimo della persona.

³⁶ Su cui, p.e., cfr. G. ORRÙ *et al.*, *Machine Learning in Psychometrics and Psychological Research*, in *Frontiers in Psychology*, 2020, 1 ss.

³⁷ Cfr. S. AN, H. LEE, *Adoption of Mobile Apps for Mental Health: Socio-psychological and Technological Factors*, in P. PEREGO, A. RAHMANI, N. TAHERINEJAD (a cura di), *Wireless Mobile Communication and Healthcare. MobiHealth 2017*, Note di lettura dell'Institute for Computer Sciences, Social Informatics and Telecommunications Engineering, Cham, 2018, 29 ss.

³⁸ Cfr. M. BAY, *Social Media Ethics: A Rawlsian Approach to Hypertargeting and Psychometrics in Political and Commercial Campaign*, in *ACM Transactions on Social Computing*, 2018, 1 ss.

³⁹ Comitato europeo per la protezione dei dati, *Guidelines 08/2020 on the Targeting of Social Media Users*.

E comunque l'inattitudine di tali dati ad essere assoggettati a una classificazione precisa e la varietà delle tecniche adoperate non consentono ancora di regolamentare le forme più sottili ed evanescenti di ingerenza nella psiche.

Nel mondo digitale, i dati sulla mente possono persino permettere di intervenire in modo manipolativo sul comportamento degli utenti, consentendo la previsione delle loro scelte e condizionando le intenzioni dell'individuo. L'efficacia di queste tecniche, come anticipato, sta crescendo in aree quali il *marketing* comportamentale, il *neuromarketing* o la *neuropolitica*. In generale, nel *marketing* comportamentale e nel *targeting* dell'utenza dei *social network*, le informazioni degli utenti vengono raccolte e trattate con tecniche di *data mining*, che consentono di creare modelli per prevedere e influenzare le scelte degli utenti⁴⁰. Più precisamente, il *neuromarketing* è una forma di *marketing* comportamentale che applica le neurotecnologie alle ricerche di mercato, raccogliendo dati da segnali fisici (ad esempio, battito cardiaco, frequenza respiratoria, pressione sanguigna, dilatazione della pupilla, espressione del viso, ecc.) al fine di sfruttarne le potenzialità predittive e manipolative⁴¹. Nella *neuropolitica* la stessa tecnica prende di mira le scelte degli elettori, consentendo una maggiore precisione della campagna elettorale e della propaganda politica nello spazio digitale⁴². Anche tali trattamenti sono soggetti al regime delle particolari categorie di dati solo in ragione dell'analisi delle modalità, delle finalità e dell'architettura del trattamento.

Questa delimitazione tra dati neurali o psichici "particolari" e "generici" potrebbe implicare, però, che interi settori di trattamento siano assoggettati a tutele alquanto deboli: si pensi, allo sfruttamento dei dati neurali per la misura del coinvolgimento del consumatore in relazione ai prodotti o ai contenuti informativi⁴³ e, più in generale, agli usi nel settore della "economia dell'attenzione"⁴⁴. Sia chiaro, il quadro normativo, per come è ricostruito dalle autorità di controllo e dalla giurisprudenza, non consente di assoggettare i dati psichici relativi al consumo e al gradimento dell'utenza a una tutela rafforzata. Un sovvertimento di quest'approccio, ancorché auspicabile a giudizio di alcuni, richiederebbe un intervento del Legislatore (europeo o nazionale).

Eppure, l'attuale quadro giuridico europeo consente già, alle determinate condizioni di cui si è detto, di proteggere alcuni dati neurali e psichici come una categoria speciale di dati senza con ciò richiedere una regolamentazione *ad hoc*. In questo senso, occorre valorizzare le potenzialità del GDPR, assicurando che il trattamento dei dati neurali

⁴⁰ Cfr. O. RAFIEIAN, H. YOGANARASIMHAN, *Targeting and Privacy in Mobile Advertising*, in *Marketing Science*, 2020, 1 ss.

⁴¹ Cfr. C. MORIN, *Neuromarketing: The New Science of Consumer Behavior*, in *Society*, 2011, 131–135.

⁴² Cfr. D. SCHREIBER, *Neuropolitics: Twenty Years Later*, in *Politics and the Life Sciences*, 2/2017, 114 ss.; sul punto più ampiamente v. G. ZICCARDI, *L'uso dei social network in politica tra alterazione degli equilibri democratici, disinformazione, propaganda e dittatura dell'algorithm: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Ragion pratica*, 1/2020, 51 ss.

⁴³ Su cui v. diffusamente J. ZHANG, J. HO YUN, E.J. LEE, *Brain Buzz for Facebook? Neural Indicators of SNS Content Engagement*, in *Journal of Business Research*, 2020, 1 ss.

⁴⁴ Espressione che la letteratura adotta, insieme con "mercato dell'attenzione", per riferirsi alla centralità dell'attenzione dell'utente/consumatore nell'attuale contesto economico. Cfr. T. TERRANOVA, *Attention, Economy and the Brain*, in *Culture Machine*, 2012, 1 ss.

soddisfi i requisiti della disciplina e attivando soprattutto la funzione para-normativa degli attori coinvolti nei processi di trattamento.

4. Neurodiritti e neuroprivacy

Uno dei primi contributi scientifici sul diritto alla *privacy* già evidenziava come «i cambiamenti politici, sociali, economici comportino il riconoscimento di nuovi diritti»⁴⁵, assumendo cioè che la sfera delle tutele della persona dovesse ampliarsi in ragione – allora sul finire del secolo diciannovesimo – della comparsa dei nuovi *media*. E, così, il cambiamento dell’orizzonte tecnologico ha imposto un’estensione progressiva della tutela dei diritti, tanto in ordinamenti in cui il formante giurisprudenziale si connota per una marcata forza creativa, quanto in quelli continentali, in cui formalmente ciò non accade.

Secondo un’autorevole intuizione teorica, si potrebbe evidenziare che le carte costituzionali non siano considerate un autonomo motore produttivo di nuovi diritti, eppure esse possono costituire serbatoi per nuove potenziali forme di tutela attraverso cui si realizzano, in forme sempre nuove, le garanzie sancite⁴⁶.

Pertanto, con soluzioni differenti dal punto di vista concettuale e teorico-giuridico, la maggior parte dei sistemi giuridici europei afferma che le nuove tecnologie richiedono nuove protezioni della persona, senza fare appello a un quadro di disposizioni di legge o senza attendere l’esplicita positivizzazione di autentici “nuovi diritti”.

Ciò accade principalmente per opera dell’espansione delle tutele affidata all’elasticità formante giurisprudenziale, sia pure talora declinato nella specifica forma della giurisprudenza costituzionale e, tuttavia, nemmeno tale espediente è sufficiente per rispondere appieno al problema tecnologico. Più generale, nei confronti dell’innovazione tecnologica, gli Stati mostrano una certa inadeguatezza a soddisfare le nuove esigenze di tutela che sorgono, come indubbiamente accade nello specifico per lo spazio digitale. Così, si assiste al progressivo coinvolgimento degli attori non statali nei settori più disparati della tecnologia⁴⁷, in uno scenario che ambisce ad attribuire funzioni normative agli stessi operatori del mercato⁴⁸.

È in questo scenario problematico che è possibile ricostruire una fondazione (anche costituzionale) di veri e propri neurodiritti. La loro emersione ha guadagnato l’interesse degli studiosi del diritto penale e del diritto processuale penale, soprattutto con

⁴⁵ La traduzione è nostra da S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, *Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4/1890, 194.

⁴⁶ V. F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

⁴⁷ Sul punto la letteratura è molto ampia. Basti qui il richiamo a M. LAND, J. ARONSON, *The Promise and Peril of Human Rights Technology*, in *Id.* (a cura di), *New Technologies for Human Rights Law and Practice*, Cambridge, 2018, 1 ss.

⁴⁸ Si osserva che gli *stakeholder* diventano “autori delle proprie regole” (secondo la formula efficace di S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011) in un orizzonte in cui la tecnica e la dimensione fattuale “capovolgono” la piramide delle fonti (questa è l’immagine offerta da A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018).

riferimento all'ingresso della prova neuroscientifica nel processo penale⁴⁹. Poi, a fianco alle questioni biogiuridiche e marcatamente sanitarie della neurofarmacologia, si è iniziata a evidenziare la centralità della questione della libertà cognitiva, e del rischio della sua compromissione di fronte alle emergenti tecnologie informatiche. Così, nel quadro dei neurodiritti, la *neuroprivacy* (o *brain privacy*) ha guadagnato un ruolo di primo piano, intendendo per essa la tutela dell'intimità della mente affidata in via primaria alla protezione dei dati che vi si riferiscono. Allora, i neurodiritti «possono ricostruirsi correttamente come aspetti o, se si vuole, sviluppi di diritti già esistenti ed esplicitamente riconosciuti»⁵⁰, con ampio riferimento all'intero catalogo costituzionale relativo alle libertà.

Il quadro europeo per la protezione dei dati, insieme con quello della Convenzione del Consiglio d'Europa 108 (e 108+)⁵¹, definisce poi un nucleo additivo di principi comuni⁵² all'interno dei quali si può ricostruire un articolato quadro regolatorio relativo alla protezione dei dati neurali. Indipendentemente dalla riconducibilità dei dati neurali alle categorie particolari, traguardo auspicabile ma non sempre raggiungibile, sorge, come osservato, un problema sulla loro autonoma classificazione. Dati come quelli relativi al *brain imaging* sono più chiaramente attribuibili alla categoria dei dati neurali e, quali dati riferiti a condizioni psico-fisiche, sussumibili al *genus* dei dati sanitari. Invece, le pratiche psicometriche e di *neuromarketing* tendono a realizzare trattamenti di dati sui gusti degli utenti, registrando informazioni di natura più ambigua. Eppure, le neurotecnologie possono realizzare, anche con riferimento a dati non riferiti al *brain imaging* in senso stretto, un'interferenza molto più invasiva di quanto si possa registrare in altre tecniche di profilazione dell'utenza.

Sia che il trattamento dei dati neurali sia sottoposto a protezione rafforzata, sia che esuli da tale perimetro, è comunque possibile rinvenire (forse troppo agevolmente) una base giuridica per legittimare l'interferenza nell'attività psichica.

In ogni caso, il problema dell'individuazione della base giuridica del trattamento non è affatto risolutivo. Il consenso dell'utente non può costituire una garanzia sufficiente contro i rischi insiti nell'interferenza cognitiva, anche perché esso condiziona l'accesso a molti servizi digitali. Inoltre, l'impegno cognitivo nella manifestazione del consenso e la comprensione delle implicazioni sono spesso non soddisfacenti. Sarebbe poi necessaria una migliore informazione dell'utenza sulle pratiche invasive e sulla potenziale interferenza delle tecniche di profilazione. Infatti, si può osservare che, accanto al problema delle informazioni in uscita, si avverte in letteratura il rischio delle informazioni in entrata⁵³, cioè quello rappresentato dalla capacità intrusiva delle tecnologie.

⁴⁹ Sul punto, v. ampiamente in O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, Torino, 2019.

⁵⁰ La citazione originaria è riferita ai «nuovi diritti», F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 10.

⁵¹ Cfr. A. MANTELERO, *The Future of Data Protection: Gold Standard vs. Global Standard*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, 105500.

⁵² Cfr. A. MANTELERO, G. VACIAGO, M. S. ESPOSITO, N. MONTE, *The Common EU Approach to Personal Data and Cybersecurity Regulation*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2021, eaaa021.

⁵³ Diffusamente in S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

Soprattutto, nel settore di interesse per la *neuroprivacy*, l'interferenza delle tecniche di *profiling* può determinare l'induzione pervasiva (occulta o non percepita) di informazioni esterne.

Abbiamo anche evidenziato le condizioni per una qualificazione dei dati neurali come una categoria particolare autonoma (ipotesi ad oggi preclusa dall'orizzonte positivo) e affermato la riconducibilità eventuale alle categorie tipizzate dal GDPR. Tale classificazione, però, dipende dalla natura, dal *design* e dallo scopo del trattamento dei dati. Un simile approccio, seppure offra una soluzione soddisfacente, che assoggetta almeno una parte delle neurotecnologie al regime rafforzato di tutele, rischia troppo spesso di sancire regole severe per gli attori che perseguono finalità di pubblico interesse o sanitarie, lasciando più libero lo spazio occupato dagli *stakeholder* dell'ambiente digitale.

Con riferimento alle finalità di trattamento, il Cons. 50 GDPR indica che il trattamento dei dati «per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti dovrebbe essere consentito», solo se compatibile con le finalità iniziali. La compatibilità dipende, tra l'altro, da qualsiasi legame tra tali finalità, il contesto, le aspettative degli interessati, la natura dei dati, le conseguenze del trattamento e l'esistenza di garanzie adeguate. Nel caso dei dati neurali, la gravità dei rischi per i diritti deve essere considerata spesso, se non sempre, elevata. Pertanto, dovremmo interpretare la clausola di compatibilità con trattamenti a finalità diverse da quella originariamente prevista al momento della raccolta in modo rigido, per affermare o rimarcare la gravità dei rischi insiti nell'implementazione di nuove tecnologie di trattamento di dati neurali. In altre parole, andrebbe escluso che un dato raccolto a finalità commerciali sia trattato per finalità di profilazione psichica; finalità che, per quanto connessa e affine alle prime, presenta elementi di innovazione e di rischio che inducono ad affermarne l'alterità.

Inoltre, la liceità di ogni implementazione delle tecniche di interferenza neurale deve sempre avvenire nel quadro dei principi di *data protection by design* e *data protection by default* (art. 25 GDPR) e nelle stesse logiche della sicurezza del trattamento (art. 32 GDPR). Perciò, sarà sempre più necessario individuare misure tecniche e organizzative adeguate, considerando altresì che la minimizzazione o la pseudonimizzazione non trovino – e forse non possano trovare – applicazioni diffuse in ambienti come quelli dei *social media*.

Per questi motivi, i *big data* e l'intelligenza artificiale amplificano l'impatto intrusivo sull'autonomia dei processi cognitivi; un fenomeno la cui regolamentazione dipende dalla migliore interpretazione della flessibilità del GDPR, nel senso dello sfruttamento del potenziale adattivo delle disposizioni e non già dell'elusione delle garanzie consentita dall'elasticità dei principi stessi⁵⁴. In questa sfida, da ultimo, si deve far riferimento alla forza normativa dei privati; forza normativa tecnica, fattuale e, però, con evidenti proiezioni sul terreno propriamente giuridico. In una simile prospettiva, gli strumenti di *hard law*, come tali già in parte idonei a regolamentare il settore dei dati

⁵⁴ Cfr. G. D'ACQUISTO, *On Conflicts Between Ethical and Logical Principles in Artificial Intelligence*, in *AI & Society*, 2020, 895-900.

neurale, il potere di indirizzo e il *soft law* delle istituzioni coinvolte, le norme tecniche, gli strumenti di autoregolamentazione e – non da ultimo – la tecnoregolamentazione insita nello sviluppo delle nuove tecnologie devono convergere verso la definizione di un quadro di tutele a presidio dell'autonomia e della riservatezza dei processi cognitivi⁵⁵. In questo settore, come evidenziato, un ruolo fondamentale sarà quello assunto dalle stesse neurotecnologie, cui compete di oggettivare l'intensità dell'interferenza nei processi cognitivi. Da tale oggettivazione, infatti, derivano le possibilità di conoscenza analitica del fenomeno tecnologico e, quindi, di definizione delle strategie regolatorie.

In altre parole, il sistema multilivello delle fonti del diritto⁵⁶, il *soft law* e l'autoregolamentazione degli attori coinvolti non dovrebbero servirsi della flessibilità dei principi per espandere i margini di liceità delle pratiche invasive, ma dovrebbero invece supportare la regolamentazione per inseguire e prevenire la pervasività della tecnologia, in un contesto in cui le neuroscienze sono sia il problema, sia la soluzione.

⁵⁵ Cfr. P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 131 ss.

⁵⁶ V. ampiamente, su tutti, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, Napoli, 2018.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

L'UTILIZZO PRIVATO DEI DRONI: UNA NUOVA SFIDA PER I DIRITTI UMANI?

CAMILLA DELLA GIUSTINA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le problematiche poste dall'utilizzo dei droni. – 2.1. L'approccio degli USA. – 2.2. L'approccio dell'Unione Europea. – 3. La normativa nazionale. – 4. Conclusioni.

*Avrebbero potuto analizzare e mettere su carta, nei minimi particolari,
tutto quello che s'era fatto, s'era detto e s'era pensato.*
(G. ORWELL, 1984, Milano, 2020, 175)

1. Introduzione

I droni possono essere definiti come «an unmanned aircraft or ship guided by remote control or onboard computers»¹, sono altresì conosciuti come veicoli aerei inanimati o anche sistemi aeromobili senza pilota². A causa delle loro peculiari

¹ Y. WANG, H. XIA, Y. YAO, Y. HUANG, *Flying Eyes and Hidden Controlloers: A Qualitative Study of People's Privacy Perceptions of Civilian Drones in the US*, in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 3/2016, 172.

² Per definirli vengono spesso utilizzati diversi termini. D. A. DULO, *Aeronautical Foundations of the Unmanned Aircraft*, in Id, *Unmanned Aircraft in the National Airspace. Critical, Issues, Technology and the Law*, Chicago, Illinois, American Bar Association, Section of Science & Technology Law, 2015, 21-30.

caratteristiche, ossia piccole dimensioni, elevata capacità di volo nonché possibilità di scattare immagini e registrare video ad alta definizione, hanno indotto legali e gruppi di difesa dei consumatori a sollevare fondate preoccupazioni in relazione alla loro utilizzazione.

Inizialmente con il termine drone si indicavano grandi aerei militari a pilotaggio remoto, quindi, dei veicoli aerei privi di equipaggio (UAV). I droni appartenenti alla generazione successiva rispetto a quelli utilizzati durante la Seconda Guerra Mondiale erano utilizzati nell'esecuzione di missioni «hunter/killer»³.

Da un punto di vista classificatorio, infatti, la circostanza che questi velivoli abbiano la possibilità di scattare immagini ed effettuare video registrazioni fa sì che gli stessi vengano definiti quali tecnologie di tracciamento o registrazione.

Gli utilizzatori privati di droni, infatti, possono far volare questi particolari aeromobili all'interno dei quartieri dei loro vicini, in prossimità delle finestre degli stessi nonché in prossimità delle strutture mediche⁴ con la possibilità di catturare immagini e video⁵ che, successivamente, possono essere scaricati, archiviati e diffusi come qualunque altro dato digitale⁶. A questo si deve aggiungere la difficoltà nel percepire l'esistenza dei droni in quanto gli stessi risultano essere assai silenziosi e di difficile rilevazione posto che volano a diversi piedi da terra.

In generale è possibile sostenere che il diritto di essere lasciati soli nel momento in cui si deve rapportare con l'esistenza di tecnologie, come i droni, capaci di intromettersi nella *privacy* di un individuo comporta le seguenti sfide: individuare un responsabile del fatto, stabilire il fine per cui è stata violata la *privacy*, determinare il contenuto delle informazioni divulgate al fine di individuare una ragionevole aspettativa di *privacy* ed infine provvedere a determinare la concreta offensività che l'intrusione ha determinato⁷.

Il problema è che sin dalla prima evoluzione tecnologica è stato sostenuto che quest'ultima abbia alterato l'equilibrio, esistente fin dall'antichità, che ha sempre caratterizzato il rapporto tra libertà di espressione personale e sorveglianza posta in essere da parte di soggetti terzi⁸.

Nel presente contributo l'aspetto *privacy* risulta essere interpretato nella sua duplice accezione: quale autonomia privata e protezione dei dati personali; l'utilizzo di droni, infatti, avvolge entrambi questi aspetti poiché da una parte risulta essere un sistema potenzialmente invasivo della sfera personale ma, allo stesso tempo, posto che è idoneo

³ MQ-1B Predator, U.S. Air Force 5.1.2012.

⁴ Il primo caso si è verificato nel 2015 a New York dove si è realizzata la prima azione penale contro un drone: un soggetto fece volare il proprio drone appena fuori dalle finestre dei locali di una struttura ospedaliera dove venivano svolti esami clinici. A. ZANGLA, *David Beesmer Acquitted in Town of Ulster Drone Surveillance Case*.

⁵ J. GOLDAM, *This Is What It's Like to Live Stream from a DIG Drone to Facebook*, in *CNET*, 24 maggio 2016.

⁶ H. B. FARBER, *Sensing and Surveillance: Constitutional Privacy Issues of Unmanned Aircraft* in A. DONNA, *Unmanned aircraft in the national airspace: critical issues, technology, and the law Dulo*, 2015, 228.

⁷ R.L. SCHAF, *Drone Invasion: Unmanned Aerial Vehicles and the Right to Privacy*, in *Indiana Law Journal*, vol. 94, 3/2019, 1100-1101.

⁸ A. F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 25, 1/1968, 338.

a immagazzinare quanto ripreso durante il volo richiama anche la problematica della protezione dei dati personali.

2. Le problematiche poste dall'utilizzo dei droni

L'utilizzo privato di droni pone problematiche assai importanti per quanto concerne la protezione da offrire al soggetto che risulta essere oggetto della ripresa effettuata dal SAPR. L'approccio seguito nell'affrontare questi aspetti altamente complessi differisce a seconda delle tutele predisposte e accordate ai consociati.

A tal proposito l'analisi comparatistica prenderà in esame la regolazione del fenomeno negli Stati Uniti d'America e nell'Unione Europea: si anticipa, sin da ora, che l'approccio fornito da questi due modelli risulta essere altamente differente. Gli USA, infatti, non possiedono una disciplina unitaria ma si appellano alle diverse discipline riguardanti la legge sui paparazzi e il diritto di cronaca che regolano l'utilizzazione di video, audio e fotografie potenzialmente intrusive per la *privacy* a livello statale e non federale⁹. A questo si deve aggiungere che i droni ripropongono la riflessione relativa alla ragionevole aspettativa di tutela che il soggetto privato può vantare legittimamente nei luoghi pubblici.

Nell'ordinamento europeo, invece, il riferimento è all'art. 7 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Ue il quale enuncia che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni». A questo si devono aggiungere le prescrizioni contenute nel GDPR nonché i principi elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Ue.

Un ulteriore problematica che si pone concerne la difficoltà nel ritenere sussistente la violazione della *privacy* di una persona, intesa in senso ampio, qualora l'operatore del drone apprenda l'effettiva portata delle immagini registrate solamente a conclusione del volo del drone e questo accade nella fattispecie in cui egli non possa vedere che cosa effettivamente sia stato ripreso¹⁰.

2.1. L'approccio degli USA

Si deve segnalare come la legislazione statunitense abbia adottato molte leggi statali, a partire dal 2013, per limitare le modalità di utilizzazione degli aeromobili senza pilota: attualmente è possibile registrare l'adozione di leggi in trentuno Stati¹¹. Queste disposizioni perseguono l'obiettivo di limitare la raccolta, la conservazione, la diffusione delle informazioni carpite tramite droni¹².

⁹ M.E. KAMINSKI, *Drone Federalism: Civilian Drones and the Things They Carry*, in *California Law Review Circuit*, 4/2013, 57-74.

¹⁰ H.B. FARBER, *Keep out! The efficacy of trespass nuisance and privacy torts as applied to drones*, in *Georgia State University Law Review*, vol. 33, 2/2017, 373.

¹¹ H. B. FARBER, *Let's Make It Easy to Be Responsible with Drones*, in *Providence*, J. 29.12.2015.

¹² *Current Unmanned Aircraft State Law Landscape*, NAT'L CONF. OF STATE LEG. 7.11.2016.

Il divieto più comune che si rinviene all'interno delle diverse disposizioni è dato dal divieto di registrare o fotografare una persona in assenza del consenso della stessa¹³: la peculiarità di questa previsione è data dalla circostanza in base alla quale i droni risultano essere assai economici ed estremamente popolari proprio per la possibilità di acquisire immagini durante il loro volo. La legge, infatti, riconosce in capo ai soggetti l'esperimento di azioni contro chiunque utilizza un drone per acquisire immagini di persone o di oggetti presenti all'interno di una proprietà privata qualora la persona interessata non abbia prestato il suo consenso¹⁴ e sia possibile rinvenire una ragionevole aspettativa di *privacy* in capo a quest'ultima.

Gli approcci adottati dai singoli Stati sono differenti. L'Oregon e il Nevada, ad esempio, possiedono una disciplina legislativa che possiede quale punto di partenza il diritto di proprietà allo spazio aereo¹⁵. Il primo ha approvato una legge in forza della quale i proprietari terrieri possono incardinare una causa civile nei confronti di chiunque faccia volare un drone sopra la proprietà degli stessi ad una altezza inferiore ai 400 piedi¹⁶.

A livello federale la disposizione da prendere in esame è il IV Emendamento il quale recita «the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized». In esso è possibile rinvenire la presenza di due clausole separate¹⁷: la prima sancisce il diritto per le persone di essere protette contro ricerche definibili come irragionevoli da sequestri¹⁸, la seconda precisa che l'emissione di «warrant» può avvenire solamente nell'ipotesi in cui venga descritta con particolarità il posto preciso nel quale cercare o, in alternativa, le persone o gli oggetti da sottoporre a sequestro¹⁹.

Al di là del tenore testuale del IV Emendamento l'aspetto nevralgico concerne l'interpretazione che è stata fornita allo stesso; a tal proposito è necessario richiamare l'interpretazione originale proposta dal Giudice Scalia in una causa riguardante la sorveglianza elettronica²⁰. Si tratta di un'interpretazione che riprende l'origine storica del IV Emendamento: viene precisato che il testo dello stesso richiama espressamente il concetto di proprietà in quanto, in caso contrario, vi sarebbe un mero riferimento al diritto delle persone ad essere al sicuro da perquisizioni irragionevoli²¹. I Padri Fondatori, infatti, elaborarono la clausola del IV Emendamento alla luce del caso Britannico del 1763

¹³ CAL. CIV. CODE § 1708.8(b) (2015); FLA. STAT. § 934.50(3)(b) (2015).

¹⁴ FLA. STAT. § 934.50(3)(b) (2015).

¹⁵ OR. REV. STAT. § 837.380 (2016); Assemb. B. 239, 78th Leg., Reg. Sess. (Nev. 2015).

¹⁶ OR. REV. STAT. § 837.380.

¹⁷ T.Y. DAVIES, *Recovering the Original Fourth Amendment*, in *Michigan Law Review*, vol. 98, 3/1999, 550-551.

¹⁸ *U.S. Const. amend. IV*, cl. 1.

¹⁹ *U.S. Const. amend. IV*, cl. 2.

La differenza sussistente tra le due ipotesi disciplinate non è così chiara e precisa.

²⁰ *United States v. Jones*.

²¹ *Juones*, 132 U.S.

*Wilkes vs. Wood*²². Il primo era un critico del Re ed era stato accusato a seguito di prove acquisite durante una perquisizione effettuata all'interno dei suoi locali commerciali in base ad un mandato estremamente generale per tale intendendo un mandato non contenente un inventario degli oggetti da sottoporre a sequestro e privo dei nominativi delle persone cui è riferito²³. La *Crown Court* definì le prove acquisite come inammissibili poiché, qualora avesse sostenuto il contrario, avrebbe consentito alla Corona non solo di emettere mandati generali ma anche di esercitare un potere capace di incidere sulla proprietà di ogni uomo in totale violazione della libertà riconosciuta ai soggetti²⁴.

Questa interpretazione venne successivamente abbandonata a partire dal caso Hayden nel quale venne elaborata un'interpretazione del IV Emendamento non fondata sul concetto di proprietà ma una imperniata sul concetto di *privacy*²⁵. In tal direzione è stato sostenuto che le perquisizioni e i sequestri possono essere definiti come irragionevoli anche in applicazione del IV Emendamento e anche nell'ipotesi in cui venga affermato un interesse superiore a quello di proprietà²⁶.

A seguito della pronuncia Katz²⁷ la definizione di ricerca ragionevole in assenza di un valido mandato deve essere vagliata alla luce di un test da articolare, a sua volta, in due aspetti. Per quanto concerne la prima parte è il Giudice a dover considerare se l'individuo, nel caso concreto, possa vantare una ragionevole aspettativa di *privacy*²⁸; nella seconda fase l'interrogativo da porsi concerne la possibilità che la società riconosca questa aspettativa come ragionevole²⁹.

Alla luce di questo emerge come il IV Emendamento sia diretto a proteggere le persone e non i luoghi³⁰.

La legislazione successiva ai fatti accaduti l'11 settembre ha posto alcune barriere alla protezione accordata dal IV Emendamento³¹. Nonostante la modernizzazione della FAA e il *Reform Act* del 2012 (*FAA Act*) avesse quale obiettivo principale quello di arginare il fenomeno terroristico lo stesso è stato definito come espansione senza soluzione di continuità delle politiche stabilite dal *Patriot Act* il cui risultato finale è stato un indebolimento ulteriore della *privacy*.

Alla luce di ciò emerge come l'invasione di droni nello spazio aereo sia solamente una progressione del compromesso tra *privacy* e sicurezza nazionale che venne stabilito dagli USA³².

²² S. TREPPEL, *Digital Searches, General Warrants and Case for the Courts*, in *Jale Journal of Law and Technology*, vol. 10, 1/2008, 120-123.

²³ T.T. TAKAHASI, *Drones and privacy*, in *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 14, n. 1/2021, 72-114.

²⁴ *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 1763.

²⁵ *Warden, Md. Penitentiary v. Hayden*, 1967.

²⁶ *Hayden* 387 U.S.

²⁷ *Katz v. United States*, 1967.

²⁸ *Katz v. United States*.

²⁹ *Smith v. Maryland*, 1979.

³⁰ *Katz v. United States*.

³¹ A. MARKS, *Privacy Advocates Fight for Ground Lost After 9/11*.

³² J. STANLEY, C. CRUMP, *Protecting privacy from aerial surveillance: recommendations for government use of drone aircraft.*, in *ACLU*.

Il *FAA Act* ordinò sostanzialmente la concessione della licenza all'uso di droni in ambito domestico³³ senza predisporre delle adeguate tutele per la *privacy*: il problema nasce dal fatto che i droni possiedono la capacità di raccogliere informazioni riservate che normalmente dovrebbero essere schermate da qualche struttura tecnologica o fisica³⁴. La loro proliferazione, di conseguenza, solleva numerose e legittime preoccupazioni in materia di *privacy*³⁵. L'aspetto da evidenziare è che il *FAA Act* contempla l'ipotesi che qualsiasi individuo o entità possa richiedere l'autorizzazione per l'utilizzazione dei droni³⁶.

Per quanto concerne il rapporto intercorrente tra IV Emendamento e *privacy* di un soggetto la Corte Suprema ha precisato che il primo non può essere invocato in detta circostanza. Il riferimento va al caso *California v. Ciraolo*³⁷ riguardante l'utilizzo della sorveglianza aerea da parte di agenti della polizia finalizzata all'ottenimento di prove di un crimine. In questa ipotesi la Corte ritenne non qualificabile l'attività svolta quale perquisizione poiché la polizia aveva osservato lo svolgimento di attività illegali svolte "in bella vista" oltre ad aver volato ad una altezza di 1000 piedi dalla proprietà dell'imputato. Il problema dipende dal fatto che i droni possiedono potenzialità totalmente differenti da quelle di un aereo: i primi possono arrivare ad altitudini superiori ai 60.000 piedi e riuscire ad ispezionare la proprietà privata raccogliendo dati sensibili³⁸.

Da questo si ricava che una sorveglianza aerea non è qualificabile come ricerca³⁹ ma i droni potrebbero determinare un'eccezione a detta regola⁴⁰. È stato sostenuto come dinnanzi all'utilizzazione di droni le persone, riprese in un luogo pubblico, potrebbero vantare una legittima pretesa di riservatezza⁴¹ posto che il IV Emendamento protegge le persone, non i luoghi e quindi una ragionevole aspettativa di *privacy* può rinvenirsi anche in luogo pubblico poiché «what [a person] seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected»⁴².

Da queste prime ipotesi di sorveglianza aerea è necessario distinguere la sorveglianza tramite droni: la prima, infatti, è idonea a rendere immediata la violazione della *privacy*, i secondi, invece, non danno immediatezza della lesione. Essi, infatti, possono essere azionati a distanza, permettono agli operatori di vedere le informazioni in tempo reale e di raccogliere numerose informazioni⁴³.

³³ *FAA Modernization and Reform Act* of 2012, Pub. L. No. 112-95, § 332(a)(1), (a)(2)(A)(iii), 126 Stat. ii, 73 (2012).

³⁴ A. GREENBERG, *Flying Drone Can Crack Wi-Fi Networks, Snoop on Cell Phones*, in *Forbes*, 28.6.2011.

³⁵ R. PAUL, *Don't Let Drones Invade Our Privacy*, in *CNN OPINION*, 15.6.2012.

³⁶ A. M. DOLAN, R. M. THOMPSON, *Cong. research serv., r42940, integration of drones into domestic airspace: selected legal issues*, 4.4.2013, 3-4.

³⁷ *California v. Ciraolo*, 1986.

³⁸ J. MAYER, *The Predator War*, in *NEW YORKER*, 26.10.2009.

³⁹ *Florida v. Riley*, 1989.

⁴⁰ A. M. DOLAN, R. M. THOMPSON, *Cong. research serv., r42940, integration of drones into domestic airspace, op., cit.*

⁴¹ E. HERSHAW, *Send in the Drones*, in *TEX. OBSERVER*, 2.5.2012.

⁴² *Katz v. United States*, 1967.

⁴³ A. OYENGLUE, *Drones in the homeland: A potential privacy obstruction under the fourth amendment and the common law trespass doctrine*, in *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Policy*, vol. 21, 2/2013, 365-393.

Nel momento in cui i droni non vengono utilizzati per uso pubblico essi dovrebbero soggiacere alle prescrizioni contenute nel IV Emendamento soprattutto nell'ipotesi in cui carpiscano i dettagli intimi di una casa.

Applicando l'orientamento espresso dalla Corte Suprema nel caso *Katz v. United States*⁴⁴, ossia l'applicazione del IV Emendamento alla tutela della *privacy* anche in luogo pubblico⁴⁵, le persone potrebbero essere protette dalla sorveglianza dei droni in luogo pubblico alle seguenti condizioni: che le stesse godano di una ragionevole aspettativa di *privacy* e che la società riconosca questa aspettativa come ragionevole. Questa regola dovrebbe essere applicabile anche ai droni in quanto essi sono dotati di telecamere ad alta definizione, tecnologia *radar* e termografia sofisticata: si tratta di caratteristiche che permettono agli stessi di poter vedere anche oltre alle barriere fisiche⁴⁶. In questo modo tramite i droni è possibile ottenere una copiosa quantità di informazioni non ricavabili da una mera osservazione fisica al punto da poter osservare nel dettaglio attività compiute all'interno delle case.

In altri termini l'utilizzo dei droni determina una invasione sempre più significativa e inventiva della *privacy*⁴⁷. A questo punto, al fine di rinvenire la disciplina applicabile, è necessario distinguere il soggetto autore della lesione della *privacy*. Il IV Emendamento protegge le violazioni della *privacy* a condizione che le stesse vengano perpetrate dal Governo mentre, qualora la medesima azione fosse posta essere da un'entità non governativa, l'autore dell'illecito risponderebbe dell'illecito violazione di domicilio.

L'applicazione del IV Emendamento al fine di far valere una legittima⁴⁸ o ragionevole⁴⁹ o giustificabile⁵⁰ ragione di *privacy* in capo al soggetto risulta essere difficile poiché difficilmente ricorreranno tutti e tre questi requisiti contemporaneamente, però, raramente non significa impossibile e nemmeno che questa situazione non possa ricorrere in un caso concreto.

In conclusione è possibile sostenere che «the development of American privacy law has been slow and uneven; the advancement of information technology has not. The result is a widening chasm between our collective and individual capacity to observe one another and the protections available to consumers and citizens under the law»⁵¹.

⁴⁴ In una successiva pronuncia la Corte, precisamente nel caso *United States v. Knotts (1986)*, la Corte ha sostenuto che l'individuo non possiede una ragionevole aspettativa di *privacy* nei confronti di attività di sorveglianza nel momento in cui egli viaggia in macchina o si trova in una strada pubblica anche nell'ipotesi in cui la sorveglianza sia stata effettuata grazie all'assistenza tecnologica. L'opinione maggioritaria, infatti, ha evidenziato che la circostanza in base alla quale un soggetto si trova in uno spazio pubblico consente a chiunque di osservare in quale direzione lo stesso è diretto e che soste effettua. T. MATITEYAHU, *Drone regulations and Fourth Amendment Rights: The Interaction of State Drone Statutes and the Reasonable Expectation of Privacy*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 48, 2/2015, 265-308.

⁴⁵ Nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente l'aspettativa di *privacy* dell'imputato nel mentre lo stesso effettuava una telefonata in una cabina telefonica chiusa.

⁴⁶ *Drone Patrols Take off with Eye on Canada, Florida*, NBC NEWS.

⁴⁷ J. STANLEY, C. CRUMP, *Protecting privacy from aerial surveillance: recommendations for government use of drone aircraft.*, *op. cit.*, 10-13.

⁴⁸ *Couch v. United States*, 1973.

⁴⁹ *Kyllo v. United States*, 2001.

⁵⁰ *United States v. White*, 1971.

⁵¹ M.R. CALO, *The Drone as Privacy Catalyst*, in *Stanford Law Review Online*, vol. 64, 29/2011, 30.

2.2. L'approccio dell'Unione Europea

La differenza sussistente tra l'approccio statunitense e quello dell'Unione Europea è dato dalla circostanza in base alla quale quest'ultimo risulta possedere quale base normativa di riferimento il Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) il quale, rafforzando i principi rinvenibili nella Direttiva n. 95/46/CE, è preordinato a garantire una uniformità della disciplina all'interno del territorio dell'Unione Europea.

Il GDPR può essere definito come la cornice normativa all'interno della quale si inseriscono i diversi Regolamenti europei⁵² disciplinanti l'utilizzo dei droni. Le principali questioni che l'utilizzo dei droni pone possono essere riferite al presupposto di liceità del trattamento dei dati, alla finalità del trattamento, alla problematica della trasparenza, alla sicurezza, alla protezione dei dati personali e ai meccanismi di certificazione nonché ai codici di condotta per i piloti⁵³.

A partire da questa cornice normativa è possibile rinvenire una pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE⁵⁴ relativa all'ambito di applicazione della direttiva n. 95/46/CE. La pronuncia analizza il caso di installazione, da parte di un privato cittadino, di un impianto di videosorveglianza sotto la cornice del tetto della sua abitazione con inquadratura statica dell'ingresso della sua dimora, della porzione di strada pubblica antistante e di una parte dell'uscio della casa di fronte. Le riprese dell'impianto, precisamente, erano a ciclo continuo e successivamente venivano archiviate su un dispositivo di memoria di massa privo di *monitor* e con inizializzazione automatica una volta raggiunta la capienza massima consentita; a questo si deve aggiungere che il trattamento dei dati era consentito solamente al sig. *František Ryneš*.

A seguito di una aggressione il sig. *Ryneš* consegnava le registrazioni agli organi competenti i quali, dopo aver identificato i sospettati, promuovevano un procedimento penale. Uno dei sospettati presentava istanza presso l'ufficio per la protezione dei dati personali per sospettata violazione di questi e, l'Ufficio competente, evidenziava l'avvenuta violazione della legge Ceca sulla protezione dei dati personali⁵⁵; la violazione che veniva addebitata al sig. *Ryneš*, quale responsabile del trattamento, consisteva nella raccolta di dati senza il consenso, difetto di informazioni sul trattamento dei dati personali e mancata comunicazione all'Ufficio competente⁵⁶.

⁵² Il riferimento è ai Regolamenti nn. 1139/2018, 945/2019, 974/2019.

⁵³ L. CALIFANO, *Spunti problematici sul trattamento dei dati personali raccolti tramite droni*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, vol. 7/2020, 1-11.

⁵⁴ Corte di Giustizia, causa C-212/13, *František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů*, 11.12.2014.

⁵⁵ *Zákon č. 101/2000 Sb. o ochraně osobních údajů*.

⁵⁶ Avverso detta decisione *Ryneš* ricorreva alla Corte Municipale di Praga la quale confermava la decisione adottata dall'Ufficio per la protezione dei dati personali; successivamente proponeva ricorso anche avverso alla Corte di Cassazione la quale sospendeva il proprio giudizio per rimettere alla Corte di Giustizia dell'Ue la risoluzione pregiudiziale del seguente quesito: «se il fatto di tenere in funzione un sistema di videocamera installato su un'abitazione familiare allo scopo di proteggere la proprietà, la salute e la vita dei proprietari possa essere classificato come trattamento di dati personali "effettuato da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico" ai sensi dell'art. 3, par. 2, secondo trattino, della dir. 95/46/CE [...], sebbene detto sistema riprenda anche spazi pubblici».

La Corte di Giustizia dell'Ue, partendo dalla considerazione secondo cui «l'immagine di una persona registrata da una telecamera costituisce un dato personale [...] se ed in quanto essa consente di identificare la persona interessata», arriva alla conclusione che «una sorveglianza effettuata mediante una registrazione video delle persone, come nel procedimento principale, immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua [...] costituisce [...] un trattamento di dati personali automatizzato».

Questa minaccia alla riservatezza⁵⁷ è determinata dal fatto che questi sistemi permettono di archiviare una grandissima quantità di dati e, allo stesso tempo, di collegare tra di loro i dati immagazzinati; questo possiede quale conseguenza immediata quella di ottenere, con estrema facilità, delle informazioni altrimenti non accessibili⁵⁸.

Nonostante la videosorveglianza possa essere definita quale trattamento automatizzato di dati personali⁵⁹, si deve altresì analizzare il campo di applicazione della Direttiva n. 95/46/CE: l'art. 3 co. 2 della stessa precisa che «le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai trattamenti di dati personali: – effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione Europea e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale; – effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico». Si tratta, in altri termini, dell'aspetto che la Corte deve chiarire e, precisamente, è compito del collegio giudicante individuare il risultato derivante «dal necessario bilanciamento dei confliggenti interessi operato in astratto dal legislatore comunitario ed in concreto dalla giurisprudenza (non solo europea)»⁶⁰.

Sulla scorta di una copiosa giurisprudenza⁶¹ la tutela apprestata al diritto fondamentale alla vita privata (art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) richiede che le deroghe alla tutela dei dati personali e le limitazioni apprestate ad essa debbano essere strettamente necessarie. A questo si deve aggiungere che l'attività che si esplica nel trattamento dei dati personali risulta essere potenzialmente lesiva delle libertà fondamentali, quali diritto alla vita privata, e, di conseguenza, la deroga stabilita per le «attività a carattere esclusivamente personale o domestico» deve necessariamente essere

⁵⁷ G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 209-212. G. FINOCCHIARO, F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, 159.

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 34.

⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, *František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů*.

⁶⁰ D. B. CASIERE, *La videosorveglianza ad uso domestico: ambito di applicazione della direttiva europea in materia di protezione dei dati personali*, in *Diritti della persona e responsabilità in rete*, n.3/2015, 160. Corte giust., 13.5.2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)* e *Mario Costeja González*, Corte giust., 7.11.2013, causa C-473/12, *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) c. Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL e Grégory Francotte*, Corte giust., 8.4.2014, cause C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd e a.*

⁶¹ Corte giust., 7.11.2013, causa C-473/12, *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) c. Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL e Grégory Francotte*.

interpretata in modo restrittivo poiché il termine «esclusivamente» è un indizio circa il carattere eccezionale della previsione.

A tal proposito si rende necessario distinguere tra attività personali e attività domestiche: le prime potrebbero essere definite come le attività legate intimamente alla vita privata di un soggetto che possono esplicarsi anche in luoghi esterni al domicilio e che non incidono sulla sfera personal degli altri. Le seconde, invece, sono strettamente connesse alla vita familiare, si svolgono all'interno del domicilio o in altri luoghi condivisi dagli appartenenti alla famiglia e possono rinvenirsi in «una residenza secondaria, una camera d'albergo o un'autovettura⁶²».

La Corte di Giustizia, invece di fornire una distinzione chiara tra questi due aspetti, richiama il dodicesimo considerando della direttiva il quale ascrive all'ambito della deroga «la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi persino qualora, incidentalmente, [...] riguardino o possano riguardare la vita privata di terzi⁶³».

A partire da dette considerazioni il Collegio arriva ad affermare che «posto che la videosorveglianza in questione si estende, anche se solo parzialmente, allo spazio pubblico antistante l'abitazione del sig. Ryneš, eccedendo e dunque invadendo la sfera privata altrui, essa non può essere in alcun modo considerata un'attività esclusivamente personale o domestica ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, par. 2, secondo trattino della dir. 95/46/CE»⁶⁴.

3. La normativa nazionale

Se in precedenza è stata posta in evidenza la differente sensibilità esistente tra USA e Ue è necessario approdare alla disciplina nazionale per cercare di delineare un ragionevole bilanciamento tra quelle che possono essere finalità pubbliche dell'attività condotta tramite l'utilizzo dei droni e la tutela del diritto alla protezione dei dati personali.

La “disciplina droni” attualmente si rinviene nei Regolamenti ENAC i quali contengono un numero assai vasto di disposizioni volte a garantire la sicurezza del traffico aereo al punto da consentire l'uso legittimo di droni per scopi civili anche in Italia. A seguito dell'ultimo aggiornamento dell'ENAC è divenuto obbligatorio procedere alla registrazione dei droni e dei loro possessori⁶⁵.

Per quanto concerne la problematica della *privacy* è lo stesso Regolamento ENAC che all'articolo 34 precisa che «laddove le operazioni svolte attraverso un SAPR possano comportare un trattamento di dati personali, tale circostanza deve essere menzionata nella documentazione sottoposta ai fini del rilascio della pertinente autorizzazione. Il

⁶² Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, *František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů*.

⁶³ Corte giust., 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Bodil Lindqvist c. Göta Hovrätt*.

⁶⁴ D. B. CASIERE, *La videosorveglianza ad uso domestico: ambito di applicazione della direttiva europea in materia di protezione dei dati personali*, op., cit., 162.

⁶⁵ Il riferimento è al Regolamento di Esecuzione UE n. 947/2019 divenuto applicabile il 31.12.2020 nonché al regolamento ENAC UAS-IT entrato in vigore il 4.1.2021 che disciplina quanto di competenza dei diversi Stati membri.

trattamento dei dati personali deve essere effettuato in ogni caso nel rispetto del Decreto Legislativo 30 giugno 2003 n. 196 e successive modificazioni («Codice in materia di protezione dei dati personali»), con particolare riguardo all'utilizzo di modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità ai sensi dell'art. 3 del citato Codice, nonché delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal Garante per la protezione dei dati personali».

A questo si devono aggiungere le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 196/2003 il quale richiede per il trattamento dei dati personali, da parte di privati o enti pubblici, la necessità di prestazione del consenso libero ed informato oltre a quanto stabilito dalle disposizioni sul diritto di autore alle quali si devono aggiungere le disposizioni contenute nel codice civile⁶⁶ e penale⁶⁷. Con l'utilizzo dei meccanismi SAPR si concretizza la possibilità di violare il diritto d'autore per quanto concerne le riprese effettuate in pubblico, successivamente montate e diffuse sul web. L'art. 96 di detta legge sancisce che «il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente»: le eccezioni a questa regola sono il consenso della persona interessata e l'ipotesi della riproduzione collegata a «cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico».

Ulteriore aspetto problematico attiene riguarda la *Privacy Enhancing Technologies*, ossia la necessità che «sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità» (art. 3 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196). Una concreta applicazione di questo modello *privacy* ai dispositivi SAPR potrebbe concretizzarsi nella diffusione sul commercio dei SAPR solo a condizione che gli stessi possiedano un *software*, già installato direttamente sul dispositivo di videoripresa, diretto a riconoscere in modo automatico i volti delle persone terze al fine di provvedere al loro oscuramento⁶⁸.

Se questo attiene alla protezione dei dati personali, per quanto concerne il diritto alla riservatezza, nella sua accezione originaria ossia quale *ius excludendi alios* e quindi riferibile alla tutela del domicilio, è necessario riferirsi all'elaborazione giurisprudenziale. La Corte costituzionale ha precisato che «affinché scatti la protezione dell'art. 14 Cost., non basta che un certo comportamento venga tenuto in luoghi di privata dimora; ma occorre, altresì, che esso avvenga in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile a terzi⁶⁹». Partendo da detta affermazione la Corte di Cassazione ha provveduto

⁶⁶ Il riferimento va all'art. 10 c.c. il quale enuclea il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria per chiedere non solo la cessazione dall'abuso ma anche il risarcimento dei danni «qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti».

⁶⁷ L'allusione è all'art. 615-bis c.p. il quale contempla l'ipotesi di illecita ripresa visiva effettuata in privato domicilio.

⁶⁸ R. LOBINACO, *Mezzi aerei a pilotaggio remoto: brevi osservazioni sul regolamento ENAC*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 6/2017, 2065-2087.

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 149/2008.

a distinguere tra tutela costituzionale del domicilio e diritto alla riservatezza (art. 2 Cost.) sostenendo come solamente il secondo sarebbe destinatario di una tutela inferiore rispetto a quella accordata al domicilio, alle comunicazioni e alla libertà personale⁷⁰.

4. Conclusioni

L'approccio fornito da diversi ordinamenti giuridici risulta essere incentrato sul binomio tutela della riservatezza, intesa in senso ampio e quindi comprensiva anche della protezione dei dati personali, ed esigenze di tutela dell'ordine pubblico. A seconda dell'equilibrio e dell'importanza fornita a uno di questi due elementi un ordinamento giuridico arriva a definire l'interesse che deve prevalere nel caso concreto.

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea risulta essere incentrato sul riconoscimento di un diritto, quasi assoluto, alla protezione dei dati personali nonché alle informazioni personali del singolo soggetto interessato. La risposta fornita da parte della dottrina a questo approccio si fonda sulla considerazione in base alla quale «lo scenario tecnologico esistente al momento dell'introduzione delle prime normative in materia di tutela dei dati personali, non sembra adattarsi, invece, alle esigenze derivanti dall'attuale contesto tecnologico e informatico, ove la presenza di innovazioni sempre più complesse costringe a riflettere sulla necessità di valutare i nuovi potenziali pregiudizi che possono derivare dall'uso di dati»⁷¹.

Si ritiene che, nonostante i diversi approcci normativi, l'aspetto nevralgico riguardi la difesa non solo della riservatezza ma anche e congiuntamente «l'interesse a che la propria situazione personale sia rappresentata fedelmente, di intere categorie di persone da questi possibili attentati tecnologici»⁷².

Parte della dottrina ha sostenuto che la necessità di riservatezza e di isolamento può rinvenirsi non solamente nel momento in cui i soggetti si trovano all'interno di un luogo privato ma anche qualora siano in luoghi pubblici e che in essi possa essere ritenuta sussistente una ragionevole aspettativa di spazio privato. L'esempio che viene fornito concerne la presenza di un soggetto in un parco pubblico o ad un evento sportivo: in queste ipotesi ogni individuo potrebbe vantare una forte aspettativa a non essere ripreso tramite meccanismi tecnologici⁷³.

⁷⁰ «La tutela costituzionale del domicilio va limitata ai luoghi con i quali la persona abbia un rapporto stabile, sicché, quando si tratti di tutelare solo la riservatezza, la prova atipica, quale è una videoregistrazione, può essere ammessa con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Non sono quindi ammissibili riprese visive effettuate, ai fini del processo, in ambito domiciliare, mentre vanno autorizzate dall'autorità giudiziaria procedente, cioè p.m. o giudice, le riprese visive che, pur non comportando un'intrusione domiciliare, violino la riservatezza personale». Cass. pen., sez. VI, n. 33953/2012.

⁷¹ M.S. ESPOSITO, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5/2019, 1072-1073.

⁷² G. VISINTINI, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1/2019, 6.

⁷³ R. CLARKE, *The regulation of civilian drones' impacts on behavioural privacy*, in *Computer Law and Security Review*, 30/2014, 286-305.

Per quanto concerne l'ordinamento di *common law* è stato sostenuto che il riconoscimento della piena protezione personale è un principio antico quanto la stessa *common law*; nonostante questo l'evoluzione tecnologica impone una nuova definizione della nozione e dell'estensione di questa protezione⁷⁴.

Definire la *privacy* come «the condition in which others are deprived of access to you»⁷⁵ importa diverse problematiche.

In primo luogo, si realizza una condizione di vulnerabilità rispetto alle persone i cui comportamenti risultano essere controllati, in secondo luogo non possedere il controllo su chi osserva e traccia un determinato individuo produce un effetto distruttivo sulla personalità dell'essere umano⁷⁶. In altri termini un sistema di sorveglianza⁷⁷ globale tende ad essere distruttivo poiché dimostra la mancanza di rispetto nei confronti di ogni singolo individuo al punto da non considerarlo più come persona ma come oggetto. In terzo luogo, la sorveglianza pervasiva produce una distorsione della personalità umana: la singola persona diviene un oggetto sul quale produrre delle azioni e non viene considerata quale attore moralmente responsabile⁷⁸.

L'aspetto che si è voluto evidenziare nel presente contributo concerne una nuova e possibile sfida per la protezione dei diritti umani, per tale intendendo il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, poiché l'utilizzo dei droni impone di riflettere nuovamente sull'evoluzione continua della tecnologia; è necessario quindi che i responsabili delle politiche siano lungimiranti e creativi nell'anticipare le possibili lesioni determinate dall'aumento di droni all'interno dello spazio aereo⁷⁹.

⁷⁴ BLACK'S LAW DICTIONARY, 2009.

⁷⁵ J. H. REIMAN, *Driving to the Panopticon: A philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future*, in *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 11, 1/1995, 30.

⁷⁶ J. ROSEN, *The Naked Society: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*, 2004.

⁷⁷ Si è parlato in dottrina di «società sorvegliata» per indicare l'assetto che ha assunto la società nell'era digitale. D. LYON, *Surveillance Society: Monitoring Everydaylife*, Buckingham-Philadelphia, Open University Press, 2001.

⁷⁸ D. J. GLANCY, *Privacy on the Open Road*, in *Ohio Northern University Law Review*, vol. 30, 3/2004, 295-376.

⁷⁹ R. L. SCHAF, *Game of Drones: Rolling the Dice with Unmanned Aerial Vehicles and Privacy*, in *Utah Law Review*, 2/2018, 470.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA NEGAZIONE DELLE LIBERTÀ NEGATIVE: QUALI REGOLE SUL
TERRITORIO DEI SOCIAL NETWORK?

GIUSEPPE DONATO

SOMMARIO: 1. L'esercizio delle libertà negative, dalla sfera analogica a quella digitale. – 2. Il cambiamento di paradigma: dal potere pubblico al potere privato. – 3. La libertà di partecipazione politica: Forza Nuova e CasaPound vs Facebook. – 4. La libertà di espressione: Trump vs Facebook. – 5. Verso un nuovo modello di giurisdizione: il Facebook Oversight Board. – 6. Verso un nuovo modello di legislazione: il Digital Services Act.

1. L'esercizio delle libertà negative, dalla sfera analogica a quella digitale

La curiosità con cui i primi pionieri della rete si avvicinavano alla creatura di *Tim Berners-Lee*, il *World Wide Web*, era motivata dalla possibilità di avventurarsi in uno spazio inesplorato in cui, attraverso collegamenti ipertestuali, si poteva accedere ad informazioni condivise da studiosi e ricercatori. Nell'ambiente digitale prendeva forma una società di eguali, che, pur rispondendo a determinate regole (perlopiù non scritte), non necessitava di una cavillosa struttura per il suo funzionamento. L'equilibrio di questo sistema si reggeva, fra l'altro, sull'esiguità degli utenti che possedevano le conoscenze e gli strumenti per potere accedere ad Internet e sulla limitatezza delle attività che potevano compiersi in formato digitale.

L'accessibilità della rete ad un pubblico sempre più vasto¹ e l'avanzamento tecnologico hanno fatto sì che la sfera dell'esistenza digitale, nata come una mera estensione di quella analogica, abbia, per molti aspetti, preso il sopravvento, fino ad elevarsi a sede (com)primaria della cura degli interessi dei consociati. Ne è derivata un'inestricabile commistione tra vita *reale* e *virtuale*, la c.d. *onlife*², in cui la dimensione relazionale e sociale si realizza in modalità polivalente.

La pandemia da Covid-19 – con le relative limitazioni in punto di libertà di circolazione³, di riunione e, di riflesso, di associazione⁴ – ha fortemente accelerato questo processo di digitalizzazione: l'esercizio di diritti e libertà viene attirato con costanza nel *non luogo* virtuale e, segnatamente, sul territorio dei social network.

2. Il cambiamento di paradigma: dal potere pubblico al potere privato

Il rapido mutamento del contesto sociale e tecnologico ha messo in luce una nuova prospettiva in cui si iscrive il godimento delle libertà negative.

Nell'archetipo tradizionale l'enunciazione di tali libertà rappresenta un presidio di garanzia della sfera personale del cittadino dalle ingerenze del potere statale, *rectius*, pubblico⁵. La modellistica costituzionale prescrive le riserve di legge e di giurisdizione a fondamento delle possibili *limitazioni*, per tale via assicurandone la *prevedibilità* e la sottoponibilità allo *scrutinio* di un'autorità terza e indipendente.

La validità di questo assetto è confermata, peraltro, dalla sua diffusione anche in altri ordinamenti europei: la libertà di espressione può essere limitata solo da leggi generali (art. 5 *Grundgesetz*) o da leggi che danno applicazione al precetto costituzionale (art. 20 Cost. Spagna); analoga tutela viene offerta alla libertà di riunione (art. 8 *Grundgesetz*, art. 21 Cost. Spagna); la riserva di giurisdizione, poi, tutela le associazioni da scioglimenti arbitrari in Spagna (art. 22) e Portogallo (art. 46)⁶.

Il quadro contemporaneo, d'altro canto, evidenzia come l'esercizio delle libertà negative non possa più prescindere dall'utilizzo dei social network e, di conseguenza, dal comportamento omissivo delle società che li gestiscono. Occorre indagare, pertanto, quali guarentigie accompagnano la loro nuova dimensione, a quali rischi soggiacciono a causa

¹ Secondo i dati disponibili su [statista.com](https://www.statista.com) si registrano 4,66 miliardi di internauti, il 59.5% della popolazione mondiale (aggiornati a gennaio 2021).

² Inserita dalla Treccani fra i Neologismi del 2019; v. [qui](#).

³ Sul punto G. D'AMICO, *La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello stato costituzionale*, Napoli, 2020, 163 ss.

⁴ Fra l'amplessima dottrina che si è occupata dell'emergenza pandemica sia consentito richiamare per tutti, per le riflessioni di particolare valenza sistematica svolte, G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 10 aprile 2020.

⁵ Cfr. G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milano, 1973, 272 ss.

⁶ Esula dalla presente trattazione la problematica concernente lo scioglimento dei partiti politici che, a seconda dell'impostazione adottata, si discosta in misura più o meno marcata dallo scioglimento delle associazioni in generale (c.d. *Parteienprivileg*). *Ex multis* v. C. PINELLI, *Discipline e controllo sulla democrazia interna dei partiti*, Padova, 1984.

dell'estensione del dominio dei privati, quali rimedi possono essere adottati per parificare la libertà negativa *dallo Stato* con quella *dal social network*.

3. La libertà di partecipazione politica: Forza Nuova e CasaPound vs Facebook

La problematica interessa principalmente la libertà di espressione, coi riflessi che scaturiscono sul piano della libertà di associazione, *sub specie* di associazione politica.

Nello scenario nazionale si sono registrati i casi di oscuramento delle pagine *Facebook* di Forza Nuova e CasaPound, che sono stati sottoposti all'attenzione del Tribunale di Roma *ex art.* 700 c.p.c.

In entrambi i giudizi il social aveva disattivato le pagine delle organizzazioni politiche senza preavviso, motivando la misura sulla base della violazione delle Condizioni d'uso e degli *Standard* della *Community* in punto di incitazione all'odio e alla violenza. Nonostante la forte assonanza fra le due vicende, i giudici hanno adottato due «ordinanze eterozigoti»⁷, che rispecchiano i diversi indirizzi che caratterizzano la materia.

Nella decisione su Forza Nuova⁸ il giudice ha ritenuto che «l'attività di indubbio rilievo sociale»⁹ svolta da *Facebook* non possa alterare il suo *status* di soggetto privato, che intrattiene rapporti negoziali sulla base delle condizioni contrattuali accettate dagli utenti al momento dell'iscrizione. L'ampia ricostruzione fattuale delle attività del gruppo e dei suoi esponenti, condotta con dovizia di particolari su fatti e discorsi registratisi anche al di fuori del social network, ha suffragato la tesi di *Facebook* sull'asserita violazione delle clausole contrattuali. L'oscuramento delle pagine, quindi, non solo rientra nel potere della società tecnologica, ma, sulla base di un composito quadro normativo – che spazia dal diritto internazionale a quello sovranazionale, fino a ricomprendere decisioni quadro, direttive e strumenti di *soft law* come il Codice di buone pratiche¹⁰ –, appare addirittura doverosa, visto l'obbligo di controllo sulla diffusione dell'*hate speech* gravante su *Facebook* stessa.

Altro esito ha avuto la lite fra la società tecnologica e CasaPound, che ha ottenuto il provvedimento cautelare richiesto in prima battuta¹¹, poi confermato in sede di reclamo¹². L'organo giudicante ha valorizzato la dimensione para-pubblicistica della resistente, evidenziando il ruolo assunto da *Facebook* «con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (art. 49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su F. è di fatto escluso (o

⁷ A.J. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *Federalismi*, 18/2020, 155 ss.

⁸ Tribunale di Roma, ord. del 23/02/2020.

⁹ Punto 2 delle ragioni in diritto.

¹⁰ V. *infra* all'ultimo paragrafo.

¹¹ Trib. Roma, ord. del 12/12/2019.

¹² Trib. Roma, ord. del 29/04/2020.

fortemente limitato) dal dibattito politico italiano»¹³. Muovendo da questo assunto il giudice ha ritenuto che *Facebook* rivesta una «speciale posizione», ai sensi della quale è tenuta ad una stretta adesione ai principi costituzionali e ordinamentali nell'esecuzione del rapporto negoziale con gli utenti: le addotte motivazioni in merito agli episodi di violenza o alle campagne d'odio riconducibili ai membri di CasaPound, ma non veicolati tramite la pagina social, non sono apparse, pertanto, sufficienti a sorreggere l'oscuramento. Sul piano del *periculum in mora*, poi, la concessione della tutela cautelare è motivata dal fatto che l'esclusione dalla piattaforma avrebbe determinato «un pregiudizio non suscettibile di riparazione per equivalente (o non integralmente riparabile) specie in termini di danno all'immagine».

In sede di reclamo il collegio giudicante, a differenza di quanto avvenuto con Forza Nuova, si è preoccupato di tracciare una distinzione fra le azioni, dimostrate o asserite, della compagine politica e la sua attività sui social. La natura contrattuale del rapporto intercorrente fra le parti, pacificamente riaffermata nell'ordinanza, non può, nondimeno, determinare l'insorgenza di zone franche dall'applicazione dei principi costituzionali; anzi, «si deve ritenere preclusa all'autonomia privata la limitazione a carico di uno dei contraenti dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, attuata ricollegando al loro esercizio conseguenze negative sul piano contrattuale» (punto 8). L'esercizio della libertà di impresa non avrebbe quindi potuto spingersi fino alla compressione della libertà di manifestazione del pensiero o di associazione, che devono essere ritenute prevalenti rispetto alla previsione dell'art. 41 Cost. (punto 10). Il ragionamento riprende la strada già tracciata nella prima fase, in forza della quale l'adesione di CasaPound all'ideologia fascista non è sufficiente a fondare la sospensione, quantomeno fintantoché la stessa piattaforma di *Facebook* non divenga lo strumento utilizzato per veicolare quelle posizioni.

Una scelta siffatta, d'altro canto, non si sarebbe trovata in linea con il principio pluralista che informa l'assetto dei partiti politici. La Costituzione non prevede un modello di democrazia protetta, come avviene in Germania, bensì preclude lo spazio politico soltanto al «disciolto partito fascista», come storicamente realizzatosi¹⁴, indicando nel «metodo democratico» la regola di competizione per tutti i partiti, ivi compresi quelli che non condividono i valori costituzionali e «si propong[ono] anche il mutamento degli ordinamenti politici esistenti»¹⁵.

Nei limiti di quanto rappresentato in giudizio, pertanto, non poteva concludersi per un'illiceità di CasaPound, con la conseguenza che un soggetto privato, quale *Facebook*, non può disporre di «poteri sostanzialmente incidenti sulla libertà di manifestazione del pensiero e di associazione, tali da eccedere i limiti che lo stesso legislatore si è dato nella norma penale» (punto 25).

¹³ Punto 3 delle motivazioni.

¹⁴ V. l'intervento dell'on. Togliatti in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta del 19 novembre 1946 della prima sottocommissione*, 403, dove ravvisava l'opportunità di «escludere dalla democrazia chi ha manifestato di essere il suo nemico».

¹⁵ Corte cost., sent. n. 114/1967.

L'oscillazione degli arresti giurisprudenziali ha dimostrato la nebulosità del quadro normativo, capace di restituire conclusioni diverse a seconda dei parametri adottati. Entrambe le pronunce muovono dalla natura privatistica del social network¹⁶, ma si collocano su livelli diversi: nel caso di Forza Nuova il ragionamento verte principalmente sull'estensione della libertà della manifestazione del pensiero e sulla responsabilità giuridica di Facebook di rimuovere contenuti discriminatori; conclusione, quest'ultima, che desta alcune perplessità, attesa l'incoercibilità di alcuni dei documenti richiamati. Nel giudizio di CasaPound, invece, il giudice ha offerto un inquadramento più ampio del problema, lasciando spazio ad un dialogo più serrato fra istanze privatistiche ed esigenze pubblicistiche, specie quelle legate all'effettività del diritto alla partecipazione politica nella dimensione dei social.

Fra le varie ricostruzioni delle vicende offerte in dottrina¹⁷, merita un richiamo particolare la riflessione sull'effetto diretto orizzontale (*unmittelbare Drittwirkung*) dei diritti fondamentali che sembra emergere nella controversia di CasaPound¹⁸. L'adozione, più o meno aperta, a questa tesi implica che anche nei rapporti tra privati la controparte «dotata di una *vis* conformativa delle situazioni individuali» è tenuta a rispettare quantomeno «il *contenuto essenziale* del diritto fondamentale» che viene in gioco¹⁹. Per tale via il giudice offre una valida garanzia, da un punto di vista giustizia sostanziale, al godimento di diritti costituzionalmente protetti nella loro dimensione attuale, godimento che si realizza non in un *luogo pubblico* ma in un *luogo aperto al pubblico*. L'affermazione della sfera pubblicistica non può espandersi, però, fino a comprimere la libertà di impresa, laddove il fondamento della limitazione si identifichi in una mera valutazione di fatto del *peso* della compagnia tecnologica.

Sorgerebbero, altrimenti, molteplici criticità: sarebbe difficile capire, ad esempio, fino a che punto la scarsa rilevanza di un social consenta una minore attenzione da parte del pubblico e da quale momento in poi, invece, venga ad assumere quella “posizione speciale” che anche il giudice del caso di Forza Nuova, pur nella prospettiva privatistica adottata, ha riconosciuto.

Pare opportuno richiamare, da ultimo, una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, di poco anteriore a quella di CasaPound, in cui si riscontra il medesimo approccio: anche in tal caso si trattava di un partito di destra (*Der Dritte Weg*), oscurato su Facebook a causa di contenuti che incitavano all'odio²⁰. Atteso che il periodo di sospensione comprendeva anche lo svolgimento delle elezioni europee, nell'alternativa fra una conferma della

¹⁶ Cfr. S. PIVA, “Facebook” è un servizio pubblico? La controversia su CasaPound risolve la “*quaestio*” dell'inquadramento giuridico dei “social network”, in *Diritti fondamentali.it*, 2/2020, 1217 ss.

¹⁷ A. VIGORITO, *Piattaforme digitali e 'political speech': dal caso Facebook-CasaPound alla vicenda Twitter-Trump*, in *Giustizia civile*, 11/2020; A. QUARTA, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso CasaPound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti*, in *Danno e responsabilità*, 4/2020; P. ZICCHITTO, *I movimenti “antisistema” nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *Giurcost.it*, 5 marzo 2020.

¹⁸ Cfr. A.J. GOLIA, *L'antifascismo*, cit., 158; C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I*, in *Sidiblog*, 20/01/2020; ID, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Giurcost*, 17 marzo 2020.

¹⁹ C. CARUSO, *La libertà*, cit.

²⁰ 1 BvQ 42/19, 22/05/2019.

sospensione che si sarebbe potuta rivelare illegittima e una temporanea riammissione successivamente sconfessata il *BVerfG* ha optato per la seconda soluzione: la prima avrebbe privato il gruppo politico di «an essential opportunity to promote its political messages»²¹.

4. La libertà di espressione: Trump vs Facebook

Su toni ancora più aspri si è registrata la *querelle* fra l'ex presidente USA Trump e Facebook.

Il social aveva sempre seguito una strategia largamente permissiva nei confronti dei personaggi pubblici, e segnatamente dei leader politici, rispetto alle sue *policies* su *hate speech* e disinformazione, ritenendo che l'interesse degli utenti ad avere piena conoscenza delle posizioni dei propri rappresentanti fosse prevalente sulla necessità di oscurare esternazioni potenzialmente pericolose.

A seguito delle elezioni presidenziali del 2020 Trump aveva iniziato ad alimentare il dibattito su presunti brogli elettorali, non comprovati da alcuna autorità e privi di alcun riscontro in sede giudiziaria²². Nel bilanciamento fra l'interesse della pubblica opinione, la tutela dalle *fake news*, la libertà di espressione e di partecipazione politica Facebook aveva adottato una via mediana, lasciando sulla propria piattaforma i contenuti di Trump ma accompagnandoli con un'etichetta che evidenziava la difformità di quanto sostenuto dai dati ufficiali.

Il giorno della conferma del risultato elettorale (6 gennaio) Trump aveva dapprima tenuto un discorso in prossimità di *Capitol Hill*, invitando i suoi sostenitori a farsi valere e a marciare con lui verso il Campidoglio; quindi, dopo l'assalto, aveva veicolato tramite la piattaforma un messaggio ai propri sostenitori, ribadendo la frode elettorale ma, al contempo, invitandoli a ritirarsi. Dopo la rimozione di questo contenuto da parte di Facebook, aveva pubblicato un secondo post – in cui sosteneva che gli eventi di quel giorno rappresentassero la reazione al furto elettorale subito –, anch'esso rapidamente eliminato dalla piattaforma.

Il social ha, quindi, deciso di sospendere l'account di Trump per un tempo indefinito, ma almeno fino all'insediamento del nuovo presidente – fissato dalla Costituzione USA per il 20 gennaio – sostenendo che «the risks of allowing the President to continue to use our service during this period are simply too great»²³.

All'indomani dell'insediamento di Biden, Facebook ha investito della questione il suo *Oversight Board*, da poco istituito, chiedendo di verificare la correttezza della propria decisione e di fornire delle raccomandazioni sulle sospensioni degli account nei casi in cui l'utente sia un leader politico.

²¹ Cfr. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. Spunti di comparazione, in *MediaLaws*, 2/2021, 26.

²² Per un'analisi completa delle cause intentate si rinvia alla ricostruzione di HealtyElections.

²³ Post di Mark Zuckerberg del 7 gennaio.

5. Verso un nuovo modello di giurisdizione: il Facebook Oversight Board

Il Comitato per il controllo è composto da un numero variabile di membri, che dovrebbe assestarsi intorno ai 40²⁴ in modo da rappresentare in maniera equilibrata sette diverse macro-aree geografiche²⁵. I membri sono individuati tra varie categorie di esperti – fra cui docenti universitari, leader politici, attivisti, giornalisti – per un mandato di tre anni, da svolgere anche in modo non consecutivo e fino ad un massimo di nove anni²⁶. Per garantire l'autonomia del Comitato, Facebook ha istituito e finanziato un trust, composto da *trustees* indipendenti. I membri iniziali del Comitato sono stati individuati da Facebook, mentre i restanti componenti, nelle dichiarazioni della società, dovrebbero essere individuati in maniera autonoma dal Comitato stesso.

Gli utenti che abbiano subito una misura sanzionatoria (quale l'oscuramento di un post o di una pagina) devono, anzitutto, rivolgersi a Facebook ed esaurire i rimedi interni. Dal momento della decisione finale decorre un termine di 15 giorni per rivolgersi al Board, che entro 60 giorni conclude il suo processo di selezione dei casi: non tutti i reclami sottoposti al Comitato ricevono risposta, dato che il collegio gode di una certa discrezionalità nell'individuazione dei casi «that have the greatest potential to guide future decisions and policies»²⁷. I casi selezionati vengono assegnati a un *panel* di cinque membri, di cui quattro individuati in maniera casuale e uno proveniente dalla macro-area in cui si colloca il contenuto discusso; l'identità dei membri prescelti, però, non viene resa pubblica. La decisione deve essere emanata entro 90 giorni, ma in casi di emergenza, ad esempio «when content could result in urgent real-world consequences» (art. 2, sez. 2, par. 2.1.2 BL), Facebook è legittimata a sottoporre un caso in *expedited review* – senza dover superare il vaglio della selezione – e ottenere una decisione in 30 giorni.

Le statuizioni del Comitato sono obbligatorie per Facebook, che deve curarne l'implementazione, salvo che ciò integri una violazione di legge²⁸.

Nel caso di Trump il Comitato ha avallato la scelta di Facebook, pur evidenziando talune criticità²⁹.

Il supporto palesato ai responsabili dell'assalto integrava una violazione degli *Standard* di Facebook, tanto più grave visto l'*alto livello di influenza* di cui Trump, in qualità di presidente, godeva sul social. Non v'è dubbio, infatti, che i soggetti che rivestono alte cariche istituzionali hanno «un potere più elevato di causare pericolo rispetto ad altre persone», atteso che le loro esternazioni godono di una forza e di una credibilità maggiori rispetto agli altri utenti.

Nelle sue raccomandazioni, pertanto, il Comitato ha invitato Facebook a considerare che la sospensione di un account come quello di Trump si riflette anche sul diritto di informazione e di partecipazione politica dei cittadini, siano essi o meno elettori

²⁴ Art. 1, sez. 4 dell'*Oversight Board Bylaws*.

²⁵ Art. 1, sez. 4.1 BL.

²⁶ Art. 1, sez. 4.2 BL.

²⁷ Art. 2, sez. 1 dell'*Oversight Board Charter*.

²⁸ Art. 2, sez. 2, par. 2.3 BL.

²⁹ Decisione del 05/05/2021.

di quel politico. Secondo il Comitato, la normativa di *Facebook* non è sufficientemente chiara, né spiega come opera il processo discrezionale di rimozione dei contenuti. La misura sanzionatoria della sospensione a tempo indeterminato, peraltro, non era nemmeno prevista, quindi è stata applicata in maniera arbitraria.

Per tali ragioni il *Board* ha prescritto una revisione della misura entro un termine di sei mesi, invitando a soppesare la gravità della sanzione e la previsione di minacce future³⁰.

Dalla decisione sul caso di Trump, cioè dalla questione di maggior rilievo finora affrontata dal Comitato, è possibile trarre alcune prime conclusioni. La scelta del social network di sottoporsi volontariamente ad un organo “terzo” così configurato segna un passaggio importante sotto il profilo dell’*adeguatezza tecnologica* del responso alle diatribe fra utenti e piattaforma. L’estrazione specialistica dei componenti, la possibilità di ottenere la documentazione necessaria da parte della piattaforma stessa³¹, la capacità di adottare provvedimenti con cui disporre precisi obblighi di *facere* – e non una mera *moral suasion* – possono garantire una migliore tutela degli utenti all’interno dello spazio virtuale.

Nondimeno, non possono tacersi i dubbi legati alla nomina e al finanziamento dell’organo di controllo da parte del controllato, emblematici di un potenziale conflitto di interesse nemmeno troppo latente. Quanto al merito, il meccanismo di filtraggio dei ricorsi rischia di assicurare un accesso al Comitato esclusivamente di quei casi che *Facebook* decide di voler portare all’attenzione di un grande pubblico – magari al fine di guadagnare indirettamente il favore della pubblica opinione –, lasciando, invece, irrisolti molti altri nodi³².

Il giudizio sul *Board* appare, nel complesso, positivo, poiché rappresenta una prima forma di risposta in un contesto in cui la libertà di espressione «can no longer be separated into two separate worlds - one online, the other offline»³³. È certamente auspicabile un rafforzamento dei profili di indipendenza e trasparenza del Comitato³⁴, ma, al contempo,

³⁰ Pare opportuno evidenziare che ai sensi dell’art. 1, sez. 3, par. 3.17, la decisione deve ospitare i *concurring* o *dissenting viewpoints* nel caso in cui non si raggiunga il *consensus* dei membri. Nel caso di specie una minoranza del panel, di cui non viene specificata la consistenza, ha suggerito di estendere l’analisi del caso anche a post antecedenti a quelli incriminati, qualificandoli come elementi utili per vagliare la proporzionalità della misura adottata. Quanto al ripristino dell’account, esso dovrebbe essere condizionato ad una previa ammissione di colpa del richiedente, oltre che ad un impegno all’osservanza delle norme violate in futuro.

³¹ Cosa avvenuta solo in parte nel caso di specie, dato che Facebook ha rifiutato di rispondere a 7 delle 46 domande poste dal Comitato sostenendo che «non [fossero] ragionevolmente necessarie ai fini della decisione».

³² Cfr. A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, spec. 436.

³³ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 8/2020, 2499.

³⁴ Come evidenziato, in particolare, da K. KELEMEN, *The Facebook oversight board: some thoughts on transparency*, in *Diritti comparati*, 13 maggio 2021, che dà spazio anche ad alcune riflessioni sulla particolare configurazione della *concurring opinion*.

non va taciuto che la sua opera potrà rendere maggiormente intellegibile il processo decisionale, finora molto opaco, di *Facebook* stessa³⁵.

Il *peccato originale* del Comitato, pur temperato dalla creazione del trust e da altri accorgimenti, continua a risiedere, nondimeno, nella sua natura di strumento di autoregolamentazione³⁶.

6. Verso un nuovo modello di legislazione: il *Digital Services Act*

Quali risposte possono avanzarsi rispetto all'insufficienza dell'autoregolamentazione? Può trovarsi, a presidio dell'esercizio digitale dei diritti, un punto di caduta tra l'efficienza tecnologica e la giuridicità delle misure? Non sembra possibile riscontrare soluzioni soddisfacenti al livello degli ordinamenti giuridici nazionali: tanto per la natura aterritoriale delle piattaforme, quanto per la conclamata debolezza "politica" degli Stati nazionali rispetto alle *tech companies*³⁷.

L'indagine deve spostarsi, pertanto, sul piano sovranazionale. L'Unione Europea ha mosso i primi passi tempo addietro con il Codice di buone pratiche: uno strumento di *soft law* sottoscritto dai principali protagonisti della scena tecnologica³⁸. Esso prescrive una serie di obblighi per i sottoscrittori, fra cui una maggiore trasparenza sulle inserzioni pubblicitarie e un controllo più stringente sulle *fake news*. Il tentativo della Commissione, per quanto apprezzabile, sconta l'assenza di coercibilità: si risolve in una forma di autoregolamentazione *stimolata* dall'esterno, con i limiti che ne derivano in termini di efficacia.

Al termine del 2020, invece, la Commissione ha avviato l'*iter* di approvazione del *Digital Services Act* (DSA)³⁹, proponendo un regolamento che dia un nuovo assetto complessivo alla materia.

Dai *motivi e obiettivi della proposta* si desume la centralità che dovrebbe assumere, nella logica del regolamento, la tutela dei diritti fondamentali: non solo della libertà di espressione, ma anche della protezione dei dati personali e del divieto di discriminazione online.

Il DSA intende promuovere un "ambiente online trasparente e sicuro" (capo III), tenendo in considerazione le differenze tra i vari *players* dell'ambiente digitale. La legislazione, infatti, si sviluppa secondo un modello a cerchi concentrici: la sezione 1 si applica a tutti i prestatori di servizi intermediari, per poi proseguire verso prestatori di

³⁵ Cfr. E. DOUEK, *Facebook's "Oversight Board": move fast with stable infrastructure and humility*, in *North Carolina Journal of law & technology*, 1/2019, 76.

³⁶ Cfr. anche P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali "Social Network". Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, 11/2020.

³⁷ Si pensi ai tentativi, non troppo efficaci, perseguiti dalla Germania con il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* e in Francia con la L. n. 1202/2018. In dottrina, cfr. M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 826.

³⁸ Fra cui *Facebook*, *Google*, *Microsoft*, *Mozilla*, *Twitter*.

³⁹ La proposta è accessibile [qui](#).

hosting, ivi comprese le piattaforme online (sez. 2), e rivolgersi, esclusivamente alle piattaforme online (sez. 3), e, infine, alle *very large platforms* (sez. 4).

Preso atto del potere esercitato dalle grandi compagnie, il DSA mira a rafforzare i rimedi azionabili dagli utenti, imponendo la previsione, in capo alle piattaforme online, di un «sistema interno di gestione dei reclami efficace» verso le misure adottate dai social, quali l'oscuramento di contenuti pubblicati o la sospensione (definitiva o temporanea) dell'account (art. 17). L'utente deve essere messo nella possibilità di fornire informazioni precise e puntuali, che la piattaforma deve esaminare per giungere, se del caso, ad un «annulla[mento] senza indebito ritardo» della decisione⁴⁰.

La cifra di maggior rilievo della proposta si identifica nell'attenzione dedicata ai colossi tecnologici, individuati secondo il dato numerico dei 45 milioni di utenti europei (art. 25). Su queste piattaforme, difatti, gravano specifici oneri di valutazione dei «rischi sistemici» che possono derivare dall'uso dei loro servizi nell'UE. Consapevole dell'inefficacia delle risposte *ex post*, oltre che dell'impossibilità di adottare misure ripristinatorie in forma specifica, la Commissione punta l'attenzione sulle misure preventive. I rischi sistemici possono interessare la diffusione di contenuti illegali, o, ancora, l'esercizio di diritti fondamentali quali la tutela della vita privata e familiare e della libertà di espressione. Particolare attenzione, poi, è prestata a quegli abusi dei servizi tecnologici che possono incidere sulla tutela della salute pubblica o del dibattito civico o, infine, sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica (art. 26).

Dietro la lettera di questa previsione sembrano scorgersi le profonde cicatrici lasciate da alcuni recenti accadimenti che né le piattaforme né le istituzioni sono riuscite a fronteggiare tempestivamente: dall'insorgenza dei populismi a *Cambridge Analytica*, fino alla diffusione di *fake news* sui vaccini. Il DSA individua i beni primari a cui apprestare particolare tutela, senza tralasciare, d'altro canto, il profilo strettamente tecnico che, nell'implementazione, spetta alle piattaforme: la valutazione dei rischi deve essere soppesata in relazione agli strumenti di moderazione dei contenuti e della visualizzazione delle pubblicità, tenendo conto anche della rapidità di diffusione di contenuti che violano le condizioni generali di ciascuna piattaforma.

La forza della proposta, che segna un netto passo in avanti rispetto al primo tentativo del Codice di condotta, va ricollegata alla previsione di sanzioni pecuniarie, che l'art. 59 individua, a seconda dei casi, fino al 6% del fatturato totale annuo⁴¹.

Il DSA si presenta come una valida risposta alle problematiche attualmente poste dall'innovazione tecnologica: un regolamento capace di assicurare la tutela dei diritti dell'individuo e delle società democratiche nei punti che lo sviluppo tecnologico ha dimostrato di poter esporre più a rischio, quali salute, sicurezza e tenuta dei processi democratici. Nelle aspettative degli studiosi esso può rappresentare «a global standard

⁴⁰ L'impostazione della proposta presenta degli elementi di affinità con la consumeristica, laddove, presupponendo l'esistenza di una disparità contrattuale ed informativa, mira a tutelare il singolo utente gravando di obblighi specifici il contraente forte.

⁴¹ Seguendo la medesima impostazione di cui all'art. 83 del GDPR.

limiting the exercise of private powers in content moderation»⁴², capace di estendere la propria influenza anche al di fuori dei confini europei⁴³.

Se uno dei profili più rilevanti del costituzionalismo è sempre stato quello della limitazione del potere, allora risulta quanto mai appropriata la definizione di “costituzionalismo digitale europeo” del DSA⁴⁴, quale strumento di contenimento dei poteri privati. Sull’approvazione di una normativa sovranazionale che tuteli in modo efficace le libertà dei cittadini si gioca una buona parte dell’effettivo esercizio dei diritti fondamentali nella loro nuova accezione digitale: un’esigenza attorno alla quale si imperniano tutte le future sfide del costituzionalismo.

⁴² M. BASSINI, G. DE GREGORIO, O. POLLICINO, *Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *verfassungsblog.de*, 11/05/2021.

⁴³ Ipotizzando che le società tecnologiche preferiscano adottare universalmente il medesimo grado di tutela degli utenti richiesto in UE per evitare difficoltà organizzative: questa la posizione di G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2021, 67.

⁴⁴ Ancora, G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism*, cit.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

I DIRITTI DEI MINORI NELL'AMBIENTE DIGITALE

ANTONELLA FERRERO

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo di riferimento. – 2. Questioni aperte in tema di consenso digitale del minore. – 3. Ambiente digitale «a misura di bambino». Riflessioni conclusive.

1. Il quadro normativo di riferimento

Le innovazioni nelle tecnologie digitali influiscono sulla vita di bambine, bambini e adolescenti e, dunque, inevitabilmente, anche sui loro diritti.

Lo ricorda, di recente, il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che evidenzia come l'ambiente digitale offra senz'altro nuove opportunità per la realizzazione dei diritti delle persone di età minore, ponendo, però, al contempo, il rischio di loro violazioni o abusi¹.

Attraverso il Commento generale adottato lo scorso marzo (2021) il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza promuove una interpretazione della Convenzione dei Diritti dell'Infanzia aggiornata agli sviluppi di internet e delle tecnologie.

Obiettivo del Commento generale è guidare i singoli Stati nel dare attuazione alla Convenzione in relazione all'ambiente digitale nonché di fornire indicazioni sulle misure legislative e politiche al fine di garantire il pieno rispetto dei loro obblighi ai sensi della

¹ UN. Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, al link <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx>.

Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e dei relativi Protocolli opzionali «alla luce delle opportunità e dei rischi e delle sfide nel promuovere, rispettare, proteggere e realizzare tutti i diritti delle persone di età minore nell'ambiente digitale»².

Vengono, in quella sede, richiamati alcuni principi della Convenzione (non discriminazione; superiore interesse del minore; diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo; rispetto per le opinioni delle persone di minore età), indispensabili per una piena realizzazione dei diritti delle persone di minore età in relazione all'ambiente digitale.

Tale documento si pone, peraltro, in linea con le sollecitazioni da tempo formulate da autorità nazionali³ e sovranazionali⁴, nonché con il piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027 promosso dalla Commissione europea⁵ che, constatando una situazione eterogenea nei vari Stati membri per quanto riguarda l'istruzione digitale, si pone l'obiettivo di avviare un dialogo strategico con gli Stati membri al fine di preparare un'eventuale proposta di raccomandazione del Consiglio entro il 2022 sui fattori che favoriscono il successo dell'istruzione digitale.

Restano, tuttavia, criticità e contraddizioni da superare.

Da un lato vi è il rischio di esporre, attraverso l'uso delle tecnologie, le persone più vulnerabili e svantaggiate ad ulteriori forme di discriminazione⁶, circostanza già verificatasi nel corso della pandemia da Covid-19.

² Centro Nazionale di Documentazione e Analisi per l'infanzia e l'adolescenza, *I diritti dei minori in relazione all'ambiente digitale. Commenti giuridici*, al link https://www.minori.gov.it/sites/default/files/i_diritti_dei_minori_in_relazione_allambiente_digitale_commento_0.pdf.

³ Sulla necessità di attivare programmi formativi per sviluppare la consapevolezza digitale delle persone di età minore si veda, ad esempio, AGIA, *Nota del 10.09.2018 (Consenso digitale ed educazione digitale)*, in <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/11-09-2019-nota-presidente-conte-consenso-digitale.pdf>.

⁴ Così, ad esempio l'ENOC nel 2019 con una dichiarazione a proposito "Diritti dei minorenni nell'ambiente digitale" ha richiamato l'attenzione sui diritti delle persone di minore età in un ambiente digitale in rapido cambiamento evidenziando la necessità che governi e privati adottino le misure necessarie per promuovere tali diritti e assicurare la partecipazione di bambini e ragazzi. European Network of Ombudspersons for Children (ENOC), *Position Statement on "Children's Rights in the Digital Environment"*, in <http://enoc.eu/wp-content/uploads/2019/10/ENOC-2019-Statement-on-Childrens-Rights-in-the-Digital-Environment-FV.pdf>, 2019.

Nello stesso senso, l'ENYA nell'*activity report* del 2019 afferma che «Participating online is easier, because there are more people to reach» e «YP argue that social media makes it easier for young activists to get together and organize actions. This should be strengthened for example by extra apps for young activists to meet online». (p. 7), e che «An app should be developed to help children and young people to learn about Human Rights and Children's Rights in a fun and accessible way».

ENYA, *Let's Talk Young, Let's Talk About Children's Rights in the digital environment!" child participation project*, in <http://enoc.eu/wp-content/uploads/2019/10/ENYA-2019-report-and-recommendations-FV.pdf>, 2019, 13 e ss.

⁵ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0624&from=EN>, 30 settembre 2021.

⁶ «The right to non-discrimination requires that States parties ensure that all children have equal and effective access to the digital environment in ways that are meaningful for them. States parties should take all measures necessary to overcome digital exclusion. That includes providing free and safe access for children in dedicated public locations and investing in policies and programmes that support all children's affordable access to, and knowledgeable use of, digital technologies in educational settings, communities and homes» UN. Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 25 (2021)*, cit., art. 9.

Per altro verso sembra crescere la consapevolezza che la maggior parte degli strumenti e dei servizi online spesso non sono progettati pensando ai migliori interessi dei bambini e dei giovani⁷; è dunque necessaria non solo la diffusione di una “consapevolezza digitale”, anche attraverso l’educazione dei minori al corretto uso della rete, ma altresì una particolare attenzione ai contenuti offerti dalla società dell’informazione⁸.

Occorre poi chiedersi se l’opinione espressa (anche in rete) da bambini/e e ragazzi/e venga effettivamente presa in considerazione.

Il Consiglio d’Europa riconosce la necessità di dare priorità alla partecipazione delle persone di età minore invitando gli Stati membri a provvedere al fine di garantire che tutti i bambini ed i giovani possano esercitare il loro diritto di essere ascoltati, essere presi sul serio e partecipare al processo decisionale in tutte le questioni che li riguardano e che al loro parere venga dato il giusto peso in base alla loro età e maturità; agli Stati si raccomanda inoltre di incoraggiare lo scambio di conoscenze e di buone prassi in merito all’attuazione della Raccomandazione sulla partecipazione dei bambini e dei giovani di età inferiore ai 18 anni a livello locale, regionale, nazionale ed europeo e con la società civile⁹.

Tuttavia, sono pochi gli Stati membri dell’UE che hanno messo in atto sistemi nazionali di inclusione effettiva e di partecipazione diretta dei bambini e degli adolescenti. E le autorità pubbliche preposte alla tutela dei diritti dei minori non sempre sono facilmente accessibili da parte delle persone di minore età.

Ne è esempio l’Autorità Garante per l’infanzia e l’adolescenza, chiamata ad operare «a misura di bambino»¹⁰.

Per quanto concerne l’Italia, appare interessante rilevare che se a mente della legge istitutiva delle autorità garanti per l’infanzia e l’adolescenza il loro dovrebbe essere compreso da tutti i minori, i quali dovrebbero poter «riferire all’Autorità (per iscritto, con immagini, tramite chiamata) le proprie preoccupazioni e reclami», la conferenza nazionale che riunisce garanti regionali e nazionale per l’infanzia e l’adolescenza ha adottato tra le regole uniformi e condivise la previsione della forma scritta delle segnalazioni¹¹. Tale previsione costituisce nei fatti una barriera all’accesso dei minori alle

⁷ «The digital environment was not originally designed for children, yet it plays a significant role in children’s lives», *UN. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 25 (2021)*, cit., art. 12.

⁸ È stata pubblicata la versione italiana di «Learn about your rights in the digital environment», un opuscolo realizzato in linguaggio *child-friendly* sulle linee guida del Consiglio d’Europa (CoE) in materia di diritti dei minorenni nell’ambiente digitale. Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza, *Conosci i tuoi diritti nell’ambiente digitale Linee guida del Consiglio d’Europa per rispettare, proteggere e realizzare i diritti dei minorenni nell’ambiente digitale Spiegate ai bambini e ai ragazzi sotto i 18 anni*.

⁹ *Committee of Ministers to member States on the participation of children and young people under the age of 18, Recommendation CM/Rec (2012)*, in https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cb0ca.

¹⁰ L’autorità è individuata come uno degli indicatori previsti dallo strumento di verifica della partecipazione dei minori. Consiglio d’Europa, *Lo Strumento di verifica della partecipazione dei minori, versione semplificata*, in <http://www.infanziaediritti.net/guidacpat/wp-content/uploads/2017/11/CPAT-Child-friendly-version-ITA.pdf>.

¹¹ Conferenza Nazionale per la garanzia dell’infanzia e dell’adolescenza, *Procedure di gestione delle segnalazioni da parte dei garanti regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano*, in <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/Linee%20Guida%20Segnalazioni.pdf>.

autorità. Non a caso le relazioni annuali presentate dai Garanti regionali evidenziano che le segnalazioni provenienti direttamente da minorenni sono rare; mentre un accesso *child friendly* ai mezzi digitali potrebbe garantire una partecipazione attiva dei minori, in forma anonima ove necessario, così da essere difensori efficaci dei loro diritti, individualmente e come gruppo¹².

2. Questioni aperte in tema di consenso digitale del minorenne

Alla luce del quadro sopra ricostruito sembra interessante richiamare il tema del c.d. “consenso digitale” del minorenne¹³ per chiarire se esista un diritto di accesso all’ambiente digitale che possa essere esercitato dal minore anche in autonomia rispetto agli adulti responsabili legalmente.

Come è noto, sul punto il GDPR ha introdotto una specifica disciplina, attraverso l’articolo 8, relativo alle «condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell’informazione».

Il GDPR ha fissato a 16 anni l’età minima per l’accesso ai servizi online e quindi al consenso digitale, tuttavia riconoscendo agli stati membri la facoltà di prevedere un’età d’accesso diversa, comunque non inferiore ai 13 anni¹⁴. Nel caso in cui, invece, l’interessato abbia un’età inferiore, il trattamento viene considerato lecito «soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale».

Si tratta di una disciplina volta ad accordare una tutela rafforzata ai dati personali delle persone di età minore, in quanto soggetti «meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali»¹⁵, tutela che deve essere temperata con il diritto a godere di un margine di autonomia nella gestione della propria identità digitale, nella misura necessaria a realizzare la libertà di espressione, intesa come, ai sensi dell’art. 13 della Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, «la libertà di ricercare, ricevere e divulgare informazioni e idee di ogni specie» [...] «sotto forma scritta, orale o artistica o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo»¹⁶.

L’Italia con il decreto di adeguamento al GDPR – il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101– ha fissato a 14 anni l’età del consenso digitale autonomo nell’ambito dell’offerta diretta di servizi della società dell’informazione.

¹² Ai sensi dell’art. 24, comma 1, della Carta di Nizza «I minori [...] possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità». In senso analogo, com’è noto, si esprime l’art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia che configura il diritto del minorenne all’ascolto nelle procedure giudiziarie e amministrative come manifestazione del diritto di partecipazione ai processi decisionali che lo riguardano e, più in generale, come uno dei pilastri della protezione dell’infanzia e dell’adolescenza.

¹³ Sul punto F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minorenne*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, fasc.1, 1° febbraio 2018, 27 ss.

¹⁴ Art. 8, par. 1, GDPR – Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (UE/2016/679).

¹⁵ Considerando 38 GDPR, Reg. UE/2016/679.

¹⁶ Art. 13 Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (CRC).

Tale scelta è apparsa in linea con altre norme dell'ordinamento, che ricollegano al compimento del quattordicesimo anno d'età la facoltà di esercitare tutta una serie di diritti in determinati ambiti. Tra questi, la legge sul cyberbullismo (l. 29 maggio 2017, n. 71), che legittima il minore ultraquattordicenne a richiedere al gestore del sito internet o del *social media* di rimuovere, oscurare o bloccare la diffusione di un contenuto pregiudizievole che lo riguarda. Qualora il gestore non provveda entro 48 ore o non sia stato possibile identificarlo, il minore almeno quattordicenne può altresì richiedere l'intervento del Garante per la protezione dei dati personali per ottenere la rimozione dei contenuti lesivi¹⁷.

E proprio l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali è tornata di recente ad occuparsi dell'età minima per iscriversi alle applicazioni *social*¹⁸, disponendo il blocco per gli account del *social Tik Tok* per i quali non sia stata accertata con sicurezza l'età anagrafica, al fine di assicurare immediata tutela ai minori iscritti al *social network* presenti in Italia.

Orbene, partendo dalla constatazione che l'accesso da parte dei minori all'ambiente digitale avviene, di fatto, ben prima dei 14 anni¹⁹, restano, in tema di consenso digitale del minore alcuni nodi problematici.

Un primo problema attiene all'interferenza tra il diritto alla riservatezza del minore e la responsabilità genitoriale²⁰.

Un secondo problema, su cui si tornerà più oltre, è se vi sia un dovere da parte delle c.d. società di informazione di rendere possibile e sicuro l'accesso del minore ai servizi

¹⁷ Rilevando, inoltre, che il minore ultraquattordicenne può prestare il proprio consenso all'adozione (art. 7, co. 2, l. 4 maggio 1983, n. 184), l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali ritiene sarebbe stato «incoerente ammettere il quattordicenne a prestare il proprio consenso per essere adottato, ma non per iscriversi a un social network». Garante per la protezione dei dati personali, *Parere sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679*, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9163359#>, 22 maggio 2018.

In senso contrario, l'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza evidenzia che la soglia a cui l'ordinamento già attribuisce rilevanza sotto svariati profili sia quella dei 16 anni. In tal senso, il minore ultrasedecenne può terminare la scuola ed entrare nel mondo del lavoro; può emanciparsi, contrarre matrimonio e riconoscere un figlio naturale, solo per citare alcuni esempi. Afferma: «i 16 anni erano una scelta ragionevole per garantire ai ragazzi una “partecipazione leggera” attraverso l'assunzione di responsabilità dei genitori, che ora invece ricadono su di loro»; pertanto, a seguito dell'abbassamento dell'età ai 14 anni, diventa ancora più cogente la necessità di controbilanciare tale scelta con «programmi formativi specifici, rivolti ai minorenni, che ne assicurino una sufficiente consapevolezza digitale». Garante dell'infanzia e dell'adolescenza, *Parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri sullo schema di decreto legislativo di adeguamento al Regolamento 2016/679 UE*, in <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/parere-schema-decreto-regolamento-2016-679-ue.pdf>.

¹⁸ Autorità Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento 22 gennaio 2021, n. 9524194, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524194>.

¹⁹ In occasione del *Safer Internet Day 2020, Save the Children Italia* ha diffuso i risultati di un'indagine da cui emerge che «i giovani siano i più assidui frequentatori della rete. Le percentuali sono molto elevate fin dalla fascia d'età 6-14 anni, con il 75% di utilizzo; si alzano molto al crescere dell'età, con il 94,1% fra i ragazzi di 15-19 anni e 94,2% nella fascia d'età 20-24 anni». Save the Children, *Safer internet day 2020: la partecipazione civica dei giovani online* in <https://www.savethechildren.it/blog-notizie/safer-internet-day-2020-la-partecipazione-civica-dei-giovani-online>.

²⁰ Sul punto v. C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Jus civile*, 6/2018, 831 ss; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 2011, 149-150.

offerti.

Relativamente alla prima questione, sembra potersi considerare pacifica l'azionabilità del (fondamentale) diritto del minore alla riservatezza anche nell'ambito delle relazioni familiari²¹; si evidenzia a questo proposito che il potere-dovere dei genitori di prendersi cura dei figli minori non possa tradursi in una intrusione nelle vicende intime di questi ultimi, a meno che l'intervento non sia necessario per tutelare il loro preminente interesse²².

Ne consegue che gli esercenti la responsabilità genitoriale non possano violare la *privacy* del minore senza incorrere in conseguenze sia sul piano risarcitorio²³ che, eventualmente, su quello dell'esercizio della stessa responsabilità, potendo il loro comportamento essere valutato dal giudice ai fini dei provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c.

E ciò, pur permanendo, in capo agli esercenti la responsabilità genitoriale, un dovere di vigilanza, anch'essa valutabile al fine di una eventuale limitazione della responsabilità genitoriale²⁴.

Se, come detto, il potere di prestare il consenso al trattamento dei dati personali del

²¹ F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, cit.

²² M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. II, t. 1, Torino, 1982, 159; nello stesso senso, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2^a ed., 2006, 50; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, 446; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, 26 ss.; M. R. SCOTTI, *Il diritto del minore alla riservatezza*, Napoli, 2006, 11 ss.; V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, 998 ss.; P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in *Trattato di Diritto di Famiglia*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di) *Filiazione*, Milano, 2002, 980 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 410 ss.

²³ Si veda, in tal senso, S. MOLFINO, *Il diritto d'immagine del minore in rete: profili di responsabilità genitoriale e ipotesi di risarcimento del danno*, in *Ilfamilarista.it*, 9 gennaio 2017. Più in generale, sulla risarcibilità del danno derivante dai cc.dd. illeciti endofamiliari si vedano, fra gli altri, A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 939; M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Famiglia e diritto*, 2001, 185 ss.; G. DOSI, C. DI BARTOLOMEO, *Abuso della potestà genitoriale e risarcimento del danno al minore*, in *Famiglia e diritto*, 1996, 489 ss.; V. CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, cit., 1000.

In giurisprudenza, la risarcibilità, in capo al figlio, dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi genitoriali è stata affermata, ad es., da Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Il Foro italiano*, 2001, I, c. 187.

Diverso è il caso in cui la lesione provenga o possa provenire da terzi; in tale ipotesi non vi è dubbio che gli stessi esercenti la responsabilità genitoriale siano legittimati, nell'ambito dei loro poteri-doveri di cura del minore, a far valere in nome e per conto del medesimo il suo diritto alla riservatezza sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Sul punto, ad es., Trib. Min. Catania, 21 giugno 1990, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, 1064 ss.

²⁴ La giurisprudenza di merito ha infatti avuto di recente occasione di affermare che «l'intensità del dovere di vigilanza è strettamente connessa alla estrema pericolosità della rete internet» statuendo che «il dovere di vigilanza dei genitori deve sostanziarsi in una limitazione quantitativa e qualitativa dell'accesso alla rete internet da parte del minore, al fine di evitare che tale mezzo, fortemente relazionale e divulgativo, possa essere utilizzato in modo non adeguato». Poiché «un utilizzo anomalo del mezzo informatico da parte del minore, tale da pregiudicare la dignità personale dello stesso, con rischio di grave pregiudizio per il sano sviluppo psico-fisico, è sintomatico di una scarsa educazione e vigilanza da parte dei genitori [...] può condurre ad una limitazione della responsabilità genitoriale e all'avvio di interventi a tutela del minore», anche se questo è ultraquattordicenne. Così Trib. Min. Caltanissetta, 16 luglio 2018, in *Ilfamilarista.it*, 20 marzo 2019, con nota di C. RAVERA, *Minori e internet: quando i genitori devono vigilare*.

minore rientra nell'ambito dei poteri-doveri afferenti alla responsabilità genitoriale²⁵, anche nel caso di infraquattordicenni, ai sensi dell'art 315 c.c. esso richiede di essere esercitato nel rispetto delle capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore, nonché in correlazione con il suo diritto all'ascolto in tutte le questioni che lo riguardano.

Deve ritenersi, pertanto, che ove il minore sia concretamente dotato della capacità di discernimento, a prescindere dal raggiungimento di un'età predefinita, la sua volontà debba essere presa in debita considerazione dagli esercenti la responsabilità genitoriale nella scelta di acconsentire o meno al trattamento dei suoi dati personali²⁶.

In caso di contrasto fra la volontà del minore e quella dei legali rappresentanti spetterà eventualmente all'autorità giudiziaria la valutazione, nel caso concreto, sia della capacità di discernimento del minore, sia della rispondenza della valutazione al suo oggettivo interesse²⁷.

Va poi presa in considerazione l'ipotesi in cui i genitori non agiscano nel miglior interesse dei propri figli (si pensi ad esempio al caso di abusi domestici). Quando si parla dei "diritti digitali" dei minori, l'accesso ai servizi *web* non è solo un diritto per esercitare altri diritti (libertà di ricercare, ricevere e divulgare informazioni e idee, associarsi ecc.) «ma è anche lo strumento mediante il quale alcuni diritti possono essere tutelati laddove vi sia una violazione reale o presunta, oppure qualora vi sia un disagio sociale connesso all'esercizio delle libertà del minore»²⁸.

Sul punto il Considerando 38 del GDPR precisa che «il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore». Tuttavia, si nota che i servizi di cui al Considerando 38 non sono gli unici ad essere funzionali alla tutela dei diritti del minore; al contrario questa avviene soprattutto mediante l'uso dei *social e/o di community* non finalizzate esplicitamente alla prevenzione e alla consulenza diretta ai minori.

3. Ambiente digitale «a misura di bambino». Riflessioni conclusive

Muovendo dalla considerazione che il legislatore europeo ha individuato l'età per il consenso digitale a 16 anni, riconoscendo però agli ordinamenti interni la facoltà di

²⁵ G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in *La nuova disciplina europea della privacy* in S. SICA, V. D'ANTONIO, G. M. RICCIO (a cura di), Padova, 2016, 118.

²⁶ Sul punto si veda F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, cit.

²⁷ Si tratta di una soluzione ritenuta idonea da chi teme che la scelta del legislatore europeo di legare la prestazione del consenso ad un'età prefissata possa costituire un passo indietro «rispetto all'effettiva tutela delle esigenze del minore». Così, ad esempio, G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, cit., 125.

Il giudice può, inoltre, intervenire, ai sensi dell'art. 316, comma 2, c.c., nel caso in cui il contrasto sul trattamento dei dati personali insorga fra i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, trattandosi di una decisione che deve essere presa in accordo da entrambi.

²⁸ L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, *L'età del consenso digitale. Privacy e minori online, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679*, Roma, 2017, in https://anticyberbullismo.it/wp-content/uploads/2017/06/Et%C3%A0_del_consenso_digitale_IIP_CNAC_2017.pdf.

abbassare tale soglia sino ai 13 anni, la scelta dei singoli Stati diventa determinante al fine di riconoscere un diritto all'accesso autonomo all'ambiente digitale, a seconda dei casi, a tutti gli adolescenti o soltanto ai c.d. grandi adolescenti.

Con riferimento all'ordinamento italiano è interessante chiedersi se il minore ultraquattordicenne possa, sempre, esprimere autonomamente — senza che sia necessario, in aggiunta o in sostituzione, il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale — il proprio consenso al trattamento dei dati personali, indipendentemente cioè dalla verifica della capacità di discernimento²⁹.

Va poi chiarito quali tipi di doveri imponga a chi presta questi servizi³⁰ e, in particolare, se esista un dovere delle c.d. società dell'informazione di prevedere ambienti digitali a misura di bambino, che siano *child friendly* in termini di accessibilità ma anche sicuri nei contenuti.

Anche in considerazione della differenza intercorrente tra la fase dello sviluppo cognitivo e quella dell'adolescenza intermedia³¹, la questione dell'adeguamento dei contenuti diventa il cardine del ragionamento³².

L'alternativa ad un innalzamento dell'età del consenso digitale è, in questa prospettiva, un *focus* sui contenuti che siano non solo appropriati a seconda delle diverse età, ma anche utili a migliorare le competenze digitali dei minori e ad agevolarli nello

²⁹ L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 1° marzo 2020, 251 ss.

Già prima dell'emanazione del Regolamento UE 2016/679, alla luce dei dati normativi interni, affermava la capacità del minore ultrasedicenne all'esercizio dei diritti della personalità P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, in *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da P. ZATTI, 1258 ss.; legava tale capacità all'acquisto dell'età lavorativa G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 319.

Circa l'inopportunità di procedere all'individuazione di limiti fissi di età per l'esercizio dei diritti della personalità e sull'esigenza di valutare in concreto la capacità di discernimento P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, cit., 110, secondo cui «imprescindibile è [...] la valutazione dell'ipotesi concreta, sì che di volta in volta [...] si dovrà stabilire se il minore abbia, oppure no, la capacità o, se si preferisce, il discernimento per prendere una decisione con la medesima consapevolezza con cui la prenderebbe una persona adulta»; Id, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in *Comparazione diritto civile*, 2013.

Con riferimento all'art. 8 del Regolamento EU, vi è chi evidenzia che «sarebbe stato preferibile, piuttosto che indicare un'età prefissata per il consenso», puntare l'attenzione «sull'effettivo raggiungimento della maturità psicofisica dell'interessato» G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, cit., 125.

³⁰ Rileva che l'applicazione in materia di consenso digitale espresso dai minori, di soglie d'età differenziate nei Paesi dell'Unione europea implica che le società che forniscono servizi *online* in più Stati dell'Unione stessa dovranno rispettare regole diverse nei vari Stati membri, il che richiederà sforzi e investimenti supplementari, in particolare per le aziende più piccole, F. FONTANAROSA, *L'attuazione del Regolamento europeo in tema di protezione dei dati personali: aspetti comparatistica*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, in D. POLETTI, A. MANTELERO (a cura di), Pisa, 2018, 198.

³¹ Evidenzia una differenza abissale tra la fase dello sviluppo cognitivo (6-12 anni) e quella dell'adolescenza intermedia (tra i 14 e i 16 anni circa), STANFORD CHILDREN'S HEALTH, *Cognitive Development in the Teen Years*, in <http://www.stanfordchildrens.org/en/topic/default?id=cognitive-development-90-PO1594>, secondo cui nella fase medio-adolescenziale si inizia a dare forma a un proprio "codice etico", a valutare le proprie azioni nel lungo termine, quindi a comprenderne le conseguenze, e a interessare relazioni più evolute con l'altro, a 10-12 anni il minore è ancora nella fase del cd. pensiero concreto e non ha certo sviluppato una coscienza critica così approfondita come quella di un sedicenne.

³² L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, *L'età del consenso digitale. Privacy e minori online, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679*, cit.

svolgimento sicuro delle loro attività sul *web*.

Diversamente, l'ambiente digitale rischierebbe di restare «a misura di bambino» solo sulla carta.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA DIRETTIVA (UE) 2019/770 Y LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

MÓNICA GARCÍA GOLDAR

SUMARIO: I. Introducción: la dcscd como hito. – II. Principales características de la dcscd en relación con el ámbito de aplicación. – 1. Naturaleza de *lex generalis*. – 2. Correlación con la Directiva 2019/771. – 3. Norma de armonización plena. – III. De forma concreta: el ámbito de aplicación – 1. El ámbito de aplicación subjetivo – 2. El ámbito de aplicación objetivo – 2.1. En primer lugar, los contratos. – 2.2. En segundo lugar, para el suministro. – 2.3. En tercer lugar, de contenidos y servicios digitales. – 2.4. En cuarto lugar, a cambio de un precio o de datos personales – 2.5. En último lugar, sobre determinados aspectos. – IV. Conclusiones.

I. Introducción: la dcscd como hito

La revolución digital está cambiando nuestras vidas a pasos acelerados; circunstancia que no ha hecho más que intensificarse con la pandemia provocada por el coronavirus SARS-CoV-2, pues cada día son más las actividades laborales o personales que hacemos “en línea” (teletrabajo, videollamadas, *e-commerce*, consumo de películas, videojuegos, etc.). Esta creciente demanda del consumidor de todo tipo de contenidos digitales hace que este sector se vuelva el más dinámico, innovador y próspero¹, tanto

¹ R. SCHULZE, *Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales*, en ARROYO AMAYUELAS Y SERRANO DE NICOLAS (dirs.): *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, 2016, 5, afirma que si Internet fuese un Estado independiente, tendría un PIB superior al de Alemania.

dentro como fuera de la Unión Europea². Por ello, sorprende que se tardase tanto (hasta el 2019³) en regular de forma específica los contratos de servicios o contenidos digitales. Esta afirmación debe matizarse: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores ya hizo referencia a ciertas normas pensadas para el mundo digital; sin embargo, apenas se trataba de una regulación parcial e incompleta. Esto no quiere decir que este tipo de contratos estuviesen en el limbo, pues en países como los Países Bajos o Reino Unido sí que existe normativa específica⁴ y, para el resto de Estados Miembros, la doctrina consideraba que resultaban de aplicación las normas sobre conformidad establecidas en la Directiva 1999/44/CE⁵. Sin embargo, los bienes físicos y los contenidos y servicios digitales no son exactamente lo mismo, ya que presentan diferencias que refuerzan la necesidad de una regulación específica. Una de las primeras diferencias que cabe resaltar es que en los contratos relativos a contenidos digitales no se transfiere, normalmente, la propiedad, sino una licencia de uso⁶ o de acceso⁷; es más, ni siquiera se transfiere el contenido digital como tal, sino una copia de los datos originales, que es de calidad idéntica. Además, los contenidos o servicios digitales requieren de un aparato técnico y, en la mayoría de los casos, de un software⁸; esta interacción con el entorno digital del consumidor es lo que puede plantear problemas adicionales. Por último, también es importante tener en cuenta que en el entorno digital, puede resultar casi imposible la devolución de ciertos contenidos digitales, sobre todo en el caso del contenido *streamed* (p. ej. Spotify, iTunes, Netflix, Deezer, etc)⁹. Por ello, la doctrina celebra que la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCSD)

² M. B. M. LOOS ET AL, *The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law*, en *European Review of Private Law*, 6, 2011, 730.

³ Véase, entre otros, M. B. M. LOOS ET AL, *The Regulation*, cit., 730-732, que criticaban la falta de marco legal, pues los consumidores sólo disfrutarán de la economía digital siempre que sea segura; por ello, en su opinión, que existía la necesidad de regular los contratos sobre contenido digital era “*crystal clear*”. H. BEALE, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*. Directorate-General for Internal Policies, European Parliament, Brussels, 2015, 7, también defendía la necesidad de una regulación específica sobre el suministro de contenidos digitales.

⁴ H. BEALE, *Scope of application*, cit., 7, entendía que las normas de estos países hacían posible que los consumidores confiaran en tener una clara y adecuada protección al contratar el suministro de contenidos digitales.

⁵ R. MAŃKO, *Contract law and the Digital Single Market: Towards a new EU online consumer sales law?*, European Parliamentary Research Service, 2015, 11, afirma que aunque la Directiva 1999/44/CE se redactase y aprobase antes del desarrollo masivo de la venta online de consumo, la misma resultaba aplicable a todas las formas de comercio; no es posible otra interpretación teniendo en cuenta que la coetánea Directiva 2000/31/CE obliga a los Estados Miembros a asegurar que los contratos puedan concluirse en un entorno digital.

⁶ M. B. M. LOOS ET AL, *The Regulation*, cit., 753.

⁷ J. ROCHFELD, *La réglementation des contrats de fourniture de contenus numériques: l'appréciation des aspects numériques*, en ARROYO AMAYUELAS Y SERRANO DE NICOLAS (dirs.): *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, 2016, 33.

⁸ M. B. M. LOOS ET AL, *The Regulation*, cit., 744.

⁹ M. B. M. LOOS ET AL, *The Regulation*, cit., 756.

haya regulado de forma expresa¹⁰ lo que hasta ese momento no se había regulado¹¹, a pesar de resultar tan necesario, en atención a los datos estadísticos¹². Una vez remarcada la importancia de esta nueva normativa, en las páginas que siguen analizaremos, en clave de oportunidad, el ámbito de aplicación de la misma así como las diversas cuestiones que se han dejado, todavía, a criterio discrecional de los legisladores nacionales.

II. Principales características de la DCSD en relación con el ámbito de aplicación

La DCSD se ha inspirado en varios estudios preparatorios así como en la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, y en especial, en su art. 5.b), que incluía, dentro de su ámbito de aplicación, “los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no”. Es una normativa que, debido al cambiante objeto de su regulación (los contenidos y servicios digitales) se ha proyectado con el objetivo de ser tecnológicamente neutra y con carácter estable frente a futuras innovaciones (Cdo. 10); sólo el paso del tiempo demostrará si este propósito –bastante ambicioso– se cumple o no (cuestión que resultará cuanto menos complicada, debido a los desafíos que puede llegar a plantear el mercado digital en algunos años). En cualquier caso, y en relación con el ámbito de aplicación de la normativa –tema que aquí nos interesa–, son tres las características que podemos resaltar de la DCSD: en primer lugar, que se configura como *lex generalis*; en segundo lugar, que complementa a su “hermana” la Directiva (UE) 2019/771; y, por último, que se basa en un estándar de armonización plena.

1. Naturaleza de *lex generalis*

Son varios los considerandos de la DCSD que inciden en esta idea de que se constituye como norma general y no debe, por lo tanto, imponerse frente a otras regulaciones especiales¹³. Así, por ejemplo, el Cdo. 36 determina que la Directiva debe

¹⁰ J. MORAIS CARVALHO, *Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales*, en ARROYO AMAYELAS Y CAMARA LAPUENTE (coords.): *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, 2020, 47.

¹¹ Véase el Considerando 9 de la Directiva, cuando habla de armonizar «determinadas normas esenciales que hasta ahora no estaban reguladas a escala de la Unión ni nacional».

¹² Como indica el Informe Fitness Check (REFIT), de 23 de mayo de 2017, en un periodo de un año, y entre los consumidores online que compraron o trataron de comprar contenidos digitales de forma online transfronteriza y experimentaron problemas, el 16% afirmó haber recibido un contenido digital erróneo, el 13% un contenido digital de más baja calidad, el 9% contenido digital defectuoso y el 10% afirmó no haber podido acceder al contenido digital. Pues bien, únicamente el 10% de los consumidores que experimentaron problemas relacionados con el acceso, la calidad o los términos y condiciones del suministro del contenido digital, obtuvieron la puesta en conformidad.

¹³ R. MANKO, *A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive*. European Parliamentary Research Service, European Union, Brussels, 2016, 4, dice que la Directiva se constituye

entenderse sin perjuicio de otros actos de Derecho de la Unión que regulen un sector o una materia específicos, como las telecomunicaciones, el comercio electrónico y, –he aquí lo importante, la protección de los consumidores–. También debe entenderse sin perjuicio –continúa– del Derecho de la Unión y nacional en materia de derechos de autor y derechos afines¹⁴, incluida la portabilidad de los servicios de contenidos en línea. Este carácter de norma general se hace todavía más evidente respecto del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)¹⁵, de acuerdo con los Cdos. 37 a 40. Según el Cdo. 37, la Directiva “se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/649 así como de la Directiva 2002/58/CE” y, en caso de conflicto entre la DCSD y el “Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, debe prevalecer el segundo”. El Cdo. 38 redunda en esta idea, al establecer que cualquier tratamiento de datos personales en relación con un contrato al que resulte de aplicación la Directiva 2019/770 “solo es lícito si es conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 en relación con los fundamentos jurídicos para el tratamiento de los datos personales”. De forma más concreta, se determina que la Directiva no afectará al consentimiento ni a los derechos del consumidor para suprimir, portar los datos o retirar el consentimiento; además, el derecho a resolver el contrato según la Directiva se entiende sin perjuicio del derecho del consumidor a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales¹⁶, cuyas consecuencias siguen “siendo competencia del Derecho nacional” (Cdo. 40). A pesar de este “cauto” enfoque de la Directiva, estableciendo su subsidiariedad frente al RGPD, Spindler¹⁷ ha hecho notar la existencia de ciertas inconsistencias como, por ejemplo, la relación entre el artículo 8 RGPD, que permite procesar los datos de personas mayores de 16 años, y la protección de la Directiva, que únicamente resultará aplicable cuando exista un contrato válido (materia que es competencia de los Estados Miembros pero que en algunos casos, requerirá el consentimiento de una persona mayor de 18 años). Si dicho consentimiento no fuese prestado, el menor podría no tener derecho a más remedios que los nacionales, los cuales presentan diferentes grados de efectividad, al menos respecto de sus datos no personales¹⁸. La misma cuestión la pone de manifiesto García Pérez, pero respecto de

como *lex generalis* y que, por tanto, se deberá aplicar el principio de *lex specialis derogat legi generali* siempre que resulte aplicable.

¹⁴ En esta idea redunda el Cdo. 20, al señalar que cuando los contenidos digitales se suministren en un soporte físico, la Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho de distribución aplicable a dichos bienes conforme al Derecho de propiedad intelectual.

¹⁵ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

¹⁶ R. MANKO, *A legal analysis*, cit., 30, relaciona esta resolución con los arts. 6 y 7 RGPD y entiende que, en este caso, la resolución del contrato según la Directiva tiene el efecto de terminar el derecho del empresario a usar los datos del consumidor y debe tratarse como retirada del consentimiento (art. 7.3 RGPD), es decir, que el consumidor, al declarar que resuelve el contrato, estará retirando su consentimiento en la misma declaración.

¹⁷ G. SPINDLER, *Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015*, en *Indret: revista para el análisis del Derecho*, 2016, 187.

¹⁸ Véase A. METZGER, *Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales*, en Arroyo Amayuelas y Cámara Lapuente

nuestro ordenamiento (en concreto, sobre el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que permite el tratamiento de los datos personales de un mayor de catorce años)¹⁹.

2. Correlación con la Directiva 2019/771

Según el Cdo. 20, las Directivas 2019/770 y 2019/771 deben complementarse mutuamente: la primera se aplica a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la segunda, a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. Para el supuesto mixto de los llamados bienes con elementos digitales –que son, según el Cdo. 21 y el art. 2.3, los objetos muebles tangibles que incorporan contenidos o servicios digitales o están interconectados con ellos de tal modo que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impide que los bienes realicen sus funciones–, se aplicará la Directiva 2019/771 en dos supuestos: en primer lugar, cuando dicho contenido o servicio digital incorporado o interconectado se facilite “con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes” –en cuyo caso, que el contenido o servicio digital incorporado o interconectado forme parte o no del contrato dependerá del contenido mismo de dicho contrato–; en segundo lugar, cuando se pueda interpretar que el suministro de contenidos o servicios digitales específicos están comprendidos en el contrato, porque están “incluidos en bienes del mismo tipo y el consumidor puede razonablemente esperar que lo estén dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta toda declaración pública realizada por el vendedor o por su cuenta, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor”, con independencia, en este caso, de si el contenido o servicio digital está preinstalado en el bien o debe descargarse posteriormente en otro dispositivo, o si es suministrado por el propio vendedor o por un tercero en virtud del contrato. En definitiva, que se aplicará la Directiva 2019/771 cuando así se establezca en el contrato o cuando se pueda interpretar que debería formar parte del contrato, en atención a las circunstancias y a lo que el consumidor puede razonablemente esperar²⁰. Por el contrario, y como indica el Cdo. 22, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impidiera que los bienes realizaran sus funciones o si el consumidor celebra un contrato para dicho suministro que no forma parte del contrato de compraventa del bien con elementos digitales, entonces ese contrato se considerará independiente, aunque el vendedor actúe como intermediario. Del tenor literal del Cdo. 22 parece desprenderse que

(coords.): *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, 2020, 134-135, sobre la misma cuestión pero en el ordenamiento alemán.

¹⁹ R. GARCÍA PÉREZ, *Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales*, en ARROYO AMAYUELAS Y CÁMARA LAPUENTE (coords.): *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, 2020, 192.

²⁰ Véase, para mayor detalle, K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1*, en *European Review of Contract Law*, 15/3, 2019, 269 y ss.

los criterios que menciona no operan de forma cumulativa, sino alternativamente: si la ausencia de contenidos... o si el consumidor celebra un contrato...; sin embargo, de la lectura del art. 3.4 se infiere justamente lo contrario: la DCSD no se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, en el sentido del art. 2.3 (es decir, interconectados de tal forma que la ausencia de los contenidos o servicios digitales impiden que los bienes realicen sus funciones), “y” que se suministren con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes (...). En su opinión, esto implica que el requisito de la funcionalidad del art. 2.3 DCSD no es una funcionalidad entendida en abstracto, sino a la vista del contenido y las circunstancias del particular contrato celebrado. Por último, tanto el Cdo. 21 como el art. 3.4 *in fine* determinan que, en caso de duda acerca de si el suministro de contenidos o servicios digitales forma parte o no del contrato de compraventa del bien, se aplicará la Directiva 2019/771. Esta cláusula no es, en nuestra opinión, una presunción *iuris tantum*, pues si existen dudas es que, por lógica, no habrá podido demostrarse ni una cosa ni la contraria. Nótese que la Directiva no afirma que, en caso de duda, se presumirá que sí que forma parte del contrato, sino que simplemente establece que, en tales casos, se aplicará la Directiva 2019/771; por ello, consideramos más bien que se trata de una regla supletoria, aunque ello no obsta para que pueda, efectivamente, suscitar abundantes problemas prácticos.

3. Norma de armonización plena

El nivel de armonización (máximo) que se ha previsto en la Directiva se corresponde con la clara preferencia del legislador europeo, al menos en los últimos años, por este tipo de uniformización plena, al entender que contribuye a reforzar la seguridad jurídica, en beneficio de consumidores y empresas. En este sentido, el art. 4 DCSD dispone que “los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva”; precepto que se ve complementado por el Cdo. 11 cuando, al definir el nivel de armonización “plena”, determina que “en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, se prohíbe a los Estados miembros establecer ningún otro requisito formal o sustantivo. Así, por ejemplo, los Estados miembros no deben establecer normas sobre la inversión de la carga de la prueba que sean diferentes de las establecidas en la presente Directiva, ni tampoco imponer al consumidor la obligación de comunicar al empresario toda falta de conformidad dentro de un plazo determinado”. Es posible observar, de esta forma, que la uniformización es más estricta en la DCSD que en su hermana, la Directiva (UE) 2019/771, probablemente porque al ser una normativa nueva, no hay disparidades preexistentes en la materia, como sí las hay en la Directiva sobre compraventa de

bienes²¹. En nuestra opinión, el objetivo de seguridad jurídica que subyace en la decisión por establecer una armonización máxima es del todo loable, máxime en el momento pandémico actual que estamos viviendo y que ha incrementado exponencialmente el consumo electrónico, tanto de bienes tangibles, como de contenidos y servicios digitales; por ello lamentamos, de alguna manera, el paso atrás que se ha dado al dejar tantos asuntos (aunque algunos sí eran necesarios) fuera de este proceso de uniformización.

III. De forma concreta: el ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la DCDS se establece claramente en los arts. 1 y 3: de ambos preceptos se extrae que la Directiva únicamente regulará determinados aspectos relativos a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor. Como se podrá observar, el ámbito de aplicación se limita tanto desde una perspectiva subjetiva como objetiva. Pasamos, pues, a analizar estas limitaciones de forma más precisa.

1. El ámbito de aplicación subjetivo

La aplicación de la Directiva se limita a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, es decir, a las relaciones B2C. Esta limitación ha sido objeto de ciertas críticas por parte de la doctrina²², que pone de manifiesto que no siempre será posible para el empresario saber si el comprador es una empresa y no un simple consumidor, máxime en el contexto digital –en donde, como dice Schulze, los contratos no se concluyen entre dos personas o, por lo menos, no directamente, sino entre dos máquinas²³–. Para Spindler²⁴, aunque las auto-declaraciones voluntarias de los consumidores y otros instrumentos pueden ayudar en algunos casos, no sirven para resolver el problema en su esencia y en su conjunto²⁵; además, adoptar este enfoque en la aplicación subjetiva de la normativa hace que se asuman los problemas aparejados a ellos, como el del doble uso. A causa de este evidente contratiempo, la versión final de la DCSD permite ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva hasta de cuatro formas.

En primer lugar, los Cdos. 12 in fine y 13 establecen que los Estados miembros sigan siendo libres de regular las medidas correctoras de naturaleza extracontractual de que dispone el consumidor frente a las personas que intervengan en fases previas de la

²¹ J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 33, afirma que la Directiva (UE) 2019/771 concede más libertad a los Estados miembros que la Directiva (UE) 2019/770, como consecuencia de venir precedida por la Directiva 1999/44/CE, que es de armonización mínima.

²² Por todos, H. BEALE, *Scope of application*, cit., 28-30.

²³ R. SCHULZE, *Nuevos retos*, cit., 19.

²⁴ G. SPINDLER, *Contratos de suministro*, cit., 10.

²⁵ K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 262, también inciden en esta idea, poniendo de ejemplo el caso del software de procesamiento de textos o Photoshop son frecuentemente usado para propósitos privados y profesionales, y sin una información adicional, resulta complicado determinar el propósito para el que el software particular fue comprado.

cadena de transacciones u otras personas que cumplan las obligaciones de dichas personas²⁶ (Cdo. 12) o las acciones por responsabilidad que ejercite un consumidor frente a un tercero, tales como un desarrollador que no sea el empresario en virtud de la Directiva (Cdo.13). En nuestra opinión, sería conveniente que el legislador hiciese uso de cualquiera de estas dos posibilidades, por cuanto hacerlo implicaría configurar un régimen de conformidad más completo y extenso, en claro beneficio de los consumidores.

En segundo lugar, el Cdo. 16 permite que los Estados miembros extiendan la protección contemplada a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores en el sentido de la Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes. Cabe recordar que en el ordenamiento español, el art. 3.1 TRLGDCU ya establece la posibilidad de que las personas jurídicas puedan considerarse consumidoras, siempre y cuando actúen “sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”²⁷. Sin embargo, lo que permite el Cdo. 16 es mucho más interesante y cabría considerar hacer uso de dicha opción, por cuanto permite la aplicación de esta Directiva a contratos en que intervengan las empresas emergentes y pymes, con independencia de si actúan o no dentro de su actividad empresarial. En tercer lugar, el Cdo. 17 posibilita que los Estados miembros determinen, en el caso de contratos con doble objeto (aquellos en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato), si la persona en cuestión debe ser considerada como consumidora y en qué condiciones. Cabe tener en cuenta, sobre esta cuestión, que aunque la jurisprudencia europea haya interpretado el concepto de consumidor de manera restrictiva²⁸, en los regímenes de Derecho sustantivo el criterio predominante era el establecido en el Cdo. 17 de la Directiva 2011/83/UE, según el cual “si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”. No obstante, y como pone de manifiesto Morais Carvalho, si ahora los Estados miembros son libres de determinar si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones, ello implica que la DCSD no la califica necesariamente como tal, por lo que es posible, contrariamente a las orientaciones anteriores, que haya Estados miembros que no consideren a esa persona como consumidora, lo que supone una restricción criticable que podría dar lugar a discrepancias a escala europea, además de socavar el mercado interior y la protección efectiva del consumidor²⁹. Por ello, consideramos que en este punto, probablemente lo más conveniente sea mantener un enfoque conservador, en el sentido de seguir el criterio fijado en el Cdo. 17 de la Directiva 2011/83/UE. Por último, el Cdo. 18 permite que los

²⁶ Téngase en cuenta que al hablar de medidas extracontractuales no se está refiriendo este Considerando al derecho de repetición, regulado en el art. 20 DCSD.

²⁷ Dicho precepto establece que “son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

²⁸ J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 33-34.

²⁹ J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 34.

Estados miembros extiendan la aplicación de la Directiva a los prestadores de plataforma que no cumplan los requisitos para ser considerados empresarios, es decir, cuando no actúen con fines relaciones con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de los contenidos o servicios digitales. Conviene tener en cuenta, en este caso, que la Propuesta original hablaba de proveedores y no de empresarios, y que dicho concepto fue criticado por la doctrina porque dejaba fuera del ámbito de aplicación, en virtud del art. 5, a las plataformas de intermediación, a las que se les consideraba “terceros”³⁰. Durante el proceso de revisión de la Propuesta, Cámara Lapuente consideró las siguientes tres opciones: (a) dejar fuera a las plataformas de intermediación, como podría ser la intención inicial de la Comisión Europea y regularlas aparte; (b) incluirlas *in totum* como un suministrador más (que era la posición del Consejo de la UE); o (c) incluirlas como suministradores, pero deslindando los supuestos en que son responsables directos y aquellos en que los que no, opción que era, en su opinión, la más ponderada, pero también la más compleja³¹. Finalmente, parece que esta última solución es la que se ha preferido, pues el actual Cdo. 18 determina que “los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales”. Es decir, que si el comerciante usa plataformas intermediarias para ofrecer contenido digital o servicios digitales, sólo los comerciantes (y no las plataformas) serán responsables por el suministro y la conformidad de aquellos; la DCSD no pretende hacer responsables a las plataformas intermediarias, aunque permite a los Estados miembros que sí lo hagan en sus derechos nacionales³². Cabría preguntarse, entonces, si convendría ampliar el ámbito de aplicación de la DCSD a las plataformas intermediarias, como podría ser, por ejemplo, la *Google Play Store*. En nuestra opinión, la respuesta es negativa, ya que este tipo de plataformas sólo deberían responder de la falta de conformidad que se observe por ejemplo en sus propias aplicaciones, pero no sobre la falta de conformidad de una aplicación informática que se comercializa a través de ella, pero que no tiene nada que ver con ella.

2. El ámbito de aplicación objetivo

Anteriormente nos referimos al ámbito de aplicación objetivo de la DCSD que, como su propio título indica, sólo regulará determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Conviene, pues, desglosar cada uno de

³⁰ Véase, por ejemplo, J. ROCHFELD, *La réglementation*, cit., 37-39, que consideraba que las plataformas deberían integrarse en el concepto de proveedor.

³¹ S. CÁMARA LAPUENTE, *Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales*, en FERNÁNDEZ SCAGLIUSI (coord.), CAPILLA RONCERO, LERDO DE TEJADA, ARANGUREN URRIZA Y MURGA FERNÁNDEZ (dirs.): *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Cizur Menor, 2018, 47-48.

³² K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 261.

estos subconceptos para una mayor clarificación acerca del verdadero alcance de la norma.

2.1. En primer lugar, los contratos

En este punto de partida radica, tal vez, una de las cuestiones más importantes de esta Directiva, y que viene dada por el hecho de que únicamente se aplicará a situaciones en las que existe un contrato³³, probablemente celebrado dentro del mercado en línea³⁴. Mencionar esta premisa podría parecer innecesario; sin embargo, resulta de vital importancia en aquellos suministros de contenidos o servicios digitales en los que no media un precio. Pues bien, como decimos, la Directiva se limita a limitar (valga la redundancia) el ámbito de aplicación a las situaciones en las que exista un contrato, sin regular los aspectos concretos que deben darse para que pueda considerarse la existencia de aquel; cuestiones estas que se dejan en manos de los Estados miembros. Así lo dicen expresamente el Cdo. 12 y el art. 3.10: la Directiva no debe afectar a la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general, como pueden ser las normas relativas a la celebración³⁵, la validez³⁶, la nulidad o los efectos de los contratos [o la legalidad de los contenidos digitales o de los servicios digitales, o de las disposiciones nacionales que puedan establecer normas específicas relativas a la responsabilidad del empresario por vicios ocultos, *ex* Cdo. 12], [incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios *ex* art. 3.10]. La propia redacción de estas dos cláusulas establece un principio de no afectación, que es distinto, o así nos lo parece, a conceder la posibilidad de que los Estados miembros se separen, en estas cuestiones, de la armonización máxima. En realidad, lo que parece indicar o dar por supuesto es que estas son materias ya tratadas por los Derechos nacionales y que, por lo tanto, la DCSD no debe afectar a las mismas. El mismo Cdo. 12 aclara, también, que la Directiva no “debe determinar la naturaleza jurídica de los

³³ Como dice A. METZGER, *Un modelo de mercado*, cit., 125, los usuarios deben celebrar un contrato para beneficiarse de las medidas de protección al consumidor establecidas en la Directiva.

³⁴ Este nuevo concepto, “mercado en línea”, ha sido introducido en las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE por la Directiva (UE) 2019/2161, que pasa a ser definido como el “servicio que emplea programas (“software”), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el comerciante o por cuenta de este, que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores”.

³⁵ Esta es, sin embargo, una cuestión especialmente importante, pues como afirman M. B. M. LOOS et al, *The Regulation*, cit., 733 y ss., hoy en día, la mayoría de los contratos no se negocian, sino que se presentan al consumidor a distancia con un claro enfoque de “tómalo o déjalo” (*take-it-or-leave-it*). Otro problema que se plantea en la formación de los contratos es el de las licencias “*click-wrap*” (el usuario debe aceptar los términos clicando la opción titulada “acepto” o alguna otra acción similar) y “*browse-wrap*” (en la que se hace referencia a los términos del acuerdo vía hipervínculo a la página web del empresario, sin posibilidad de aceptar expresamente los términos).

³⁶ Como dice A. METZGER, *Un modelo de mercado*, cit., 134, por principio se requerirá un contrato válido, con independencia de la cuestión de si algunas de las disposiciones de la Directiva pueden aplicarse *mutatis mutandis* a los contratos inválidos, con el objeto de proporcionar a los consumidores un nivel de protección equivalente en caso de invalidez.

contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional”³⁷. La redacción de este considerando sigue, de alguna manera, la estela marcada por el primigenio Cdo. 19 de la Directiva 2011/83/UE, en el que se establecía que “los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados (...) como contratos de venta ni como contratos de servicios”. Resulta curioso, sin embargo, que una cuestión tan aparentemente clara haya dado lugar a dos interpretaciones distintas: de una parte, un sector doctrinal considera que la Directiva evita tipificar el contrato ya que ello facilita su transposición en los ordenamientos de los Estados miembros, donde se podría configurar como contrato de compraventa, de servicio, o incluso optar por un enfoque *sui generis*³⁸. Sin embargo, para Arroyo Vendrell la Directiva sí tipifica un nuevo tipo de contrato: el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, que se cobija bajo una declaración de neutralidad. El legislador europeo presupone que este contrato sería subsumible bajo alguno de los tipos contractuales preexistentes; sin embargo, es difícil concebir esta posibilidad debido a las numerosas posibilidades que comprende (como la adquisición de un *software* o un servicio). En definitiva, la declarada neutralidad va acompañada de un nuevo régimen jurídico para el tipo o tipos contractuales previstos que, con independencia del *nomen iuris*, constituye un nuevo tipo de contrato según la opinión citada³⁹. En la nuestra, es más correcta la primera postura; es decir, que la DCSD no tipifica un nuevo tipo de contrato, sino que simplemente regula un régimen de conformidad que resultará uniforme para todos los tipos de contrato por los que se pueda suministrar los contenidos o servicios digitales.

2.2. En segundo lugar, para el suministro

El suministro como acto no es algo que la Directiva haya definido en su art. 2, a diferencia de la Propuesta original de 2015⁴⁰; sin embargo, sí que se dan pautas en los Considerandos acerca de la forma y el momento en el que tiene lugar. Así, y en cuanto a lo primero, el Cdo. 19 menciona algunas de las numerosas formas por las que se puede suministrar los contenidos o los servicios digitales, como “la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales

³⁷ Es decir, en palabras de J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 32, los Estados miembros son libres en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

³⁸ K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 260.

³⁹ T. ARROYO VENDRELL, *La ruptura con el principio de la inalteración del derecho preexistente con motivo de la tipificación de los contratos de suministro de contenido digital: Un nuevo derecho de los contratos del derecho electrónico*, en PASTOR GARCÍA Y MARTENS JIMÉNEZ (coords.), CASTAÑOS CASTRO Y CASTILLO PARRILLA (dirs.): *El mercado digital en la Unión Europea*, Madrid, 2019, 262-263.

⁴⁰ El art. 2.10 de la Propuesta de 2015 definía el suministro como el «hecho de facilitar el acceso a contenidos digitales o poner a disposición los contenidos digitales».

o el acceso al uso de redes sociales”. De lo expuesto se deduce que el término “suministro” se utiliza como sinónimo de entrega⁴¹. En cualquier caso, el citado Cdo. 19 especifica que la Directiva resultará aplicable “con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para dar acceso a estos”, equiparando así la protección prevista tanto para el suministro *online* como para el *offline*⁴². De otra parte, y en cuanto al momento del suministro, el Cdo. 41 establece que tendrá lugar cuando “los contenidos o servicios digitales, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos, hayan llegado al entorno del consumidor y no sea necesario ningún otro acto del empresario para que el consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato”; entendiéndose por entorno “el aparato (*hardware*), programa (*software*) y cualquier conexión a la red que el consumidor utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales o para hacer uso de ellos” (art. 2.9 DCD). Cabría preguntarse, entonces, si convendría que nuestro legislador incluyese una definición de suministro o hiciese alusión a las posibles formas y el momento del suministro; en nuestra opinión, sí sería conveniente, al menos respecto de los dos últimos puntos (forma y momento), pues podría contribuir a una mayor seguridad jurídica.

2.3. En tercer lugar, de contenidos y servicios digitales

En la introducción hemos hecho referencia a algunas características de los contenidos y servicios digitales, pero cabría preguntarse qué son exactamente o cuáles son los criterios de distinción, toda vez que en la Propuesta original de 2015 no se distinguía entre ambos conceptos, sino que únicamente se hacía referencia a los contenidos (en los que se integraban, también, los servicios digitales). Así se extraía no sólo de las disposiciones sino también del propio título de la Propuesta (relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales). Esta cuestión –objeto de numerosas críticas⁴³– se modificó finalmente, por lo que ahora sí se distinguen ambos conceptos⁴⁴ (tal y como ya se pretendió hacer en la Propuesta original de Directiva sobre derechos de los consumidores, aunque no se incluyó en el texto final), y que ha desencadenado posteriores modificaciones en las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE⁴⁵. Pues bien, para advertir las diferencias entre ambos conceptos, cabe acudir

⁴¹ J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 32.

⁴² S. CÁMARA LAPUENTE, *Una prospectiva crítica*, cit., 36; K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 260.

⁴³ Por todos, J. ROCHFELD, *La réglementation*, cit., 34.

⁴⁴ S. CAMARA LAPUENTE, *Una prospectiva crítica*, cit., 43, explica que los cambios propuestos en la tramitación de la Propuesta de la Directiva en el Parlamento Europeo, primero en el Informe conjunto de los Comités IMCO y JURI de noviembre de 2016, y después, en el trámite de enmiendas de febrero de 2017, resucitaron la cuestión de si la definición de contenidos digitales debía abarcar a productos y servicios digitales. Las propuestas del Parlamento Europeo y la posición del Consejo de la UE en junio de 2017 fue clara: distinguir entre ambos tipos de prestaciones. En opinión de Camara Lapuente, la distinción no altera el ámbito de aplicación de la Directiva y se trata de una simple clarificación terminológica.

⁴⁵ En virtud de la Directiva (UE) 2019/2161, la nueva definición de “producto” de la Directiva 2005/29/CE comprende “cualquier bien [o servicio], incluidos los bienes inmuebles, [los servicios digitales y el contenido digital], así como los derechos y obligaciones”. De otra parte, también se modificó la

a las definiciones que ofrece la propia Directiva en su art. 2. De una parte, los contenidos digitales se definen como “los datos producidos y suministrados en formato digital”, tales como programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas (Cdo. 19); es decir, los contenidos digitales son los obtenidos a través de plataformas de descarga (Apple Store, Google Play, Amazon) o de *streaming* (Apple Music, Amazon Prime Music, Youtube, Vimeo o Spotify⁴⁶). Sin embargo, se debe tener en cuenta que el art. 3.h) DCSD deja expresamente fuera del ámbito de aplicación el contenido digital proporcionado de conformidad con la Directiva 2003/98/CE⁴⁷ por organismos del sector público de los Estados miembros. Una cuestión importante sobre los contenidos digitales, y que ya mencionamos en el apartado anterior, es que se regularán por la DCSD tanto si se suministran digitalmente como en formato físico. Así lo establece el Cdo. 20, cuando señala que “la presente Directiva debe aplicarse asimismo a contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales”, aunque no en su totalidad pues, según dispone el art. 3.3, no resultarán de aplicación (por razones obvias) ni el art. 5, relativo al suministro, ni el art. 13, relativo a las medidas correctoras por incumplimiento en el suministro. Además, en estos casos en que los contenidos digitales se suministren en soporte físico, también resultarán aplicables las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE sobre la obligación de entrega de los bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega, el derecho de desistimiento o la naturaleza del contrato en virtud del cual se suministran los bienes. En cuanto a los servicios digitales, la DCSD distingue entre dos tipos: de una parte, el servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, como por ejemplo, los servicios *cloud computing* ofrecidos por Amazon Web Services, Dropbox, One Drive, Microsoft Azure, Google Cloud, Google Drive, iCloud, etc.⁴⁸; y de otra, el servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos, es decir, redes sociales como Facebook, Twitter, Whatsapp, Instagram, Line, Viber, etc.⁴⁹. Según indica el Cdo. 26 (y, correlativamente, el art. 3.2), la Directiva también se aplicará a los contratos para el desarrollo de contenidos digitales personalizados en función de las exigencias específicas del consumidor, incluido cualquier programa (software) personalizado, o para el suministro de archivos electrónicos requeridos en el contexto de la impresión 3D de bienes, si corresponden a la

definición de contenidos digitales, de la Directiva 2011/83/UE, pero únicamente para hacer referencia a la DCSD, ya que no se cambia en absoluto la definición, y se añaden nuevos conceptos como servicio digital, mercado en línea, compatibilidad, funcionalidad o interoperatividad.

⁴⁶ R. GARCÍA PÉREZ, *Interacción*, cit., 177.

⁴⁷ Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

⁴⁸ R. GARCÍA PÉREZ, *Interacción*, cit., 177.

⁴⁹ R. GARCIA PEREZ, *Interacción*, cit., 177.

definición de contenidos o servicios digitales⁵⁰. Sin embargo, y en sentido negativo, el Cdo. 27 aclara que la DCSD no se aplicará a aquellos casos en que el objeto principal del contrato sea la prestación de servicios profesionales, como los de traducción, arquitectura, asesoramiento jurídico u otros servicios de asesoramiento profesional que el empresario suele realizar personalmente⁵¹, independientemente de que este haya utilizado medios digitales para obtener el producto del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor. Del mismo modo, no se aplicará a los servicios públicos, como los de la seguridad social o los registros públicos cuando los medios digitales se utilicen únicamente para la transmisión o comunicación del servicio al consumidor, ni a los instrumentos auténticos y otros actos notariales, independientemente de si se realizan, registran, reproducen o transmiten por medios digitales. Existen, además, otro tipo de servicios que estarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, como son: 1) los servicios de acceso a internet (Cdo. 19); 2) los servicios distintos de los servicios digitales, independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios digitales para obtener el producto del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor; 3) los servicios de comunicaciones electrónicas con la excepción de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; 4) los servicios de asistencia sanitaria; 5) los servicios de juego que impliquen apuestas de valor pecuniario en juegos de azar; 6) los servicios financieros; 7) el programa (software) ofrecido por el empresario bajo una licencia gratuita o de código abierto, cuando el consumidor no pague ningún precio y los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de mejorar la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad de ese programa (software) concreto (Cdo. 32); 8) el suministro de los contenidos digitales cuando estos se pongan a disposición del público en general por un medio distinto de la transmisión de señales como parte de una actuación o acontecimiento, como las proyecciones cinematográficas digitales (Cdo. 31). Para Morais Carvalho⁵², los Estados miembros podrán ampliar el régimen de la DCSD a otros contratos relativos a servicios, basándose probablemente en la redacción del Cdo. 16: los Estados miembros “deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de las normas de la presente Directiva a los contratos que han sido excluidos de su ámbito de aplicación, o de regular de otro modo tales contratos. (...)”. Si uno lee únicamente este fragmento, entendería que los Estados miembros pueden ampliar el ámbito de aplicación incluso a los contratos expresamente excluidos, como los servicios anteriormente mencionados. Sin embargo, el Cdo. 16 se refiere inmediatamente a continuación a la posibilidad de extender la aplicación, desde un ámbito subjetivo, a las organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes, como hemos visto. Por ello, no será posible, en nuestra opinión, que los Estados miembros eludan la exclusión expresa que hace la DCSD para ciertos tipos de contenidos o servicios digitales. Finalmente, cabría

⁵⁰ Sin embargo, el Considerando 26 *in fine* determina que la presente Directiva no debe regular los derechos u obligaciones en relación con los bienes producidos mediante el uso de tecnología de impresión 3D.

⁵¹ A sensu contrario, y como afirman K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 266, la DCSD sí se aplicará a los servicios no prestados por una persona (p. ej., a través de inteligencia artificial).

⁵² J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 36.

tener en cuenta las normas previstas para cuando un único contrato entre el mismo empresario y el mismo consumidor incluye en un paquete elementos del suministro de contenidos o servicios digitales y elementos del suministro de otros bienes o servicios⁵³, en cuyo caso, y en aplicación del Cdo. 33 y del art. 3.6, la DCSD sólo se aplicará a los elementos del contrato relativos a contenidos o servicios digitales –salvo si el paquete incluye un servicio de comunicaciones interpersonales basado en números o un servicio de acceso a internet, en cuyo se aplicarán las disposiciones de la Directiva (UE) 2018/1972 a todos los elementos del paquete, incluidos los contenidos y servicios digitales⁵⁴–. Los demás elementos del contrato (no relativos a contenidos o servicios digitales) se regirán por las normas aplicables a dichos contratos en virtud del Derecho nacional (que también regulará los efectos que pueda tener la resolución de un elemento del paquete contratado en las demás partes) o, según corresponda, de otros actos de Derecho de la Unión. De nuevo, entendemos que cuando en estas disposiciones se alude al Derecho nacional, no se está estableciendo la posibilidad de apartarse de la armonización máxima, sino que, siguiendo el principio de no afectación, se establece que a esas cuestiones se aplicará la normativa nacional –ya existente–.

2.4. En cuarto lugar, a cambio de un precio o de datos personales

El art. 3 DCSD establece, en primer lugar, que la Directiva se aplicará a los contratos de suministro (de contenidos o servicios digitales) por los que el consumidor “paga o se compromete a pagar un precio”. Por precio no debe entenderse únicamente el dinero, pues de acuerdo con el Cdo. 23, también deben incluirse las representaciones digitales de valor⁵⁵, como vales o cupones electrónicos –cada vez más importantes–, o como las monedas virtuales, en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional. Este reconocimiento expreso de las representaciones digitales de valor como método de pago no aparecía en la Propuesta original, sino que se debe a unas enmiendas presentadas por el Consejo en 2017. En segundo lugar, el mismo precepto establece lo que, sin lugar a dudas, es el aspecto más novedoso⁵⁶: que la Directiva “también se aplicará cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario”, con matizaciones que luego expondremos. Esta extensión de la aplicación de la Directiva a los contratos para el suministro de contenidos o servicios digitales por los que el consumidor facilite datos personales es algo que ya se había previsto en el mencionado art. 5.b) del malogrado CESL y que casi coetáneamente también se intentó

⁵³ Como podría ocurrir, por ejemplo, si el paquete comprende la prestación de servicios de televisión digital y la adquisición de equipamiento electrónico (Cdo. 33).

⁵⁴ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

⁵⁵ Importante es la aclaración que hace el propio Cdo. 23, en el sentido de establecer que dado que estas representaciones digitales de valor no tienen más finalidad que la de servir como método de pago, no deben considerarse como contenido o servicio digital en el sentido de la DCSD.

⁵⁶ R. GARCÍA PÉREZ, *interacción*, cit., 177; A. METZGER, *un modelo de mercado*, cit., 122.

establecer (sin éxito) en la Directiva 2011/83/UE (recientemente modificada por la Directiva 2019/2161 para incluir este tipo de contrato inicialmente excluido, dicho sea de paso). Convendría resaltar, en este punto, que la redacción final sobre esta cuestión ha cambiado considerablemente respecto de la versión contenida en la Propuesta original de 2015: de una parte, se trataba el suministro de datos personales u otro tipo de datos como “contraprestación no dineraria”; de otra, se limitaba la aplicación de la norma a los casos en los que el consumidor facilitase “activamente” esos datos. Se dejaban expresamente fuera los casos en los que el proveedor recabase información –incluidos datos personales, tales como la dirección IP u otra información generada automáticamente como información recogida y transmitida por una *cookie*–, sin que el consumidor la facilitase activamente, aunque aceptase la *cookie*, o aquellos casos en los que el consumidor se expusiese a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales. Para la doctrina, la primera cuestión no fue o no es especialmente problemática, pues de hecho, algunos autores continúan denominándolo contraprestación⁵⁷; lo que sí resultaba controvertido era la referencia a que los datos se suministrasen de forma activa⁵⁸. Más estricto se mostró el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), que reprobó ambas cuestiones en su Dictamen de 2017; a consecuencia de ello, el 1 de junio de 2017, el Consejo eliminó el término “contraprestación”⁵⁹. El texto final del art. 3.1 DCSD aborda ambas preocupaciones; así, el Cdo. 24 afirma que “la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía”, pero, al mismo tiempo, se viene a decir que ello no obsta para que se garantice que los consumidores tengan derecho a medidas correctoras contractuales, si los contenidos o servicios digitales se suministran facilitando datos personales al empresario. Sobre esta cuestión, Morais Carvalho menciona la posible crítica que se podría hacer, relativa a la afectación de la DCSD a la naturaleza de derecho fundamental de los datos personales, y derivada de la legitimación de un modelo de negocio (un mercado de datos personales) hostil a los principios de protección de datos. En su opinión, y aunque entiende las críticas, es necesario lograr un mejor equilibrio en las relaciones entre empresarios y consumidores, con independencia de que se pague un precio o no: aplicar las disposiciones del contrato gratuito, normalmente menos protectoras, no sería una solución satisfactoria⁶⁰. En efecto, la doctrina reconoce expresamente el valor económico de los datos y esta cuestión, como dice Metzger⁶¹, no se debe dejar de lado con demasiada facilidad pues, de una parte, a los proveedores les interesa tanto el pago directo por parte de los consumidores como su exposición a

⁵⁷ J. MORAIS CARVALHO, *introducción*, cit., 36; R. GARCÍA PÉREZ, *interacción*, cit., 178.

⁵⁸ Por todos, R. SCHULZE, *nuevos retos*, cit., 21. véase, también, A. Metzger, *Un modelo de mercado*, cit., 123, que afirma que dichas restricciones fueron criticadas por la doctrina, por el Parlamento Europeo y por las asociaciones de consumidores.

⁵⁹ No obstante, dicho cambio podría no haber sido suficiente para el SEPD que, en su Opinión 8/2018 viene a decir que se observa que las nuevas definiciones relativas a los contratos para el suministro de contenidos o servicios digitales introducirían el concepto de que los consumidores podrían “pagar” con sus datos personales, en lugar de con dinero, y que este nuevo enfoque no soluciona el problema causado por el término contraprestación.

⁶⁰ J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 36-37.

⁶¹ A. METZGER, *Un modelo de mercado*, cit., 133-136.

anuncios publicitarios y, de otra, los consumidores también se benefician de muchas maneras de los valiosos servicios que reciben a través de Internet –servicios para los que tendrían que emplear una parte considerable de sus ingresos económicos, si sólo estuvieran disponibles mediante el pago de un precio–. Además, como prosigue el autor, la Directiva “no abre la caja de Pandora de un mercado descontrolado de datos personales. Las estrictas limitaciones de cualquier uso comercial de datos personales establecidas en el RGPD permanecen intactas. Aún así, la DCSD trata de superar una protección de los consumidores de sí mismos demasiado paternalista (en su propio interés)”. En definitiva, que la regulación de los contratos por los que el consumidor facilite datos personales es algo que ya reclamaba la doctrina hace tiempo⁶² y que, por lo tanto, debe ser motivo de celebración⁶³. No obstante, se debe ser consciente de las consecuencias que de ello puedan derivarse como, por ejemplo, en el control de abusividad de las cláusulas, o en si suministrar datos personales certeros supone un deber para el consumidor; cuestiones que, por sobrepasar el objetivo de este trabajo, no podemos analizar en detalle. En cuanto a la controversia acerca de si la normativa sólo debería aplicarse a los casos en los que el consumidor facilitase activamente esos datos personales, el Cdo. 25 establece ahora que la DCSD no será de aplicación en tres casos: primero, cuando el empresario recaba datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales, o con el único fin de cumplir requisitos legales⁶⁴ [y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin, como aclara el art. 3.1 *in fine*]; segundo, cuando el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación (salvo si esta situación se considere un contrato con arreglo al Derecho nacional); tercero, cuando el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales. Es decir, que solo cuando el consumidor se comprometa a que sus datos sean utilizados para finalidades distintas al suministro, a modo de contraprestación, será de aplicación la DCSD⁶⁵. Dejando de lado la primera exclusión – que puede resultar lógica–, el Cdo. 25 distingue dos claros supuestos: en primer lugar, si el consumidor se expone a recibir publicidad, no mediando contrato para el suministro de los contenidos o servicios digitales, la DCSD no resultará aplicable; en segundo lugar, si el empresario recaba metadatos, entonces la DCSD sólo se aplicará cuando, según el

⁶² M. B. N. LOOS ET AL, *The Regulation*, cit., 750 y 757, ya defendían años antes que la normativa debería regular también los contratos “gratuitos” de contenido digital, ya que existía acuerdo entre los especialistas de que la nueva moneda de cambio en internet eran los datos personales.

⁶³ G. SPINDLER, *Contratos de suministrar*, cit., 186, lo valora de forma positiva, entendiendo que supone un paso en la buena dirección. R. MAŃKO, *A legal analysis*, cit., 40, considera que ese aspecto constituye la verdadera aportación de la norma a la economía digital. R. SCHULZE, *Nuevos retos*, cit., 21, también lo celebra diciendo que la Directiva tiene en cuenta el alto significado económico que pueden tener los datos; cuando un consumidor cede sus datos a una empresa les está dando un valor considerable o por lo menos posibilita la creación de dicho valor. Por lo tanto, debe ser bienvenido que los datos empiecen a aceptarse como contraprestación en el Derecho contractual y que, de este modo, los contratos sinalagmáticos se adapten a la revolución digital.

⁶⁴ Según el propio Cdo., “esas situaciones pueden incluir, por ejemplo, aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación”.

⁶⁵ R. GARCÍA PÉREZ, *Interacción*, cit., 184.

derecho nacional, se hubiese celebrado un contrato. Especialmente la segunda exclusión (aunque también la primera⁶⁶) sigue siendo objeto de críticas; no obstante, la doctrina mayoritaria considera que en esos supuestos, la DCSD únicamente entrará en juego si los Estados miembros consideran que en esas situaciones se celebra un contrato⁶⁷; criterio que se ha justificado por cuanto se evita regular todo lo que ocurre en internet, ya que en caso contrario, cualquier click en un navegador de internet significaría estar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva⁶⁸. Por fortuna, el Cdo. 25 *in fine* posibilita que los Estados miembros amplíen la aplicación de la DCSD o regulen ambas situaciones *a priori* excluidas, por lo que se plantean dos opciones: en primer lugar, determinar que cuando el empresario recabe metadatos estaremos ante un contrato o, en segundo lugar, regular o ampliar el ámbito de aplicación a ese supuesto y aquel en el que el consumidor, sin mediar contrato, se expone a recibir publicidad. Cualquiera de las dos opciones se antoja como buen mecanismo para que los legisladores nacionales en general, y el español en particular, apuesten por proteger de forma más efectiva los derechos de los consumidores, máxime si se trata sobre una cuestión tan delicada como los datos personales⁶⁹. Como dice Morais Carvalho este es “uno de los principales retos del Derecho contractual en general y del derecho de los consumidores en particular en los próximos años”⁷⁰, y tanto es así, que el propio art. 25 DCSD establece que, a más tardar el 12 de junio de 2024, la Comisión revisará la aplicación de la Directiva y presentará un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo que examinará, entre otras cuestiones, el supuesto de armonización de las normas aplicables, incluidos los suministrados a cambio de anuncios publicitarios.

2.5. En último lugar, sobre determinados aspectos

Aunque desde un punto de vista terminológico (por el propio título de la DCSD, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales), pareciese que esta cuestión hubiese debido ser la primera, nos ha parecido más conveniente dejarla para el final, por ser, tal vez, el aspecto más abierto. Tal y como se

⁶⁶ Para S. CÁMARA LAPUENTE, *Una prospectiva crítica*, cit., 53, “carece de fundamento sólido la exclusión de los contratos en que los datos se recaban mediante *cookies* (incluso aunque el consumidor ‘activamente’ acepte la instalación de tal *cookie*), ni de los contratos en que la contraprestación consiste en una conducta (*facere*) del consumidor con un alto valor como técnica de *marketing* cual es el aceptar recibir publicidad (v. gr., ver un vídeo publicitario para acceder al siguiente nivel en un videojuego), ni tampoco que no se contemple explícitamente en el ámbito de aplicación de la Directiva la cesión por el consumidor de sus derechos de propiedad intelectual respecto a los contenidos que carga en determinadas plataformas y redes sociales, pues constituye claramente una prestación no dineraria con datos subyacentes”.

⁶⁷ R. GARCÍA PÉREZ, *Interacción*, cit., 179 y, en la doctrina internacional, K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 263 o A. METZGER, *Un modelo de mercado*, cit., 124.

⁶⁸ K. SEIN & G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 263.

⁶⁹ R. GARCÍA PÉREZ, *Interacción*, cit., 179, pone de manifiesto lo delicado de estos supuestos, tan frecuentes en la navegación por internet, en los que se utilizan dispositivos o técnicas de almacenamiento y recuperación de datos (como *cookies*, *local shared objects* o *flash cookies*, *web beacons* o *bugs*, tecnologías *fingerprinting*, etc.), que inciden en la privacidad de las personas y pueden conllevar el tratamiento de datos personales.

⁷⁰ J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., 36.

indica en el art. 1, la DCSD no establece una regulación integral de la materia que aborda, sino que se limita a regular “determinados aspectos”, en particular, “la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro y las modalidades para exigirlos, y la modificación de los contenidos o servicios digitales”. La extensión con que se debiera analizar cualquiera de estos asuntos nos impide detenernos en sus especificidades, pero sí que conviene poner de manifiesto dos cuestiones: la primera, que también incluso dentro de este ámbito objetivo tan concreto y limitado de la DCSD se deja, de manera expresa, cierto margen de maniobra a los Estados miembros; la segunda, que son muchas las cuestiones que afectan a los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales que no se han regulado, ni de forma integral ni parcial. La doctrina ha hecho mención a algunas de estas cuestiones como, por ejemplo, la posibilidad de hacer más de una descarga o de revender contenidos digitales⁷¹ o la ausencia de una regulación sobre garantías comerciales⁷². También cabe mencionar que la indemnización por daños en estos contratos no se ha armonizado, lo que puede ser problemático⁷³.

IV. Conclusiones

En este trabajo hemos analizado el “limitado” ámbito de aplicación de la DCSD, así como las diversas cuestiones que finalmente se han dejado a criterio discrecional de los Estados miembros. Como hemos señalado, creemos que el legislador nacional debería mantener un enfoque de intervención mínima en este sentido, para favorecer que las disparidades entre los diferentes Estados miembros sean las mínimas posibles. No obstante, en nuestra opinión, sí convendría que se regulasen ciertas cuestiones, como las posibles medidas correctoras de naturaleza extracontractual frente a personas que intervengan en fases previas o cumplan sus obligaciones, o las posibles acciones por responsabilidad frente a un tercero (v. gr., el desarrollador de un *software*). También sería conveniente que se introdujesen normas aclaratorias sobre qué es el suministro de los contenidos y servicios digitales, así como las formas o el momento en que puede producirse. Finalmente, especialmente relevante sería que el legislador nacional hiciese uso de las opciones dispuestas en el Cdo. 25 DCSD para ampliar el ámbito de aplicación a supuestos tan problemáticos y delicados como aquellos en los que el empresario recabe metadatos o en los que, sin mediar contrato, el consumidor se exponga a recibir publicidad para obtener acceso a los contenidos o servicios digitales.

⁷¹ H. BEALE, *Scope of application*, cit., 27; R. MANKO, *A legal analysis*, cit., 32-34.

⁷² H. BEALE, *Scope of application*, cit., 2, lo hace notar y dice que a pesar de que las garantías comerciales de los productos digitales no son habituales, no comprende por qué no deberían aplicarse normas similares a las de los bienes físicos.

⁷³ En opinión de H. BEALE, 2019 (notas no publicadas y suministradas amablemente por el propio autor, que se corresponden con su ponencia ofrecida en el *Digital Consumer Contract Law and the New Technologies: Online Conferencias*, celebrado los días 26 y 27 de noviembre de 2019).



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

IL NUOVO *OVERSIGHT BOARD* ISTITUITO PER IL CONTROLLO DEI
CONTENUTI SU FACEBOOK ALLA LUCE DELLE SUE PRIME DECISIONI:
TRA NATURA PARAGIURISDIZIONALE E TUTELA DELLA LIBERTÀ
D'ESPRESSIONE

ANDREA GIUBILEI

SOMMARIO: 1. Premessa: la libertà d'espressione nell'agorà digitale. – 2. Oltre l'auto-regolazione: l'istituzione dell'Oversight Board per il controllo dei contenuti su Facebook. – 3. Le prime decisioni. – 4. Considerazioni conclusive: come la tecnologia colma i vuoti lasciati dai decisori politici.

1. Premessa: la libertà d'espressione nell'agorà digitale

Le potenzialità offerte dall'universo digitale pongono il giurista di fronte a uno dei tanti bivi che caratterizzano la strada del diritto. Infatti, come accade di consueto quando è necessario bilanciare interessi contrapposti, anche rispetto alle interazioni tra uomo e tecnologia si presenta una duplice alternativa. Da una parte, quella di disciplinare in maniera compiuta i nuovi strumenti digitali per garantire adeguatamente i diritti dei soggetti coinvolti; con il rischio, però, di porre un freno all'innovazione, ostacolando quella sperimentazione necessaria per assicurare alla tecnologia di progredire a beneficio della società¹. Dall'altra parte, proprio per scongiurare quest'ultima eventualità, quella di

¹ A tal riguardo, è necessario tenere a mente che, quando il progresso scientifico può incidere sullo sviluppo della persona umana, è opportuno «non irrigidire eccessivamente il quadro normativo, adottando tecniche che consentono un più facile adattamento alle innovazioni tecnologiche e un più agevole scambio tra bisogno di regole e valori sociali»; così S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995, 148 s. Per simili considerazioni, si veda anche F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir.*

non irrigidire eccessivamente il quadro normativo e favorire così la ricerca e lo sviluppo del fenomeno digitale; tuttavia, tale strada potrebbe condurre al consolidamento di posizioni di privilegio da parte dei detentori dei mezzi tecnologici, generando diseguaglianze e possibili compressioni all'esercizio delle libertà individuali².

Questo duplice scenario si ritrova anche nell'ambito dei *social media*, rispetto ai quali il dibattito pubblico e politico prosegue incessantemente, dividendosi tra coloro che auspicano una capillare disciplina legislativa di tale fenomeno e chi, al contrario, si augura che tali nuovi mezzi di comunicazione e condivisione restino sostanzialmente liberi da ingerenze dei soggetti pubblici³.

Attualmente sembrerebbe propendersi per questa seconda ipotesi⁴, se non altro per il fatto che i legislatori – nazionali e non – stentano ad individuare una disciplina adeguata per un fenomeno nuovo ma che, al contempo, ha raggiunto rapidamente dimensioni tali da sfuggire dalle mani dei decisori politici. È evidente come i *social network*, nelle loro diverse manifestazioni, abbiano assunto un ruolo centrale nella vita in società, sia sul piano politico e sociale, sia su quello individuale, entrando in maniera diffusa nella quotidianità delle persone. Com'è noto, essi hanno offerto inedite forme di interazione tra gli utenti, consentendo il rapido scambio di informazioni e la condivisione di ciò che tradizionalmente veniva inteso come “manifestazione del pensiero”⁵. Al punto che risulta ormai superata la classica distinzione tra la mera *comunicazione*, rivolta a un destinatario ben specifico, e la manifestazione del pensiero, destinata alla sua *diffusione*

soc., 1994, 144 ss. Non vi è dubbio che, alle molteplici possibilità che la tecnologia offre come strumento di crescita e progresso, corrispondono molteplici forme con cui essa può divenire oggetto di regolazione. Tuttavia, l'esigenza di non ostacolare l'innovazione tecnologica fa sì che quest'ultima segua autonomamente la propria strada, anche a prescindere da precedenti forme di regolazione in sede legislativa. Tra le principali conseguenze di tale circostanza vi è l'obsolescenza dei tradizionali strumenti di produzione normativa, *in primis* della legge ordinaria. Sul punto, si veda S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 91 ss.; più recentemente, cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 132 ss.

² Cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2/2019, 201.

³ Sul punto, si veda P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *Consulta online*, n. 3/2016, 332 ss., spec. 346 ss.

⁴ Cfr. P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, 265 ss., il quale mette in luce la triplice natura dei *social network*, che al contempo rivestono il ruolo di operatori della comunicazione, di operatori economici e, da ultimo, rappresentano anche un «vero e proprio spazio sociale e quindi politico». Quest'ultima veste è forse quella più problematica ed è senz'altro quella rispetto alla quale sorgono le perplessità più sofisticate rispetto ad una possibile normazione del fenomeno, proprio perché – come evidenzia l'Autore – è questa natura che fa emergere «la necessità di regolare il profondo impatto che i Social Network hanno sulla dinamica democratica della società e sulla struttura istituzionale dello Stato contemporaneo».

⁵ Sui presupposti e i limiti all'esercizio di tale libertà si vedano, fra tutti, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1956, spec. 7 ss.; A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI – A. RUGGERI – A. SAIITA – G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 455 ss.

generalizzata⁶. Infatti, nell'utilizzo dei *social network*, non sempre si ha la piena consapevolezza su quanto sia determinata la platea dei destinatari⁷. È questa la caratteristica principale di tali strumenti, che hanno portato con sé una nuova forma di espressione: la *condivisione*, la cui caratteristica principale è quella di ridurre la linea di demarcazione tra messaggio pubblico e messaggio privato.

Tale circostanza, oltre al vantaggio di favorire una maggiore partecipazione – in senso lato – delle persone alla vita in collettività, cela anche delle insidie. Il rischio principale risiede proprio nella possibilità che un'informazione dotata di una qualche carica lesiva, che potrebbe essere ridotta se circolasse tra pochi soggetti ben determinati, acquisti maggiore offensività entrando nel circolo della condivisione, moltiplicandosi e perdendosi nell'intreccio della rete. Ciò può manifestarsi in diverse forme, come la diffusione di *fake news*, in grado di compromettere la libera determinazione dei cittadini; l'utilizzo di un linguaggio d'odio volto ad incrementare le divisioni già esistenti all'interno della società; le offese all'onore e alla reputazione altrui (anche nelle loro forme più gravi, integranti fattispecie criminose); la condivisione di materiale multimediale lesivo della dignità e della riservatezza delle persone.

Sono proprio queste le circostanze che hanno palesato, con sempre maggiore urgenza, la necessità di una più penetrante regolazione nella gestione e nella valutazione dei contenuti condivisi all'interno delle piattaforme digitali. L'ottica non è certo quella di comprimere il dibattito – politico e non – o di limitare l'esercizio delle libertà legate all'informazione e all'espressione; ma, al contrario, proprio quella di creare le condizioni affinché tali libertà possano essere esercitate in maniera legittima, senza prevaricare e compromettere i diritti altrui. Con l'obiettivo di assicurare una maggiore responsabilizzazione tanto degli utenti, quanto dei gestori delle piattaforme.

Per rispondere a queste diffuse esigenze di tutela, i diversi *sociali network* (anzitutto quelli del gruppo *Facebook*) hanno iniziato ad implementare ed applicare più rigidamente i propri “termini e condizioni” d'uso e le proprie normative, scegliendo così di valorizzare la strada dell'*auto-regolazione*. In questo modo, le piattaforme si sono sostituite ai decisori politici, che si sono rivelati particolarmente passivi nello sfruttare l'opportunità

⁶ Distinzione che si riflette anche nella diversa tutela costituzionale prevista dal nostro Costituente per la libertà di comunicazione, sancita dall'art. 15 Cost., e per la libertà di manifestazione del pensiero, a cui, invece, è dedicato l'art. 21 Cost. Sul punto si vedano, fra tutti, P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017, 397 ss.

⁷ Cfr. F. ZANI, *Il difficile bilanciamento fra tutela della libertà di manifestazione del pensiero e diritto alla riservatezza nell'era dei social network. A proposito della sentenza n. 19712/2014 della Prima sezione penale della Corte di Cassazione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2014, 3, che evidenzia come l'avvento dei nuovi strumenti di comunicazione stia assottigliando il «confine tra l'ambito di applicazione dell'art. 15 Cost. e quello dell'art. 21 Cost., tradizionalmente fissato in base all'individuazione o meno dei destinatari della comunicazione; risulta infatti difficile distinguere con precisione i casi in cui la comunicazione telematica sia diretta ad uno o più destinatari determinati, e quindi l'utente ritenga di poter godere della segretezza e riservatezza garantite dall'art. 15 Cost., da quelli in cui, invece, l'intenzione sia quella di diffondere delle informazioni, rivolgendosi ad un pubblico indeterminato». Deve poi considerarsi, a tal proposito, l'ulteriore problema delle manifestazioni del proprio pensiero in forma anonima, giacché l'avvento della Rete sta consentendo – sempre più – lo scambio di informazioni a prescindere dall'immediata identificazione del parlante, rendendo accessibile una forma di anonimato non assoluta, ma sicuramente molto più efficace di quelle fruibili in precedenza. Sul punto cfr. M. MANETTI, *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, in *Dir. inform.*, n. 2/2014, 139 ss.

di disciplinare adeguatamente il loro corretto utilizzo, pur mostrandosi poi sempre pronti a gridare alla mancanza di legittimazione dei *social network* nella gestione dei propri contenuti.

Tutto ciò ha contribuito ad alimentare ulteriormente la discussione sull'esercizio della libertà d'espressione in rete e sulla legittimazione dei titolari delle piattaforme nel prendere decisioni determinanti sulla legittimità dei contenuti in esse pubblicati e sulla loro possibile eliminazione, o sulle limitazioni imposte agli utenti nell'utilizzo dei propri *account*.

Le considerazioni che seguiranno nel presente scritto, quindi, si concentreranno esclusivamente su questo tipo di limitazioni, vale a dire quelle dipendenti dalla *voluntas* delle piattaforme digitali; mentre, per ragioni espositive, verranno lasciate sullo sfondo quelle derivanti dall'applicazione delle normative statali, che possono fare affidamento sugli istituti tradizionali⁸.

2. Oltre l'auto-regolazione: l'istituzione dell'Oversight Board per il controllo dei contenuti su Facebook

Nel contesto sopra descritto si inserisce l'*Oversight Board* recentemente istituito su iniziativa di *Facebook*⁹. Si tratta di un "Comitato per il controllo", creato con il fine dichiarato di proteggere la libertà di espressione online e di aiutare i *social network* del gruppo (che, com'è noto, comprende anche *Instagram*)¹⁰ ad affrontare alcune spinose questioni sull'esercizio di tale libertà, valutando la legittimità delle operazioni compiute dalle piattaforme in merito ai contenuti e garantendo così agli utenti un controllo ulteriore e indipendente sulle misure applicate.

Questo perché coloro che subiscono una prima restrizione da parte di *Facebook* o *Instagram* – ad esempio, la rimozione o l'oscurazione di un *post* o limitazioni impartite al proprio *account* – hanno, come prima possibilità, quella di contestare alla piattaforma stessa la legittimità dell'azione. Tuttavia, in passato, la decisione su questa prima

⁸ Per tale suddivisione tra la censura autonomamente predisposta dalle piattaforme ("censura *de facto*") e quella legata a normative statali ("censura *de jure*"), v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, n. 1/2019, 35 ss.

⁹ Tra i primi commenti italiani sull'istituzione di tale nuovo organismo, si vedano P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Consulta online. Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 10 febbraio 2020, 6 s.; P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., 277 ss.; G.C. FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, 16 febbraio 2021, disponibile sul sito istituzionale del Garante per la protezione dei dati personali al seguente link: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>; 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*, n. 19/2019, 10 s.

¹⁰ Si segnala, solo per completezza, che entrambi i *social network* citati – *Facebook* e *Instagram* – sono controllati dall'impresa statunitense *Meta Platforms Inc.* (denominazione assunta nell'ottobre del 2021, in sostituzione della precedente *Facebook Inc.*), che – tra le altre cose – gestisce anche i servizi di messaggistica istantanea *WhatsApp* e *Messenger* e si occupa dello sviluppo dei visori di realtà virtuale *Oculus Rift*.

contestazione rappresentava anche un definitivo punto di arresto per la tutela dell'utente, privo di mezzi ulteriori per proteggere le proprie libertà all'interno dei *social network*, ove i produttori delle regole di utilizzo risultavano anche gli unici garanti della loro corretta applicazione.

Ebbene, l'istituzione dell'*Oversight Board* tenta di offrire una nuova e inedita forma di tutela per le libertà individuali esercitate su *Facebook*, che si aggiunge a quella sopra descritta, rappresentando un *unicum* per il panorama dei grandi poteri digitali affermatosi nell'era contemporanea. Il Comitato, infatti, è un organo collegiale, indipendente da *Facebook*, a cui potranno rivolgersi gli utenti che non si trovino d'accordo con la decisione finale assunta dalla piattaforma, affinché si pronunci definitivamente sulla legittimità di tale decisione secondo quanto stabilito dalle condizioni d'uso e dagli standard della *community*. Si tratta di una sorta di "giurisdizione d'appello"¹¹, come si evince anche dallo *Statuto e codice di condotta*, che regola la struttura e le funzioni dell'*Oversight Board* e le procedure da seguire per presentare ricorso¹². Difatti, l'art. 3, sez. 1, stabilisce che «*in instances where people disagree with the outcome of Facebook's decision and have exhausted appeals with Facebook, a request for review can be submitted to the board by either the original poster of the content or a person who previously submitted the content to Facebook for review*». Sembra chiaro, quindi, che l'utente debba aver "esaurito" altre possibili forme di ricorso interne alla piattaforma prima di potersi rivolgere al Comitato.

Tale elemento già chiarisce una caratteristica centrale del nuovo organismo. Come spesso si riscontra nelle giurisdizioni superiori, anche in questo caso l'obiettivo principale non è tanto quello di assicurare una tutela diffusa e concreta degli utenti, bensì quello di garantire l'osservanza e l'uniforme interpretazione delle normative adottate dai *social network*. Da questo punto di vista, l'*Oversight Board* sembrerebbe possedere una sorta di funzione di *nomofilachia*, poiché, rispetto alle diverse decisioni che possono essere assunte dalla piattaforma, si cerca di assicurare la certezza e la prevedibilità nell'applicazione delle regole sui contenuti pubblicabili¹³. Infatti, come si chiarisce nello

¹¹ Cfr. O. POLLICINO, *op. ult. cit.*, 10 s., che evidenzia come, d'altronde, sia lo stesso termine "*oversight*" a suggerire che si tratti di una sorta di istanza di appello per mettere in discussione le decisioni di *Facebook* sulla permanenza o sulla rimozione di determinati contenuti all'interno del *social network*.

¹² L'*Oversight Board Bylaws* è consultabile al seguente link: <https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws>.

¹³ Cfr. N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, n. 5/2015, 801 ss., che evidenzia come il diritto sia «campo di aspettative» e «orizzonte di attese che cinge la vita di ciascuno di noi». In fin dei conti, la medesima prevedibilità che si auspica e si attende nell'applicazione del diritto statale deve necessariamente caratterizzare anche le regole delle *agorà* digitali. Anzi, come evidenzia l'Autore, l'esigenza di razionalità tecnica domina, non solo l'economia, ma anche i mezzi e i modi di comunicazione e si pone in contrasto con l'irrazionalità giuridica che contraddistingue il nostro tempo, ove il diritto risulta sempre più incalcolabile e «le norme, tutte le norme e costituzionali e ordinarie, sono degradate (o innalzate) a "indici" di qualcosa, che sta dietro o più in alto: come varchi attraverso i quali l'interprete è in grado di attingere assolute "realtà", "principi", "valori"». In questo modo, «il diritto perde a mano a mano qualsiasi razionalità, e si risolve nell'occasionalità del puro decidere»; un decidere «sciolto dalla fattispecie normativa, e tutto racchiuso in sé stesso e nell'occasionalità di un episodio concreto o di una situazione di vita». In questa prospettiva, può ritenersi che l'istituzione dell'*Oversight Board* rappresenti il tentativo di recuperare dei margini di razionalità e calcolabilità nell'applicazione delle regole sull'utilizzo dei *social network*, le cui decisioni, attualmente, risultano caratterizzate da un eccessivo

stesso portale di accesso all'*Oversight Board*, «il Comitato non è stato progettato per fungere da semplice estensione della procedura esistente di analisi dei contenuti di *Facebook*. Piuttosto, analizzerà un determinato numero di casi altamente emblematici e stabilirà se le decisioni sono state prese in conformità con le normative e i valori stabiliti da *Facebook*»¹⁴. Il Comitato, quindi, non accetterà tutti i casi; al contrario, le singole decisioni rappresenteranno il frutto di un processo di selezione, che porterà all'analisi delle questioni più controverse e ritenute più idonee al fine di meglio definire i contorni degli standard della *community*.

Ciò si ricollega all'espressa previsione secondo cui l'*Oversight Board* potrà emettere, all'interno delle proprie decisioni, delle raccomandazioni riguardanti tale normativa, presentandosi, così, come "interprete privilegiato" delle *policies* adottate dalle piattaforme. Sul punto, l'*Atto costitutivo* chiarisce che la decisione – oltre alla deliberazione sul contenuto e alla relativa motivazione – includerà, a discrezione del Comitato, anche delle «linee guida sulle normative, che verranno prese in considerazione da *Facebook* per guidare lo sviluppo di normative future» (art. 3, sez. 4)¹⁵. Questa particolare funzione è avvalorata dal fatto che non sono solo gli utenti a potersi rivolgere al Comitato, ma anche il *social network* stesso che, in questo modo, viene posto nella condizione di sollecitare una decisione dell'*Oversight Board* per avere conferma circa la legittimità della misura adottata e l'interpretazione corretta da attribuire alla propria normativa¹⁶; ciò consentirà alle piattaforme di avere anche un precedente da tenere in considerazione per l'applicazione di misure future, perseguendo così le già menzionate esigenze di certezza e prevedibilità che dovrebbero connotare qualsiasi sistema normativo.

tasso di imprevedibilità, che rischia di offrire una tutela altalenante alle libertà degli utenti in rete. Quindi, in questo caso, l'esigenza di maggiore razionalità sembrerebbe dettata da ragioni di "sicurezza" per chi agisce online. Sul punto possono riprendersi le considerazioni di M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 872 ss., spec. 875-876, che – sviluppando le riflessioni sopra illustrate – analizza il tema della certezza giuridica quale elemento centrale nel connubio tra nuove tecnologie (robotiche) e decisioni giudiziarie. Sul punto, l'Autore osserva come l'esigenza di certezza rappresenti un lascito della modernità politica, «nel senso che lo Stato moderno nasce [...] come erogatore di prestazioni di sicurezza (fisica) per i sudditi e che la certezza giuridica non è altro che la proiezione della sicurezza nel dominio del diritto».

¹⁴ Maggiori considerazioni sullo scopo del Comitato sono riportate sul sito internet dell'*Oversight Board*, che, come anticipato, funziona anche da portale di accesso per presentare il ricorso: <https://oversightboard.com/>.

¹⁵ Tali caratteristiche della decisione sono riprese anche dall'art. 1, sez. 3.1.7, dell'*Oversight Board Bylaws*, in base al quale «*after concluding deliberations, board panel will draft a written decision, which will include: a determination on the content; the rationale for reaching that decision; and, if desired, a policy advisory statement*».

¹⁶ Un noto e recente esempio è quello che ha visto coinvolto Donald Trump, che verrà maggiormente approfondita *infra*, par. 3. Ebbene, rispetto alle limitazioni impartite agli *account social* dell'ex Presidente degli Stati Uniti, è stata *Facebook* stessa ad avviare – il 21 gennaio 2021 – la procedura di ricorso dinanzi all'*Oversight Board*, chiedendo conferma circa la scelta di aver interdetto a Donald Trump l'accesso alla pubblicazione di contenuti su *Facebook* e *Instagram* a tempo indeterminato. Più in generale, l'azienda ha chiesto raccomandazioni per le ipotesi in cui la sospensione di un utente riguardi un leader politico. In un caso emblematico come quello in questione, si capisce come l'intento perseguito dalla piattaforma non sia tanto quello di avere il *placet* rispetto alle azioni compiute, quanto quello di ricevere delle direttive da un *Board* esterno e composto – come a breve si vedrà – da esperti per orientare al meglio le proprie azioni future.

Alla luce di queste caratteristiche, non è un caso che lo stesso fondatore di *Facebook*, nella primavera del 2018, abbia preannunciato l'istituzione dell'*Oversight Board* come l'avvento di una sorta di "Supreme Court"¹⁷. È evidente, infatti, come questa iniziativa sia andata oltre la mera auto-regolazione, per giungere alla predisposizione di un vero e proprio sistema di controllo esterno sull'applicazione delle regole auto-prodotte. Ed ecco che, per la prima volta, una *Big Tech* aggiunge il tassello mancante per completare il quadro della tradizionale tripartizione dei poteri, dotandosi di un organo di natura "paragiurisdizionale": oltre al proprio sistema normativo e al proprio apparato dedicato alla gestione-esecuzione delle regole, *Facebook* ora ha anche i propri giudici¹⁸. Anche per i *social network*, quindi, gradualmente si è fatta strada la consapevolezza della necessaria autonomia e indipendenza che deve connotare gli organi deputati a decidere sulla corretta applicazione delle *policies* da parte delle piattaforme, per consentire una pronuncia imparziale che non sia riconducibile alla volontà degli stessi soggetti produttori delle regole¹⁹.

Per tali ragioni, l'istituzione di questo nuovo organo è sì frutto di una decisione di *Facebook*, ma sia il Comitato sia la sua amministrazione sono finanziati da un *trust* indipendente (che tuttavia riceverà finanziamenti da *Facebook*) e sono supportati da un'azienda separata da quella della piattaforma. Sono presenti anche dei *trustee* (anche in questo caso, però, nominati da *Facebook*), che hanno la responsabilità di tutelare l'indipendenza dell'*Oversight Board* e di assicurare che quest'ultimo operi in modo efficace. Essi presiedono al finanziamento dei suoi membri e al finanziamento e alle attività dell'amministrazione del Comitato.

Inoltre, affinché possa essere assicurata una decisione imparziale, l'indipendenza deve caratterizzare anche i singoli membri del *Board*. Considerata la dimensione globale

¹⁷ Si veda, a tal proposito, l'intervista del 2 aprile 2018 rilasciata da Mark Zuckerberg per *Vox*, ove il fondatore di *Facebook* lamentava l'assenza di una procedura di ricorso contro le decisioni assunte dalla piattaforma. Per tale ragione, in quell'occasione, egli aveva annunciato l'intenzione di dare vita a un giudizio di appello indipendente, immaginando – per l'appunto – l'istituzione di una sorta di Corte Suprema: «*so maybe folks at Facebook make the first decision based on the community standards that are outlined, and then people can get a second opinion. You can imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world*»; v. E. KLEIN, *Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next*, 2 aprile 2018, in <https://www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebook-interview-fake-news-bots-cambridge>. Tra i primi commenti relativi all'intenzione di istituire l'*Oversight Board*, cfr. E. DOUEK, *Facebook's "Oversight Board": move fast with stable infrastructure and humility*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 21, no. 1, 25 ottobre 2019. Si veda, inoltre, P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., 277.

¹⁸ Non è un caso che Mark Zuckerberg abbia ribadito, in più occasioni, l'idea secondo cui «*in a lot of ways, Facebook is more like a government than a traditional company*»; cfr. F. FOER, *How technology is making our minds redundant*, 19 settembre 2017, in <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/19/facebooks-war-on-free-will>. Tale affermazione è ripresa e maggiormente approfondita da Zuckerberg stesso nell'intervista citata *supra*, nota n. 17.

¹⁹ Per una ricostruzione sulle modalità con cui *Facebook* prende decisioni circa i contenuti pubblicabili, utilizzando un sistema ibrido di addetti al controllo e supporto dell'intelligenza artificiale (o viceversa?), cfr. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression*, in *Yale Law Journal*, vol. 129, no. 2418, 2020, 2418 ss., spec. 2435 ss.

dei *social network*, essi devono anzitutto provenire da percorsi culturali diversificati, tentando così di riflettere la diversità della *community* di *Facebook*. I membri vengono individuati sulla base delle proprie competenze e del proprio percorso professionale tra esperti del settore e leader pubblici e non devono trovarsi in condizioni effettive o percepite di conflitto di interessi; in particolare, «i membri devono aver dimostrato di avere esperienza nelle delibere effettuate in maniera responsabile e in quanto collaboratori dalla mentalità aperta all'interno di un team, di avere competenze nel prendere e spiegare le proprie decisioni in base a una serie di normative e di avere familiarità con gli argomenti relativi a contenuti e *governance* digitali, fra cui libera espressione, dibattito politico, sicurezza, *privacy* e tecnologia» (art. 1, sez. 2, dell'*Atto costitutivo*). I membri del *Board* – suddivisi in un *Case Selection Committee* e in un *Membership Committee* – non potranno essere inferiori ad undici (attualmente sono diciannove) e la loro carica ha una durata di tre anni, rinnovabile per un massimo di tre volte con approvazione dei *trustee*²⁰.

3. Le prime decisioni

Di recente, con l'adozione delle sue prime decisioni, il Comitato ha offerto una fondamentale chiave di lettura per dare una risposta sul ruolo che potrà rivestire per la tutela delle libertà esercitate online²¹. L'*Oversight Board*, infatti, dopo quasi due anni di maturazione e preparazione, è entrato in funzione nel corso del 2020 ed ha pubblicato le sue prime decisioni a partire dal 28 gennaio 2021. Allo stato, sono state adottate diciotto decisioni, che risultano tutte relative a questioni tra le più emblematiche e controverse sull'esercizio della libertà di espressione, quali l'*hate speech*, l'istigazione alla violenza, la libertà di religione, l'assunzione di decisioni algoritmiche o, ancora, le possibili limitazioni in caso di utilizzo dei *social* da parte di personaggi pubblici.

Trattandosi di un numero di decisioni ormai abbastanza consistente, se ne possono prendere in considerazione alcune tra le più significative.

Il primo caso in cui l'*Oversight Board* si è potuto pronunciare nel merito riguarda la decisione di *Facebook* di rimuovere un post di un utente della Birmania per aver violato gli standard della *community* sui contenuti che incitano all'odio²². Sul punto, la normativa

²⁰ La disciplina di dettaglio sui membri dell'*Oversight Board* è riportata all'art. 1, sez. 1, dell'*Oversight Board bylaws*: <https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws>.

²¹ Tra i commenti delle prime decisioni rilasciate dal Comitato, cfr. G.C. FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, cit. L'Autrice sottolinea l'importanza storica dell'adozione di tali decisioni, considerandole come «un primo tassello che va nella direzione di modificare in maniera radicale tanto la natura stessa della Rete quanto il rapporto tra piattaforme, da una parte, e istituzioni pubbliche statali o internazionali, dall'altra. È soprattutto un passaggio che interessa – nel solco dello scopo primario del Comitato – la (ri)definizione degli spazi di libertà degli utenti all'interno delle piattaforme».

²² Si tratta del caso 2020-002-FB-UA, la cui decisione è stata pubblicata in data 28 gennaio 2021 ed è reperibile al seguente link: <https://oversightboard.com/decision/FB-I2T6526K/>. Tale pronuncia è stata pubblicata assieme alle altre prime cinque decisioni del *Board*. Sul primo caso, tuttavia, l'*Oversight Board* non si è potuto pronunciare nel merito, poiché il post rimosso da *Facebook* – azione per la quale l'utente coinvolto si era rivolto al Comitato – è stato successivamente eliminato dal suo stesso autore. Il Comitato,

della piattaforma considera come “incitamento all’odio” ogni attacco diretto rivolto alle persone (più che a concetti o istituzioni) sulla base di quelle che vengono definite come «caratteristiche protette: razza, etnia, nazionalità, disabilità, affiliazione religiosa, casta, orientamento sessuale, sesso, identità di genere e malattie gravi»²³. Ebbene, nel caso di specie, ciò che è risultato determinante ai fini della rimozione del post è stato l’inserimento – all’interno di un contenuto più ampio e articolato – di una specifica frase: «[c’è] in effetti qualcosa che non va nei musulmani dal punto di vista psicologico» (secondo la traduzione dalla lingua birmana pesa in considerazione dalla piattaforma). Tale dichiarazione è stata ritenuta espressiva di inferiorità generiche relative ai limiti mentali di un gruppo derivanti dalla propria appartenenza religiosa e ha portato alla rimozione del post da parte della piattaforma.

Tuttavia, come si legge nella decisione in esame, «considerando gli standard internazionali dei diritti umani sulla limitazione della libertà di espressione, il Comitato ha ritenuto che, anche se il post potrebbe essere considerato offensivo o dispregiativo nei confronti dei musulmani, non incitava all’odio né incoraggiava intenzionalmente una qualche forma di danno imminente. Di conseguenza, il Comitato non considera la rimozione del contenuto necessaria per la protezione dei diritti altrui»²⁴.

Nelle conclusioni il Comitato osserva come la rimozione del post sia stata dettata da una condivisibile sensibilità di *Facebook* verso un possibile incitamento all’odio nei confronti della popolazione musulmana della Birmania, storicamente destinataria di violenze e discriminazioni. «Tuttavia, per questo contenuto specifico, il Comitato conclude che la rimozione del contenuto da parte di *Facebook* non era corretta», per cui ne “revoca” la decisione e chiede che il post venga ripristinato²⁵. L’esordio dell’*Oversight Board*, quindi, si è contraddistinto per l’adozione di una pronuncia in cui l’operato della piattaforma è stato condannato (come d’altronde può riscontrarsi nella maggior parte delle prime decisioni) e si è chiarito che, là dove aveva ritenuto lese le proprie regole

quindi, si è ritrovato nell’impossibilità di ripristinarne il contenuto e la procedura si è interrotta prima dell’inizio delle deliberazioni. Potrebbe trattarsi, quindi, di una prima ipotesi di “cessata materia del contendere”, come osserva G.C. FERONI, *op. ult. cit.*, spec. nota n. 6, che, tuttavia, evidenzia come «il virgolettato sia d’obbligo quando si tenta di traslare termini della tecnica processuale consolidata ad un ambito ancora ignoto».

²³ I dettagli sui fondamenti normativi delle decisioni di *Facebook* sono consultabili al seguente link: <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/>. Sulla relazione tra il linguaggio d’odio e l’esercizio della libertà di espressione (anche online), si vedano G. ALPA, *Autonomia privata, diritti fondamentali e “linguaggio d’odio”*, in *Contratto e impr.*, n. 1/2018, 45 ss. e O. POLLICINO – G. DE GREGORIO, *Hate speech: una prospettiva di diritto comparato*, in *Giornale Dir. amm.*, n. 4/2019, 421 ss.

²⁴ *Oversight Board*, caso 2020-002-FB-UA, par. 8. In particolare, il Comitato osserva come «anche se la prima frase del post, presa singolarmente, potrebbe sembrare una generalizzazione offensiva sui musulmani (o sugli uomini musulmani), il post dovrebbe essere letto nella sua totalità, prendendo in considerazione anche il contesto». In particolare, secondo il Comitato, non vi sarebbero indicazioni in merito al fatto che le affermazioni relative ai problemi psicologici o all’instabilità mentale dei musulmani siano particolarmente ricorrenti nella retorica contro i musulmani in Birmania. «Inoltre, mentre *Facebook* ha tradotto la frase con “[c’è] in effetti qualcosa che non va nei musulmani dal punto di vista psicologico”, secondo i traduttori del Comitato il significato dell’affermazione era il seguente: “nella mentalità di questi uomini musulmani c’è qualcosa di sbagliato”. I traduttori hanno inoltre suggerito che, anche se i termini usati potrebbero nascondere segnali di intolleranza, in realtà non erano dispregiativi o violenti».

²⁵ *Ibidem*.

interne, in realtà aveva illegittimamente compromesso l'esercizio della libertà d'espressione dei suoi utenti.

Tra le diverse decisioni, ve n'è poi una che prende in considerazione uno degli aspetti cruciali del controllo sulle piattaforme di condivisione online: l'utilizzo dell'intelligenza artificiale per individuare i contenuti vietati e assumere, automaticamente, decisioni sulla loro legittimità e compatibilità con gli standard della *community*; il che, detto in altri termini, si traduce nell'adozione di scelte e limitazioni all'esercizio della libertà d'espressione che possono prescindere da un controllo o comunque un contributo umano²⁶.

Il caso affrontato dall'*Oversight Board* riguarda la decisione (automatizzata) di rimuovere un post su *Instagram*, condiviso da un utente del Brasile, che aveva pubblicato alcune immagini di seni scoperti, con i segni di un intervento per rimuovere un tumore al seno, con lo scopo – dichiarato nello stesso post – di sensibilizzare gli utenti su tale malattia²⁷. Come si chiarisce nella pronuncia del Comitato, il post è stato rilevato e rimosso da un classificatore basato su apprendimento automatico e in grado di indentificare immagini di nudo nelle foto, applicando quindi gli standard della *community* di *Facebook* relativi a immagini di nudo e atti sessuali di adulti (che si applicano anche a *Instagram*).

Ancor più della soluzione di merito adottata dal Comitato, è interessante constatare che quest'ultimo abbia deciso di pronunciarsi nonostante, nelle more della sua decisione, *Facebook* avesse revocato la rimozione originaria. Difatti, presa coscienza del ricorso dell'utente all'*Oversight Board*, la piattaforma è corsa ai ripari, ripristinando il post originario e dichiarando di averlo eliminato sulla base di una decisione automatizzata, rilevata come errore applicativo; conseguentemente, *Facebook* ha invocato il suo ravvedimento come presupposto per sottrarsi alla decisione del Comitato. Tuttavia, in disaccordo con il *social network*, il *Board* ha ritenuto opportuno adottare comunque la propria decisione, per tre diverse ragioni. In primo luogo, perché, nonostante il ripristino,

²⁶ La dottrina sull'uso dell'intelligenza artificiale in ambiti di rilevanza pubblicistica, specie rispetto alle ipotesi in cui essa rappresenta il fondamento di decisioni che impattano sulle libertà e i diritti degli individui, è sempre più vasta. Sul punto si vedano, *ex plurimis*, C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2019, 711 ss.; C. COLAPIETRO, *The impact of the information and technology revolution on constitutional rights with particular attention to personal data protection issues*, in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020, 231 ss.; C. COLAPIETRO – A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2020, 359 ss.; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2020, 389 ss.; A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. inform.*, n. 4-5/2018, 799 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, cit., 199 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, 63 ss. e ID., *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN – D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 1 ss.; E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *MediaLaws*, n. 1/2019, 1 ss.

²⁷ Si tratta del caso 2020-004-IG-UA, la cui decisione è stata pubblicata in data 28 gennaio 2021 ed è reperibile al seguente link: <https://oversightboard.com/decision/IG-7THR3SII/>.

l'utente aveva subito un danno irreversibile, consistente nella rimozione del post per un periodo coincidente con il c.d. "mese rosa", vanificando così la propria adesione alla campagna di sensibilizzazione per il tumore al seno. In secondo luogo, perché la pronuncia del Comitato poteva comunque offrire a *Facebook* gli strumenti per prendere decisioni rispetto a questioni analoghe, a cui, quindi, gli effetti della decisione potevano (e possono) estendersi. Infine, si chiarisce che «accogliendo il caso, il Comitato può emettere delle linee guida sulle normative in merito ai modi in cui *Facebook* applica le pratiche di moderazione dei contenuti, tra cui anche il ricorso all'automazione»²⁸.

Quest'ultimo punto è particolarmente interessante, perché l'*Oversight Board* ha stabilito che le raccomandazioni sulle normative che possono essere inserite nelle proprie decisioni prescindono dalla soluzione del singolo caso concreto. A tal riguardo, potrebbe farsi un parallelismo – con la dovuta cautela – con l'istituto del principio di diritto nell'interesse della legge, che la Corte di Cassazione italiana può enunciare d'ufficio, nel caso in cui il ricorso proposto dalle parti risulti inammissibile, qualora la Corte ritenga che la questione decisa sia di particolare importanza (art. 363 c.p.c.).

Ebbene, nel caso in esame, il Comitato ha confermato anzitutto che la decisione di *Facebook* di rimuovere il post dell'utente su *Instagram* non era conforme alle normative sui contenuti dell'azienda; perché, se è vero che la visualizzazione di immagini di nudo è limitata, è vero anche che gli standard della *community* precisano che «le immagini di nudo di adulti consensuali sono consentite se l'utente indica chiaramente che il contenuto è necessario per "sensibilizzare su una causa o a scopo educativo o medico"»²⁹.

Infine, nella parte conclusiva della propria decisione, il Comitato suggerisce le proprie "Linee guida sulle normative", contestando la mancanza di un adeguato controllo umano nella rimozione del post – avvenuta in modo completamente automatizzato – difficilmente compatibile con un'adeguata tutela dei diritti umani. Per tali ragioni, il Comitato raccomanda a *Facebook*: di migliorare il rilevamento automatico di immagini (in particolare quando presentano un testo sovrapposto), di assicurarsi che gli utenti siano sempre informati dei motivi per cui determinate normative vengono applicate ai loro contenuti e di «garantire che gli utenti possano inviare un ricorso contro le decisioni prese dai sistemi automatizzati, in modo da sottoporle al controllo umano [...]»³⁰.

Come ultima decisione da analizzare, non può non essere presa in considerazione la pronuncia che l'*Oversight Board* ha recentemente adottato per rispondere al ricorso presentato da *Facebook* circa la correttezza delle proprie azioni sui contenuti condivisi

²⁸ *Oversight Board*, caso 2020-004-IG-UA, par. 3.

²⁹ *Oversight Board*, caso 2020-004-IG-UA, par. 8.

³⁰ *Oversight Board*, caso 2020-004-IG-UA, par. 9. L'ultima raccomandazione citata sembrerebbe porsi del tutto in linea con la normativa europea sulla protezione dei dati personali, in particolare con quanto disposto dall'art. 22 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), secondo cui «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». Sul punto, cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, cit., spec. 225 ss. e C. COLAPIETRO – A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, cit., 380 ss.

dall'ex Presidente degli Stati Uniti Donald Trump³¹. Il caso ha fatto emergere, in maniera ancor più problematica e impellente, la già nota questione relativa all'utilizzo dei *social media* da parte delle istituzioni e dei leader pubblici (in particolare quelli politici)³².

La vicenda trae origine dalle dichiarazioni diffuse sulle proprie pagine *social* di *Facebook* e *Instagram* (e *Twitter*) da Donald Trump, che sono state a più riprese oscurate o rimosse dai gestori delle piattaforme, talvolta perché considerate “ingannevoli”, o in altri casi perché ritenute contrastanti con le regole sull'incitazione alla violenza previste dalle piattaforme stesse³³. Com'è noto, l'apice si è raggiunto nelle settimane successive alla competizione elettorale del 2020, quando diversi *social network* – tra cui *Facebook* e *Instagram* – hanno deciso di disporre un vero e proprio “blocco” permanente degli *account* del Presidente uscente, per averli utilizzati al fine di fomentare l'odio e la violenza e di avvelenare il dibattito pubblico³⁴. In particolare, nella propria decisione, l'*Oversight Board* ricostruisce gli eventi (*rectius*: i post) che hanno scandito la giornata del 6 gennaio 2021, quando, in occasione della seduta del Congresso degli Stati Uniti per la proclamazione dell'elezione di Joe Biden, numerosi manifestanti sostenitori del

³¹ Si tratta del caso 2021-001-FB-FBR, la cui decisione è stata pubblicata in data 5 maggio 2021 ed è reperibile al seguente link: <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>. Tra i primi commenti, v. O. POLLICINO – G. DE GREGORIO – M. BASSINI, *Trump's Indefinite Ban: Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *VerfBlog*, 5 novembre 2021, <https://verfassungsblog.de/fob-trump-2/> e A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2021, 427 ss.

³² Sul punto, si vedano P. CARNEVALE – D. CHINNI, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto tra web e organi costituzionali*, in *Consulta online. Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 25 novembre 2019, 2 ss. Gli Autori, analizzando proprio l'utilizzo dei *social media* da parte di esponenti politici e partiti, osservano come essi siano diventati «mezzo (ritenuto) indispensabile per rapportarsi con l'opinione pubblica, 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». In tal senso, v. anche B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *federalismi.it*, n. 2/2019, 3, secondo cui i *social network* (specie tramite l'uso di tecnologie algoritmiche) «hanno permesso di orientare l'opinione pubblica di massa, di creare egemonia e, alla fine, di far vincere le elezioni, cioè il vecchio, tradizionale e ineliminabile strumento della democrazia rappresentativa, a chi in realtà questo strumento cercava e cerca tuttora di aggirare».

³³ Per la ricostruzione della vicenda, si veda, fra tutti, M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 427-430. L'Autrice osserva come «la chiusura degli *account* di Trump non possa essere spiegata secondo l'ottica privatistica, in quanto essa non è stata in realtà frutto dell'applicazione – lecita o illecita – delle condizioni d'uso delle piattaforme. Infatti, anche ammettendo che al Presidente in carica spetti il *free speech* al pari di tutti gli altri cittadini, e che alle piattaforme spetti di imporre le condizioni d'uso che preferiscono, è da dubitare che i messaggi diffusi da Trump nell'ultimo periodo della sua presidenza siano qualificabili come esercizio della libertà di pensiero, e che essi siano stati rimossi/inibiti per inosservanza di clausole contrattuali». Al contrario, l'operato dei gestori delle piattaforme andrebbe inquadrato come forma di protezione della Costituzione, attentata dall'incitazione alla violenza perpetrata dall'ex Presidente.

³⁴ Tra i post rimossi, si consideri, ad esempio, quello in cui si afferma: «*these are the things and events that happen when a sacred landslide election victory is so unceremoniously viciously stripped away from great patriots who have been badly unfairly treated for so long. Go home with love in peace. Remember this day forever!*». Pochi minuti dopo, *Facebook* ha rimosso il post perché ritenuto in contrasto con lo standard della *community* in materia di persone e organizzazioni pericolose; inoltre ha interdetto Trump dalla pubblicazione di contenuti su *Facebook* o *Instagram* per 24 ore (interdizione che, come si vedrà a breve, è stata poi disposta a tempo indeterminato).

Presidente uscente hanno fatto irruzione al Campidoglio di Washington, D.C., tentando di interrompere con la violenza l'iter democratico. Durante l'assalto, che ha tragicamente causato la morte di cinque persone e numerosi feriti, Donald Trump ha pubblicato sulle proprie pagine *social* diversi contenuti, in cui si disconosceva l'esito delle elezioni e venivano lodate o comunque supportate le persone coinvolte negli episodi di violenza. Quindi, le ragioni delle suddette limitazioni agli account deriverebbero, in particolare, dalla violazione dello standard della *community* di *Facebook* in materia di persone e organizzazioni pericolose, in base al quale gli utenti non possono pubblicare contenuti che esprimono supporto o elogio di gruppi, leader o individui coinvolti in attività violente³⁵.

Ebbene, nella decisione in esame, l'*Oversight Board* ha ritenuto giustificata la decisione di *Facebook* di limitare a Trump l'utilizzo dei propri account *social* nella giornata del 6 gennaio e in quella successiva, perché, «ripetendo affermazioni infondate sui brogli elettorali e continuando a incitare all'azione, Trump ha creato un'atmosfera in cui sussisteva un grave rischio di violenza. Al momento della pubblicazione dei post, c'era un chiaro e immediato rischio di violenze e le parole di Trump a supporto delle persone coinvolte nelle rivolte hanno legittimato le loro azioni violente»³⁶.

Tuttavia, secondo il Comitato, non è stato corretto imporre una sospensione dall'uso degli account *a tempo indeterminato*. Non solo perché una simile sanzione sembrerebbe violare i principi di proporzionalità e adeguatezza – per riprendere alcune categorie note al diritto penale – ma soprattutto perché essa risulta priva di qualsiasi fondamento normativo. Il *Board*, infatti, evidenzia come, in questo caso, la piattaforma non abbia seguito una procedura chiara e pubblicamente nota, dal momento che le sanzioni standard a livello di account prevedono solo sanzioni a tempo determinato. Nel caso in esame, quindi, vi sarebbe stata poca trasparenza, creando la percezione che l'azienda – nonostante generalmente affermi di applicare le stesse norme agli account di alto profilo e a quelli normali – possa essere indebitamente influenzata da considerazioni politiche o commerciali.

Nella propria decisione, il Comitato chiarisce che, tra le responsabilità di *Facebook*, vi è quella di «pensare, adottare e comunicare sanzioni necessarie e proporzionate da applicare in base alla gravità delle violazioni delle normative sui contenuti. Il ruolo del Comitato è garantire che le norme e le procedure dei *social network* siano coerenti con le sue normative sui contenuti, i suoi valori e il suo impegno in relazione ai diritti umani.

³⁵ Parte della dottrina osserva come, in simili decisioni, vi sia «una grande ipocrisia» da parte dei *social network*, prestati alla comunicazione dei leader politici come strumento determinante per le proprie vittorie elettorali, ma poi pronti a «scaricare il perdente» in caso di sconfitta. In tal senso, B. CARAVITA, *Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg? Alla ricerca di una risposta che penetri nei meccanismi che governano la nostra vita in rete*, in *federalismi.it*, n. 1/2021, VII e X. L'Autore evidenzia come «un meccanismo che doveva essere di libertà è così diventato una gabbia. Non una gabbia dorata, ma una gabbia ormai pericolosa per la democrazia. E i titolari dei social, [...] invece di riconoscere i loro errori, invece di accettare di sottoporre le loro scelte a *board* imparziali, invece di aprire gli algoritmi dei loro sistemi di raccomandazione [...], salgono sul treno del vincitore e scaricano il perdente». A tal riguardo, può osservarsi come l'entrata in funzione dell'*Oversight Board* tenti di rispondere – almeno in parte – a tali criticità.

³⁶ *Oversight Board*, caso 2021-001-FB-FBR.

Con l'applicazione di una sanzione a tempo indeterminato e non disciplinata da nessuno standard e il successivo suggerimento del caso al Comitato per la risoluzione, *Facebook* cerca di sottrarsi alle proprie responsabilità. Il Comitato rifiuta la richiesta di *Facebook* e insiste sulla necessità da parte di *Facebook* di applicare e giustificare una sanzione definita³⁷. A tal fine, viene conferito alla piattaforma un termine di sei mesi per riesaminare la sanzione imposta in maniera arbitraria e stabilirne una appropriata e coerente con la normativa della piattaforma sulle violazioni gravi.

4. Considerazioni conclusive: come la tecnologia colma i vuoti lasciati dai decisori politici

Come anticipato, le prime decisioni adottate del Comitato risultano particolarmente utili per comprendere il ruolo che tale organo può rivestire per l'esercizio della libertà d'espressione online, ma non consentono di sciogliere del tutto i numerosi interrogativi sorti a seguito della sua istituzione. Partendo dall'analisi di tali decisioni, dunque, è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive.

Una delle criticità più evidenti della tutela offerta dall'*Oversight Board* riguarda la sua effettività. All'art. 4 dell'*Atto costitutivo* si legge che le risoluzioni del Comitato saranno vincolanti nei confronti di *Facebook*, che sarà tenuto ad attuarle tempestivamente, a meno che l'attuazione ponga in essere una violazione di legge³⁸. Tuttavia, quali siano le conseguenze per la piattaforma o per le limitazioni imposte agli utenti, nel caso di mancata attuazione della decisione, non emerge in nessun passaggio dell'*Atto costitutivo* o dello *Statuto e codice di condotta*. A ben vedere, nonostante le nobili intenzioni, i *social network* in questione non si sono spinti fino al punto di esercitare il proprio potere di autoregolazione in forma di *autolimitazione*.

Da questo punto di vista, la decisione sul caso Trump risulta particolarmente emblematica, poiché da essa emergono i principali limiti dell'autoregolazione: in un sistema che predispone e aggiorna in autonomia le proprie regole, come quello degli standard della *community* di *Facebook*, nulla impedisce a quest'ultima di applicare soluzioni inedite, improvvisate e prive di una base normativa che ne assicuri la necessaria prevedibilità. Difatti, l'*Oversight Board*, chiamato a pronunciarsi sulle limitazioni imposte all'ex Presidente degli Stati Uniti, non ha censurato *in toto* la scelta di *Facebook*, ma solo nella parte in cui ha previsto l'applicazione di una sanzione inedita (vale a dire

³⁷ *Oversight Board*, caso 2021-001-FB-FBR, par. 9.

³⁸ Per quanto riguarda, in particolare, le raccomandazioni sulle normative, l'art. 4 dell'*Atto costitutivo* stabilisce che «quando una decisione include linee guida sulle normative o un parere consultivo, *Facebook* intraprenderà ulteriori azioni analizzando le procedure operative necessarie per attuare le linee guida, considerandole nel processo formale di sviluppo delle normative di *Facebook* e comunicando in modo trasparente le azioni intraprese di conseguenza». Anche in questo caso, così come si registra per la decisione sul caso in senso stretto, sembrerebbero mancare idonei strumenti per assicurare un'effettiva implementazione delle raccomandazioni dell'*Oversight Board*, che – stando al tenore letterale di tale disposizione – dovrebbero essere considerate nel processo formale di sviluppo delle normative. Va evidenziato, tuttavia, che la vincolatività di una raccomandazione è, *in re ipsa*, minore di quella che ci si attende da una decisione sulla legittimità di una limitazione sui contenuti pubblicabili.

la sospensione a tempo indeterminato del proprio account), adottata arbitrariamente nella concitazione degli eventi che hanno accompagnato la proclamazione del nuovo Presidente.

Può ritenersi che sia stata proprio l'idea di porre un freno alla possibile applicazione arbitraria delle limitazioni da parte dei *social network* a determinare l'istituzione di questo organismo indipendente, in un'ottica di *check and balance*. Tuttavia, sembra attualmente potersi apprezzare solo il contributo al "controllo" e non anche quello ad un effettivo "equilibrio" nell'esercizio del potere in mano alle piattaforme digitali, espressione del crescente fenomeno della "privatizzazione della censura"³⁹. Tale condizione riguarda proprio l'ipotesi – tipica della manifestazione del pensiero in rete – in cui «lo Stato considera un determinato soggetto (l'intermediario) responsabile per quanto un altro soggetto (l'utente) ha pubblicato se il primo non rimuove quanto il secondo ha postato»⁴⁰.

Allora, si può forse ritenere – come fa parte della dottrina – che la nuova procedura di ricorso contro le decisioni di *Facebook* davanti al Comitato rappresenti un passo ulteriore verso l'acquisizione di un nuovo spazio di autonomia da parte delle piattaforme private a discapito dei poteri pubblici, che, in tal caso, si sostanzia in una «privatizzazione della "giustizia digitale"»⁴¹. Questa volta, infatti, le piattaforme digitali hanno creato un apposito sindacato sulle proprie decisioni alternativo o comunque parallelo rispetto ai canali tradizionali della tutela giurisdizionale⁴². Per i più fiduciosi, esso potrà servire ad assicurare un'applicazione più equa e certa delle regole sulla pubblicazione dei contenuti, a beneficio della libertà d'espressione; per i più scettici, si tratterà dell'ulteriore tentativo di una grande compagnia privata di svilupparsi in autonomia, orientando le politiche nazionali e sovranazionali verso direzioni ad esse più congeniali, nel tentativo di scongiurare il rischio di possibili limitazioni.

A parere di chi scrive, l'analisi delle prime decisioni dell'*Oversight Board* potrebbe consentire di porsi (prudentemente) nella prima categoria. Come visto nel paragrafo precedente, esse risultano assunte con ampi margini di autonomia e indipendenza e, allo stato, non consentono di inquadrare il Comitato come una Corte "al servizio di"

³⁹ Per una ricostruzione di tale fenomeno, cfr. P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, cit., 1 ss.; 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*, n. 4/2018, 201 ss.; M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, cit., 35 ss.; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, 48 ss., spec. 77 s.

⁴⁰ Così G.L. CONTI, *op. ult. cit.*, 210.

⁴¹ Così 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*, cit., 11.

⁴² L'alternatività rispetto ai sistemi istituzionali è avvalorata dall'art. 7 dell'*Atto costitutivo*, secondo cui «nulla nel presente atto costitutivo o in altri documenti regolatori deve essere interpretato in modo tale da comportare una violazione della legge da parte di *Facebook*, del *trust*, del comitato o di qualsiasi altra entità associata. Il comitato non pretenderà di applicare la legge locale». Sul punto, P. BIANCHI, *op. ult. cit.*, 6 s., evidenzia come un elemento cruciale riguarda proprio il modo in cui *Facebook* intenderà rapportarsi con la "legge locale", dal momento che il circuito giurisdizionale parallelo dell'*Oversight Board* presenta caratteristiche di maggiore rapidità e informalità «che lo rendono preferibile rispetto a quelli tradizionali, ponendo dunque a rischio la tenuta degli istituti tradizionali».

Facebook. Al contrario, le prime pronunce adottate risultano ricche di censure nei confronti delle scelte adottate dal *social network* e di raccomandazioni volte ad un miglioramento delle normative applicabili.

L'auspicio, quindi, è che le libertà esercitate in rete possano uscire rafforzate da questa nuova e più penetrante forma di garanzia, sebbene debba necessariamente constatarsi, ancora una volta, quanto i decisori politici faticino nel rispondere adeguatamente e tempestivamente alle nuove sfide della “rivoluzione digitale”, facendosi puntualmente anticipare dalle intuizioni dei nuovi attori della produzione normativa.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

DIRITTI FONDAMENTALI ED EFFICIENZA ECONOMICA NEL MERCATO
DIGITALE: TRA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E TUTELA DELLA
CONCORRENZA

FRANCESCO LAVIOLA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Circolazione dei dati, efficienza economica del mercato e garanzia dei diritti. – 3. Le sanzioni delle Autorità antitrust: il caso tedesco. – 3.1. Il *Bundeskartellamt*. – 3.2. L'*Oberlandesgericht* di *Düsseldorf* – 3.3. Il *Bundesgerichtshof* – 3.4. L'ultimo atto: l'udienza di merito dinanzi al *Oberlandesgericht* di *Düsseldorf* e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 4. segue: la vicenda italiana. – 4.1. Il provvedimento dell'AGCM. – 4.2 La decisione del TAR Lazio. – 4.3. L'appello in Consiglio di Stato – 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'ormai pluricentenario binomio capitalismo-liberalismo appare essere entrato definitivamente in crisi¹. Nell'era dell'informazione, del digitale e delle nuove tecnologie,

¹ Crisi rilevata da autori come Y. N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, trad. it. M. Piani, Firenze, 2019, 373, sulla base del fatto che «i liberali sono a favore del libero mercato e di elezioni democratiche poiché credono che ogni umano sia un individuo prezioso in un modo unico e irripetibile, e che le sue libere scelte rappresentino l'origine ultima dell'autorità. Nel XXI secolo tre sviluppi concreti potrebbero rendere obsoleta questa fede: 1. gli umani diventeranno sempre meno utili sia sotto il profilo economico che sotto quello militare, di conseguenza il sistema economico e politico cesserà di accordare loro così tanta importanza; 2. il sistema continuerà a considerare preziosi gli umani come collettività, ma non come singoli individui; 3. Il sistema continuerà a considerare preziosi alcuni singoli individui, ma questi costituiranno una nuova élite di superuomini potenziati, non la massa della popolazione. [...] è difficile immaginare come la democrazia, il libero mercato e altre istituzioni liberali potranno sopravvivere

il nuovo “capitalismo di sorveglianza”² rischia, infatti, sia di comprimere i diritti fondamentali delle persone che di alterare i meccanismi concorrenziali del mercato, minando i capisaldi alla base del liberalismo politico ed economico, ravvisabili appunto nella garanzia dei diritti fondamentali e nel libero mercato³.

Infatti, a causa dei nuovi modelli di *business* basati sulla capacità di raccogliere ingentissime quantità di dati, analizzarle ed estrarre ulteriori informazioni, tali da rendere possibile l’orientamento, il riorientamento e il condizionamento delle scelte dell’utente (o del consumatore, ma anche dell’elettore e, più in generale della persona), i grandi gruppi economici stanno sviluppando poteri privati sempre più simili ai poteri pubblici⁴. Ciò implica che, senza un’opportuna regolazione, essi rischiano di esporre a dei rischi i diritti degli individui, dal momento che in assenza di una regola che ne assicuri un equo svolgimento, anche l’esercizio di poteri privati rischia di trasformarsi in una forma di arbitrio capace di incidere sulla vita degli individui.

Vi sono stati, in realtà, dei tentativi di autoregolazione assai interessanti, con delle implicazioni del tutto innovative. Si pensi, ad esempio all’*Oversight Board* di *Facebook*, il quale funge da giudice supremo ed imparziale delle decisioni relative al *free speech* della piattaforma⁵. Ma, tuttavia, non si può propendere per un totale abbandono del campo da parte del potere pubblico, in quanto è proprio la sua ragion d’essere quella di assicurare un ordinato e proficuo sviluppo della società e dell’economia, garantendo i diritti dei cittadini.

Come noto, nel panorama occidentale vi sono due modi di intendere il capitalismo: l’uno – americano –, che privilegia un approccio *market driven*; l’altro – europeo –, ancorato a regole più stringenti. In particolare, l’intervento regolatorio in ambito europeo ha non solo l’obiettivo di mantenere in salute l’ambiente economico, garantendo i diritti dei consumatori e la concorrenza – in particolare la possibilità per le piccole e medie imprese di accedere al mercato –, ma anche e soprattutto, per garantire il rispetto dei diritti

a un colpo simile». Vedi anche V. MAYER-SCHÖNBERGER, T. RAMGE, *Reinventare il capitalismo nell’era dei Big Data*, trad. it. G. Maugeri, Milano, 2018.

² Secondo la definizione di S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, trad. it. P. Bassotti, Roma, 2019, secondo cui «Il capitalismo della sorveglianza si appropria dell’esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti. Alcuni di questi dati vengono usati per migliorare prodotti o servizi, ma per il resto diviene un *surplus comportamentale privato* sottoposto a un processo di lavorazione noto come “intelligenza artificiale” per essere trasformato in *prodotti predittivi* in grado di vaticinare cosa faremo immediatamente, tra poco e tra molto tempo. Infine, questi prodotti predittivi vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato per le previsioni comportamentali, che io chiamo *mercato dei comportamenti futuri*».

³ Ciò al netto degli effetti sulla disuguaglianza. Cfr. C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, trad. it. D. Cavallini, Firenze, 2017.

⁴ K. KLONICK, *The new governors: the peoples, rules and processes governing online speech*, in *Harvard Law Review*, 2018. Interessanti le considerazioni sui semi-Stati privati e, soprattutto, il parallelismo con le vicende della Compagnia delle Indie Orientali svolto da A. VENANZONI, *Ipotesi neofeudale. Libertà, proprietà e comunità nell’eclissi globale degli Stati nazionali*, 2020, 201 ss.

⁵ Sul punto, *funditus* K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 2020, 2422 ss. Vedi anche G. CERRINA FERONI, *L’Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>; L. GRADONI, *Constitutional Review via Facebook’s Oversight Board*, in <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>.

fondamentali, in una prospettiva che promuove la tutela di tali diritti anche al di fuori dei propri confini, secondo il fenomeno definito *Brussels effect*. Inoltre, un altro aspetto da tener presente sempre su questo punto è il processo di *decommodification* dei dati personali in corso in Europa.

Nella relazione odierna verrà svolta una riflessione sui rapporti tra protezione dei dati personali e antitrust, nell'ottica della limitazione dei poteri privati e, soprattutto, della garanzia dei diritti dei singoli, sia come cittadini che come consumatori. La questione intorno al quale ruota il ragionamento verte sulla possibilità o meno di ravvisare una violazione della disciplina antitrust allorché vengano violate disposizioni in materia di protezione di dati personali.

L'analisi verrà condotta alla luce della più recente giurisprudenza sul punto, tenendo presenti a titolo esemplificativo le vicende giudiziarie in corso di svolgimento in Italia e in Germania. Seppur diverse per il tipo di violazione contestata dalle due autorità garanti per la concorrenza nazionali – pratiche commerciali scorrette in Italia e abuso di posizione dominante in Germania – e per la giurisdizione dinanzi alla quale pendono le impugnazioni dei provvedimenti – amministrativa in Italia e civile in Germania –, esse rappresentano delle versioni del medesimo scontro istituzionale che si sta consumando a livello globale tra *Facebook* e le autorità antitrust⁶.

2. Circolazione dei dati, efficienza economica del mercato e garanzia dei diritti

Le informazioni circolano da quando gli uomini si sono dotati di mezzi per lasciare traccia di sé ai posteri e per comunicare con i propri simili. Soltanto negli ultimi tempi, però, nei Paesi più industrializzati si è sviluppata una società in cui sia il benessere individuale che quello sociale dipendono dalle *Information and Communication Technology (ICT)* e non si può più fare a meno dei dati e delle informazioni per poter svolgere pressoché ogni attività⁷. Del resto, in questi ultimi anni, l'umanità ha creato più dati di quanti ne abbia prodotti complessivamente dai tempi dell'invenzione della scrittura e questo *trend* appare essere in crescita esponenziale⁸.

Grazie a questa immensa quantità di dati e alle tecniche per elaborarli messe a disposizione dalla tecnologia, tutte le decisioni strategiche possono essere prese

⁶ D. SRINIVASAN, *The Antitrust case against Facebook: a Monopolist's journey towards pervasive surveillance in spite of consumers' preference for privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2018, 40 ss. Peraltro, il problema riguarda anche altri giganti del Tech, cfr. L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 712 ss.

⁷ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, trad. it. M. Durante, Milano, 2017, 7.

⁸ Stando alla strategia europea per i dati, il volume globale dei dati trattati aumenterà, entro il 2025, del 530% (da 33 zettabyte nel 2018 a 175 zettabyte, una quantità equivalente a circa 36.000 anni di video in HD), per un valore economico dei dati trattati corrispondente a 829 miliardi di euro, in un business che arriverà ad impiegare circa 11 milioni di professionisti dei dati. Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Una strategia europea per i dati*, 19 febbraio 2020, reperibile in https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_it.

utilizzando modelli matematici basati su dati, e, in virtù di ciò, l'analisi dei *Big Data* guida oggi quasi ogni aspetto della società⁹. È qui che risiede la chiave del potere delle *Big Tech*: nell'enorme quantità di dati controllata. Come ricordava il Prof. Colapietro nell'intervento di apertura, "la risorsa più preziosa del mondo non è più il petrolio, ma i dati", così come titolava già nel maggio 2017 un articolo dell'*Economist*¹⁰.

Per quanto riguarda i dati non personali, non vi sono, in realtà particolari problemi per quanto attiene il loro trattamento e la loro libera circolazione, una volta superato il problema della loro qualificazione del dato in termini di "dato personale" o meno, alla stregua dell'art. 4 GDPR¹¹. Non è, infatti, sempre semplice determinare se un dato è riconducibile ad una persona fisica o, comunque, se possa in qualche modo diventarlo incrociandolo con altri dati.

Sicuramente, invece, trattare dati personali comporta determinate garanzie e cautele, anche perché il diritto alla protezione dei dati personali è sancito positivamente dall'art. 8 della Carta di Nizza, confermato, tra l'altro, anche dall'art. 16 TFUE. Inoltre, come a tutti noto, vi è una specifica disciplina di tutela che deriva principalmente dal Regolamento UE 2016/679, c.d. GDPR, e dalle normative nazionali, attraverso cui è regolata la protezione e la libera circolazione dei dati personali¹².

Tutto ciò, in un contesto in cui gli utenti non ricevano una controprestazione patrimoniale per i dati che quotidianamente forniscono¹³, trattandosi di servizi apparentemente gratuiti come la posta elettronica, i social o i motori di ricerca. Ma, come vuole un vecchio adagio: «...se non lo paghi, evidentemente il prodotto sei tu!». Ciò,

⁹ V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, Milano, 2013; Per quanto riguarda gli aspetti tecnici si rimanda a H. V. JAGADISH, J. GEHRKE, A. LABRINDIS, Y. PAPAOSTANTINO, J. M. PATEL, R. RAMAKRISHNAN, C. SHAHABI, *Big Data and Its Technical Challenges*, in *Communications of the ACM*, 2014; per quanto attiene ai rischi vedi A. MANTELERO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012; M. OOSTVEEN., *Identifiability and the applicability of data protection to big data*, in *International Data Privacy Law*, 2016.

¹⁰ *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, in *The Economist*, 6 maggio 2017; vedi anche *Data is giving rise to a new economy*, in *The Economist*, 6 maggio 2017.

¹¹ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, 20 giugno 2007, 12 ss.

¹² Sulla disciplina in materia di dati personali cfr., ex multis, 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*, Napoli, 2017; S. SIMITIS, G. HORNUNG, I. SPIECKER, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG. Großkommentar*, Baden-Baden, 2019; C. KUNER, L. BYGRAVE, C. DOCKSEY, *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary*, Oxford, 2020; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Torino, 2016; ID., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016; G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2016; L. BOLOGNINI, E. PELLINO, C. BISTOLFI (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2.

¹³ Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2019, 131; vedi anche M. NARCISO, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, *Consumer Law*, in *EuCML*, 2017, 198 ss.

implica profili critici sia per quanto riguarda i diritti fondamentali delle persone – non ultimo, il diritto alla protezione dei dati personali¹⁴ – che per quanto attiene il buon funzionamento dei meccanismi di mercato.

Come è stato rilevato in dottrina, la tutela dei diritti fondamentali e il perseguimento dell'efficienza economica del mercato non sono istanze necessariamente in contrasto tra loro¹⁵. Al contrario, esse risultano complementari, specialmente nel contesto eurounitario, nel quale «l'integrazione positiva è divenuta un mezzo per realizzare un bilanciamento tra le libertà fondamentali del mercato e i diritti fondamentali, in modo da realizzare una correzione del mercato»¹⁶. La tutela della libera concorrenza e la protezione del consumatore possono, infatti, essere funzionali anche alla protezione di altri diritti. Ciò risulta particolarmente evidente per quanto riguarda le garanzie in materia di dati personali nel mercato digitale.

L'antico dualismo tra “concezione morale” dei dati personali, che ne esalta la correlazione con l'identità della persona e la sua dignità e libertà, e la concezione patrimoniale dei dati, alla stregua della quale essi possono essere considerati come dei beni e circolare liberamente nel mercato¹⁷, può forse risolversi nella sintesi tra la disciplina a tutela del consumatore e quella in materia di protezione dei dati personali. Sebbene tale ricostruzione appaia *prima facie* contorta - oltre a scontare il vizio di rimandare a suggestioni hegeliane -, trova, però, appigli non solo dal punto di vista teorico, ma, soprattutto, sul versante dell'applicazione pratica¹⁸. In proposito, non si può prescindere dall'analisi di importanti casi, aventi ad oggetto i provvedimenti emanati dalle Autorità antitrust tedesca e da quella italiana nei confronti di *Facebook*.

3. Le sanzioni delle Autorità antitrust: il caso tedesco

Un primo aspetto, da sottolineare subito, è l'evoluzione pressoché contemporanea dei due casi: nel marzo 2021 – e per di più nel corso della stessa settimana – le due “saghe”¹⁹ sono giunte a un punto di svolta decisivo. La sentenza del Consiglio di Stato

¹⁴ C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa sulla privacy*, Napoli, 2018.

¹⁵ G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019.

¹⁶ Così G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi.it*, 6/2019, 10; vedi anche V. KOSTA, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, in *Oxford Portland*, 2018.

¹⁷ Sul dualismo tra concezione morale e concezione negoziale si veda G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2018; G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4/2020; sulla circolazione dei dati, cfr. *amplius* R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *Federalismi.it*, 3/2019; G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *Federalismi.it*, 21/2019; cfr. anche G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020.

¹⁸ G. BUTTARELLI, *This is not an article on data protection and competition law*, in *Competition Policy International*, 2019.

¹⁹ Di “saga teutonica” parlano R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 3/2020, 513. Cfr. anche R. VAN DEN BERGH,

del 29 marzo ha, infatti, posto l'ultima parola sul caso scaturito dalla sanzione dell'AGCM a *Facebook*, successivamente impugnata dinanzi al Tar Lazio. In un'udienza di solo cinque giorni prima, il 24 marzo, l'*Oberlandesgericht* di *Düsseldorf* aveva rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la soluzione del caso tedesco. Icasticamente, si può forse affermare che mentre la vicenda italiana terminava, cominciava quella europea.

Benché, come si avrà modo di accennare, la saga germanica differisca in molti aspetti da quella italiana, il punto focale è molto simile. La disciplina sulla protezione dei dati personali è stata utilizzata come parametro per valutare una violazione del diritto della concorrenza. Prima di esplorare, però, il territorio delle considerazioni giuridiche, è forse bene ricostruire i fatti.

3.1. Il *Bundeskartellamt*

Il 6 febbraio 2019 il *Bundeskartellamt*, a seguito di un'istruttoria durata circa tre anni, provvedeva a sanzionare *Facebook* per violazione di posizione dominante²⁰. Sebbene non si trattasse in realtà di sanzione pecuniaria – a differenza del caso italiano –, il provvedimento, vietando taluni termini contrattuali per gli utenti, risultava alquanto pernicioso per il *business model* della società.

Senza entrare nei dettagli tecnici del diritto della concorrenza tedesco, basti dire che ai sensi del §18 del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*²¹, *Facebook* rientra nella definizione di intermediario e, benché offra servizi gratuiti di social network offerto, ciò non preclude in realtà l'esistenza di un mercato²².

Si tenga, altresì, presente che la raccolta dati da parte di *Facebook* non avviene solo a partire dalle sue applicazioni web come *Whatsapp* o *Instagram*, ma anche da siti terzi attraverso pixel e plug-in. E così, *Facebook* riesce a creare dei "superprofili", combinando

F. WEBER, *The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law?*, in *World Competition*, 29-52. Sul tema vedi A. DAVOLA, "I vestiti nuovi dell'imperatore": il contenzioso tra il *Bundeskartellamt* tedesco e *Facebook* in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust, in *Diritto di internet*, 2021; M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, 14/2020.

²⁰ Decisione 6 febbraio 2019, *Facebook Inc., Menlo Parc, U.S.A., Facebook Ireland Ltd., Dublin, Ireland, Facebook Deutschland GmbH/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Berlin*.

²¹ Per i quali si rinvia a R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., 510-511 il quale alla nota 15 richiama gli sforzi compiuti per delineare una disciplina della concorrenza adatta ai mercati digitalizzati attraverso la *Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; vedi anche A. POMANA, M. SCHNEIDER, *Wettbewerbsrecht und Datenschutz: Facebook im Visier des Bundeskartellamts*, in «BB», 2018.

²² Vedi *amplius* in A. DAVOLA, "I vestiti nuovi dell'imperatore", cit., 63, il quale rileva come «non sia valso a minare la valutazione del *Bundeskartellamt* il fatto che il servizio offerto da *Facebook* sia gratuito, posto che ai sensi della normativa tedesca (a seguito di un emendamento della *GWB* intervenuto nel 2016) non è necessario che una prestazione sia a pagamento per poterla qualificare nei termini di un servizio economico ai sensi dello scrutinio antitrust; una posizione di tal genere appare, del resto, anch'essa in linea con la lettura del fenomeno offerta dalle istituzioni europee».

dati provenienti da tutti i tipi di fonti Internet (c.d. dati off-*Facebook*)²³. Ebbene, queste condizioni generali del contratto sono state il bersaglio del *Bundeskartellamt* che le ha qualificate come violazione del GDPR e del BDSG (*Bundesdatenschutzgesetz*, il Codice privacy tedesco).

Il caso, pur non essendo uguale, ha, in realtà, diverse assonanze con le due “pratiche” sanzionate dall’AGCM, il quale ha però ritenuto che le violazioni rappresentassero delle pratiche commerciali ingannevoli e delle pratiche commerciali aggressive²⁴. Eppure, il *Bundeskartellamt* ha, invece, qualificato la pratica messa in atto da *Facebook* come abuso di posizione dominante. Come ben rilevato in dottrina, tale ricostruzione comporta vari problemi, non ultimo per quanto riguarda l’aspetto della causalità²⁵. Il *Bundeskartellamt* ha, infatti, vietato la raccolta e l’aggregazione dei dati relativi agli utenti di *Facebook* mediante i servizi prestati da siti terzi sulla base del *Konditionenmissbrauch*, di cui al §19 GWB, in quanto ha rilevato l’assenza di un consenso esplicito da parte degli interessati. In parole povere, ciò significa che, secondo la ricostruzione del *Bundeskartellamt*, l’abuso di sfruttamento della posizione dominante nei confronti degli utenti è arrivato a cagionare l’esclusione dei concorrenti.

L’iter logico, seppur non precisamente lineare²⁶, seguito dall’Autorità, è stato fondato sull’assunto secondo cui, predisponendo *Facebook* unilateralmente condizioni generali di contratto che consentono di raccogliere i dati personali degli utenti provenienti

²³ R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., 515.

²⁴ Vedi *infra*.

²⁵ R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., 524 ss. che notano come: «Il BKartA, forte del silenzio sul punto nelle sentenze del BGH cui fa riferimento, ha sostenuto che l’accertamento di un *Konditionenmissbrauch* non può passare per il solo tramite della clausola specifica contenuta nel § 19 (2) n. 2 GWB. Detta clausola postula la causalità della condotta (*Verhaltenskausalität*), vale a dire la valutazione di un mercato controfattuale caratterizzato da un assetto competitivo: si deve dimostrare, cioè, che la pratica contestata (prezzi elevati o condizioni contrattuali inadeguate) non si sarebbe verificata in un mercato apprezzabilmente concorrenziale. Al contrario, la clausola generale del § 19 (1) GWB, riferita agli abusi da esclusione, attenua il requisito della causalità. Per tale categoria, infatti, si suole ritenere sufficiente che il risultato della condotta illecita, perché vocazionalmente portata ad alterare il mercato, sia anticoncorrenziale, basta, dunque, una *Ergebniskausalität* (causalità normativa, sostanzialmente presupposta al verificarsi dell’illecito); mentre gli abusi da sfruttamento, proprio perché in genere non influenzano la struttura del mercato, richiedono, per conseguenza, uno scrutinio causale più serrato. Estendere la soglia di causalità attenuata a un abuso di sfruttamento quale il *Konditionenmissbrauch* è una novità. Ma è proprio quello che il BKartA ha fatto nel caso *Facebook*»; cfr. anche A. DAVOLA, “*I vestiti nuovi dell’imperatore*”, cit., 68, il quale rileva che «due elementi appaiono meritevoli di specifica considerazione: si pone, in primo luogo, la tematica del preteso collegamento tra la violazione del GDPR e danno (non prettamente consumeristico, bensì squisitamente) concorrenziale. Un passo, questo, che, sebbene forzatamente imposto dalla volontà di attivare le tutele previste avverso l’abuso di posizione dominante, rischia di comportare una sostanziale liquefazione del rigore interpretativo del nesso di causalità: non a caso, si noti, la violazione delle regole previste dalla *General Data Protection Regulation* rappresenta (prima) uno degli aspetti oggetto di censura da parte della corte di appello, e (poi) viene gradualmente a perdere prominenza nel giudizio, pur pronunciato in favore del *Bundeskartellamt*, da parte della Corte Federale di Giustizia. In secondo luogo, è proprio l’originale utilizzo del *Konditionenmissbrauch* – ossia dell’illecito concorrenziale derivante dall’imposizione di condizioni contrattuali non eque - a costituire un profilo di interesse specifico: sebbene giovi osservare come tale soluzione appaia ben più affine all’ordinamento tedesco che non ad altre giurisdizioni. Una scelta, questa, che appare ancor più controversa laddove si consideri la difficoltà di sviluppare una soddisfacente ricostruzione del collegamento diretto tra struttura dei termini contrattuali e pregiudizio alla concorrenza».

²⁶ Per una ricostruzione completa cfr. A. DAVOLA, “*I vestiti nuovi dell’imperatore*”, cit., 62 ss.

da siti esterni al suo perimetro, gli utenti si sono trovati a dover accettare una condizione *take it or leave it*, non avendo altra scelta se non quella di aderire per poter aderire. Ciò, avrebbe implicato una violazione del GDPR, seppur “esterna”²⁷, in quanto determinata dall’abusività delle condizioni generali di contratto. Inoltre, attesa la diffusione di tale pratica contrattuale, ciò avrebbe condotto all’abuso di posizione dominante.

Un altro punto della decisione che viene subito in evidenza è quello relativo alla valutazione delle regole del GDPR vengono alla stregua di un parametro normativo di liceità delle operazioni di raccolta ed elaborazione dei dati. Anche qui l’assonanza con la vicenda italiana si fa abbastanza acuta.

3.2. *L’Oberlandesgericht di Düsseldorf*

Orbene, *Facebook* ha impugnato la decisione dell’Antitrust dinanzi al tribunale regionale superiore (*Oberlandesgericht*) di *Düsseldorf*²⁸. “In via cautelare”, l’*Oberlandesgericht* ha bloccato l’esecutività della decisione del *Bundeskartellamt*. I giudici di *Düsseldorf* hanno, infatti, sollevato dei dubbi rispetto alla prova del pregiudizio per la concorrenza e alla mancanza del nesso di causalità, adducendoli come vizi della motivazione del provvedimento. Pur ritenendo sostanzialmente corretta la delimitazione del mercato operata attraverso l’applicazione § 18 del *GWB*, l’*Oberlandesgericht* ha, però, escluso la sussistenza di un abuso di posizione dominante mediante l’apposizione di condizioni inique, denotando un difetto di indagine sullo scenario controfattuale²⁹.

Inoltre, per quanto concernente i dati personali, l’*Oberlandesgericht* ha ritenuto che la loro duplicazione e il loro utilizzo rispetto a diversi servizi debba ritenersi legittimo, in quanto fondato sul consenso regolarmente accordato dagli interessati. Difatti, condizionare la partecipazione al social network alla condivisione dei dati non sarebbe sufficiente, secondo quanto deciso dai giudici, a costituire un abuso o una perdita di controllo.

È bene, altresì, evidenziare che l’*Oberlandesgericht* non ha aggiunto nulla per quanto riguarda i profili relativi alla possibile violazione della disciplina in materia di protezione dei dati, né ha ravvisato gli estremi di un abuso di posizione dominante derivante da esclusione³⁰.

3.3. *Il Bundesgerichtshof*

È stato, così, il *Bundeskartellamt* a impugnare – si badi bene, “in via cautelare” anche questa volta - la decisione dell’*Oberlandesgericht* dinanzi al *Bundesgerichtshof*,

²⁷ R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., 515.

²⁸ OLG Düsseldorf, decisione 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19 (V), *Bundeskartellamt c. Facebook*.

²⁹ R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., 516.

³⁰ Cfr. A. DAVOLA, “*I vestiti nuovi dell’imperatore*”, cit., 64.

ossia la Suprema corte federale tedesca. Con la “pronuncia pregiudiziale” del 23 giugno 2020³¹, il *Bundesgerichtshof* ha ribaltato la decisione dei giudici di Düsseldorf, ritenendo che le condizioni contrattuali per l’utilizzo di *Facebook* possano, in realtà, costituire un abuso di posizione dominante ex § 19 *GWB*. E questo, indipendentemente dalla loro conformità alla legislazione in materia di dati personali. Il supremo tribunale tedesco ha ravvisato il maggior *vulnus* nell’elisione della possibilità di scelta (in tedesco, *fehlende Wahlmöglichkeit*). In pratica, la decisione di non mettere a disposizione delle opzioni tra cui scegliere nel momento in cui un utente decide di usufruire dei servizi di *Facebook* comporta una lesione del diritto del consumatore ad autodeterminarsi con conseguente abuso della posizione dominante dell’azienda.

La dottrina mette in luce³² – non senza ragione – come sia quanto meno bizzarro che una decisione cautelare d’urgenza sia stata decisa con un provvedimento la cui motivazione raggiunge le cinquanta pagine e tocca tutti gli aspetti nel dettaglio. E occorre, anche in questo caso, segnalare come il riferimento diretto al GDPR torni ai margini della vicenda rispetto a quanto avvenuto nella decisione del *Bundeskartellamt*.

Eppure, essendo il nocciolo delle argomentazioni svolte dal *Bundesgerichtshof* la lesione dell’autonomia decisionale attraverso la lesione del diritto all’autodeterminazione informativa, in realtà viene lesa la *ratio* stessa del diritto alla protezione dei dati personali per come qualificata nel contesto europeo. Negare, cioè, la possibilità di scelta per gli utenti di utilizzare *Facebook*, qualora non desiderino condividere i propri dati, minerebbe, secondo il *Bundesgerichtshof*, il diritto all’autodeterminazione informativa. E, questo è il punto cruciale: non si può valutare come opzione la rinuncia al servizio, considerandola una possibile soluzione, in quanto – rilevano giustamente i giudici di Karlsruhe – al giorno di oggi poter avere le piattaforme hanno un ruolo abilitante rispetto alla partecipazione alla vita sociale³³.

Peraltro, è bene ricordare che proprio il diritto all’autodeterminazione informativa – sancito da una sentenza del 1983 dell’altro famoso giudice di Karlsruhe: il *Bundesverfassungsgericht*³⁴ - ha sancito quel passaggio, rilevato a suo tempo da Rodotà, che ha condotto la privacy dall’antico diritto “ad essere lasciati in pace”, quindi all’esclusione degli altri e dello Stato dalla sfera intima della persona, al diritto al controllo sui propri dati, il quale incarna il senso del diritto alla protezione dei dati personali (anche per come sancito dall’art. 8 della Carta di Nizza)³⁵.

³¹ *Bundesgerichtshof*, decisione 23 giugno 2020, caso KVR 69/19.

³² R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., 517.

³³ Del resto, non c’è più, come agli albori del mondo di internet, una distinzione netta tra la vita online e quella reale, ma le due dimensioni sono fuse. Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, cit., sul concetto di *onlife*. Non si può, dunque, rinunciare a cuor leggero alla “dimensione digitale” della vita.

³⁴ Sulla quale vedi G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la “protezione dei dati”*. La sentenza della corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del “Datenschutz”, in *Informatica e diritto*, 3/1986, 95-118.

³⁵ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, pp. 207-210. Cfr. anche S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

La Suprema corte federale, nella sentenza in parola, sottolinea che non v'è un diritto generale dell'interessato a decidere come i propri dati verranno impiegati, quanto, piuttosto, una garanzia di poter «esercitare un'influenza differenziata sul contesto e la maniera in cui i propri dati sono resi accessibili ai terzi e usati da loro»; e ha un impatto anche quando «s'interpretano le clausole generali del diritto civile, cui il § 19 GWB può essere ricondotto»³⁶.

3.4. L'ultimo atto: l'udienza di merito dinanzi al *Oberlandesgericht di Düsseldorf* e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Nel corso del giudizio sul merito, il 24 marzo 2021 – cinque giorni prima della sentenza del Consiglio di Stato –, l'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf si è trovato di fronte alla scelta se conformarsi o meno ai vari *obiter dicta* presenti nella decisione del *Bundesgerichtshof*.

Probabilmente anche in virtù della divergenza di posizioni espresse nel corso del giudizio cautelare, i giudici di Düsseldorf hanno optato per la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Stando a quanto stabilito, «la questione se *Facebook* stia abusando della sua posizione dominante come fornitore sul mercato tedesco dei *social network* perché raccoglie e usa i dati dei suoi utenti in violazione del GDPR non può essere decisa senza fare riferimento alla CGUE, essendo essa responsabile dell'interpretazione del diritto europeo».

E così adesso saranno i giudici del Lussemburgo a dover stabilire se le violazioni della disciplina sulla protezione dei dati personali possono condurre o meno ad abusi di posizione dominante o ad altri effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

Verosimilmente, sarà il banco di prova definitivo per molte questioni. Sia per quanto riguarda l'integrazione della c.d. Europa del mercato con la c.d. Europa dei diritti, sia – non ultimo – per quanto attiene al profilo della qualificazione dei dati personali come diritto o come bene commerciabile. Annosa questione, di cui abbiamo ragionato anche in precedenza, che potrebbe trovare una soluzione sufficientemente definitiva in una pronuncia della Corte di Giustizia, posto che sia il diritto alla protezione dei dati personali che il diritto della concorrenza fanno pienamente capo all'ordinamento eurounitario.

4. Segue: la vicenda italiana

4.1. Il provvedimento dell'AGCM

Su segnalazione dell'Associazione Altroconsumo, l'AGCM aveva accertato con delibera n. 27432/2018 la natura illegittima di due pratiche, aventi ad oggetto lo scambio

³⁶ Testualmente in R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, cit., 517.

e l'utilizzo a fini commerciali degli utenti, messe in atto da *Facebook*. In particolare, la "pratica a)", concernente la fase di registrazione del nuovo utente, al quale veniva sottoposta un'informativa poco chiara rispetto all'attività di raccolta e utilizzo dei suoi dati, integrava una fattispecie sanzionata dagli artt. 21 e 22 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), in quanto induceva gli utenti a registrarsi sulla piattaforma senza adeguate informazioni riguardo alle finalità remunerative sottese alla fornitura del servizio, che, al contrario, veniva presentato come gratuito – ad esempio, attraverso il *claim* "iscriviti, è gratis e lo sarà sempre" -. La "pratica b)" integrava, invece, la fattispecie di pratica commerciale aggressiva, in violazione degli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo, dal momento che sugli utenti veniva esercitato un condizionamento indebito, subendo essi in maniera inconsapevole e automatica la trasmissione e l'uso dei propri dati da parte di *Facebook* e terze parti. Gli utenti, infatti, potevano soltanto esercitare l'*opt-out*, essendo la modalità preimpostata all'integrazione tecnica tra *Facebook* e siti *web* o *app* di terzi.

L'AGCM aveva, dunque, proceduto ad irrogare una sanzione dall'importo di dieci milioni di euro – cinque per la "pratica a)" e cinque per la "pratica b)" -, vietando contestualmente l'ulteriore diffusione della pratica ingannevole e disponendo la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa sulla *homepage* del sito internet aziendale per l'Italia, sull'*app* Facebook e sulla pagina personale di ciascun utente italiano registrato.

4.2. La decisione del TAR Lazio

Contro la delibera dell'AGCM, *Facebook* ha presentato ricorso al TAR Lazio, che, prima, ha accolto la domanda cautelare nella parte concernente la sospensione dell'imposizione dell'obbligo di esporre e pubblicare la dichiarazione rettificativa e, poi, si è pronunciato con le sentt. nn. 260/2020 e 261/2020, accogliendo parzialmente il ricorso e annullando il provvedimento impugnato limitatamente alla "pratica b)".

Il ricorso di *Facebook* era motivato adducendo il difetto assoluto di attribuzione dell'AGCM, sia perché in realtà non si sarebbe trattato di pratiche commerciali, non essendovi stato il pagamento di un corrispettivo patrimoniale da parte degli utenti, sia perché la questione sarebbe stata, in realtà, da inquadrare nella materia "privacy" e sussunta nelle norme del Regolamento UE 2016/679, c.d. GDPR.

La sez. I del TAR Lazio, tuttavia, non ha condiviso le doglianze di *Facebook*. Anzi, ha considerato i dati personali alla stregua di «un "asset" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto», affermando la necessità di prevedere accanto agli strumenti di tutela tipici del diritto alla protezione dei personali, anche delle garanzie del dato quale oggetto di scambi commerciali, riconoscendo gli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza imposti agli operatori dal legislatore per proteggere il consumatore ed escludendo, altresì, la sovrapposibilità del piano della tutela della privacy e di quello della protezione del consumatore.

Il TAR ha, perciò, confermato il provvedimento per quanto concernente la “pratica a)”.

Rispetto alla “pratica b)”, i giudici amministrativi, invece, non avendo ritenuto “aggressiva” la pratica commerciale in parola, si sono pronunciati in favore della illegittimità del provvedimento dell’AGCM rispetto alla “pratica b)”. Ciò, sia per via dei vizi di ricostruzione del funzionamento dell’integrazione delle piattaforme che per l’assenza di elementi sufficienti a dimostrare l’esistenza di una condotta idonea a condizionare le scelte del consumatore. Perciò, la delibera n. 27432/2018 dell’AGCM è stata annullata «limitatamente all’accertamento dell’illegittimità della condotta sub b) e alle conseguenze - sanzionatorie, inibitorie e di adozione di una dichiarazione rettificativa – imposte dall’Autorità».

4.3. *L’appello in Consiglio di Stato*

Contro la decisione del TAR Lazio sia *Facebook* che l’AGCM hanno presentato ricorso al Consiglio di Stato, impugnando l’una la conferma della delibera n. 27438/2018 con riferimento alla pratica a), l’altra l’annullamento del provvedimento nella parte relativa alla pratica b).

I giudici di Palazzo Spada, dopo aver proceduto alla riunione degli appelli, li hanno respinti entrambi, confermando la sentenza del TAR, ritenendo, da una parte, non sussistente alcun elemento di travisamento o manifesta irrazionalità né per quanto attiene ai parametri normativi della scorrettezza delle pratiche commerciali sub a), né con riguardo alla proporzionalità delle sanzioni ingiunte dall’AGCM, e condividendo, dall’altra, le ragioni dei giudici di prime cure relativamente alla “non aggressività” della pratica commerciale sub b) operata da *Facebook*.

Preliminarmente, però, la sez. VI ha dovuto affrontare il problema della «non commercialità dei dati personali», da cui deriverebbe la non riconducibilità del loro trattamento al diritto consumeristico. Questo punto ha rappresentato il fondamento della difesa di *Facebook*, la quale sposando la tesi della natura di diritto fondamentale della protezione dei dati personali, ha sostenuto che la non patrimonialità di tali dati rende inapplicabile la disciplina in materia consumeristica alla tutela dei dati personali, cui è rivolta, in via esclusiva, la specifica normazione recata dal Regolamento eurounitario n. 679/2016. Sul punto, il Collegio non è parso aderire all’idea del dato persona come *res extra commercium*, privilegiando una concezione in cui il dato personale «costituisce il frutto dell’intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell’utente – a fini commerciali». Pertanto, il Consiglio di Stato ha scisso il profilo privacy e quello antitrust, intendendo i «i due “diritti” quali distinte categorie settoriali che sono disciplinate da normative speciali e quindi non sovrapponibili tra di loro», sottolineando che la pratica ingannevole risiede nello sfruttamento, inconsapevolmente per l’utente, dei dati offerti al momento dell’iscrizione. Proprio per questo, l’utente, che «si trasforma tecnicamente in “consumatore” nel momento in cui rende disponibili i propri dati al fine di potere utilizzare gratuitamente i servizi offerti

dalle società», resta erroneamente convinto che il conseguimento dei vantaggi collegati con l'accesso alla piattaforma sia gratuito. Così, secondo i giudici di Palazzo Spada, non potrebbe aversi una sovrapposizione del regimi sanzionatori per la violazione della disciplina sulla *data protection* e con quello consumeristico, «avendo ad oggetto il primo la violazione delle regole di trattamento dei dati personali [...] ed il secondo il condizionamento della consapevolezza dell'utente che per ottenere benefici illustrati come gratuiti deve cedere dati personali che non saranno utilizzati esclusivamente per ottenere i servizi ai quali aspira, ma costituiranno uno strumento di profilazione dell'utente a fini commerciali, in assenza di una adeguata e preventiva informazione del consumatore».

5. Conclusioni

Come ricordato anche dal TAR Lazio, i dati personali possono costituire «un “asset” disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico» e possono, quindi, assurgere «alla funzione di “controprestazione”» contrattuale. Per questo, è necessaria la coesistenza, accanto agli strumenti di tutela tipici del diritto alla protezione dei dati personali quale diritto fondamentale, di altre garanzie del dato quale possibile oggetto di compravendita. Stante questo fenomeno di “patrimonializzazione” dei dati in atto nei mercati digitali, il piano della tutela della *privacy* e quello della protezione del consumatore non sono tra loro in rapporto antinomico, bensì sono necessari l'uno all'altro per garantire una protezione piena alla sfera giuridica del cittadino-consumatore.

Ciò comporta l'integrazione di due problemi: il dilemma della democrazia liberale nel mercato³⁷ e la garanzia dei diritti fondamentali non solo da poteri pubblici, ma anche da poteri privati. Tale integrazione è sia risultato della particolare tendenza dell'attuale società globale a costruirsi per linee orizzontali³⁸, superando la dimensione territoriale in senso classico ed aprendosi a nuovi spazi, in virtù della pressoché illimitata capacità di connessione, che del potere accumulato dagli intermediari digitali, proprio in virtù del fatto che essi controllano imponenti quantità di dati personali. In particolare, proprio Mark Zuckerberg, leader del gruppo che più di tutti rende possibili le connessioni, ha avuto modo di affermare che *Facebook* è sempre più simile a un governo, che a una società³⁹. E ciò comporta effetti sia, dal punto di vista microscopico, nella vita di ogni persona che, dal punto di vista macroscopico, nei rapporti con i poteri pubblici.

Si paventa, infatti, l'affermazione di un nuovo modello sociale. Come nel Medioevo esisteva il *civis-fidelis*, suddito dell'imperatore e fedele cattolico, così in futuro potrebbe affermarsi un altro modello, vale a dire quello dell'utente-cittadino-lavoratore, per via

³⁷ Approfonditamente G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.

³⁸ M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000, 43.

³⁹ Lo riporta anche K. KLONICK, *The new governors*, cit., 1599.

della contestuale combinazione di vari piani attraverso i *social network*⁴⁰, soprattutto in costanza dell'integrazione progressiva delle piattaforme. Per limitare gli effetti negativi di questa tendenza, è quindi necessario integrare i piani della tutela consumeristica e della protezione dei dati personali, ma anche quello delle garanzie del lavoratore.

In ogni caso, occorrerà seguire con grande interesse gli sviluppi futuri, dal momento che, per ora, la questione si inquadra in una prospettiva *de iure condendo*. Come anticipato, infatti, si attendono importanti novità dal punto di vista giurisprudenziale sulle vicende legate ai provvedimenti delle Autorità antitrust nazionali contro *Facebook*, a questo punto non solo da parte del Consiglio di Stato della Repubblica Italiana e della giurisprudenza statale e federale tedesca, ma soprattutto da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Inoltre, bisognerà studiare con grande attenzione gli sviluppi normativi nell'ambito del processo di regolazione del mercato digitale e della circolazione dei dati in Rete da parte dell'Unione Europea. Sono, infatti, tutt'ora pendenti importanti proposte regolatorie in queste materie, come il *Digital Services Act* (DSA) e il *Digital Market Act* (DMA), nonché il *Data Governance Act* e il c.d. *Regolamento e-Privacy*, il quale andrà a completare la disciplina generale tracciata dal Regolamento UE 2016/679 (GDPR).

Si tratta non solo di una tutela multilivello dei diritti dei cittadini-consumatori⁴¹, ma anche una tutela in una prospettiva integrata tra dimensione pubblicistica e privatistica. Così va inteso che il controllo sull'autonomia privata, essendo nell'attuale contesto un elemento essenziale del controllo democratico sul potere, specialmente per quanto attiene al potere derivante dalle informazioni⁴². Pertanto, «la “strategia giuridica integrata”, che, nel combinare strumenti privatistici e pubblicistici, tecniche procedurali e sostanziali, controlli individuali e controlli collettivi, intende dare un contenuto sostanziale all'idea della protezione dei dati come diritto fondamentale, la quale – come ci ricorda l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE – è un elemento che ormai connota una certa identità costituzionale europea»⁴³.

Pertanto, questo intervento non può che terminare con una conclusione aperta. Atteso, infatti, che non si può impedire la circolazione dei dati personali nella società e, soprattutto, nell'economia odierna, resta però il fatto che servono regole certe. C'è da chiedersi se l'integrazione delle tutele per il cittadino e per il consumatore (ormai

⁴⁰ Così L. GREENE, *Silicon States. The power and politics of Big Tech and what it means for our future*, Berkeley, 2018, 43, secondo cui vengono contemporaneamente combinati gli elementi di «*consumer voting, personal governments documents all stored on Facebook, and people's résumés up for public scrutiny*».

⁴¹ Rispetto alla quale G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 129-130 osserva che: «Il settore della protezione dei dati personali è ormai quasi integralmente disciplinato dalle fonti di diritto europeo, primario e derivato. Perciò, per rispondere ai quesiti pocanzi formulati, è necessario adottare una prospettiva multilivello, integrando l'analisi del diritto interno con il diritto sovranazionale. In particolare, è necessario soffermare l'attenzione su due diversi testi, che, sia pure da differenti prospettive, si accostano al problema della “disposizione” dei dati personali. Il primo attiene, in senso ampio, al settore della contrattazione online e in particolare alla tutela dei diritti dei consumatori; il secondo alla protezione dei dati personali. Si allude, rispettivamente, alla direttiva 2019/700/UE relativa alla fornitura di contenuti e servizi digitali, e al Regolamento 2016/679/UE sulla protezione dei dati personali».

⁴² Così S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 93; ID., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

⁴³ G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 130.

cittadino-consumatore o cittadino-utente nell'ambiente digitale), comporterà delle forme di integrazione del lavoro delle *authorities* e se sia il caso di cominciare a ragionare su procedure istituzionali di cooperazioni tra di esse.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LE PIATTAFORME TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO: LIBERTÀ
D'ESPRESSIONE, DISCORSO POLITICO E *SOCIAL NETWORK* IN ALCUNI CASI
RECENTI TRA ITALIA E STATI UNITI

LUCA RINALDI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo scenario italiano: *Facebook* contro CasaPound e Forza Nuova. – 3. I provvedimenti del Tribunale di Roma nel “caso CasaPound”. – 4. I provvedimenti del Tribunale di Roma nel “caso Forza Nuova”. – 5. Lo scenario americano: le piattaforme contro Donald Trump. – 6. I provvedimenti dei giudici americani in *Knight First Amendment Institute v. Trump*. – 7. La messa al bando di Trump dalle piattaforme e la decisione dell’*Oversight Board* di *Facebook*. – 8. Il problema della natura giuridica dei *social network* e del loro rapporto con gli utenti ai due lati dell’Atlantico. – 9. Alcuni spunti conclusivi.

1. Introduzione

Il presente contributo analizza alcune recenti decisioni delle corti di Italia e Stati Uniti, relative a vicende che hanno visto l’esclusione dai *social network* di soggetti aventi un ruolo di rilievo nel dibattito politico. In particolare, sono prese in esame le controversie che hanno coinvolto, sullo scenario italiano, *Facebook* e i movimenti politici estremisti CasaPound e Forza Nuova, e, sullo scenario americano, l’ex presidente Donald Trump e la piattaforma *Twitter*.

L’obiettivo del lavoro è evidenziare, in ottica comparata, come in due ordinamenti molto diversi dal punto di vista della concezione della libertà d’espressione, quali quello italiano e quello statunitense, la censura del discorso politico nelle reti sociali ponga

problemi simili, riguardanti la natura giuridica delle piattaforme e il loro rapporto con gli utenti.

L'articolo dapprima esamina le diverse soluzioni elaborate dalle corti dei due paesi e le vicende da cui hanno avuto origine, per poi indagarne analogie e differenze, anche in relazione alle caratteristiche del sistema giuridico di riferimento. La parte finale, inoltre, offre alcune brevi prospettive *de iure condendo* per la regolazione dell'attività di *content moderation* delle reti sociali.

2. Lo scenario italiano: Facebook contro CasaPound e Forza Nuova

Il 9 settembre 2019 il *social network Facebook* chiude le pagine ufficiali dei movimenti politici di destra CasaPound Italia e Forza Nuova. La decisione, non preceduta da avvertimenti, riguarda anche i profili personali di diversi membri delle due organizzazioni¹. Al tempo, l'unico precedente significativo riguardava l'oscuramento, nel marzo del 2018, degli *account* della formazione politica britannica *Britain First*², in quel caso preceduto, però, dalla cancellazione del movimento dal registro dei partiti politici e dall'arresto per crimini d'odio dei suoi leader³.

Pochi giorni dopo il *ban*, entrambi i partiti adiscono il Tribunale di Roma con ricorso cautelare d'urgenza, chiedendo l'immediata revoca della misura⁴. Da quanto riportato nei provvedimenti conclusivi dei due procedimenti, i due movimenti politici adottano una strategia difensiva molto simile. Evidenziano, in punto di *periculum in mora*, il grave pregiudizio alla loro attività politica causato dall'esclusione dalla piattaforma, vista la posizione centrale che quest'ultima riveste nel dibattito pubblico. In punto di *fumus bonis iuris*, invece, richiamano direttamente la Carta fondamentale, individuando nella decisione di *Facebook* la violazione di diversi principi cardine del nostro ordinamento, come la libertà d'associazione (art. 18 Cost.), il pluralismo dei partiti

¹ Riportano la notizia, tra gli altri M. PENNISI, *CasaPound e Forza Nuova rimossi definitivamente da Facebook e Instagram: «Diffondono odio»*, in *Corriere della Sera (online)*, 9 settembre 2019; S. COSTANTINI, *I social sgomberano CasaPound*, in *La Repubblica*, 10 settembre 2019; G. LONGO, *Facebook chiude i gruppi CasaPound e Forza Nuova*, in *La Stampa*, 10 settembre 2019.

² A. HERN, K. RAWLINSON, *Facebook bans Britain First and its leaders*, in *The Guardian (online)*, 14 marzo 2018; D. BROWN, *Britain First defies ban on Facebook*, in *The Times*, 15 marzo 2018. La decisione di oscurare gli account del movimento era stata preceduta, nel 2016, da intense polemiche per la diffusione sulla piattaforma di contenuti propagandistici del partito considerati razzisti e islamofobi, per i quali il social network aveva incassato un compenso. In quell'occasione i vertici di *Facebook* avevano difeso il loro operato, ritenendolo improntato a favorire, anche su temi politici controversi, la più ampia dialettica democratica. Cfr. J. WATERSON, *How Britain First pays Facebook to push anti-islam videos into your news feed*, in *BuzzFeed.News*, 15 dicembre 2016.

³ Cfr. The Electoral Commission – *Britain First*, <https://bit.ly/2V2Xn7l> (ultima consultazione: 16 luglio 2021); K. RAWLINSON, *Britain First leaders jailed over anti-Muslim hate crimes*, in *The Guardian*, 7 marzo 2018.

⁴ Cfr. Tribunale di Roma – sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, in *Diritto di internet*, con commento di A. VENANZONI, *Pluralismo politico e valore di spazio di dibattito pubblico della piattaforma social Facebook: la vicenda CasaPound*, 12 dicembre 2019, <https://bit.ly/3yiXdac> (20 luglio 2021) e Tribunale di Roma – sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 23 febbraio 2020, in *Questione Giustizia*, 24 febbraio 2020, <https://bit.ly/3rKjyLc> (20 luglio 2021), che hanno chiuso i procedimenti ex art. 700 c.p.c. incardinati dai ricorsi, rispettivamente, di CasaPound Italia e Forza Nuova.

politici (art. 49 Cost.) o il diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.)⁵. Anche la piattaforma si difende in modo pressoché identico nei due giudizi, asserendo la violazione dei propri *Standard della Community* e *Condizioni d'Uso*⁶ e considerando il rapporto tra piattaforma e utente un contratto di diritto privato⁷. In altre parole, nella prospettiva di *Facebook* – ed è questo il nodo interessante della vicenda, dal punto di vista del diritto – non è la caratterizzazione ideologica delle organizzazioni in gioco a risultare decisiva, ma la sola violazione delle sue regole interne. È solo per accidente che, nel caso di specie, tale violazione riguarda il divieto di diffusione di discorsi d'odio o di incitamento alla violenza, previsto dagli *Standard della Community*. Tanto che la difesa della piattaforma, negli atti del procedimento contro CasaPound, afferma: «la circostanza che si tratti di un'organizzazione proibita o meno secondo la legge italiana non assume alcuna rilevanza»⁸.

Com'è noto, i due giudizi, analizzati nel dettaglio nei prossimi paragrafi, hanno avuto esiti antitetici, nonostante l'identità dell'oggetto e delle prospettazioni di parte. Il procedimento intentato da CasaPound, infatti, si è concluso con l'ordine alla piattaforma, confermato anche in sede di reclamo, di riaprire gli account del movimento politico. Le istanze di Forza Nuova, al contrario, sono state rigettate, e il movimento non è più presente sul *social network*⁹.

⁵ Si vedano, in particolare, Tribunale di Roma – sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, cit., 2-4 e Tribunale di Roma – sez. diritti della persona e immigrazione, 23 febbraio 2020, cit., 16-17.

⁶ Vengono in rilievo i punti 1 (*Servizi offerti da Facebook*), 3.2 (*Elementi condivisibili e condotte autorizzate su Facebook*) e 4.2 (*Sospensione o chiusura dell'account*) delle *Condizioni d'Uso* e il titolo *Persone e organizzazioni pericolose* degli *Standard della Comunità*.

⁷ Cfr. Tribunale di Roma – sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, cit., 4-5; Tribunale di Roma – sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 23 febbraio 2020, cit., 15-17.

⁸ Riporta queste parole, estratte dalla memoria di costituzione della società resistente nel giudizio di primo grado, l'ordinanza del Tribunale di Roma – XVII sez. civile, 29 aprile 2020, in *Diritto di internet*, 4 agosto 2020, con commento di M. STELLA, *Disattivare la pagina FB di un partito senza giusta causa è un abuso del diritto*, 6 che ha chiuso il giudizio di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. contro la citata ordinanza ex art. 700 c.p.c. dello stesso Tribunale di Roma – sez. imprese, 11 dicembre 2019.

⁹ Per alcuni commenti ai due provvedimenti possono indicarsi, tra i molti, C. MELZI D'ERIL, G. E. VIGEVANI, *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook: giudice che vai, soluzione che trovi*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 febbraio 2020; P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei "social network" sui discorsi d'odio "online"*, in *MediaLaws*, 1/2020, 146 ss.; A. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà di espressione "online" e democrazia (non) protetta in "CasaPound c. Facebook" e "Forza Nuova c. Facebook"*, in *Federalismi.it*, 18/2020, 134 ss.; S. PIVA, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su CasaPound risolve la "quaestio" dell'inquadramento giuridico dei "social network"*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 1192 ss.; A. QUARTA, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso CasaPound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti*, in *Danno e responsabilità*, 4/2020, 489 ss.; A. VIGORITO, *Piattaforme digitali e "political speech": dal caso Facebook-CasaPound alla vicenda Trump-Twitter*, in *giustiziacivile.com*, 11/2020, 16 ss.; P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI? Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso CasaPound c. Facebook*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 430 ss.; P. ZICCHITTU, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *giurcost.org*, 5 marzo 2020 e *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, in *MediaLaws*, 2/2021, 2 ss.; O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *MediaLaws*, 1/2021, 173 ss.

3. I provvedimenti del Tribunale di Roma nel “caso CasaPound”

L’ordinanza con cui il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso di CasaPound contiene considerazioni di particolare interesse sulla natura di Facebook e sul suo rapporto con gli utenti. Il giudice cautelare afferma senza reticenze che tale rapporto non è assimilabile a quello tra due privati qualsiasi, in quanto una delle parti ricopre una «speciale posizione»¹⁰, dalla quale discendono conseguenze di natura pubblicistica. Secondo l’ordinanza, l’agorà digitale del *social network* è diventata uno dei principali strumenti di realizzazione del pluralismo dei partiti politici e della libertà di manifestazione del pensiero. Nella qualificazione giuridica del rapporto tra *Facebook* e i suoi utenti deve tenersi conto di questa circostanza, non potendo l’autonomia privata realizzare effetti derogatori dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale¹¹.

Ne deriva che *Facebook* non può escludere dalla piattaforma utenti che rivestano un ruolo politico di primo piano sulla base della sola violazione delle proprie regole interne. Infatti, la limitazione di prerogative costituzionali di primaria importanza, come la libertà d’azione pubblica dei partiti politici, è ammissibile solo con finalità di protezione di interessi di pari rango. Il rispetto dei principi fondamentali della Carta costituzionale si pone per *Facebook* «come condizione e limite»¹² nel rapporto con gli utenti, ed eventuali clausole contrattuali in contrasto con tali principi sono invalide.

Né è pensabile che la piattaforma sostituisca una propria valutazione generale di liceità nei confronti di CasaPound a quella dell’ordinamento, posto che l’associazione, al di là di ogni giudizio di valore, deve ritenersi legittimamente operante sullo scenario politico italiano¹³. È principalmente sulla base di questi argomenti che il Tribunale di

¹⁰ Cfr. Tribunale di Roma – sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, cit., 4.

¹¹ Afferma il Giudice cautelare: «E’ infatti evidente il rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri social network ad esso collegati) con riferimento all’attuazione di principi cardine essenziali 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 (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano [...]. Ne deriva che il rapporto tra Facebook e l’utente che intenda registrarsi al servizio (o con l’utente già abilitato al servizio come nel caso in esame) non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto Facebook, 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», Tribunale di Roma – sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, cit., 4.

¹² Tribunale di Roma – sez. imprese, ord. 12 dicembre 2019, cit., 4: «Il rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali costituisce per il soggetto Facebook ad un tempo condizione e limite nel rapporto con gli utenti che chiedono l’accesso al proprio servizio».

¹³ L’ipotesi che CasaPound, al pari di altri movimenti di estrema destra, violasse il divieto di ricostituzione del partito fascista previsto dalla XII disposizione finale e disciplinato dalla l. 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. Legge Scelba) o il divieto di organizzazioni razziste previsto dalla l. 13 ottobre 1975, n. 654 è stata avanzata più volte nel panorama politico e oggetto di inchieste da parte della Magistratura, finora mai sfociate in condanne. Per la più recente, archiviata nel 2019 dalla Procura di Torino, v. *Torino, archiviata indagine su CasaPound e Forza Nuova: sulla base del materiale raccolto, non violano la legge Scelba*, in *Il Fatto Quotidiano*, 19 maggio 2019. Inoltre, secondo fonti di stampa, si sta celebrando un procedimento di fronte al Tribunale di Bari, in cui diversi esponenti di CasaPound sono accusati, tra i vari capi d’imputazione, anche del reato di ricostituzione del partito fascista, v. G. MERLI, *Bari, processo a CasaPound rinviato a dicembre*, in *il Manifesto*, 13 ottobre 2020. Deve evidenziarsi, in ogni caso, che la normativa in materia di divieto di ricostituzione del partito fascista è stata applicata un’unica volta nella storia repubblicana, in occasione dello scioglimento del Movimento Politico Ordine Nuovo avvenuto nel

Roma ha accolto l'istanza di riattivazione immediata degli account, certificando uno status di "specialità" di *Facebook* di cui si dirà diffusamente più avanti.

Lo stesso Tribunale, in composizione collegiale, ha confermato questa impostazione in sede di reclamo, chiarendo, peraltro, che la libera manifestazione del pensiero rappresenta un limite all'azione di *Facebook* nei confronti di «qualunque utente che, occasionalmente o meno, utilizzi il servizio *Facebook* per esprimere opinioni politiche o diffondere informazioni o documenti di interesse politico»¹⁴. Lo status di partito politico di CasaPound, dunque, non è dirimente, e il ragionamento del Tribunale può estendersi a persone fisiche e associazioni d'altro genere. La circostanza, semmai, rileva dal punto di vista dell'intensità della lesione conseguente all'esclusione dalla piattaforma, tale da legittimare, nel caso di associazioni come CasaPound, l'ordine cautelare di immediata riattivazione del profilo da parte dei giudici¹⁵.

A margine dell'argomentazione principale, le due ordinanze del Tribunale di Roma si soffermano sugli elementi di fatto allegati da *Facebook* a sostegno della propria condotta (tema che, come si vedrà, sarà centrale nella vicenda di Forza Nuova) dubitando, in ogni caso, della loro fondatezza¹⁶. I giudici romani evidenziano che le violazioni di Condizioni d'Uso e Standard della Comunità riportate dalla piattaforma appaiono risalenti nel tempo, già sanzionate con la cancellazione di singoli contenuti e non sufficientemente gravi da giustificare l'esclusione. Inoltre, i violenti fatti di cronaca commessi da singoli membri di CasaPound e allegati dalla difesa di *Facebook* non paiono potersi imputare, oggettivamente e automaticamente, all'intera formazione e non attengono, comunque, al suo comportamento sul social network. Allo stesso modo, il richiamo al fascismo storico operato da CasaPound non pare sufficiente ai giudici per configurare una sorta di violazione *in re ipsa* delle regole di *Facebook* in materia di organizzazioni che incitano all'odio e alla discriminazione, come vorrebbe la piattaforma. Ciò anche alla luce del fatto che, come già detto, l'organizzazione deve, allo stato dell'arte, considerarsi pienamente conforme alle norme in materia di rifondazione del partito fascista e contrasto alla discriminazione razziale, etnica e religiosa¹⁷.

4. I provvedimenti del Tribunale di Roma nel "caso Forza Nuova"

L'ordinanza conclusiva del procedimento incardinato da Forza Nuova prende le mosse da un'ampia disamina del quadro normativo interno, europeo e internazionale per

1974, disposto con provvedimento Trib. Roma 21 novembre 1973 - 9 febbraio 1974, in *Giur. cost.*, 1974, 472 ss., con nota di P. PETTA, *Il primo caso di applicazione della legge Scelba* ed eseguito con Decreto del Ministero dell'Interno del 22 novembre 1973.

¹⁴ Tribunale di Roma – XVII sez. civile, 29 aprile 2020, cit., 11.

¹⁵ Cfr. Tribunale di Roma – XVII sez. civile, 29 aprile 2020, cit., 10-11.

¹⁶ Si vedano, in particolare, Tribunale di Roma – sez. imprese, 12 dicembre 2019, cit., 5 per il primo grado e Tribunale di Roma – XVII sez. civile, ord. 29 aprile 2020, cit., 16-25 per il reclamo.

¹⁷ L'ordinanza emessa in sede di reclamo specifica che il giudizio sulla liceità dell'associazione uscirebbe dai confini della tutela cautelare: «non compete a questo giudice la funzione di attribuire in via generale ad una associazione una "patente" di liceità, posto che condizione e limite dell'attività di qualsiasi associazione è il rispetto della legge, la cui verifica è rimessa al controllo giurisdizionale diffuso».

la prevenzione e il contrasto dell'*hate speech online* e, in generale, della discriminazione razziale, etnica e religiosa¹⁸. Il richiamo è, in primo luogo, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, al Patto per i diritti civili e politici e alla Convenzione di New York sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1966. Sono citate in più punti, inoltre, la Convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Il provvedimento, poi, richiama lo statuto giuridico del prestatore di servizi internet definito dalla Direttiva 2000/31/CE¹⁹, e prende in considerazione le recenti iniziative comunitarie per il contrasto dei discorsi d'odio. È menzionata la creazione, con l'Agenda Europea sulla Sicurezza del 2015²⁰, di un *Internet Forum* istituito su iniziativa della Commissione²¹, e sono riportate più parti del Codice di Condotta UE per contrastare l'illecito incitamento all'odio online²². Sul piano interno, invece, è fatto riferimento ai limiti penali alla libera manifestazione del pensiero e all'attività dei partiti politici previsti dalle Leggi Mancino²³ e Scelba²⁴ e alla legislazione di diritto antidiscriminatorio di derivazione comunitaria²⁵.

Tale ampia ricognizione di norme, arricchita da riferimenti giurisprudenziali, è utilizzata dal giudice cautelare per riaffermare che la libera manifestazione del pensiero non è, nel nostro ordinamento, un valore assoluto, ma è anzi destinata a contrarsi nel bilanciamento con valori di pari rilevanza, come la dignità della persona e il divieto di ogni forma di discriminazione. A questa enunciazione di principio segue l'analisi delle regole interne di *Facebook* in materia di organizzazioni che incitano all'odio e di contenuti discriminatori e violenti, in base alle quali il giudice svolge un'approfondita valutazione di fatto²⁶. Infatti, il provvedimento prosegue con un'ampia compilazione di dichiarazioni, immagini e commenti che Forza Nuova o i suoi membri hanno diffuso sul social network, ritenuti fatti notori in virtù del clamore mediatico spesso suscitato²⁷.

¹⁸ Tribunale di Roma – sez. diritti della persona e imm., ord. 23 febbraio 2020 cit., 1-14.

¹⁹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, *relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno*.

²⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The European Agenda on Security*, 28 aprile 2015, COM (2015) 185.

²¹ *EU Internet Forum: Bringing together governments, Europol and technology companies to counter terrorist content and hate speech online*, 3 dicembre 2015, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_6243 (30 luglio 2021).

²² Il Codice di Condotta è stato elaborato dalla Commissione UE in collaborazione con Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube e presentato il 31 maggio 2016. Vi hanno successivamente aderito Google, Snapchat, Dailymotion, Jeuxvideo.com, TikTok e LinkedIn. Il testo è consultabile al link: <https://bit.ly/37c2DHz> (22 luglio 2020).

²³ l. 25 giugno 1993, n. 205, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, che ha modificato la l. 13 ottobre 1975, n. 654, *Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*.

²⁴ l. 20 giugno 1952, n. 645, *Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione*.

²⁵ Il riferimento principale è al d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, *Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*.

²⁶ Tribunale di Roma – sez. diritti della persona e imm., ord. 23 febbraio 2020, cit., 14-16.

²⁷ *Ivi*, 16-43.

Secondo l'ordinanza, non vi è dubbio che tali comportamenti integrino ripetute violazioni delle norme contrattuali che disciplinano il rapporto tra la piattaforma e gli utenti e legittimino l'esclusione di Forza Nuova in base all'art. 4.2 delle Condizioni d'Uso, che prevede la messa al bando degli utenti che violino gli Standard della Comunità «chiaramente, seriamente o reiteratamente»²⁸. Il ricorso è dunque respinto, e la chiusura dei profili attinenti all'organizzazione confermata.

L'ordinanza, peraltro, specifica che la condotta di *Facebook* non è stata solo legittima, ma anche doverosa, poiché i contenuti diffusi da Forza Nuova sul *social network* erano, a vario titolo, in contrasto con le citate norme volte alla prevenzione di ogni genere di discriminazione e all'attuazione del divieto di rifondazione del partito fascista. Il giudice cautelare, in sostanza, pare onerare la piattaforma della prima attuazione di normative che sanciscono, a valle di un delicato bilanciamento, i confini della libera manifestazione del pensiero in funzione di altri interessi primari²⁹. Nonostante il diverso *iter* argomentativo e l'opposto risultato, dunque, anche l'ordinanza che ha chiuso la controversia tra *Facebook* e Forza Nuova sembra attribuire alla piattaforma un ruolo del tutto peculiare nella gestione del discorso pubblico, al pari di quelle che hanno deciso sulla vicenda che ha coinvolto CasaPound.

5. Lo scenario americano: le piattaforme contro Donald Trump

Le controversie giudiziarie tra *Facebook*, CasaPound e Forza Nuova presentano diversi punti in comune con una serie di vicende avvenute negli Stati Uniti a partire dal 2017, che hanno visto coinvolti, da un lato, *Twitter* e altri *social media*, e, dall'altro, l'allora presidente Donald Trump. La parte finale di tali avvenimenti è tristemente nota

²⁸ Condizioni d'Uso di *Facebook*, art. 4.2.2: «In caso Facebook stabilisca che l'utente abbia violato chiaramente, seriamente o reiteratamente le proprie condizioni o normative, fra cui in particolare gli Standard della community, Facebook potrebbe sospendere o disabilitare in modo permanente l'accesso dell'utente al suo account.», <https://www.facebook.com/terms/> (20 luglio 2021).

²⁹ Il giudice cautelare afferma: «I contenuti, che inizialmente erano stati rimossi e poi a fronte della reiterata violazione hanno comportato la disattivazione degli account dei singoli ricorrenti e delle pagine da loro amministrate tutte ricollegabili a Forza Nuova, sono illeciti da numerosi punti di vista. Non solo violano le condizioni contrattuali, ma sono illeciti in base a tutto il complesso sistema normativo di cui si è detto all'inizio, con la vasta giurisprudenza nazionale e sovranazionale citata. Facebook non solo poteva risolvere il contratto grazie alle clausole contrattuali accettate al momento della sua conclusione, ma aveva il dovere legale di rimuovere i contenuti, una volta venutone a conoscenza, rischiando altrimenti di incorrere in responsabilità (si veda la sentenza della CGUE sopra citata e la direttiva CE in materia), dovere imposto anche dal codice di condotta sottoscritto con la Commissione Europea», v. Tribunale di Roma – sez. diritti della persona e imm., ord. 23 febbraio 2020, cit., 43. La sentenza della CGUE cui è fatto riferimento è C-18/18 *Glawischnig-Piesczek*, che ha stabilito che il giudice di uno Stato membro può ordinare a Facebook la rimozione di un contenuto illecito e di altri che appaiano equivalenti, ribadendo al contempo che sui fornitori di servizi di hosting non gravano obblighi generali di sorveglianza sulla liceità dei contenuti. Preme evidenziare, però, che nel caso analizzato dalla Corte di Giustizia la valutazione di illiceità del contenuto proveniva dall'autorità giudiziaria e non era delegata alla piattaforma, onerata unicamente del reperimento di contenuti chiaramente equivalenti, senza la necessità di sforzi interpretativi. In letteratura si veda il commento di M. MONTI, *La Corte di giustizia, la direttiva e-commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, in *MediaLaws*, 3/2019, 1 ss.

per il ruolo giocato dalla comunicazione presidenziale nel sanguinoso assalto alla collina del Campidoglio del 6 gennaio 2021, in cui hanno perso la vita 5 persone³⁰. È seguita la decisione unilaterale di *Twitter* di escludere l'ormai ex presidente Trump dai propri servizi, giustificata, in un apposito comunicato, col solo argomento della violazione di condizioni di servizio e standard di utilizzo interni, come nei già visti casi italiani³¹. L'evento ha innescato una reazione a catena che, in pochi giorni, ha portato all'esclusione dell'ex presidente da tutti i principali *social media*³². Per quanto riguarda *Facebook*, inoltre, la messa al bando dell'ex presidente è stata successivamente confermata dall'*Oversight Board* della piattaforma, con un provvedimento che sarà analizzato nei prossimi paragrafi³³.

È di particolare interesse mettere in relazione l'oscuramento di Trump da parte di *Twitter* con un'altra vicenda con gli stessi protagonisti, sorta da un ricorso del 2017 del *Knight First Amendment Institute* e di alcuni cittadini americani³⁴, bloccati dall'*account* ufficiale del presidente dopo aver espresso dissenso in alcuni commenti. La sentenza della *U.S. District Court for the Southern District of New York*³⁵ che ha chiuso il procedimento, poi confermata in secondo grado³⁶, ha imposto a Trump di riattivare tali *account*, stabilendo che il ripetuto utilizzo del profilo *Twitter* per comunicazioni sull'indirizzo politico del governo da parte dell'ex presidente lo ha reso uno spazio pubblico destinato al dibattito democratico, in cui egli non può silenziare determinate opinioni³⁷.

Il profilo *Twitter* del presidente, dunque, è equiparato dai giudici a un foro pubblico in relazione alla libertà di parola dei cittadini che vi partecipano coi loro commenti, ma viene chiuso dalla piattaforma al pari di qualunque spazio privato del quale il proprietario concede l'uso. Un cortocircuito sulla natura giuridica dei *social media* che, in ottica

³⁰ Si rimanda alle ricostruzioni dei fatti delle redazioni di *New York Times* e *Washington Post*: *U.S. Capitol riot*, in *The New York Times* (online), <https://nyti.ms/2TL1iEY> (20 luglio 2021); *41 minutes of fear: a video timeline from inside the Capitol siege*, in *The Washington Post*, <https://wapo.st/3C2P3oA> (20 luglio 2021).

³¹ *Permanent suspension of @realDonaldTrump*, 8 gennaio 2021, https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension (20 luglio 2021).

³² Cfr. H. DENHAM, *These are the platforms that have banned Trump and his allies*, in *The Washington Post*, 14 gennaio 2021.

³³ Facebook Oversight Board, Case decision 2021-001-FB-FBR, 5 maggio 2021.

³⁴ Per il testo completo del ricorso v. District Court S.D., New York, *Knight First Amendment Institute v. Trump*, No. 1:17-cv-05205 – [Compliant](#), 11 luglio 2017, in *CourtListener.com*, <https://bit.ly/3xnV6AM> (20 luglio 2021).

³⁵ District Court S.D., New York, *Knight First Amendment Institute v. Trump*, No. 1:17-cv-05205 – *Order on motion for Summary Judgment*, 23 maggio 2018, in *CourtListener.com*, <https://bit.ly/3fmoaII> (20 luglio 2021).

³⁶ U.S. Court of Appeals 2nd Circuit, *Knight First Amendment Institute v. Trump*, No. 18-1691-cv, 9 luglio 2019, in *Justia US Law*, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/18-1691/18-1691-2019-07-09.html> (20 luglio 2019).

³⁷ Per dei commenti si vedano *Recent case: Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, in *Harvard Law Review Blog*, 3 giugno 2019, <https://bit.ly/3rGC1bA> (20 luglio 2020); J. ROBERTS, *Trump, Twitter, and the First Amendment*, in *Alternative Law Journal*, 44, 3/2019, 207 ss.; con toni aspramente critici L. BEAUSOLEIL, *Is trolling Trump a right or a privilege? The erroneous finding in Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, in *Boston College Law Review*, 60, 9/2019, 31 ss.

comparata, non può non ricordare le interpretazioni discordanti del ruolo di *Facebook* provenienti da due diverse composizioni del Tribunale di Roma appena viste.

6. I provvedimenti dei giudici americani in *Knight First Amendment Institute v. Trump*

Come già anticipato, a portare di fronte alle corti dello Stato di *New York* il controverso utilizzo di *Twitter* di Trump sono stati sei cittadini americani, coordinati dal *Knight First Amendment Institute* della *Columbia University*, un *think-tank* specializzato nella difesa della libertà d'espressione su internet³⁸. I sei cittadini lamentavano di essere stati "bloccati" dall'*account* del presidente *@realDonaldTrump* dopo aver pubblicato alcuni commenti ostili alle sue politiche in risposta ai suoi *post. Twitter*, infatti, permette ai propri utenti, con un'apposita funzione, di "bloccare" eventuali profili sgraditi. A partire dal momento del blocco, per chi lo subisce non è più possibile visionare, condividere o commentare i *post* dell'*account* che lo mette in atto. I titolari degli *account* bloccati ritenevano che ciò rappresentasse una lesione della propria libertà di parola, poiché il blocco impediva loro di partecipare al dibattito pubblico riguardante le scelte del presidente. In quest'ottica, il profilo *Twitter* del presidente era definito, nel ricorso introduttivo: «a digital town hall in which the President and his aides use the tweet function to communicate news and information to the public, and members of the public use the reply function to respond to the President and his aides and exchange views with one another»³⁹. Il *Knight First Amendment Institute*, dal canto suo, si costituiva in giudizio sostenendo la lesione del proprio diritto ad essere informato, poiché il blocco dei sei utenti lo privava della possibilità di leggere le risposte che essi avrebbero altrimenti pubblicato ai *tweet* di Trump⁴⁰.

I provvedimenti con cui il ricorso è stato accolto in primo grado e in appello si basano su due punti fondamentali, connessi a due dei nodi centrali della giurisprudenza statunitense in materia di *free speech*: l'applicabilità al profilo *Twitter* del Presidente della *public forum doctrine*⁴¹ e la possibilità di ritenere il blocco degli utenti indesiderati protetto dalla *government speech doctrine*⁴².

³⁸ Cfr. <https://knightcolumbia.org/page/about-the-knight-institute> (20 luglio 2020).

³⁹ District Court S.D., New York, *Knight First Amendment Institute v. Trump*, No. 1:17-cv-05205 = [Compliant, cit.](#), 16.

⁴⁰ Ivi, p. 23-24.

⁴¹ La prima enunciazione della *public forum doctrine* risale al 1939, nell'opinione del Giudice O.J. Roberts in *Hague v. Committee for Industrial Organization*; In letteratura possono consultarsi, tra i molti, D.L. HUDSON JR., *Public forum doctrine*, in *The First Amendment Encyclopedia*, 2020, <https://mtsu.edu/first-amendment/article/824/public-forum-doctrine> (21 luglio 2021); R.C. POST, *Between governance and management: the history and theory of the public forum*, in *UCLA Law Review*, 34/1987, 1713 ss.; R.A. HORNING, *The first amendment right to a public forum*, in *Duke Law Journal*, 1969, 931 ss.

⁴² Si vedano, sul tema D.L. HUDSON, *Government speech doctrine*, in *The First Amendment Encyclopedia*, 2020, <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/962/government-speech-doctrine> (21 luglio 2021); J. BLOCHER, *Viewpoint neutrality and government speech*, in *Boston Law Review*, 52/2011, 695 ss.; A. GRAHAM, *The government speech doctrine and its effect on the democratic process*, in *Suffolk University Law Review*, 44, 3/2011, 703 ss.

I giudici americani chiariscono, prima di tutto, che l'*account @realDonaldTrump* non poteva considerarsi semplicemente il profilo privato di Donald Trump⁴³. Infatti, l'utilizzo pervasivo del profilo per comunicare decisioni, provvedimenti e attività del presidente, assieme a diverse dichiarazioni pubbliche in cui lo stesso Trump rivendicava l'*account* come uno degli strumenti di comunicazione ufficiali della sua presidenza⁴⁴, lo avevano reso a pieno titolo uno spazio digitale controllato da pubbliche autorità. Di conseguenza, vi trovavano applicazione gli obblighi in materia di libertà d'espressione imposti al governo dal Primo Emendamento.

Rileva, in particolare, la citata *forum doctrine*, secondo la quale i poteri pubblici non possono impedire la diffusione di determinate idee e opinioni (c.d. *viewpoint discrimination*) in spazi destinati al dibattito e su cui hanno un controllo almeno parziale. La giurisprudenza americana identifica tre tipi di spazi pubblici⁴⁵: i *quintessential public forum*, ossia i luoghi come piazze, parchi e strade, destinati da sempre all'interazione sociale e al libero confronto delle idee; i *designated public forum*, luoghi non destinati per loro natura al dibattito pubblico, ma a cui le autorità, con il loro comportamento, hanno impresso tale destinazione; i *nonpublic forum*, spazi pubblici destinati a scopi diversi dal libero scambio delle idee, e in cui, al contrario che negli altri due casi, non vige il divieto di *viewpoint discrimination*. Secondo i giudici, il profilo *Twitter* di Trump rappresentava un luogo in cui venivano liberamente discusse le dichiarazioni del presidente e le politiche del governo, anche a causa dell'uso come strumento di comunicazione ufficiale che ne veniva fatto. Esso, dunque, nella parte in cui permetteva di commentare – e criticare – i post del presidente, era un *designated public forum* digitale. Il blocco degli *account* dei contestatori è, quindi, illegittimo, risolvendosi in una violazione del divieto per il governo di *viewpoint discrimination*⁴⁶.

I giudici americani, inoltre, sanciscono che il comportamento di Trump non è giustificato dalla *government speech doctrine*, secondo la quale il governo e gli altri poteri pubblici non sono tenuti a garantire neutralità ideologica quando loro membri e impiegati ne comunicano l'indirizzo politico. Ad esempio, se un governo si fa promotore di un impegno bellico, non è obbligato dal Primo Emendamento a diffondere anche messaggi di segno contrario, ma solo a permettere ai privati di farlo⁴⁷. Sul punto, sia il

⁴³ Cfr. District Court S.D., New York, *Knight First Amendment Institute v. Trump*, No. 1:17-cv-05205 – Order on motion for Summary Judgment cit., 9-12.

⁴⁴ Per esempio, nel giugno del 2017, l'allora capo dell'ufficio stampa della Casa Bianca Sean Spicer ha dichiarato che i tweet di Trump dovevano essere considerati «official statements by the President of the United States»; Trump stesso ha definito il suo uso dei social «modern day presidential», v. C.R. WOOTSON JR., *Trump says his tweets are 'modern day presidential.' We checked with other modern-day leaders*, in *The Washington Post*, 2 luglio 2017.

⁴⁵ La Corte Suprema ha enunciato questa tripartizione per la prima volta nel 1983 in *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*. Cfr. ancora D.L. HUDSON JR., *Government speech doctrine*, cit.

⁴⁶ Nelle parole del provvedimento d'appello: «The account was intentionally opened for public discussion when the President, upon assuming office, repeatedly used the Account as an official vehicle for governance and made its interactive features accessible to the public without limitation. We hold that this conduct created a public forum», cfr. U.S. Court of Appeals 2nd Circuit, *Knight First Amendment Institute v. Trump*, cit., 23.

⁴⁷ L'esempio, riportato anche nella sentenza di secondo grado (p. 27), è stato formulato dalla Corte Suprema in *Matal v. Tam* (2017).

provvedimento di primo grado che quello di appello hanno chiarito che le comunicazioni diffuse su Twitter dall'account *@realDonaldTrump* erano di certo *government speech*, e, dunque, potevano essere orientate verso un punto di vista parziale. Lo spazio riservato ai commenti da parte degli utenti, però, non può essere considerato *government speech*, essendo, al contrario, un *forum* pubblico in cui i partecipanti manifestano liberamente il proprio pensiero, con contenuti non provenienti dal governo e, anzi, spesso aspramente critici con quest'ultimo. L'*account* presidenziale era tenuto a preservare l'integrità di quello spazio democratico, senza poter intervenire con discriminazioni basate sul contenuto. Le prerogative garantite dall'esercizio del *government speech* si esaurivano al momento della diffusione dei *tweet* dell'*account* presidenziale, senza permettere di filtrare l'accesso all'area dei commenti. Il blocco degli *account* dei ricorrenti, quindi, appare illegittimo anche da questo punto di vista⁴⁸.

La vicenda giudiziaria ha avuto fine nell'aprile del 2021, quando la Corte Suprema, di fronte alla quale era stato impugnato il provvedimento d'appello, ha dichiarato venuto meno l'interesse alla decisione del caso, non essendo Trump più presidente né presente su *Twitter*⁴⁹.

7. La messa al bando di Trump dalle piattaforme e la decisione dell'Oversight Board di Facebook

È circostanza nota che i fatti di *Capitol Hill* siano stati fomentati dall'uso dei *social network* fatto da Trump nei mesi precedenti. Il 6 gennaio 2021, centinaia di manifestanti trumpiani hanno vandalizzato per ore il palazzo del Congresso degli Stati Uniti, con l'obiettivo di interrompere le attività di deputati e senatori che, in seduta comune, stavano ratificando i risultati delle elezioni del 3 novembre 2020, vinte dal democratico Joe Biden. Come già detto, cinque persone hanno perso la vita negli scontri⁵⁰. Tali violente manifestazioni hanno rappresentato il culmine di una lunga campagna di delegittimazione del processo elettorale da parte di Trump. Per citare solo un episodio, il 19 dicembre 2020 l'ex presidente twittava, con toni di velata minaccia: «Big protest in D.C. on January 6th. Be there, will be wild!»⁵¹.

La comunicazione di Trump ha avuto un ruolo centrale nel corso della stessa giornata del 6 gennaio, in cui l'ex presidente ha, prima, in un comizio tenutosi in mattinata, incitato i suoi sostenitori a proseguire con la protesta e bloccare i lavori del Congresso, e, in seguito, diffuso sui social network messaggi ambigui, senza mai esplicitamente condannare quanto avveniva. In un video trasmesso durante l'assalto al Campidoglio, ad esempio, Trump si rivolgeva ai suoi supporter con le parole «We love

⁴⁸ Cfr. U.S. Court of Appeals 2nd Circuit, *Knight First Amendment Institute v. Trump* cit., 27 ss.

⁴⁹ U.S. Supreme Court, *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 5 aprile 2021.

⁵⁰ V. ancora *U.S. Capitol riot*, cit. e *41 minutes of fear*, cit.

⁵¹ D. BARRY, S. FRENKEL, "Be there. Will be wild!": Trump all but circled date, in *The New York Times*, 6 gennaio 2021.

you. You're very special» pur invitandoli a «go home and go home in peace»⁵². Due ore dopo, quando la situazione cominciava a tornare sotto il controllo delle forze dell'ordine, l'ex presidente diffondeva sui social un messaggio che pareva celebrare quanto accaduto: «These are the things and events that happen when a sacred landslide election victory is so unceremoniously & viciously stripped away from great patriots who have been badly & unfairly treated for so long. Go home with love & peace. Remember this day forever!»⁵³.

Il giorno successivo, considerando le azioni di Trump sui *social media* troppo pericolose in vista del passaggio di consegne al nuovo presidente, in programma a Washington il 20 gennaio, *Twitter* ha oscurato l'account *@realDonaldTrump*. In pochi giorni, tutte le principali piattaforme hanno fatto lo stesso, e *Parler*, un *social network* disposto a diffondere le comunicazioni del presidente, è stato cancellato dagli *app store* di *Google*, *Apple* e *Amazon*⁵⁴.

Come già accennato, appaiono significative le motivazioni addotte da *Twitter* nel comunicato con cui ha informato il pubblico dell'esclusione di Trump⁵⁵. Il *social network* giustifica la decisione analizzando gli ultimi *tweet* dell'ex presidente unicamente in base alle proprie regole interne: l'*account* di Trump è oscurato perché ha veicolato contenuti contrari alle *policy* in materia di incitamento e glorificazione della violenza. Il documento contiene alcuni riferimenti generici allo scenario politico di particolare tensione che caratterizzava quella delicata fase istituzionale, mentre non sono minimamente prese in considerazione le norme statali e sovranazionali in materia di libertà d'espressione⁵⁶. Pare d'intendere, una volta ancora, che per la piattaforma il rapporto con l'utente sia regolato unicamente da termini e condizioni stipulati al momento dell'iscrizione, anche qualora si tratti di un utente con un ruolo privilegiato nel dibattito pubblico o addirittura, com'era il caso di Trump, di un capo di stato.

Da questo punto di vista, è parimenti degna d'analisi la messa al bando a tempo indeterminato di Trump da *Facebook* ed *Instagram*, decisa poche ore dopo quella da *Twitter*. I *social* di Mark Zuckerberg, infatti, hanno sottoposto la decisione al controllo dell'*Oversight Board* interno concepito nel 2018 e operativo dal 2020⁵⁷. Com'è noto, si tratta di un organo composto da esperti scelti dalla piattaforma, destinato a operare come revisore di seconda istanza nell'attività di *content moderation*, al fine di migliorarne

⁵² V. ad esempio il resoconto di A. PETRI, *We love you. You're very special. Go home*, in *The Washington Post*, 7 gennaio 2021.

⁵³ V. ancora *U.S. Capitol riots cit.*

⁵⁴ H. DENHAM, *These are the platforms that have banned Trump and his allies*, cit.; R. MENICHINI, *USA, scompare l'app dei fan di Trump: Parler è offline*, in *la Repubblica*, 11 gennaio 2021.

⁵⁵ *Permanent suspension of @realDonaldTrump*, cit.

⁵⁶ «Due to the ongoing tensions in the United States, and an uptick in the global conversation in regards to the people who violently stormed the Capitol on January 6, 2021, these two Tweets must be read in the context of broader events in the country and the ways in which the President's statements can be mobilized by different audiences, including to incite violence, as well as in the context of the pattern of behaviour from this account in recent weeks. After assessing the language in these Tweets against our Glorification of Violence policy, we have determined that these Tweets are in violation of the Glorification of Violence Policy and the user @realDonaldTrump should be immediately permanently suspended from the service» *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. <https://oversightboard.com/> (24 luglio 2021).

l'efficacia e l'aderenza a regole e valori proclamati dal *social*. La sua creazione è stata accompagnata da polemiche e discussioni, posta la funzione para-giurisdizionale che sembra esercitare in seno a *Facebook*, che gli è valsa l'appellativo di "corte suprema" della piattaforma⁵⁸.

Il *Board* di esperti ha confermato la decisione del *social*, considerando l'esclusione di Trump giustificata dal suo comportamento su *Facebook* nei mesi precedenti⁵⁹. Una volta ancora, i parametri normativi presi a riferimento sono le Condizioni d'Uso e gli Standard della Comunità. Oltre ad essi, il provvedimento del *Board* fa riferimento ai *Guiding Principles on Business and Human Rights* delle Nazioni Unite⁶⁰ e ad alcuni strumenti internazionali per la tutela dei diritti umani, come l'*International Covenant on Civil and Political Rights*, in virtù del fatto che la stessa *Facebook* ha manifestato la volontà di aderirvi in un'apposita *policy* interna⁶¹. È la stessa piattaforma, dunque, a riconoscere la validità, nel proprio sistema di norme, di alcuni accordi internazionali in materia di diritti umani, con una condotta che non può non ricordare quella degli stati nazionali riguardo ai trattati con cui si obbligano. Dal *corpus* normativo che il *Board* prende in considerazione sono escluse, invece, le fonti legali dell'ordinamento statunitense, a cominciare dal Primo Emendamento, mai menzionate nella pronuncia. È significativo notare come un'obiezione sul tema formulata dall'*American Center for Law and Justice*, un *think-tank* conservatore intervenuto a difesa di Trump nel procedimento di fronte al *Board*, che nei propri scritti aveva invitato quest'ultimo a «defer to American law in this appeal», sia stata totalmente ignorata dalla decisione⁶².

8. Il problema della natura giuridica dei social network e del loro rapporto con gli utenti ai due lati dell'Atlantico

Le vicende che hanno visto contrapposti, in Italia e negli Stati Uniti, alcuni tra i principali *social network* a soggetti aventi un chiaro rilievo politico – in un caso, addirittura il presidente in carica – sono legate da un comune filo conduttore: il problema della natura delle piattaforme e del loro rapporto con gli utenti. All'apparenza, la risposta è chiara: si tratta di società multinazionali di diritto privato il cui rapporto con gli utenti è regolato dal contratto cui questi aderiscono al momento dell'iscrizione. Nella pratica,

⁵⁸ V. ad esempio D. CASATI, M. PENNISI, *La corte suprema di Facebook: chi sono le 20 personalità che hanno deciso sul bando di Trump*, in *Corriere della Sera*, 29 maggio 2021; A. ROBERTSON, *Go read about how Facebook's pseudo-Supreme Court come together*, in *The Verge*, 12 febbraio 2021, <https://www.theverge.com/2021/2/12/22280003/facebook-oversight-board-supreme-court-feature-new-yorker> (24 luglio 2021).

⁵⁹ V. *Facebook Oversight Board*, Case decision 2021-001-FB-FBR, cit., 5 maggio 2021.

⁶⁰ UNITED NATIONS, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, 2011.

⁶¹ *Facebook corporate human rights policy*, 16 marzo 2021, <https://about.fb.com/news/2021/03/our-commitment-to-human-rights/> (20 luglio 2021).

⁶² Nonostante la decisione del Board, nel dar conto delle difese di Trump, riporti la richiesta dell'*American Centre for Law and Justice* (p. 17), la parte motiva la ignora e non prende mai in considerazione il diritto statunitense, senza motivare sul punto.

però, lo scenario è fortemente complicato dall'impatto dei *social network* sulla libertà d'espressione, che porta a dubitare che la disciplina contrattuale sia sempre lo strumento idoneo a dirimere i conflitti che possono sorgere al loro interno.

Pur nella diversità delle soluzioni, tutti i provvedimenti giudiziari fin qui analizzati trasmettono consapevolezza di questo problema. Le due ordinanze del Tribunale di Roma sulla messa al bando da *Facebook* di CasaPound e Forza Nuova sono giunte a conclusioni diametralmente opposte su vicende sostanzialmente identiche. Nel caso di CasaPound, i giudici di ambo i gradi di giudizio hanno affermato che *Facebook* ha assunto, nella comunicazione contemporanea, un ruolo tale da non poter più essere considerato un semplice ente di diritto privato. In quest'ottica, la tutela della libera manifestazione del pensiero e del pluralismo dei partiti politici deve rientrare nel suo rapporto con gli utenti, fungendo da limite all'autonomia privata.

Il giudice cautelare che ha deciso sul ricorso di Forza Nuova, invece, ha preso una via differente, affermando che la piattaforma ha il diritto di risolvere il rapporto con gli utenti in base alla violazione delle proprie regole interne. Si deve sottolineare, però, che l'ordinanza ha specificato che il comportamento di *Facebook* è stato non solo legittimo, ma anche dovuto, poiché imposto da un'ampia serie di norme interne, comunitarie ed internazionali. Si tratta di norme, anche d'ambito penale, volte al contrasto della discriminazione razziale e del fenomeno neofascista, in larga parte concepite per contesti radicalmente differenti da quello dei *social network*. L'ordinanza, quindi, pare attribuire a Facebook il compito di interpretare un quadro normativo ampio e complesso e mettere in atto in autonomia un'attività di natura sostanzialmente censoria. Anche in questo caso è riconosciuto al *social network* uno status di "specialità" derivante dalla posizione di preminenza assunta nel mercato dell'informazione⁶³. La differenza radicale rispetto ai provvedimenti che hanno deciso per la riammissione di CasaPound sta nelle conseguenze derivanti da tale status. L'ordinanza che ha confermato il bando di Forza Nuova, infatti, pare riconoscere al *social* una funzione di regolatore privato, che, nella sua attività di *content moderation*, assicura il rispetto, allo stesso tempo, delle proprie regole interne e di una pluralità di norme, nazionali e internazionali.

I provvedimenti con cui i giudici statunitensi hanno risolto la controversia tra Trump e il *Knight First Amendment Institute* si basano su presupposti differenti⁶⁴. In tale contesto, infatti, la tutela del *free speech* viene in rilievo per l'uso fatto dal presidente del suo *account*, che porta a qualificare come foro pubblico l'area dedicata ai commenti e alle risposte ai suoi *post*, con conseguente divieto di *viewpoint discrimination*. La centralità di *Twitter* nel dibattito politico rileva solo indirettamente, e non basta da sola per riconoscere particolare tutela ai contenuti diffusi sulla piattaforma: l'*account Twitter* di Trump è considerabile un *designated public forum* solo in ragione del controllo esercitato su di esso dall'ex presidente, che rende applicabile la protezione del Primo

⁶³ Cfr. anche le considerazioni di C. MELZI D'ERIL, G. E. VIGEVANI, *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook*, cit.; S. PIVA, *Facebook è un servizio pubblico?*, cit.; O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova*, cit.

⁶⁴ Si vedano i commenti sul punto di A. VIGORITO, *Piattaforme digitali e "political speech"*, cit.; G. CASSANO, *L'ostracismo nell'era digitale. Il caso Trump, la cacciata dal social media ed il diritto positivo*, in *Penale Diritto e Procedura*, 2021, <https://bit.ly/3ygULko> (21 luglio 2021).

Emendamento. La questione si riconnette all'efficacia unicamente verticale del *Bill of Rights* della Costituzione americana, che, com'è noto, in base alla *state action doctrine* impone obblighi solamente in capo alle autorità pubbliche nelle loro relazioni con i privati⁶⁵.

Da questo punto di vista, la decisione delle piattaforme social di escludere Trump pone molti meno problemi nell'ordinamento americano di quella di *Facebook* di escludere CasaPound e Forza Nuova nell'ordinamento italiano. Infatti, la concezione rigida dell'applicazione verticale del Primo Emendamento che caratterizza la giurisprudenza statunitense⁶⁶, peraltro riconfermata anche da recenti sentenze riguardanti lo scenario digitale⁶⁷, rende più facilmente accettabile che una piattaforma, quale ente privato, escluda dai propri servizi un utente in base alla sola violazione delle regole contrattuali. Per gli stessi motivi, appare difficilmente esportabile negli Stati Uniti il ragionamento con cui i giudici cautelari italiani, pur con esiti pratici opposti, hanno attribuito a *Facebook* responsabilità ulteriori rispetto a un semplice privato a tutela della libertà d'espressione.

Certamente, l'esito finale, come già detto, non può non apparire paradossale: il *social network* è considerato *forum* pubblico sotto il controllo del governo quando il presidente, con il proprio *account*, blocca alcuni utenti, ma conserva il potere squisitamente privato di chiudere unilateralmente quello stesso *account e forum*⁶⁸. Potere privato che magari esercita, paradosso nel paradosso, con meccanismi di decisione interna che imitano il ricorso giurisdizionale, ma ignorando la normativa nazionale di riferimento, com'è stato il caso di *Facebook*.

Questo corto circuito sulla natura legale dei *social network* è stato rilevato, peraltro, anche nella decisione con cui la Corte Suprema ha dichiarato non più attuale la causa tra Trump e il *Knight First Amendment Institute*. Justice Clarence Thomas, infatti, il membro della Corte con la maggior anzianità di servizio, in quell'occasione ha depositato una *concurring opinion*, evidenziando la necessità di elaborare uno statuto delle piattaforme rispettoso della loro natura di operatori privati, ma al contempo in grado di rispondere in

⁶⁵ Cfr. *ex multis* S. JAGGI, *State action doctrine*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2017, <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e473> (20 luglio 2021); T. PERETTI, *Constructing the State Action Doctrine, 1940–1990*, in *Law & Social Inquiry*, 35, 2/2010, 273 ss.

⁶⁶ Sul tema della differente sensibilità, tra Europa e Stati Uniti, in materia di “effetto orizzontale” dei diritti fondamentali, e in particolare della libertà di parola, cfr. O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 3/2018, 1-4.

⁶⁷ Vengono in rilievo la sentenza dell'US Court of Appeals 9th Circuit, *Prager University v. Google and Youtube*, 26 febbraio 2020, secondo la quale l'attività di moderazione dei contenuti da parte di Youtube non ricade nell'ambito protettivo del Primo Emendamento, in ragione della natura privata della piattaforma, e la pronuncia della US Supreme Court, *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 17 giugno 2019, che ha negato che a un distributore di servizi televisivi pubblici si applichi il Primo Emendamento.

⁶⁸ E' quanto evidenzia anche Justice Thomas nella sua *concurring opinion* a U.S. Supreme Court, *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, cit., 5 aprile 2021, par. 1: «it seems rather odd to say that something is a government forum when a private company has unrestricted authority to do away with it».

maniera efficace alle sfide sempre più frequenti in materia di libertà d'espressione⁶⁹. In tale sede, Justice Thomas ha ipotizzato l'applicazione alle piattaforme delle norme in materia di c.d. *common carriers* (trasporti pubblici, fornitori di servizi telefonici, ecc.) o di *public accomodation* (strutture che forniscono servizi al pubblico generale), entrambe discipline che, posto l'interesse generale attorno ai servizi offerti, comprimono il potere dei soggetti interessati di escludere gli utenti in maniera discriminatoria⁷⁰.

9. Alcuni spunti conclusivi

Dall'analisi fin qui condotta, emerge come in due ordinamenti molto diversi dal punto di vista della libertà d'espressione, come quello italiano e quello statunitense⁷¹, sorgano, pur con percorsi differenti, attriti simili al momento di definire i limiti che è possibile imporre alla comunicazione politica sulle piattaforme social e la natura giuridica del rapporto tra quest'ultime e i loro utenti.

Da un lato, è indubbia la necessità di trovare formule idonee ad estendere allo scenario digitale le restrizioni imposte, in varia misura, alla libertà di manifestazione del pensiero dagli ordinamenti democratici, alla luce dei pericoli connessi alla propagazione sui social di discorsi d'odio o di incitamento alla violenza, resi particolarmente evidenti, da ultimo, dai fatti di *Capitol Hill*. Dall'altro lato, la delicatissima operazione di filtrare i contenuti sulle piattaforme non può essere lasciata nelle sole mani di quest'ultime. Infatti, affidare un'operazione di natura sostanzialmente censoria a società multinazionali di diritto privato sottoporrebbe l'esercizio della libertà di parola, uno dei diritti primari di ogni società democratica, a un sistema di norme parallelo, basato sui regolamenti interni delle reti sociali. Allo stesso modo, onerare le piattaforme dell'applicazione, nella loro attività di *content moderation*, dei limiti legali alla libertà d'espressione, magari rendendole pienamente responsabili per i contenuti che gli utenti diffondono, non può essere la soluzione, posto l'evidente rischio di abusi censori per il timore di incorrere in sanzioni e le conseguenze in materia di *chilling effect* che ciò provocherebbe⁷².

La soluzione, probabilmente, sta nel riconoscere che la tradizionale distinzione tra soggetto di diritto privato e di diritto pubblico nel caso delle piattaforme è destinata ad attenuarsi, e che un fenomeno di tale dirompente novità necessita dell'elaborazione di

⁶⁹ Per un commento v. M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE online*, 1/2021.

⁷⁰ Cfr. ancora U.S. SUPREME COURT, *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 5 aprile 2021.

⁷¹ Tra i molti contributi sul tema, si rimanda, per il focus sullo scenario digitale, a O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in O. POLLICINO, G. PITRUZZELLA, S. QUINTARELLI, *Parole e Potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

⁷² Sulle criticità sollevate dalla delega in mani private di attività censoria tramite le operazioni di *content moderation* delle reti sociali si vedano, tra gli altri: D. KELLER, *Making Google the censor*, in *The New York Times*, 12 giugno 2017, e M. MONTI, *Privatizzazione della censura e internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2019, 35 ss.

soluzioni giuridiche altrettanto nuove⁷³. In quest'ottica, i provvedimenti giudiziari analizzati in precedenza si muovono nella giusta direzione, quando riconoscono, pur in modi profondamente diversi, uno status di "specialità" delle reti sociali. Compito del diritto, negli anni a venire, sarà quello di elaborare un quadro normativo che, prendendo atto di questa specialità, tuteli al contempo le prerogative delle piattaforme e i diritti dei loro utenti. Questo anche al fine di fornire alle corti un sistema di norme coerente ed evitare, in futuro, che vicende simili siano risolte da uno stesso Tribunale in modo palesemente difforme, come avvenuto in Italia nei casi di CasaPound e Forza Nuova.

Da questo punto di vista, si indicano, in conclusione, due possibili proposte, con la consapevolezza che l'elaborazione scientifica sul tema è appena agli inizi e che sull'argomento c'è sicuramente spazio per ulteriore approfondimento e discussioni future. In primo luogo, ribadita la necessità di evitare ogni forma di delega totale alle piattaforme, è doveroso prendere atto che qualsiasi procedura di *content moderation* che ambisca ad avere la minima efficacia dovrà basarsi su forme di coregolazione e partenariato con le piattaforme, magari con l'introduzione, come autorevolmente argomentato, di un'apposita Autorità indipendente⁷⁴. È un'ipotesi cui, in ogni caso, bisogna guardare con particolare attenzione, e attorno alla quale andrebbe disegnata una stringente cornice normativa, vista l'inevitabile attività censoria che implica. In secondo luogo, si potrebbe mettere mano alla stessa architettura dei social, limitando nel tempo e nello spazio la possibilità, oggi senza freni, di condivisione di post e contenuti, in modo da rendere più difficile la propagazione incontrollata di messaggi illeciti⁷⁵. Intervento, quest'ultimo, che avrebbe anche il pregio di essere neutro dal punto di vista del contenuto, riguardando la sola struttura tecnica delle reti sociali. Anche in questo caso, l'approccio più efficace dovrebbe passare per accordi con le piattaforme, magari stipulati a livello internazionale, più che per l'imposizione in via legislativa della modifica. Ciò anche alla luce della difficoltà di applicare discipline intrinsecamente territoriali a realtà economiche che fanno dell'immaterialità e dell'universalità dei servizi che offrono una delle loro caratteristiche principali.

⁷³ Fa la stessa considerazione Justice Thomas, nella concurring opinion in *Biden v. Knight First Amendment Institute*, cit.: «I write separately to note that this petition highlights the principal legal difficulty that surrounds digital platforms – namely, that applying old doctrines to new digital platforms is rarely straightforward».

⁷⁴ La proposta, riferita al contrasto alla diffusione di fake news, di istituire tal genere di autorità indipendente è di G. PITRUZZELLA, *La libertà d'informazione nell'era di Internet*, in O. POLLICINO, G. PITRUZZELLA, S. QUINTARELLI, *Parole e Potere*, cit.; essa è ripresa da S. FOÀ, *Pubblici poteri e contrasto alle fake news. Verso l'effettività dei diritti aletici?*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 258-259; contra N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 1/2018, 15 ss.

⁷⁵ Si tratta di una proposta simile a quella avanzata da S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

NUOVE VIE COSTITUZIONALI (COMPARATE) PER PROMUOVERE I
DIRITTI DEI MINORI NELLA DISCIPLINA DELLE NUOVE TECNOLOGIE*

DOMENICO ROSANI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’Austria e la sua legge costituzionale sui diritti dei bambini. – 3. La Germania e i recenti tentativi di introdurre i diritti dei minori nella Legge fondamentale. – 4. L’Italia: alcune previsioni specifiche per i minori e la generale vigenza dei diritti fondamentali. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il mio intervento si occupa di come meglio promuovere i diritti dei minori nella regolazione delle nuove tecnologie. Non serve infatti dimostrazione – ma, volendo, sul punto si trovano autorevoli ricerche empiriche¹ – che i minori sono centrali attori in tal contesto. Internet, in particolare, ha aperto nuove, cruciali vie ai minori per realizzare i propri diritti: comunicando con i propri coetanei, organizzandosi, e assumendo così un importante ruolo sociale (si pensi, in ultimo, ai *Fridays for Future*); trovando informazioni, coltivando i propri interessi, approfondendo questioni lontano dallo sguardo degli adulti; e realizzando, in vari termini e ambiti, la propria personalità.

* Il presente contributo mantiene volutamente un tono discorsivo, arricchito di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in riferimento a specifiche questioni.

¹ Si v. in particolare l’ampio progetto di ricerca internazionale «EU Kids Online», coordinato dalla *London School of Economics and Political Science*. Molto attive in materia sono pure, tra le altre, l’Università di Leiden (Paesi Bassi), con il suo Department of Child Law, e l’Università di Gent (Belgio).

Evidenti sono, al contempo, gli importanti rischi presenti: alcuni di questi sono pericoli preesistenti, ora ‘trasmigrati’ in Rete. Si pensi al cyberbullismo, equivalente digitale delle condotte di bullismo dal vivo. Altri rischi sono invece sorti *ex novo*, in conseguenza dello sviluppo delle tecnologie. Un esempio tra tanti, in quanto proprio in questi mesi più volte oggetto di trattazione dalla Cassazione, è il *sexting*, ovvero lo scambio consensuale di immagini intime autoprodotte dai minori. È pedopornografia? Oppure una legittima esplicitazione dell’autonomia sessuale dei minori? Sul punto le opinioni divergono – e con esse pure le decisioni della Cassazione, che ha recentemente affidato la questione alle sue sezioni unite².

Questa introduzione per inquadrare l’analisi che subito seguirà, più prettamente normativa. Mi chiedo infatti: come assicurare che i diritti dei minori, e in generale la loro situazione, trovino giusta considerazione al momento della regolazione delle nuove tecnologie?

Rivelo subito la mia posizione. Spero di non privare così l’intervento di ogni rimanente *suspence*, ma penso sia onesto esprimere fin dall’inizio il mio pensiero, il quale – volente o nolente – costituisce l’angolo prospettico da cui analizzerò il tema.

Per assicurare che i diritti dei minori vengano considerati strutturalmente nel procedimento decisionale pubblico, e non *una tantum*, trovo sia d’aiuto una previsione espressamente loro dedicata nella costituzione di un Paese. È vero che i minori, godendo di personalità giuridica, già possiedono ogni diritto fondamentale che non richieda il raggiungimento di una determinata soglia d’età. (In sostanza, essi godono di ogni diritto fondamentale, salvo il diritto di voto e – con limitate eccezioni – il diritto di unirsi in matrimonio o unione civile)³. A mio parere, è però pure il caso che, se non vengono considerati specificamente, i diritti e le specificità dei minori rischiano di perdersi nel *mare magnum* dei diritti.

A parole, tutti vogliono tutelare i minori; rispettare i loro diritti; metterli al centro dell’azione pubblica. Ma quante volte, approvando un disegno di legge che non li riguardasse esclusivamente, è stato effettivamente considerato in che misura esso andrà a incidere sui minori? Quante volte, nel processo legislativo, è stata ascoltata l’opinione dei minori, tramite indagini o l’audizione di una loro rappresentanza? Quante volte si è dato luogo a una seria valutazione *ex post* dell’incidenza degli atti normativi e delle politiche pubbliche sulla posizione dei minori, come viene incessantemente richiesto da autorevoli attori internazionali?⁴

² CORTE CASS., ord. 22 aprile – 1° luglio 2021, n. 25334/2021, in *iusexplorer*. Sul tema, ancora poco trattato nella dottrina italiana, si permetta di fare riferimento a D. ROSANI, *Cessione di immagini pedopornografiche autoprodotte (‘selfie’): la Cassazione rivede la propria lettura dell’art. 600-ter c.p.*, in *Sistema penale*, 4 dicembre 2020; e ID., *The Increasing Recognition of Child Rights by European Constitutions and its Relevance for the Criminal Regulation of Sexting*, in P. CZECH, L. HESCHL, K. LUKAS, M. NOWAK, G. OBERLEITNER (a cura di), *European Yearbook on Human Rights 2020*, Cambridge, 2020, 349 ss.

³ Sul tema delle soglie di età molto istruttiva è una ricerca giuridico-empirica dell’AGENZIA DELL’UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *Mapping minimum age requirements concerning the rights of the child in the EU*, 2017 -<https://fra.europa.eu/en>.

⁴ Tra i vari, si v. UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, par. 1)*, CRC/C/GC/14,

Di certo non è accaduto, per apportare un esempio inerente alle tecnologie, in occasione dell'approvazione nel 2019 dell'art. 612-ter del codice penale. L'introduzione del reato di «diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti» era da lungo tempo necessaria nell'ordinamento giuridico italiano, per tutelare adeguatamente coloro i cui video intimi, realizzati volontariamente, fossero stati diffusi illecitamente. Ma certo la sua approvazione quasi nottetempo, in seguito all'ennesimo allarme sociale sul punto, non è stata latrice di un'adeguata ponderazione del tema. Difettosa ponderazione che si può notare, purtroppo, in riferimento a una varietà di questioni. In particolare, stupisce che nei cinque commi della disposizione non si rinvenga nessun riferimento ai minori di età. La disposizione tratta della c.d. *revenge pornography* in termini unitari, a prescindere che i materiali illecitamente diffusi siano di un adulto o di un minore. La diffusione non voluta di un video intimo, tuttavia, presenterà di regola conseguenze più penetranti e deleterie sulla psiche e la posizione sociale di un (una) quattordicenne, rispetto a un (una) quarantenne. Non si vuole in nessun modo svalutare la gravità della seconda situazione: ma certo colpisce che delle cinque aggravanti presenti, nessuna aumenti la pena qualora vittima del reato sia un minore di età. (Le aggravanti presenti fanno riferimento a fatti commessi dal coniuge, da persona legata da relazione affettiva alla vittima, oppure commessi attraverso strumenti informatici o telematici; la pena viene inoltre aggravata qualora i fatti vengano commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica, oppure di una donna in stato di gravidanza)⁵.

Impegnare esplicitamente in costituzione il decisore pubblico a rispettare e promuovere i diritti dei minori imporrebbe di prestare specifica attenzione alla loro situazione. Cruciale rilievo andrà riconosciuto in tal contesto al diritto del minore a vedere ascoltata e considerata la propria opinione. Previsto all'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del minore⁶ (di seguito: Convenzione ONU), tale diritto costituisce infatti uno

29 maggio 2013, par. 23, 31 e 35. È il c.d. «child rights impact assessment», da svolgersi sia precedentemente che successivamente all'adozione di innovazioni legislative o politiche. In sostanza, si tratta di una trasposizione del ciclo di Deming (o ciclo di Shewhart) per il miglioramento della qualità dei processi. Esso richiede di pianificare attentamente l'azione, procedere con essa, verificarne gli effetti e quindi implementare le correzioni necessarie (da cui anche l'acronimo PDCA: «Plan-Do-Check-Act»).

⁵ La stupefacente assenza di un'aggravante relativa alla minore età è stata notata anche da G. M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 2088. L'autore osserva come il legislatore potrebbe aver ritenuto la normativa di contrasto alla pedopornografia sufficiente per tutelare gli adolescenti, la categoria probabilmente più esposta al «revenge porn». Giustamente Caletti osserva come tale normativa sarà tuttavia difficilmente applicabile ai materiali autoprodotti, e come pure la clausola di sussidiarietà dell'art. 612-ter c.p. («Salvo che il fatto costituisca più grave reato») difficilmente potrà trovare applicazione. In definitiva, pure la diffusione di materiali intimi autoprodotti dal minore sarà da ricondursi all'art. 612-ter, subendo pertanto lo stesso trattamento previsto per gli adulti.

⁶ Utilizzo tale rubrica, invece che quella della legge italiana di ratifica (Convenzione sui diritti *del fanciullo*). Non solo tale ultima rubrica ha un sapore – a mio parere – tanto letterario quanto paternalistico, ma trattare di «fanciulli» rischia di far perdere di vista il carattere giuridico della Convenzione. Questa non è una «dichiarazione d'amore», bensì un testo vincolante per l'Italia e per gli ulteriori 195 Paesi parte, nonché pure – in quanto parte dei principi generali del diritto dell'Unione *ex art. 6 c. 3 TUE* – per l'Unione europea. A parti della Convenzione va inoltre riconosciuto carattere di diritto internazionale consuetudinario. (L'immagine della «dichiarazione di amore» è di E. VERHELLEN, *The Convention on the Rights of the Child*, cit., 52, in W. VANDENHOLE, E. DESMET, D. REYNAERT, S. LEMBRECHTS (a cura di), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London/New York, 2015, 46 s.).

dei quattro principi cardine del trattato. Esso va riferito a ogni questione che, anche latamente, riguardi i minori: non soltanto individualmente, ma pure quale categoria sociale, e pure in riferimento a situazioni che abbiano rilievo soltanto indiretto per i minori⁷.

Un esempio a riguardo si rinviene nella Carta per i diritti fondamentali dell'Unione europea. Questa dedica due intere disposizioni ai minori: l'art. 24 si riferisce ai «diritti del bambino» in generale, mentre l'art. 32 concerne il «divieto del lavoro minorile e [la] protezione dei giovani sul luogo di lavoro». Prima di procedere con la trattazione vorrei ricordare la prima disposizione, che in vari termini costituisce un punto di riferimento per le relative discussioni scientifiche e soprattutto politiche⁸:

«1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.

3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse»

Art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ora procederò (finalmente!) a una panoramica ricognizione della presenza di disposizioni sui minori nelle costituzioni di Austria, Germania e Italia. Tali Paesi non sono chiaramente rappresentativi dell'intero quadro continentale europeo, ma i diversi approcci ivi presenti bene esprimono le questioni cardine del tema, gli aspetti a favore, e quelli che invitano a maggiore prudenza. Per chi volesse approfondire la questione, sono state pubblicate negli anni rade ma autorevoli ricerche sul punto⁹; e altre sono in fase di pubblicazione proprio in questi mesi, indicative di una rinnovata attenzione scientifica, a livello internazionale, per il tema¹⁰.

⁷ In tal senso, autorevolmente, UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General comment No. 12. The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12, 20 luglio 2009, par. 9; e L. LUNDY, J. TOBIN, A. PARKES, *Article 12*, in J. TOBIN (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, Oxford, 2019, 402 s., 409 s., 433.

⁸ Un altro centrale punto di riferimento per tali dibattiti è chiaramente la Convenzione ONU sui diritti del minore, a cui lo stesso art. 24 della Carta dei diritti fondamentali si ispira.

⁹ Si v. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the protection of children's rights: International standards and domestic constitutions*, opinion 713/2013, 3 aprile 2014, 16 ss.; C. O'MAHONY, *Constitutional Protection of Children's Rights: Visibility, Agency and Enforceability*, in *Human Rights Law Review*, 2019, 401 ss.; J. TOBIN, *Increasingly Seen and Heard. The Constitutional Recognition of Children's Rights*, in *South African Journal on Human Rights*, 2005, 86 ss. Un altro studio ha invece esaminato la correlazione tra l'approccio di un determinato Paese ai tre capisaldi della Convenzione (le c.d. «tre P»: *protection, provision, participation*) e il suo posizionamento nell'indice di sviluppo umano redatto dall'ONU: J. HABASHI, S. T. DRISKILL, J. H. LANG, P. L. DEFALCO, *Constitutional Analysis: A Proclamation of Children's Right to Protection, Provision, and Participation*, in *International Journal of Children's Rights*, 2010, 267 ss.

¹⁰ Si v. in particolare J. SLOTH-NIELSEN (a cura di), *Constitutionalisation of Children's Rights*, Cambridge, 2021, e U. KILKELLY, L. LUNDY, B. BYRNE (a cura di), *Incorporating the UN Convention on*

L'analisi è di carattere preminentemente normativo. Certo, esplorare un testo giuridico in assenza di una più profonda analisi del quadro sociale e culturale vigente fornisce un'immagine solo parziale dell'ordinamento nella sua reale esplicazione. Già una tale ricognizione pare tuttavia offrire un importante spaccato della diversa considerazione dei minori nel dibattito giuridico e scientifico dei tre Paesi, ed offrire così – spero – alcuni spunti di riflessione.

2. *L'Austria e la sua legge costituzionale sui diritti dei bambini*

Comincio questa breve panoramica trattando della Repubblica austriaca. Per lungo tempo, essa non ha presentato pressoché alcuna disposizione costituzionale sui minori. Una decina di anni fa, tuttavia, ai minori è stata dedicata un'apposita legge costituzionale, facendo oggi dell'Austria un centrale punto di riferimento per ogni trattazione del tema in ambito continental-europeo.

L'impianto costituzionale austriaco è piuttosto complesso. Accanto alla Costituzione federale (*Bundes-Verfassungsgesetz*) e alle leggi costituzionali (*Bundesverfassungsgesetze*) vi sono infatti singole disposizioni e trattati internazionali a cui viene riconosciuto rango costituzionale (c.d. *Verfassungsbestimmungen* e *Staatsverträge im Verfassungsrang*). Questa ricognizione è necessaria in quanto la Costituzione federale enuncia un novero estremamente limitato di diritti fondamentali. Questi vanno pertanto ricercati nella Legge fondamentale del 1867 sui diritti dei cittadini¹¹, in diverse leggi o disposizioni costituzionali dedicate a specifici aspetti (ad es. la libertà personale, o la tutela dei dati) e, soprattutto, nella CEDU. La Convenzione europea sui diritti dell'uomo presenta infatti pieno rango costituzionale ed è, in molti ambiti, la principale fonte normativa dei diritti fondamentali in Austria.

Detto ciò, in tutti tali atti i riferimenti ai minori di età sono stati per lungo tempo estremamente radi. La Costituzione federale vi fa esplicito riferimento soltanto all'art. 65 c. 2 in relazione ai figli nati fuori dal matrimonio, nonché – dal 2005 – nel nuovo comma 5a dell'art. 14, che enuncia i valori di riferimento della scuola austriaca. Al contempo, il principio di uguaglianza *ex art. 7* non fa riferimento all'età.

Pacifico è, ed era, che i minori godano di tutti i diritti generalmente riconosciuti ad ogni persona¹². Ciononostante, già nei primi anni Duemila raccolse sempre più consenso la proposta di rendere più presenti i minori di età nell'impianto costituzionale, così da meglio assicurare che i loro diritti e libertà trovassero più effettiva tutela e promozione. Di ciò si trattò in particolare nell'ambito di un comitato incaricato di elaborare una

the Rights of the Child into National Law, Cambridge, 2021. Sia permesso pure fare riferimento a D. ROSANI, *The Increasing Recognition of Child Rights by European Constitutions*, cit., Cambridge, 2020.

¹¹ *Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder*, RGBl. Nr. 142/1867. Una sua traduzione in italiano, così come della Costituzione, si rinviene in F. PALERMO, «Codice» di diritto costituzionale austriaco. Costituzione federale, legge costituzionale finanziaria, legge fondamentale sui diritti dei cittadini, Padova, 1998.

¹² W. BERKA, *Verfassungsrecht*, Wien, 2019, n. marg. 1231 ss.

riforma costituzionale, i cui lavori tuttavia a un certo punto si arenarono. La questione riprese slancio nel 2009, anche in luce del ventesimo anniversario della Convenzione ONU e dell'elevazione, nello stesso anno, della Carta dei diritti fondamentali a diritto primario dell'Unione. Due posizioni si stagliarono rapidamente nel dibattito politico, sociale e accademico: da una, v'era chi sosteneva che una menzione espressa dei minori non fosse necessaria, in quanto già titolari di pressoché ogni diritto fondamentale; dall'altra, altre voci ritenevano necessaria una tal sanzione costituzionale per dare effettivo seguito ai diritti dei minori¹³. In aggiunta, v'era chi sosteneva che sarebbe stato preferibile riconoscere rango costituzionale all'intera Convenzione ONU, così come fatto con la CEDU¹⁴.

Dopo alcuni arresti legislativi, alla fine del 2010 venne infine approvata l'attuale legge costituzionale sui diritti dei bambini (*Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern*)¹⁵. Entrata in vigore nel febbraio 2011, la legge si compone di otto disposizioni. L'art. 1 sancisce che i minori hanno diritto alle cure e protezione necessarie per il loro benessere, e di dare pieno sviluppo alle loro potenzialità. In particolare, il benessere del minore (i suoi *best interests*)¹⁶ deve essere una considerazione primaria. Essi hanno inoltre diritto alla tutela dei propri interessi «in un'ottica di giustizia intergenerazionale». (Mi pare, quest'ultimo, un cruciale imperativo per la politica: in Italia, ma il discorso è valido pure per diversi altri Paesi, a parole tanto propugnato quanto, nei fatti, bistrattato. Si pensi a certe politiche sistematicamente fondate sull'espansione del debito pubblico, o alla difettosa tutela dell'ambiente, le cui conseguenze saranno le generazioni più giovani a pagare.).

La legge costituzionale prosegue all'art. 2 sancendo il diritto del minore a mantenere relazioni con i genitori, e il diritto alla tutela dello Stato in caso di un difettoso ambiente familiare, mentre l'art. 3 vieta il lavoro minorile. L'art. 4 impone di coinvolgere adeguatamente il minore in tutte le questioni che lo riguardano; alla sua opinione andrà data adeguata considerazione in misura corrispondente alla sua età e grado di sviluppo¹⁷.

L'art. 5 afferma il diritto del minore a un'educazione priva di violenza. Vietate sono punizioni corporali, l'inflizione di sofferenze mentali, ogni abuso sessuale e

¹³ Per le varie posizioni si v. C. FUCHS, *Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern*, in G. LIENBACHER, G. WIELINGER (a cura di), *Öffentliches Recht. Jahrbuch 2011*, Wien/Graz, 2011, 93.

¹⁴ Si v. ad es. già H. SAX, C. HAINZL, *Die verfassungsrechtliche Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Österreich*, Wien, 1999, 62 ss.

¹⁵ BGBl. I Nr. 4/2011. Si usa il termine «bambini» in quanto la rubrica parla di «Kinder»: si intende con ciò tutti i minori di età. Sulla legge si v. in generale W. BERKA, C. BINDER, B. KNEIHS, *Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich*, Wien, 2019, 600 ss.

¹⁶ Si parla di «Wohl des Kindes»: questo il termine usualmente utilizzato in tedesco per i «best interests», in italiano di regola tradotti con «il superiore interesse del minore». Su tale concetto e la sua difettosa riproduzione in italiano si v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 52 ss., 77; A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, sesta edizione a cura di M. DOSSETTI, C. MORETTI, M. MORETTI, P. MOROZZO DELLA ROCCA, S. VITTORINI GIULIANO, Bologna, 2019, 41.

¹⁷ Secondo alcune voci, al diritto all'ascolto e alla considerazione dell'opinione del minore andrebbe riconosciuta applicabilità diretta persino nei rapporti tra privati (c.d. «unmittelbare Drittwirkung»): A. WIMMER, *BVG Kinderrechte*, in A. KAHL, L. KHAKZADEH, S. SCHMID (a cura di), *Bundesverfassungsrecht*, Wien, 2021, Vorwort, n. marg. 6.

maltrattamenti di altro tipo. Ribadito viene inoltre che ogni minore ha diritto a venire protetto dallo sfruttamento di carattere economico e sessuale. L'art. 6 riconosce ai minori con disabilità un diritto ad apposite cure e assistenza e a venire trattati alla pari con i loro coetanei. L'art. 7, ispirandosi al secondo comma dell'art. 8 CEDU, permette determinate limitazioni alle disposizioni precedenti, mentre l'ultima disposizione affida al governo l'esecuzione della legge.

La legge costituzionale ha avuto importanti ricadute sull'ordinamento austriaco, venendo più spesso invocata dalla giurisprudenza, sia della Corte costituzionale che delle corti amministrative, civili e penali¹⁸. L'incidenza della stessa sul procedimento legislativo è più difficile da analizzare empiricamente. Per quanto concerne i temi di mia più diretta competenza e di rilevanza per il tema del convegno (in concreto: le condotte potenzialmente criminali dei minori nell'ambito digitale, e la tutela dei dati personali) penso di poter affermare che la promozione dei diritti dei minori sia stata parte integrale del procedimento decisionale che ha portato, ad esempio, all'implementazione del Regolamento generale UE sui dati personali o della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali (c.d. Convenzione di Lanzarote). In tali contesti, la legge costituzionale dei minori è stata un fondamentale punto di riferimento della legislazione e policy austriaca nell'ambito delle nuove tecnologie.

3. La Germania e i recenti tentativi di introdurre i diritti dei minori nella Legge fondamentale

Dieci anni dopo, un dibattito sull'introduzione dei diritti dei minori in costituzione ha avuto luogo in Germania. Al momento, la Legge fondamentale (*Grundgesetz*, GG)¹⁹ menziona i minori di età in una sola disposizione, ovvero l'art. 6 dedicato a «matrimonio, famiglia e figli». Questi sancisce, in sostanza, che la cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori e un dovere che spetta principalmente ad essi; e attribuisce allo Stato il compito di vigilare a riguardo. Le altre disposizioni della Legge fondamentale che si occupano di diritti fondamentali – ovvero tutto il suo primo capitolo, fino all'art. 19 – non menzionano in nessun punto i minorenni. Al contempo, pure il principio di uguaglianza (come in Italia sancito all'art. 3) non menziona l'età nel catalogo (tassativo)²⁰ dei motivi proibiti di discriminazione.

Anche qua, tuttavia, nonostante l'apparente invisibilità dei minori, essi vengono già oggi contemplati da una serie di disposizioni della Costituzione federale – e pure la giurisprudenza ha sancito chiaramente che essi godono dei diritti fondamentali a tutti

¹⁸ Ad esempio, oltre 550 sentenze pronunciate negli ultimi dieci anni dai tribunali amministrativi vi fanno riferimento. La ricerca è stata effettuata tramite il database pubblico www.ris.bka.gv.at.

¹⁹ Una traduzione della Legge fondamentale aggiornata al 2012 ad opera di F. Pedrini si trova in A. MORRONE (a cura di), *Costituzioni e diritto europeo*, Napoli, 2020, 399 ss.

²⁰ C. LANGENFELD, *Art. 3 Abs. 3 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz-Kommentar*, München, addenda 2019, n. marg. 41.

riconosciuti²¹. È, questa, un'affermazione oggi pacifica, sebbene non lo sia sempre stata in passato²². In particolare, il diritto generale della personalità tutelato *ex artt.* 1 e 2 GG è stato più volte utilizzato per riconoscere specifiche istanze dei minori²³. Nonostante le critiche del Comitato ONU sui diritti del minore, preoccupato che la Convenzione non sia stata incorporata nella Legge fondamentale²⁴, i diritti dei minori trovano pertanto già tutela a livello costituzionale.

Ciononostante, negli anni ha trovato sempre più sostegno la proposta di sancire determinati diritti dei minori nel testo costituzionale. A tal fine è stata avanzata soprattutto una motivazione di ordine pratico: è vero che già oggi i minori dispongono di ogni diritto sancito in generale dalla costituzione, ma tale conclusione richiede una certa competenza d'analisi giuridica. Un profano potrebbe, al contrario, essere ragionevolmente insicuro sul punto, e prestare pertanto solo parziale attenzione alla posizione soggettiva dei minori. Lo stesso legislatore sembra del resto tenere i minori in limitata considerazione nella propria opera. Vari attori della società civile e alcuni studiosi hanno pertanto iniziato a richiedere un riconoscimento più articolato dei diritti dei minori. Al di là del suo rilievo simbolico, una maggiore chiarezza normativa imporrebbe infatti di considerare maggiormente i diritti dei minori durante il processo decisionale pubblico e nei procedimenti giudiziari, richiamando attenzione nei loro confronti anche all'interno della società²⁵.

Importanti voci tra gli esperti di diritto costituzionale, tuttavia, si sono espresse criticamente a proposito. Da una, a rischio sarebbe il delicato equilibrio costituzionale e l'interpretazione dei diritti e libertà che la Legge fondamentale riconosce a ogni individuo. Scetticismo è stato espresso anche verso la compartimentazione della tutela dei diritti fondamentali. Le attuali insufficienze nella tutela e promozione dei diritti dei

²¹ Si v., anche per ulteriori riferimenti, S. SCHMAHL, *The Rights of the Child in Germany: The UN Convention on the Rights of the Child and Its Implementation in National Law*, in O. CVEJIĆ JANČIĆ (a cura di), *The rights of the child in a changing world. 25 years after the UN Convention on the Rights of the Child*, Cham, 2016, 128.

²² Per uno sguardo storico su passate (e minoritarie) opinioni dottrinali che riconoscevano la capacità giuridica soltanto nell'età scolare, in quanto solo a partire da sette anni il minore possederebbe una certa autonomia di giudizio, si v. infatti M. ROELL, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige*, Berlin, 1984, 15 ss.

²³ BVERFG, sentenza 1° aprile 2008, 1 BvR 1620/04, in *BVerfGE* 121, 69, par. 27; BVERFG, ordinanza 18 agosto 2010, 1 BvR 811/09, par. 13; BVERFG, ordinanza 29 luglio 1968, 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66, 1 BvL 5/67, in *BVerfGE* 24, 119, par. 61.

²⁴ *Ex multis*, UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding Observations: Germany*, CRC/C/DEU/CO/3-4, 25 febbraio 2014, par. 9.

²⁵ Si v., per le varie posizioni, R. HOFMANN, P. B. DONATH, *Gutachten bezüglich der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention*, Deutsches Kinderhilfswerk e.V., 2017, 3, 11 ss.; C. HOHMANN-DENNHARDT, *Kinderrechte ins Grundgesetz – warum?*, in *Familie, Partnerschaft, Recht*, 2012, 187; F. WAPLER, N. AKARKACH, M. ZOROB, *Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland*, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2017, 41. A favore della prospettata costituzionalizzazione dei diritti dei minori si è espresso in particolare il Comitato germanico dell'UNICEF, il *Deutsches Kindeshilfswerk* e il *Deutsches Institut für Menschenrechte*.

minori non sarebbero inoltre dovute a carenze normative, quanto a questioni di ordine sociale, culturale ed economico della società germanica²⁶.

A partire dal 2017 sono state discusse varie possibilità per includere i minori nel testo costituzionale: si è discusso di una nuova disposizione *ad hoc*, di una modifica dell'art. 2, di un'aggiunta all'art. 6. Quest'ultima è stata la via infine scelta dal governo, che ha proposto nel gennaio scorso di aggiungervi il seguente comma:

«I diritti costituzionali dei bambini, compreso il loro diritto a svilupparsi quali personalità indipendenti, devono essere rispettati e protetti. Il benessere del bambino deve essere tenuto in adeguata considerazione. Il diritto costituzionale dei bambini a un'audizione deve essere tutelato. La responsabilità primaria dei genitori rimane inalterata».²⁷

Si tratta di una formulazione, a mio parere, tanto criticabile quanto poco utile. Da una, si pensi alla considerazione solo «adeguata» del benessere del minore. Secondo l'art. 3 della Convenzione ONU, tale considerazione deve avere invece carattere «prioritario». Attenzione: non solo la Convenzione vincola la Germania in quanto suo Stato parte, ma i *best interests* di cui all'art. 3 della Convenzione è stato autorevolmente ritenuto facciano parte del diritto internazionale consuetudinario, che pertanto si impone a ogni ordinamento²⁸. E poi, perché fare riferimento a un diritto a un'audizione (*rechtliches Gehör*), utilizzando un termine di regola riferito a momenti di ascolto e considerazione dell'opinione del minore in contesti giudiziari? Il diritto a vedere la propria opinione ascoltata e considerata *ex art. 12* della Convenzione ONU va ben oltre.

L'utilità della disposizione mi pare poi piuttosto limitata. Qual è il valore aggiunto di ripetere che i diritti costituzionali dei minori vanno rispettati e protetti? Per ogni persona esperta del diritto, pressoché nessuno: ripete appunto che ogni diritto di cui i minori – al pari degli adulti – godono in forza della costituzione, va tutelato. Per il profano, poi, non mi pare che una tale disposizione apra grandi orizzonti di senso: «E quali sono questi diritti costituzionali dei bambini?», ci si potrebbe comprensibilmente chiedere. Come detto, poi, la tutela che tale formulazione riconosce ai *best interests* e al diritto all'ascolto è gravemente carente, e in netto contrasto con la Convenzione ONU.

Non sorprende, e sinceramente fa pure tirare un sospiro di sollievo, che tale formulazione non sia stata in grado di raggiungere un consenso in Parlamento. Dopo vari tentativi, in maggio il governo ha preso atto della mancanza di sostegno politico e ha

²⁶ Per le varie posizioni si v. DEUTSCHER BUNDESTAG - WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE, *Zur Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz. Gegenüberstellung verschiedener Formulierungsvorschläge zur Verankerung von Kinderrechten in Art. 6 GG*, 2019, 10 s.; G. KIRCHHOF, *Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Sollte die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, 2690 ss.; F. WAPLER, *Verfassungsrechtliches Kurzgutachten zum Thema «Kinderrechte ins Grundgesetz»*, cBundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2017, 1 ss. Critico pure M. JESTAEDT, *Ehe, Familie und Erziehung*, in M. HERDEGEN, J. MASING, R. POSCHER, K. F. GÄRDITZ (a cura di), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, 2021, 1436 ss.

²⁷ DEUTSCHER BUNDESRAT, *Drucksache 54/21*, 22 gennaio 2021. Si usa il termine «bambino» in quanto la proposta di legge utilizza «Kind»: si riferisce tuttavia a tutti i minorenni.

²⁸ S. SCHMAHL, *Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar*, Baden-Baden, 2017, Art. 3, n. marg. 16; G. VAN BUEREN, *Child rights in Europe. Convergence and divergence in judicial protection*, Strasbourg, 2007, 33.

ritirato la proposta. Per il momento sembra che la questione sia tramontata nel panorama politico germanico.

4. L'Italia: alcune previsioni specifiche per i minori e la generale vigenza dei diritti fondamentali

La Costituzione italiana contiene diversi riferimenti ai minori di età: al momento della sua adozione si poteva pertanto considerare alquanto avanzata a proposito, soprattutto se confrontata con i testi costituzionali austriaco e germanico. In tal senso, la Costituzione si distanzia dallo Statuto albertino, che non prendeva affatto in considerazione i minori.

I principali riferimenti ai minori di età si rinvencono nei titoli secondo e terzo della prima parte: pertanto, nei «rapporti etico-sociali» e nei «rapporti economici». In particolare, l'art. 30 riconosce il dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, mentre l'art. 31 richiede alla Repubblica di tutelare l'infanzia e la gioventù. L'art. 34 è dedicato all'istruzione, e l'art. 37 impone di garantire una speciale protezione alla madre e al bambino nel contesto lavorativo. Con quest'ultima eccezione, i riferimenti ai minori nella Costituzione italiana concernono tutti il contesto della famiglia e dell'educazione.

Per fornire più completa tutela ai diritti e alle libertà fondamentali dei minori sarà pertanto necessario invocare le disposizioni che riconoscono, in generale, i diritti fondamentali dell'uomo. Seppure non considerati esplicitamente, i minori di età sono infatti pacificamente inclusi nel loro alveo²⁹. Al pari di ogni altro individuo, i minori godono infatti dei diritti e delle libertà sancite in generale per ogni consociato, qualora il loro esercizio non richieda di aver raggiunto una particolare soglia di età. Particolare rilievo presentano in tale contesto gli artt. 2 e 3 della Costituzione³⁰.

Il nuovo spirito costituzionale ha tuttavia avuto bisogno di tempo per entrare a regime. Come accaduto in generale pure con i rapporti di famiglia, per vari decenni si continuò surrettiziamente a dare priorità al precedente approccio, ancora in vari termini presente nell'ordinamento. L'impostazione del codice civile del 1942 – il minore quale soggetto sottoposto all'autorità paterna, e tutt'al più bisognoso di specifiche e limitate misure di protezione – prevalse così nei fatti, almeno fino agli anni Settanta, sui precetti costituzionali³¹. Nonostante formalmente godessero di tutti i diritti e libertà garantite dalla

²⁹ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 34. Per un'elaborazione di taluni diritti spettanti ai minori nel quadro costituzionale italiano si v. G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova, 2015, *passim*; A. ARENA, *A proposito dello «statuto costituzionale del minore» (brevi riflessioni a margine di alcune «novità» nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in *Consulta online*, 2016.

³⁰ Sottolineano l'importanza di tali disposizioni A. PICARONE, *Identità dei minori. Le problematiche costituzionali delle nuove frontiere digitali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, 6; G. ASSANTE, P. GIANNINO, F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Roma/Bari, 2000, 4; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Politica del diritto*, 1998, 168.

³¹ A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 4; E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 34. Sui rapporti di famiglia, in particolare in riferimento al ruolo della donna, si v. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari/Roma, 2017, 9 s., 61, 69, nonché G. CATTANEO (agg. M. DOSSETTI), *La famiglia e i rapporti familiari nella*

Costituzione, i minori in Italia sono così stati per lungo tempo considerati primariamente quali oggetti di tutela, piuttosto che soggetti di diritti³².

L'assenza di previsioni costituzionali specifiche per i minori, tuttavia, non pare sia finora stato oggetto di grande dibattito in Italia. Pure il trentesimo anniversario dell'adozione della Convenzione ONU, nel 2019, non ha stimolato una discussione a proposito. Autorevoli voci hanno a riguardo notato come l'elaborazione della situazione minorile nella cultura giuridica italiana sia relativamente limitata³³. In generale, l'approccio tutorio nei confronti dei minori sarebbe prevalente rispetto all'orientamento più individualistico proprio di altre culture³⁴.

Nella dottrina che si è occupata di una possibile inclusione in Costituzione di esplicite disposizioni sui minori si possono notare due orientamenti. Da una, la loro assenza – è stato sostenuto – avrebbe positivamente evitato di mantenere separati i minori dal resto della popolazione, permettendo una considerazione trasversale dei temi che li concernono. Dall'altra, alcuni autori hanno osservato come tale tradizionale approccio non sia più adeguato alle esigenze della società postmoderna, in quanto i diritti dei minori rischierebbero di perdersi nel quadro più ampio dei diritti della personalità³⁵.

Quid est veritas? A livello di legislazione, vi sono esempi positivi e negativi. Tra i primi ricondurrei la legge sul cyberbullismo, attenta a prevenire e contrastare il fenomeno senza incautamente entrare nella materia penale³⁶. Tra i secondi, invece, la lacunosa normativa penale sulla pedopornografia. Nonostante sia stata più volte, e anche tutto sommato recentemente, oggetto di riforma in ragione dell'implementazione di diverse prescrizioni di diritto internazionale ed europeo, essa ha ignorato fenomeni che già al tempo si stagliavano all'orizzonte, in particolare i già citati *sexting* e *revenge pornography*. Sembra che il legislatore italiano del tempo non abbia voluto vedere, ignorando ciò che invece altri legislatori europei più attenti stavano considerando: che i minori stessi diventassero autori di contenuti pedopornografici, e talvolta se ne facessero diffusori. A riguardo va notato come gli ordinamenti austriaco e germanico apprestino a

costituzione, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Milanofiori Assago, 2016, 3 ss.

³² L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali dei bambini*, in *Minorigiustizia*, 2014, 7; P. PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale*, in F. GIARDINA, E. PELLECCIA (a cura di), *Una voce per i minori*, Corazzano, 2008, 91.

³³ I. FANLO Y CORTÉS, *I diritti politici del minore. Alcune considerazioni sull'idea del «bambino cittadino»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, 169 ss.; pure in tal senso P. RONFANI, *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei «nuovi» diritti dei minori*, in *Sociologia del diritto*, 2001, 88.

³⁴ P. RONFANI, *Dal bambino protetto al bambino partecipante*, cit., 88; si v. pure D. RUSSO, M. PARODI, *The Implementation of the Convention on the Rights of the Child in the Italian Legal Order: A Provisional Balance*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 143.

³⁵ Per la prima posizione: A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 17, 20; cfr. anche A. PICARONE, *Identità dei minori. Le problematiche costituzionali delle nuove frontiere digitali*, cit., 3. Per la seconda opinione: L. FADIGA, *Il bambino è un cittadino: minore età e diritti di cittadinanza*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 23 ss.

³⁶ Legge 29 maggio 2017, n. 71, *Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, in *Gazzetta ufficiale*, n. 127, del 3 giugno 2017. Sul tema si v. G. ZICCARDI, *Il cyberbullismo nella società tecnologica*, in M. OROFINO, F. G. PIZZETTI (a cura di), *Privacy, minori e cyberbullismo*, Torino, 2018, 113 ss.; A. L. PENNETTA, *Bullismo, cyberbullismo e nuove forme di devianza*, Torino, 2019.

riguardo risposte più attente alla particolarità della situazione minorile³⁷. Ecco: se forse al tempo anche in Italia si avesse avuto più attenzione per i minori, considerando la loro situazione e ascoltando pure la loro opinione, si sarebbe forse apprestata una risposta normativa più attenta e differenziata, e oggi la giustizia italiana non avrebbe tante difficoltà ad applicare la disciplina positiva.

5. Conclusioni

Pur sulla carta riconoscendo diritti e libertà in termini eguali ai propri consociati, l'approccio costituzionale neutro rispetto all'età rischia a mio parere di trascurare le profonde diversità che intercorrono tra minori e adulti. Non soltanto i minori possono in proprio esercitare (e tutelare) tali diritti solo parzialmente, ma anche la presenza di minori e adulti nel dibattito pubblico è radicalmente differente. Mentre i secondi possono influire sul processo decisionale tramite il voto e la presenza pubblica, tali possibilità sono solo in parte disponibili ai minori – o non lo sono proprio.

Fondamentale è pertanto prevedere altre vie per i minori per far sentire la propria opinione, dando vera implementazione al loro diritto all'ascolto. Far partecipare i minori alla predisposizione delle scelte che li concernono permette di apprezzare in pieno la situazione in cui essi si trovano a vivere, e approntare in tal modo risposte più complete ed efficaci. Non solo: tale coinvolgimento è a mio parere il logico seguito da darsi all'assunto (su cui a parole tutti sono d'accordo, perlomeno in ambito continental-europeo) che i minori di età sono cittadini a pieno titolo e titolari in proprio di diritti. Non è certo un caso che l'ascolto dei minori non venga solo tutelato dalla Convenzione ONU sui diritti del minore, ma di questa costituisca uno dei principi chiave che ne informa la lettura e implementazione a livello domestico. (E probabilmente non è neanche un caso che, in vari Paesi europei, la discussione sull'opportunità di prevedere apposite statuizioni in costituzione relative ai minori di età ha conosciuto un'importante accelerazione in contemporanea con la diffusione delle tecnologie, che hanno fornito ai minori un importante spazio di espressione e partecipazione alla vita sociale).

Importante è garantire una considerazione trasversale dei diritti dei minori, non limitandoli a qualche specifico ambito (la famiglia, l'educazione). Va invece garantito che i minori vengano tenuti in considerazione in tutti gli ambiti legislativi e di *policy* pubblica. Le opinioni, come visto, divergono sulla questione se ciò possa essere più efficacemente garantito tramite una considerazione implicita dei minori nei diritti fondamentali riconosciuti a ogni soggetto; oppure, accanto a ciò, tramite la previsione

³⁷ Si perdoni il riferimento al mio D. ROSANI, *The Increasing Recognition of Child Rights by European Constitutions and its Relevance for the Criminal Regulation of Sexting*, cit., ma mi risulta al momento l'unico contributo che compari la relativa disciplina di Germania, Austria e Italia. Per una tuttora valida analisi comparatistica dei principi normativi vigenti nei tre Paesi si veda M. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparata*, Padova, 2007. Alcuni pensieri critici sulla normativa italiana li avevo già espressi in D. ROSANI, «Send nudes». *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d'età*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2/2019, 9 ss.

pure di disposizioni specificamente dedicate ai minori. Per quanto possa valere la mia opinione, io sostengo la seconda linea di pensiero.

Prevedere in costituzione, come fa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che vada data particolare attenzione ai *best interests* dei minori, e che questi vadano ascoltati e la loro opinione attentamente considerata, è a mio parere latore di una maggiore e più puntuale attenzione ai minori di età. Un'attenzione non *una tantum*, dovuta alla buona volontà del legislatore o dei decisori pubblici, bensì strutturale, parte necessaria e obbligatoria del procedimento decisionale pubblico.

Certo, a tal fine cruciale è che tale menzione in costituzione non si limiti a ripetere ciò che è già ovvio, perlomeno nei sistemi continental-europei: ovvero che i minori godono dei diritti e libertà riconosciuti a ogni soggetto, qualora non sia richiesto il raggiungimento di una certa soglia di età. La (naufragata) proposta di legge germanica costituisce un buon esempio di come una tale disposizione *non* vada formulata.

Un riferimento positivo è invece, a mio parere, la legge costituzionale austriaca sui diritti dei bambini. Questa adotta un approccio fondato sui diritti – piuttosto che un orientamento volto alla mera tutela del minore –, e richiede che il benessere del bambino sia considerato primariamente; impone di coinvolgere adeguatamente il minore in tutte le questioni che lo riguardano, e di dare alla sua opinione adeguata considerazione; impegna il legislatore a tutelare gli interessi dei minori in termini di giustizia intergenerazionale, non accollando alle generazioni future il debito di scelte poco ponderate; e quindi prevede apposite misure a tutela dell'ambiente familiare, nel contesto del lavoro, e per i minori con disabilità.

Certamente, sancire i diritti dei minori in costituzione ha anche una componente simbolica, che andrà non solo a orientare l'azione pubblica ma potenzialmente pure a ispirare condotte private. Nell'ambiente digitale, tuttavia, ogni efficace disciplina necessita della cooperazione di una varietà di attori pubblici e privati. In tal luce, fare sì che essi condividano un comune orientamento, davvero attento ai diritti dei minori, non pare pertanto una cattiva cosa³⁸.

Sono consapevole che queste mie riflessioni hanno probabilmente sollevato più domande di quelle a cui sono state in grado di fornire una risposta. Alcune questioni, anche di ordine dogmatico, potrebbero venire trattate in ben maggiore dettaglio. Mi auguro tuttavia, avendo apportato uno sguardo sulle rilevanti esperienze austriaca e germanica, di aver offerto alcuni stimoli di riflessione sul ruolo dei diritti dei minori nell'impianto costituzionale, un tema che in Italia mi pare trattato solo marginalmente.

Sul punto sarò molto felice di ricevere riscontro ai miei pensieri, anche (e soprattutto) se critico.

³⁸ Su tale *c.d. multi-stakeholderism* nell'ambiente digitale si v. W. BENEDEK, *International organizations and digital human rights*, in B. WAGNER, M. C. KETTEMANN, K. VIETH (a cura di), *Research handbook on human rights and digital technology: global politics, law and international relations*, Cheltenham, 2019, 375. Sulla necessaria cooperazione tra attori pubblici e privati per l'efficace tutela dei diritti del minore nell'ambiente digitale sia permesso fare riferimento a D. ROSANI, *'We're All in This Together'. Actors Cooperating in Enhancing Children's Rights in the Digital Environment after the GDPR*, in D. HALLINAN, R. LEENES, S. GUTWIRTH, P. DE HERT (a cura di), *Data Protection and Privacy: Data Protection and Democracy*, Oxford, 2020, 93 ss.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

IL CONTRASTO ALLA DISINFORMAZIONE E AI DISCORSI D'ODIO
NELL'AMBIENTE DIGITALE E LE POSSIBILI RICADUTE SULLA FORMA DI
STATO

IGNAZIO SPADARO

SOMMARIO: 1. Stato di diritto e piattaforme sociali. – 2. Alle origini del nuovo modello di regolazione: il *Netzwerkdurchsetzungsgesetzes* tedesco. – 3. Considerazioni critiche. – 4. L'influenza del *NetzDG* su altri ordinamenti. – 5. *Segue*. La diffusione del nuovo modello regolatorio presso alcune democrazie illiberali. – 6. Il “nuovo” *web 2.0* come “zona franca” dalla *rule of law*. – 7. *Segue*. Il “lungo ritorno” verso lo Stato di diritto: primi correttivi ed ulteriori proposte in prospettiva *de iure condendo*.

1. Stato di diritto e piattaforme sociali

Recenti fatti di cronaca, come l'improvvisa chiusura degli accounts dell'allora presidente americano Donald Trump a seguito dei noti disordini del 6 gennaio 2021 e, in Italia, il *ban* inflitto da *Facebook* ad alcuni movimenti politici¹, confermano ancora una volta il controllo esercitato dai cc.dd. «Signori della Rete»² su ciò che avviene all'interno

¹ Entrambe le vicende sono richiamate da G. CASSANO, *La cacciata di Trump dai social media ed il diritto positivo*, in *Diritto di Internet*, 2/2021, 215 ss. Sulle vicende italiane v. in particolare A. GOLIA JR., *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *Federalismi.it*, 18/2020, 162 ss., e P. VILLASCHI, *La (non) regolamentazione dei social network e del web*, in M. D'AMICO - C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, Torino, 2021, 118 ss.

² Per questa locuzione v. già AA.VV., *I Signori della Rete*, in *Limes*, quad. spec. 1/2001, *passim*.

dei propri domini. Occorre, tuttavia, domandarsi se l'emersione di simili «poteri privati»³, la cui base giuridica è peraltro discussa⁴, costituisca una minaccia per i diritti costituzionalmente riconosciuti ai cittadini-utenti, ed in particolare per la loro libertà di espressione. In altri termini, la questione è se l'esigenza di accedere ai servizi di *social networking*, sempre più diffusa perché sempre meno limitata alla sfera meramente ricreativa, non costringa forse i consociati ad assoggettarsi, per tutto il tempo in cui essi abitano lo “spazio” virtuale, ad un esercizio del potere affine, per molti versi, a quello che storicamente caratterizzava lo Stato assoluto.

Il tema è di non poco momento, specie se si pone mente al fatto che, com'è noto, quanto avviene su Internet è suscettibile di avere ricadute nel mondo reale: basti pensare all'incidenza delle cc.dd. sulle scelte elettorali, nonché, da ultimo, al massiccio utilizzo dei *social network* da parte dei movimenti antivaccinisti.

Invero, uno dei fattori maggiormente idonei ad influenzare l'atteggiamento dei *providers* è costituito dal regime di responsabilità, più o meno stringente, riservato ad essi per la diffusione dei contenuti illeciti immessi dai propri utenti. A questo riguardo, e fino a pochi anni addietro, il quadro comparatistico presentava una chiara polarizzazione tra ordinamenti che riconoscevano ai fornitori del servizio una tendenziale immunità, imponendo loro di rimuovere eventuali contenuti “critici” soltanto qualora ne avessero effettiva consapevolezza (USA, UE)⁵, ed ordinamenti che si spingevano a prevedere un obbligo di monitoraggio preventivo e generalizzato (Cina, Thailandia)⁶. Senonché, a partire dal 2017 la crescente consapevolezza dei danni provocati dalla diffusione di *hate speeches* e *fake news*⁷ ha indotto numerosi legislatori a migrare dal primo modello di regolazione, comunemente identificato come «notice and take down», verso un terzo paradigma, inedito, che si caratterizza per una maggiore responsabilizzazione delle

³ Cfr. ampiamente M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws.eu*, 3/2018, 51 ss.

⁴ Sul punto cfr. tuttavia S. MARTINELLI, *L'autorità privata del provider*, in A. ZOPPINI - P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 561 ss., la quale muove dalla constatazione della profonda disparità di “forza” contrattuale tra ISP e utente per concludere che il potere riconosciuto al primo sarebbe in realtà «un potere di fatto, [solo] formalmente attribuito contrattualmente». Nel medesimo ordine di idee, sembra, M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, 198 s.

⁵ Il riferimento è, rispettivamente, alla *section 230*, lett. (c) del *Communications Decency Act* (1996) ed all'art. 14 dir. 2000/31/CE (c.d. «Direttiva sul commercio elettronico»), su cui v. approfonditamente, in chiave comparatistica, M. LAVI, *Content providers' secondary liability: social network perspective*, in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 4/2016, 861 ss., e, per la sua concreta attuazione ed applicazione sul versante italiano, L. ALBERTINI, *Sulla responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul loro ruolo di gatekeepers della comunicazione)*, in *Law and Media Working Paper Series*, 4/2020, 7 ss., e M. BASSINI, *Mambo Italiano: the perilous Italian way to ISP liability*, in B. PETKOVA, T. OJANEN (a cura di), *Fundamental Rights Protection Online*, Cheltenham, 2020, 88 ss.

⁶ Per un'analisi più approfondita di tali modelli v. M. LAND, *Against Privatized Censorship: Proposals for Responsible Delegation*, in *Virginia Journal of International Law*, 2/2020, 381 ss.

⁷ Sulle sfide poste da tali fenomeni al moderno costituzionalismo v. per tutti O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws.eu*, 1/2018, 50 ss., e G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Bologna, 2020, *passim*.

piattaforme⁸, sia sul versante del rigore delle scelte di moderazione sia su quello dei tempi d'intervento. Peraltro, siffatta investitura dei *providers* a «“deputy sheriffs” [acting] on behalf of the State», com'è stata criticamente definita⁹, non ha impedito la previsione di penetranti poteri di oscuramento in capo alla P.A., ai cui provvedimenti i fornitori sono stati chiamati a dare tempestiva esecuzione. Da qui un preoccupante scivolamento verso esperienze di «command and control», ossia di controllo politico della Rete, effettivo o anche solo potenziale, che sino ad ora erano rimaste confinate all'interno di Paesi autoritari (rispettivamente: Cina e Russia)¹⁰.

2. Alle origini del nuovo modello di regolazione: il *Netzwerkdurchsetzungsgesetzes* tedesco

Il nuovo *trend* regolatorio ha esordito in Germania, dopo il fallimento di un primo tentativo di collaborazione volontaria tra Governo federale e principali *Internet service providers* (ISP)¹¹, per effetto di una legge federale, il *Netzwerkdurchsetzungsgesetzes* (*NetzDG*)¹², peraltro recentemente emendata¹³. Tale atto normativo ha posto a carico delle piattaforme sociali con almeno «due milioni di utenti registrati in Germania» (art. 1, § 2,

⁸ Su questa tendenza v. ampiamente, con riferimento all'area europea, G. D'ALFONSO, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, in *Federalismi.it*, 2/2020, 108 ss., la quale ne evidenzia il radicamento già a livello giurisprudenziale e di *soft law*.

⁹ V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *MediaLaws.eu*, 3/2018, 132.

¹⁰ Un esame approfondito del c.d. modello “*command and control*” adottato da questi tali Paesi, la cui incompatibilità con i principi della *rule of law* non sembra neppure revocabile in dubbio, esula dall'oggetto di queste riflessioni. Con riferimento al caso cinese si rinvia, quindi, a R. MACKINNON, *Liberation Technology: China's “Networked Authoritarianism”*, in *Journal of Democracy*, 2/2011, 32 ss., e A. WANG, *Cyber Sovereignty as Its Boldest: A Chinese Perspective*, in *Ohio State Technology Law Journal*, 2/2020, 395 ss., mentre su quello russo v. A. ORLOVA, “*Digital Sovereignty, Anonymity and Freedom of Expression: Russia's Fight to Re-Shape Internet Governance*”, in *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 2/2020, 231 ss., e A. EPIFANOVA, *Deciphering Russia's “Sovereign Internet Law”*, in *DGAP Analysis*, 2/2020, 4 s.

¹¹ Nel 2016 *Google, Facebook e Twitter*, al termine di una lunga interlocuzione con esponenti della società civile e con un gruppo di lavoro appositamente nominato dal Ministero federale della Giustizia, si erano impegnate a migliorare i propri sistemi di moderazione con l'ausilio di un ente pubblico quale «segnalatore accreditato», lo *Jugendschutz.net*. Senonché, l'implementazione di tale accordo fu deludente, atteso che Facebook rimosse solo il 39% dei contenuti segnalati, mentre Twitter appena l'1%: cfr. W. ECHIKSON - O. KNODT, *Germany's NetzDG: A key test for combatting online hate, research report n. 9/2018, 4-5*, in *www.ceps.eu.*, e T. WISHMEYER, “*What is illegal offline is also illegal online: the German Network Enforcement Act 2017*”, in B. PETKOVA, T. OJANEN (a cura di), *Fundamental Rights*, cit., 32 ss.

¹² Tra i giuristi italiani, il vocabolo è stato tradotto con sfumature talora significativamente diverse: cfr. le dizioni «Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network» e «Legge per il miglioramento dell'applicazione del diritto nei social network» (enfasi aggiunta), proposte rispettivamente da G. GIANNONE CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca per l'enforcement dei diritti sui social media*, in *MediaLaws.eu*, 1/2017, 185, e J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata dello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in *Sistema penale*, marzo 2021, 2. Ciò spiega perché molti Autori tendono preferiscono la versione inglese («*Network Enforcement Act*»), oppure mantengono quella originale, come si è scelto di fare anche nel presente lavoro.

¹³ V. meglio *infra*, § 7.

co. 2)¹⁴ stringenti obblighi di trasparenza e di gestione delle segnalazioni aventi ad oggetto determinati contenuti illeciti immessi dagli utenti, tipizzati mediante rinvio Codice penale (art. 1, § 1, co. 3)¹⁵.

Più in particolare, con riferimento al primo profilo l'art. 1, § 2 *NetzDG* prescrive la stesura di un resoconto semestrale vertente sulle azioni intraprese per contrastare la diffusione di *hate speeches* e *fake news*, sui meccanismi di segnalazione e sui relativi criteri adottati dai moderatori, nonché sul numero, la provenienza, i tempi di decisione e l'esito delle segnalazioni ricevute. Scopo di tale *report*, da pubblicarsi persino in Gazzetta Ufficiale, sembra essere agevolare l'emersione e, quindi, la sanzione di eventuali mancanze agli obblighi fissati nel paragrafo successivo della medesima disposizione. Esso costituisce, pertanto, il nucleo centrale della nuova disciplina, nonché la parte maggiormente problematica dal punto di vista della legittimità costituzionale.

Anzitutto, l'art. 1, § 3 *NetzDG* impone al gestore di fornire una procedura di segnalazione «facilmente individuabile, direttamente accessibile e costantemente disponibile» (co. 1). In secondo luogo, stabilisce margini temporali piuttosto brevi per la rimozione (o il blocco) dei contenuti illeciti, a seconda che detta illiceità sia manifesta oppure no. Nella prima ipotesi, l'oscuramento deve avvenire già entro ventiquattro ore, salvo che sia diversamente disposto dall'Autorità giudiziaria (co. 2, n. 2), ad esempio per consentire l'identificazione dei responsabili da parte degli organi di polizia¹⁶. Nella seconda il termine è, invece, di una settimana, ma può derogarsi qualora il carattere illecito dipenda «dalla falsità di una dichiarazione» o da circostanze fattuali che richiedano verifiche approfondite, ovvero, ancora, qualora il gestore si rimetta alla decisione di un organismo esterno di autoregolamentazione (n. 3).

La figura da ultimo richiamata trova una compiuta disciplina nei commi 6 e seguenti, che ne affidano l'accreditamento¹⁷ all'Ufficio federale di giustizia (*BfJ*), chiamato ad assicurare l'applicazione della legge, anche mediante l'irrogazione di sanzioni pecuniarie (art. 1, § 4). La sottoposizione di quesiti agli organismi esterni, con conseguente sgravio di responsabilità per il gestore, è consentita anche ai *providers* che non abbiano aderito ad alcun sistema di autoregolamentazione, ma a norma dell'art. 1, § 3, co. 9 il *BfJ* può inibirla qualora abbia «ragionevole motivo» di ritenere che, proprio in conseguenza della non affiliazione, il gestore non stia vagliando le segnalazioni nei tempi prescritti.

¹⁴ Sul carattere tendenzialmente discriminatorio di tale criterio v. sin d'ora le perplessità addotte, con riferimento sia all'art. 3 GG che all'art. 18 TFUE, da V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech*, cit., 125, cui cfr., anche per ulteriori rinvii, D. HE, *Governing Hate Content Online: How the Rechtsstaat Shaped the Policy Discourse on the NetzDG in Germany*, in *International Journal of Communication*, 14/2020, 3755 s.

¹⁵ In estrema sintesi, si tratta di fattispecie concernenti terrorismo, sedizione, istigazione a delinquere, lesione della *privacy* o dell'onorabilità personale, intolleranza etnico-razziale e religiosa, pornografia (anche minorile).

¹⁶ L'art. 1, § 3, co. 4 *NetzDG* prevede, comunque, che i contenuti rimessi debbano essere conservati per dieci settimane, proprio a scopo probatorio.

¹⁷ Ai fini dell'accreditamento è necessario che l'organismo, co-finanziato da diversi *social networks* o istituzioni, fornisca adeguate garanzie di indipendenza, competenza tecnica ed efficienza. Cfr. l'*Independent Oversight Board* di Facebook, su cui v. approfonditamente K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 8/2020, 2448 ss.

Al fine di prevenire condotte elusive da parte degli *ISP* in forma societaria (che oggi coprono la totalità del mercato) l'art. 1, § 3, n. 4 *NetzDG* pone a carico dei relativi *managers* un ampio obbligo di vigilanza sui propri dipendenti, mentre l'art. 1, § 5 prescrive la designazione di un «referente» (persona fisica) con residenza in Germania.

3. Considerazioni critiche

L'effettiva compatibilità del *NetzDG* con i principi dello Stato di diritto è stata contestata già sul piano procedurale, con riferimento sia alla presunta incompetenza del *Bund*, ex art. 70 ss. GG¹⁸, sia alla compressione della discussione parlamentare, voluta dal Governo¹⁹.

Sul piano contenutistico, un primo gruppo di censure concerne il mancato rispetto del diritto europeo. L'introduzione di margini temporali perentori per la rimozione dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme è stata ritenuta in contrasto con la maggiore flessibilità garantita, invece, dall'art. 14 dir. 2000/31/CE, laddove esso si limita a prescrivere che la rimozione dei contenuti illeciti avvenga «expeditiously»²⁰. Del resto, secondo la stessa Corte di cassazione tedesca²¹ tale disposizione costituirebbe un intervento di armonizzazione massima e sarebbe, quindi, sottratta all'ordinario potere di attuazione-specificazione da parte dei singoli legislatori nazionali. Inoltre, i cospicui investimenti necessari per ottemperare agli obblighi di cui all'art. 1 *NetzDG* – è stato osservato – tenderebbero a tradursi in un'indebita compressione dei principi di concorrenza (art. 3, § 3 TUE) e libera circolazione dei servizi all'interno dell'Unione (artt. 26 e 56 TFUE)²².

Critiche ancor più stringenti sono state espresse con riferimento ai possibili pregiudizi per la libertà di espressione degli utenti, per effetto di quella che parte della dottrina considera una forma indiretta di censura²³, tanto più grave in quanto formalmente

¹⁸ Così V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech*, cit., 124, cui cfr. tuttavia l'obiezione riportata da W. SCHULZ, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, in *HIIG Discussion Paper Series*, 1/2018, 6 (nt. 17).

¹⁹ Cfr. D. HE, *Governing Hate Content*, cit., 3758 s.

²⁰ Ne sono convinti, tra gli altri, V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech*, cit., 129, e W. SCHULZ, *Regulating Intermediaries*, cit., 6-7, cui *adde*, anche per ulteriori profili connessi all'interpretazione della direttiva in oggetto, già G. SPINDER, *Internet Intermediary Liability Reloaded*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2/2017, 167 ss. L'impressione opposta potrebbe trarsi, invero, dalla versione italiana del testo, in cui figura l'avverbio «immediatamente». Tuttavia, sia il confronto con altre versioni linguistiche (p. es. quella francese: «promptement») sia la precisazione, contenuta nel XLVI considerando, che eventuali oscuramenti o rimozioni debbono pur sempre farsi «nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale», sembrano confermare la tesi richiamata nel testo.

²¹ Sent. 4 luglio 2013, I ZR 39/12, § 19. In dottrina, l'importanza dell'armonizzazione massima per assicurare il commercio transfrontaliero (nel caso oggetto del presente contributo, quello dei servizi digitali) F. GOMEZ, J. GANUZA, *Economic Underpinnings of European Private Law Harmonization*, in R. SCHULZE, H. SCHULTE NÖLKE (a cura di), *European Private Law – Current Status and Perspective*, Monaco, 2011, 53.

²² In questo senso ancora V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech*, cit., 130-131.

²³ V. in particolare I. MCMILLAN, *Enforcement through the Network: The Network Enforcement Act and Article 10 of the European Convention on Human Rights*, in *Chicago Journal of International Law*, 1/2019,

operata da moderatori privati e, quindi, esterna ai circuiti della responsabilità politico-elettorale²⁴. In effetti, la legge in esame sanziona il *provider* soltanto qualora esso non rimuova tempestivamente un contenuto illecito, ma non anche per il caso inverso. Per contro, l'onerosità del rimedio giurisdizionale ne scoraggia, di fatto, l'esperimento. Entrambe queste circostanze, insieme all'entità delle sanzioni ed alla tendenziale vaghezza di alcune fattispecie (p. es. illiceità «manifesta»), rendono economicamente razionale, per i fornitori, procedere ad un deliberato «overblocking»²⁵, ossia ad accettare il rischio di colpire anche messaggi leciti. La selezione dei contenuti da oscurare tenderà ad essere tanto più imprecisa nella misura in cui concorrenti esigenze di economicità inducano a fare crescente affidamento su sistemi di intelligenza artificiale (c.d. moderazione automatica, *data filtering*)²⁶. Ne deriva un marcato *chilling effect* sugli utenti²⁷, indotti ad un prudente *self-restraint* dalla necessità di non veder chiusi i propri *accounts*, nonché di evitare potenziali «schede» ideologiche²⁸.

Per altro verso, debbono richiamarsi i dubbi nutriti da parte della dottrina in ordine all'effettivo grado di autonomia del *BfJ* dal Ministro della Giustizia²⁹, insieme alle perplessità che circondano il carattere «non impugnabile» degli accertamenti pregiudiziali di illiceità da esso sollecitabili a norma dell'art. 1, § 4, co. 5 *NetzDG*.

264, cui cfr. B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-based Approach to Content Moderation*, in *Fordham International Law Journal*, 4/2020, 960 s., e la raccomandazione n. I/2014 del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa. Più cauti T. WISHMEYER, 'What is illegal offline', cit., 48 ss., e soprattutto S. BRASCHI, *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service provider*, in *MediaLaws.eu*, 3/2020, 171 s.

²⁴ Cfr. B. CHANG, *From Internet Referral Units to International Agreements: Censorship of the Internet by the UK and EU*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2/2018, 120 ss.

²⁵ Per tale opinione, oltre agli Autori puntualmente richiamati nelle note successive, v. sin d'ora T. LEE, *Combating Fake News with "Reasonable Standards"*, in *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1/2021, 99; K. GILL, *Regulating Platforms' Invisible Hand: Content Moderation Policies and Processes*, in *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, 2/2021, 190; I. MCMILLAN, *Enforcement through the Network*, cit., 264; J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata*, cit., 10, cui si rinvia anche per analoghe prese di posizione da parte della dottrina tedesca e degli stessi ISP.

²⁶ Osserva W. SCHULZ, *Regulating Intermediaries*, cit., 10, che «no systems [...] can detect irony with sufficient certainty». Ancor più significativo è che tali strumenti siano tutt'altro che impermeabili da pregiudizi sociali, come riportato da H. BLOCH-WEHBA, *Automation in Moderation*, in *Cornell International Law Journal*, 1/2020, 82 ss., e già da S. NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018, 2 ss. Più in generale, sui pericoli per i diritti individuali insiti negli attuali limiti tecnici dell'I.A. v. ampiamente S. CREESE, *The threat from AI*, in D. BAKER - P. ROBINSON (a cura di), *Artificial Intelligence and the Law*, Londra, 2020, 202 ss.

²⁷ Così V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech*, cit., 121, e, con particolare riferimento al discorso politico, anche R. ZIPURSKY, *Nuts about NETZ: The Network Enforcement Act and Freedom of Expression*, in *Fordham International Law Journal*, 4/2019, 1359 s., cui cfr. sul versante giurisprudenziale già la nota sent. *BVerfG* 15 gennaio 1958, 1 BvR 400/51, § B.II.4.

²⁸ Cfr. J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata*, cit., 14.

²⁹ A norma del § 1 della legge 17 dicembre 2006, che lo ha istituito, il *BfJ* è «subordinato al Ministero federale della giustizia e della protezione dei consumatori», sicché sembra condivisibile la critica mossa da W. SCHULZ, *Regulating Intermediaries*, cit., 9, secondo il quale «it [is] by no means politically independent».

Sul piano dogmatico, infine, alcuni Autori stigmatizzano quella che ritengono essere una «delega» di sovranità statale a soggetti privati³⁰, secondo dinamiche di stampo addirittura «neo-feudale»³¹.

4. L'influenza del NetzDG su altri ordinamenti

Nel volgere di pochi anni, numerosi legislatori hanno assunto il NetzDG come modello, introducendo previsioni assai simili nei rispettivi ordinamenti nazionali. Ciò è avvenuto soprattutto in Paesi caratterizzati da trascorsi dittatoriali o tuttora ascritti tra le cc.dd. democrazie illiberali, ma non solo.

Il primo caso che pare utile richiamare è quello francese. Il 13 maggio 2020, infatti, l'*Assemblée nationale* ha approvato definitivamente la legge n. 2020-776, «visant à lutter contre les contenus haineux sur internet» (c.d. *loi Avia*)³². Nel testo originario anch'essa, come il NetzDG, prevedeva stringenti obblighi di oscuramento a carico delle piattaforme sociali. In particolare, l'art. 1, § 1 prescriveva di «rimuovere o rendere inaccessibili» tutti i contenuti a carattere terroristico o pedopornografico già «entro un'ora» dalla richiesta della competente Autorità amministrativa, prevedendo per ciascuna violazione un anno di reclusione e duecentocinquanta euro di ammenda. Inoltre, il paragrafo successivo recava un corposo elenco di fattispecie penali, alcune delle quali già autonomamente sospettate di incostituzionalità³³, e stabiliva che tutti i contenuti «manifestamente»

³⁰ Cfr. ancora V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech*, cit., 132, che ravvisa nei colossi dell'informatica, chiamati ad applicare il NetzDG degli «IT leviathans». Nello stesso senso, anche per ulteriori rinvii, v. *ibid.*, 124; W. ECHIKSON - O. KNOTT, *Germany's NetzDG*, cit., 7; J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata*, cit., 12 s., cui *adde*, in prospettiva teorica, M. LAND, *Against Privatized Censorship*, cit., 413 s., e, con specifico riferimento al c.d. diritto all'oblio, O. GSTREIN, *The Judgment That Will Be Forgotten. How the ECJ Missed an Opportunity in Google vs CNIL (C-507/17)*, in *Verfassungsblog.de*, settembre 2019, *passim*. In Italia, l'inopportunità di consentire a soggetti privati di «incidere negativamente sulla libertà della Rete» era stata già evidenziata da A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, 270 ss., e soprattutto da A. CIANCIO, *La libertà di informazione, internet ed il terrorismo internazionale*, in *Federalismi.it*, 12/2015, 5 ss.

³¹ V., testualmente, A. VENANZONI, *Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati*, in *MediaLaws.eu*, 3/2020, 182 ss., secondo il quale si tratterebbe tuttavia di un «concetto pericoloso», e cfr. la lettura di Internet in chiave «neocorporativa» coltivata, nel panorama dottrinale italiano, da M.R. ALLEGRI, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018, 29 ss.; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Cons. online*, 2013, 26 ss.; G. L. CONTI, *La governance dell'Internet: dalla Costituzione della rete alla Costituzione nella rete*, *ibid.*, 77 ss.; T. E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, *ibid.*, 57 ss.

³² La legge è stata promulgata il 24 giugno 2020, ma oramai svuotata dell'impianto originario: v., in dottrina, F. SAFI, *La loi dite "Avia" est morte... pourvu qu'elle le reste!*, in *Droit pénal*, 9/2020, 12 ss., e, anche per un'approfondita ricostruzione del relativo iter parlamentare, C. SICCARDI, *La loi Avia. La legge francese contro l'odio on line (o quello che ne rimane)*, in M. D'AMICO, C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione*, cit., 171 ss.

³³ L'elenco comprendeva, oltre a fattispecie inerenti la pornografia minorile e il terrorismo, anche i reati di negazionismo e di incitamento all'odio (o ingiuria) su base razziale, etnica, religiosa o sessuale, la cui compatibilità con i principi penalistici di determinatezza, tassatività, offensività, così come con la stessa libertà di espressione, è da tempo oggetto di dibattito, non solo in Francia: v., anche per ulteriori rinvii, T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé*, Parigi, 2013, *passim*, e I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, *passim*;

corrispondenti ad esse fossero oscurati nel termine di ventiquattr'ore da quando «una o più persone» li avessero segnalati.

Senonché, nel giugno del medesimo anno il *Conseil constitutionnel* ha accertato che entrambe le disposizioni erano lesive della libertà di espressione degli utilizzatori³⁴. La prima, per l'eccessiva discrezionalità conferita alla P.A., abilitata a disporre l'oscuramento (anche) di messaggi il cui carattere illecito fosse non manifesto e, quindi, incerta; tanto più che – si legge nella decisione – il termine di soli sessanta minuti, entro il quale gli ordini di rimozione dovevano attuarsi, precludeva al gestore di adire utilmente l'Autorità giudiziaria³⁵. Quanto, invece, al paragrafo 2, si è eccepita la difficoltà, per i gestori, di esaminare con sufficiente accuratezza e tempestività ciascuna notifica, senza cedere alla tentazione di sopprimere «[tous] les contenus qui leur sont signalés, qu'il soient ou non manifestement illicites»³⁶.

Dal canto suo, in almeno due pronunce precedenti il *Conseil* si era dimostrato tutt'altro che insensibile rispetto alla possibilità di reprimere gli abusi della libertà di parola su Internet. Nel 2004, infatti, esso aveva “salvato” il regime generale di responsabilità degli ISP delineato dall'art. 6 della legge n. 2004-575 (la stessa che la *loi Avia* aveva inteso emendare) prescrivendone un'interpretazione restrittiva, costituzionalmente orientata³⁷, ed in modo analogo si era mosso nel 2018 per la legge n. 2018-1202, in tema di contrasto alla disinformazione elettorale³⁸. Sicché, il fatto che per la *loi Avia* ciò non sia stato possibile sembra confermarne l'intrinseca problematicità.

volendo, I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020, 242 ss. Con più specifico riferimento all'esperienza italiana v. inoltre A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet*, Milano, 2020, 341 ss., e già L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, *passim*.

³⁴ Dec. 2020-801 DC del 18 giugno 2020, § 7 ss., su cui v. almeno C. DENIZEAU-LAHAYE, *La décision Avia, coup de tonnerre dand un ciel d'orage*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2021, 207 ss. C. BIGOT, *Régulation des contenus de haine sur Internet: retour sur le désaveu infligé par le Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi dite "Avia"*, in *Recueil Dalloz*, 25/2020, 1448 ss.; E. BONIS - V. PELTIER, *Chronique de droit pénal et de procédure pénale (janvier 2020 à juin 2020)*, in *Titre VII*, 5/2020, 115 s.; T. PIAZZON, *Chronique de droit privé (janvier 2020 à juin 2020)*, *ibid.*, 136 ss.; N. DROIN, *Loi Avia: une censure attendue mais paradoxalement surprenante*, in *Actualité Juridique Pénal*, 9/2020, 407 ss.

³⁵ *Ibid.*, § 8.

³⁶ *Ibid.*, § 19.

³⁷ Dec. 2004-496 DC del 10 giugno 2004, che ha limitato la responsabilità degli ISP ai soli casi in cui essi ospitano consapevolmente contenuti la cui illiceità sia «manifesta» (§ 9). Sull'istituto della *réserve d'interprétation* restano attuali le considerazioni di A. VIALA, *Les réserves d'interprétations dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Parigi, 1999, 17 ss., cui *adde* più di recente M. HAULBERT, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Parigi, 2020, 387 ss.

³⁸ V. la dec. 2018-773 DC del 20 dicembre 2018, che ha anch'essa limitato il divieto di veicolare *fake news* alle ipotesi in cui esse siano «manifestamente» tali (§§ 23, 51), e cfr. ancora la dec. 2017-747 del 16 marzo 2017, sulla legittimità del reato di ostacolo all'interruzione volontaria di gravidanza, confermata, «notamment sur un site de communication au public en ligne», per le sole ipotesi di «pressions, menaces ou actes d'intimidation» (§ 14).

5. Segue. La diffusione del nuovo modello regolatorio presso alcune democrazie illiberali

Come già accennato, il modello tedesco ha trovato maggiore fortuna in contesti politico-normativi storicamente fragili dal punto di vista democratico³⁹. In sintesi, si sono registrate due tipologie di situazioni.

In taluni casi, si è avuta una torsione del paradigma originario in senso ulteriormente restrittivo. In Kenya, primo Paese in ordine di tempo ad aver mutuato la nuova disciplina, già poche settimane dopo il deposito della bozza al *Bundestag* (giugno 2017) la Commissione per la coesione nazionale e l’Autorità per le comunicazioni l’hanno invocata a sostegno di un regolamento congiunto che impone ai *social media* la chiusura di tutti gli *accounts* che diffondano contenuti politici «indesiderabili»⁴⁰. Senonché, i requisiti sulla base dei quali tale “indesiderabilità” dev’essere valutata sono fissati in termini tanto generici da essere difficilmente riscontrabili in sole ventiquattr’ore, com’è stato, invece, previsto. Infatti, dalla *condition* 1.1. della «Content Service Provider license», cui rinvia il § 5.1.1.5 del provvedimento *de quo*, si ricava la necessità di censurare tutte le esternazioni che «promuovano o facilitino *atti immorali*», siano «ingannevoli per inaccuratezza, ambiguità, esagerazione, omissione *o in altro modo*», ovvero inducano negli utenti un «*inaccettabile* senso di paura o ansietà»⁴¹.

Ancora più breve il margine concesso ai *providers*, pochi mesi più tardi, dall’Assemblea costituente venezuelana⁴²: appena sei ore, entro le quali le piattaforme dovrebbero identificare e rimuovere tutti i messaggi di incitamento all’odio immessi dagli utenti, anche in assenza di segnalazioni di parte. La norma, di cui il Governo ha argomentato l’ammissibilità, di nuovo, alla luce del “precedente” europeo⁴³, sembra sospingere gli *ISP* verso un uso massiccio, sistematico e rigoroso del *data filtering*. Di fatto, essa tende a scoraggiare l’esercizio dell’attività giornalistica e il dibattito politico⁴⁴, se è vero che alla capillare “setacciatura” degli ambienti digitali fa corrispondere pene

³⁹ Per una sintetica ma puntuale rassegna v., oltre a quelli di seguito richiamati nel testo, J. MCANGAMA - J. FISS, *The Digital Berlin Wall: How Germany (Accidentally) Created a Prototype for Global Online Censorship*, 2019, 7 ss., reperibile in *Justitia-int.org*.

⁴⁰ Il riferimento è al § 13.7 delle vigenti *Guidelines on prevention of dissemination of undesirable bulk and premium rate political messages and political social media content via electronic communications networks*, di rango regolamentare.

⁴¹ Enfasi aggiunte.

⁴² Legge costituzionale dell’8 novembre 2017, «contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia». Benché il 14 novembre successivo essa sia stata dichiarata invalida dall’Assemblea nazionale per violazione, tra gli altri, degli articoli 57 Cost., 18 e 19 PDCP, 18 e 19 DUDU sulla libertà di manifestazione del pensiero, essa continua tuttora a trovare applicazione, col pieno avallo del Governo. Sulla grave crisi costituzionale che rende possibile tale situazione v. l’ampia disamina condotta da A. BREWER-CARIAS, *The Collapse of the Rule of Law in Venezuela 1999-2019*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 3/2020, 742 ss.

⁴³ V. testualmente le dichiarazioni dell’allora Primo vicepresidente, Elvis Amoroso, come riportate dagli organi di stampa: *Comisión revisará ley que regulará las redes sociales*, in *Elnacional.com*, 23 agosto 2017.

⁴⁴ A. SCHEER, *Venezuela: A Uniquely Senior Insight into a Human Rights Crisis*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1/2018, 377. Del resto, lo stesso presidente Nicolás Maduro non aveva nascosto che lo scopo ultimo della nuova legge sarebbe stato politico, ossia frenare l’agguerrite proteste dei partiti di opposizione.

detentive, a carico dei singoli *haters*, di durata compresa tra i dieci e i venti anni (art. 20)⁴⁵, astrattamente comminabili anche per un solo *tweet*.

Altre volte, il paradigma tedesco è stato riprodotto in modo relativamente fedele, ma la collocazione all'interno di ordinamenti già segnati da una diffusa compromissione dello Stato di diritto ne ha amplificato il potenziale lesivo. È questo il caso della Turchia, che nel 2020 ha emendato la l. 5651 (2007)⁴⁶ per imporre alle piattaforme sociali «con più di un milione di accessi giornalieri dal territorio nazionale»⁴⁷ cinque nuovi obblighi: nominare un referente locale (art. agg. 4, § 1); conservare sul territorio nazionale i dati immessi dai cittadini turchi (§ 5); eseguire i provvedimenti giudiziari di oscuramento entro ventiquattr'ore dalla notifica (§ 8); pubblicare *reports* semestrali su modalità e grado di applicazione della disciplina medesima (§ 4); decidere sulle richieste di rimozione dei contenuti (asseritamente) lesivi di diritti soggettivi dei terzi entro due giorni, motivando l'eventuale rifiuto (§ 3).

La brevità del termine da ultimo richiamato è astrattamente problematica ma, poiché si tratta soltanto di un obbligo di «riscontro» e non anche di «rimozione», il *provider* potrebbe astrattamente sottrarsi alla sanzione senza incidere sulla libertà dei propri utenti, ossia respingendo le richieste con motivazioni generiche. I profili davvero critici scaturiscono, piuttosto, dall'interazione delle nuove disposizioni con quelle già presenti nella l. 5651, nonché con la profonda crisi costituzionale che la Turchia sta attraversando oramai da tempo⁴⁸ e che, tra le altre cose, nel 2017 è sfociata nella modifica della forma di governo in senso, per così dire, iper-presidenzialista⁴⁹.

Il riferimento è, in particolare, alla progressiva attrazione della magistratura nella sfera di influenza governativa, grazie all'arresto ed alla detenzione preventiva di un terzo dell'intero ordine giudiziario, insieme a quasi mezzo milione tra avvocati, giornalisti, dissidenti politici, specie a seguito del fallito *golpe* del 2016⁵⁰. Tali misure sono state

⁴⁵ Cfr. la «grave preoccupazione» espressa, all'indomani dell'approvazione, dal Relatore speciale per la libertà di espressione dell'Organizzazione degli Stati americani (comunicato R179/17 del 10 novembre 2017).

⁴⁶ l. 4 maggio 2007, n. 5651 *Sulla regolamentazione delle trasmissioni via Internet e la lotta contro i reati commessi con tale mezzo*.

⁴⁷ Osservano D. TUNCEL, O. SUMER, D. AKŞIT KARAÇAM, *Turkey Regulates Social Networks*, in *www.herguner.av.tr*, 2020, 1, che dal testo legislativo non è chiaro se nella categoria in esame rientrano anche «online marketplaces, news, forums and blog websites» parimenti aperti alla condivisione di contenuti da parte degli utenti.

⁴⁸ Sul tema v. per tutti O. YEGEN, *Constitutional Changes under the AKP Government of Turkey*, in *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 1/2017, 70 ss.

⁴⁹ La l. 21 gennaio 2017, n. 6771 ha mutato il Presidente della Repubblica da garante della legalità costituzionale ad organo di indirizzo politico, con contestuale assorbimento di tutte le prerogative prima spettanti al Primo ministro e anche di alcune proprie del Governo. Contestualmente, sono state comprese le prerogative parlamentari ed è stata soppressa la sfiducia.

⁵⁰ Cfr. M. TAHIROGLU, *How Turkey's Leaders Dismantled the Rule of Law*, in *The Fletcher Forum of World Affairs*, 1/2020, 68, secondo il quale «[the] highly politicized judiciary functions as a primary weapon against government critics and opponents – particularly in the media, parliament, and civil society». Nello stesso senso v. Y. AYDIN, *Long Story of Turkish Judges*, in *Questionegiustizia.it*, marzo 2021, 1 ss., cui *adde* la «demonizzazione del dissenso» denunciata da M. ŞAFAK SARI, *What's Behind Turkey's New Internet Law?*, in *www.tr.boell.org*, 2020.

censurate dalla Corte EDU⁵¹, ma l'orientamento giurisprudenziale che ne è alla base, incentrato su un'interpretazione estensiva della fattispecie di terrorismo *ex art. 314 c.p.*, è stato successivamente confermato dalla Corte costituzionale⁵². Questa circostanza consente di comprendere il potenziale anti-garantista insito sia nel summenzionato obbligo di stoccaggio dei dati entro i confini nazionali, saldamente a disposizione delle Autorità, sia nel breve margine temporale concesso alle piattaforme per eseguire gli ordini di oscuramento. A ciò si aggiunga che, nella pratica, la rimozione dei contenuti viene disposta dal giudice solo in forma di convalida di precedenti ordini amministrativi, la cui emanazione è consentita, anche soltanto in base a «ragionevoli sospetti» (art. 8, § 1)⁵³, al Presidente dell'Autorità nazionale per l'Informatica, e che quest'ultimo può agire *motu proprio* (art. 8, § 4) o su richiesta di un membro del Governo (art. 8/A, § 1)⁵⁴.

6. Il “nuovo” web 2.0 come “zona franca” dalla rule of law

L'attrattiva esercitata dal *NetzDG* nei confronti di alcune democrazie illiberali e, per contro, le aspre censure di cui è stata bersaglio la *loi Avia* in un Paese di solida tradizione democratica, come la Francia, paiono rafforzare l'ipotesi iniziale secondo cui il modello regolatorio tedesco sia in tendenziale contrasto con i canoni dello Stato di diritto. Tali fattori non sono, tuttavia, dirimenti.

A ben vedere, infatti, le leggi di Kenya e Venezuela sui *social networks* non sono del tutto sovrapponibili al *NetzDG*, proprio laddove esse ne sviluppano alcune previsioni in senso ulteriormente repressivo. Un'exasperazione che, sembra lecito ipotizzare, con buona probabilità si sarebbe registrata anche nel caso turco se, come si diceva, il condizionamento politico della magistratura⁵⁵ non lo avesse reso inutile, consentendo al legislatore di concentrarsi, piuttosto, sulla celerità dell'ottemperanza ai provvedimenti di rimozione. Analogamente, può richiamarsi che il meccanismo di oscuramento “breve” ritenuto illegittimo dal *Conseil constitutionnel* poggiava su un criterio diverso e distinto da quello adottato dal *Bundestag*: il significato dei messaggi (pedopornografico, terroristico), anziché il carattere «manifesto» della relativa illiceità.

⁵¹ V. la sent. 16 aprile 2019, ric. 12778/17, *Alparslan Altan* e la sent. 3 marzo 2020, 66448/18, *Hakan Baş*. I ricorsi presentati da (oramai “ex”) magistrati turchi sono più di duemila.

⁵² Sent. Corte cost. 14 luglio 2020, n. 31185, § 94 ss.

⁵³ Sul rigore e sulla scarsa trasparenza con cui le norme in esame trovano attualmente applicazione v. V. VERVERIS, *Cross-Country Comparison of Internet Censorship: A Literature Review*, in *Policy and Internet*, 2019, 9 s.

⁵⁴ In questi casi, teoricamente caratterizzati da «particolare urgenza», dovrebbe trovare scrupolosa applicazione il più ristretto margine temporale (quattro ore) già previsto in via generale *ex artt. 8, § 5, e 8/A, § 1*. Senonché, tali previsioni sembrerebbero adesso derogate dall'art. agg. 4, §§ 8 e 9, ai soli effetti civilistici. Invero, un più chiaro coordinamento tra le disposizioni *de quibus* sarebbe opportuno.

⁵⁵ Cfr., per contro, il conflitto tuttora in corso tra il Presidente e l'ordine giudiziario kenioti, su cui v. AA.VV., *Appointment of Judges and the Threat to Judicial Independence: Case Studies from Botswana, Swaziland, South Africa, and Kenya*, in *Southern Illinois University Law Journal*, 3/2020, 429, e, da ultimo, anche numerosi passaggi del discorso pronunciato dal primo durante le celebrazioni per il LVIII anniversario dell'Indipendenza, il 1° giugno 2021 (accessibile da www.president.go.ke).

Ben più indicativi paiono, invece, altri elementi, che pure sono emersi nel corso dell'indagine. Sul piano letterale, possono richiamarsi la definizione semanticamente vaga dei contenuti suscettibili di rimozione, l'assenza di sanzioni effettive per le ipotesi di *overblocking* e la brevità dei tempi di intervento. Su quello pratico-applicativo, invece, preoccupano la fallacia degli strumenti di I.A., la tendenziale opacità dei criteri di moderazione e l'immunità da qualsiasi forma di *accountability* popolare di cui godono gli ISP. Tutti questi fattori concorrono alla definizione di un *habitat* in cui la libertà di parola appare irrimediabilmente precaria⁵⁶, non ultimo perché "sostanzialmente", anche se non formalmente orfana della possibilità di ricevere tutela in sede giurisdizionale.

Del resto, delle norme in esame non si è mostrato del tutto soddisfatto lo stesso *Bundestag* se è vero che – come si accennava – esso ha avvertito l'esigenza di modificare il testo ben quattro volte, dapprima solo per definirne più chiaramente alcune fattispecie⁵⁷ e, in un secondo momento, anche per introdurvi maggiori garanzie.

7. Segue. Il "lungo ritorno" verso lo Stato di diritto: primi correttivi ed ulteriori proposte in prospettiva de iure condendo

Le suddette novelle entreranno in vigore gradualmente, entro la fine del 2022. Tra le altre cose, esse impongono alle piattaforme di rendere noti, all'interno dei loro *report* periodici, i criteri utilizzati per valutare l'illiceità dei contenuti segnalati, nonché la tipologia e le «caratteristiche principali» degli strumenti di I.A., le modalità di supervisione umana e l'eventuale collaborazione con persone qualificate ai fini di un ulteriore affinamento. Inoltre, viene imposto ai gestori di illustrare le proprie *policies* in un linguaggio accessibile ed ai moderatori di motivare ogni oscuramento, così da consentire all'utente di proporre reclamo. Sono rafforzati i poteri di vigilanza dell'Ufficio federale di giustizia, presso il quale è istituito un «collegio arbitrale privato» competente sulle controversie che coinvolgono piattaforme di *video sharing*⁵⁸. Infine, in presenza di determinati contenuti è previsto l'intervento dell'Ufficio federale di polizia criminale e quindi, in prospettiva, della magistratura⁵⁹.

Al di là di questi correttivi, una chiara presa di coscienza della problematicità del modello sembra maturare sul versante europeo. Tra il 2019 e il 2021, infatti, Parlamento e Consiglio hanno profondamente emendato⁶⁰ la bozza originaria dell'odierno

⁵⁶ Di avviso diverso, sembra, N. FIANO, *Il linguaggio dell'odio in Germania: tra Wehrhafte Demokratie e Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, in M. D'AMICO, C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione*, cit., 163 s., e già V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 24, specie alla luce dei passaggi normativi sulla possibilità di rivolgersi ad organismi indipendenti di autoregolamentazione.

⁵⁷ V. l'art. 274 l. 19 giugno 2020 e l'art. 9 l. 30 novembre 2020.

⁵⁸ Modifiche apportate dall'art. 1 l. 3 giugno 2021.

⁵⁹ Art. 7 l. 30 marzo 2021, «per combattere l'estremismo di destra».

⁶⁰ V. rispettivamente la ris. P8_TA-PROV (2019)0421 del 17 aprile 2019 e l'atto legisl. 14308/1/20 REV 1 del 18 marzo 2021.

Regolamento sul contrasto ai contenuti terroristici *online*⁶¹, espungendone molte delle iniziali analogie alla legge tedesca. Anche il testo del c.d. *Digital Service Act (DSA)*⁶², presentato nel 2020 ed ancora in fase di discussione, pur replicando lo schema di base del *NetzDG*, perché incentrato su una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme rispetto alla direttiva 2000/31/CE, si è preoccupato di attenuarne l'impatto sulle libertà individuali, p. es. ribadendo la presunzione di irresponsabilità degli operatori (art. 3-5) e l'assenza di obblighi di sorveglianza preventiva (art. 7), ovvero introducendo, a tutela degli utenti indebitamente oscurati, stringenti obblighi motivazionali (artt. 8, 14, 15) e rimedi *lato sensu* impugnatori (artt. 17-18).

Invero, dal punto di vista della conformità ai principi della *rule of law* le modifiche poc'anzi richiamate paiono apprezzabili, ma ancora insufficienti. Esse, infatti, pur riespandendo il ruolo dei poteri pubblici in funzione di garanzia rispetto ai possibili abusi da parte degli *ISP*, lasciano ancora in mano a questi ultimi (e ad organismi ad essi collegati)⁶³ le decisioni sui singoli casi.

Il fatto è che lo spazio digitale manca, ancora, di alcuni degli elementi-chiave che hanno storicamente segnato lo sviluppo dello Stato di diritto nel mondo analogico e che, in prospettiva *de iure condendo*, sarebbe, pertanto, opportuno riprodurvi, pur con le peculiarità imposte dalla natura privatistica del mezzo. Così, ad esempio, per assicurare il rispetto dei principi di uguaglianza formale e di *due process of law* il legislatore potrebbe predisporre un nucleo minimo ed uniforme di regole, sostanziali e procedurali, destinate ad integrare automaticamente le varie *policies* aziendali. Potrebbe, inoltre, prescriversi che i membri dei *teams* di moderazione soddisfino determinati requisiti di competenza, terzietà ed imparzialità, non troppo lontani da quelli tradizionalmente tipici dei magistrati, secondo un modello già in corso di perfezionamento, in Italia, per l'arbitrato rituale⁶⁴. Ed ancora, al fine di garantire la prevedibilità delle relative decisioni e, quindi, la certezza del "diritto" vivente (digitale), potrebbe stabilirsi che le stesse siano accessibili al pubblico.

Al fine di minimizzare gli interventi repressivi, poi, potrebbe essere utile il ricorso a strumenti propri dello Stato sociale, che rispetto allo Stato di diritto ottocentesco figura,

⁶¹ Reg. (UE) 2021/784 del 29 aprile 2021 (c.d. TERREG), su cui v., in senso ancora problematico, M. MARTORANA, *Terrorismo sul web e contenuti online: il nuovo regolamento UE*, in *Altalex.com*, 25 maggio 2021.

⁶² Proposta di regolamento avanzata dalla Commissione con COM (2020) 825 final del 15 dicembre 2020, ora all'esame del Consiglio. Su di essa, così come su altri interventi di legislazione secondaria strettamente connessi, v. per tutti G. RUOTOLO, *Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, in *Sidiblog.org*, marzo 2021, e J. BARATA, *The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions*, in *Verfassungsblog.de*, marzo 2021.

⁶³ Cfr. la parziale insoddisfazione espressa, con riferimento all'*Oversight Board* di Facebook, da G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, 16 febbraio 2021, 5, in www.garanteprivacy.it; P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 17 s.; P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, Genova, 2020, 195.

⁶⁴ V. l'emendamento n. 12 all'art. 11 del DDL S.1662 (dep. 16 giugno 2021), cui cfr. già, oltre alla trattazione monografica di C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, 70 ss., T. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 23/2018, 8 s., e V. DI GRAVIO, *L'indipendenza dell'arbitro*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2/2018, 196 ss.

del resto, in rapporto di continuità storica. Si pensi, per esempio, a campagne di sensibilizzazione o ad interventi di inclusione socio-lavorativa delle minoranze-*target*, magari finanziati con un'imposta di scopo a carico degli stessi *ISP*. Del resto, è noto che *hate speeches* e *fake news* costituiscono esternalità negative (quando non addirittura consapevoli fonti di profitto, come nel caso del *clickbaiting*) della relativa attività d'impresa⁶⁵.

In un'ottica simile, del resto, pare muoversi attualmente la Commissione europea, allorché, nella bozza del summenzionato *DSA*, essa propone di obbligare le «piattaforme online di dimensioni molto grandi» all'individuazione e rimozione, a proprie spese, dei «rischi sistemici» derivanti «dall'uso e dal funzionamento dei loro servizi», con espresso riferimento tanto alle minacce per i diritti dei singoli cittadini, quanto a quelle che involgano l'intera collettività (art. 26 ss.).

⁶⁵ Cfr. F. SARRACINO, *Esternalità negative, beni posizionali e crescita economica*, in *Il Ponte*, 7-8/2009, 128, nt. 3.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

PROFILAZIONE *ONLINE* E MANIPOLAZIONE DEL CONSENSO NELLA *BUBBLE DEMOCRACY*

PIETRO VILLASCHI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Profilazione *online* e discorso pubblico: inquadramento del fenomeno. – 2.1. Le conseguenze sui diritti dei cittadini-utenti, “chiusi” tra *filter-bubbles* ed *echo chambers*. – 2.2. ...sui partiti: il ruolo delle *internet platforms* come intermediari. – 2.3. ...sul sistema democratico: l’alterazione degli equilibri elettorali e la frammentazione del rappresentato. – 3. Lo stato dell’arte: autoregolamentazione, con uno sguardo al contesto internazionale. – 4. Verso la *bubble democracy*. Quali prospettive?

1. *Introduzione*

L’affermarsi negli ultimi anni di tecnologie caratterizzate dall’uso di sistemi di intelligenza artificiale ha posto sul tavolo innumerevoli questioni etiche, sociali e giuridiche.

La pervasività e velocità con cui la rivoluzione tecnologica sta trasformando il volto della nostra società impongono di riflettere sulle conseguenze che l’impiego di questi strumenti sta producendo in termini di tenuta dei diritti individuali¹.

¹ Per una panoramica delle questioni di rilievo costituzionale poste dai sistemi di AI, cfr. A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giudici. Intelligenza artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *Biodiritto*, 1/2019, 1-34.

Con il presente contributo si intende indagare, in particolare, le implicazioni dell'impiego di tecniche di profilazione *online* a fini politico-elettorali e, conseguentemente, riflettere sulle possibili forme di regolazione dei *social network* quale spazio mediatico utilizzato dai soggetti politici per la costruzione del consenso.

L'attenzione si concentrerà nello specifico sui periodi di campagna elettorale, perché è in questa sede che i potenziali effetti della profilazione rischiano di avere le più significative ripercussioni sulla formazione della pubblica opinione e condizionare così l'esito delle elezioni stesse.

Anzitutto, si delinearanno i tratti essenziali del fenomeno in esame, il quale si riverbera ed esplica in molteplici direzioni, incidendo sia sui diritti dei cittadini-utenti, sia sul ruolo dei partiti politici e il loro rapporto con i gestori delle piattaforme digitali, sia sul funzionamento e rendimento del sistema democratico-rappresentativo complessivamente considerato.

Nonostante la significativa rilevanza e pervasività di tali pratiche, si constaterà come nel nostro Paese la regolamentazione del fenomeno sia quasi del tutto assente, stante il fatto che la disciplina normativa, che regola i periodi di campagna elettorale, è sostanzialmente ancora limitata al solo sistema radiotelevisivo.

Ciò pone seri interrogativi, specie con riferimento al regolare svolgimento delle campagne elettorali, le quali sono oggi sempre più ibride, svolgendosi in maniera diffusa sui *social media*.

Si tratta, invero, di un *deficit* presente anche a livello sovranazionale, ove la normativa in materia di protezione dei dati (si pensi nella specie al *General Data Protection Regulation*) si rivela insufficiente.

Da ultimo, si ragionerà di possibili forme di regolazione future: si va dalla (problematica) ipotesi di estendere le regole in tema di *par condicio* attualmente vigenti per i mezzi radiotelevisivi alle piattaforme *online*, all'imposizione di oneri di trasparenza e rendicontazione a carico dei partiti politici e degli stessi *social network*, alla previsione di limiti di spesa massimi per la pubblicità a contenuto politico online, fino anche alla possibilità di impedire l'impiego della profilazione *online* e del *micro-targeting*, specie nei periodi di campagna elettorale.

2. Profilazione online e discorso pubblico: inquadramento del fenomeno

La riflessione non può che prendere le mosse dalla constatazione che le *Internet platforms*, e i *social networks* in particolare, siano diventate sempre di più i luoghi - virtuali - in cui si articola il dibattito e il confronto pubblico².

Da un *report*, pubblicato nel giugno 2020 dall'Istituto Nazionale di Statistica, emerge che la stragrande maggioranza della popolazione italiana utilizza i mezzi di comunicazione di massa per informarsi di politica.

² Cfr. M. MONTI, *Le internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, spec. 814-816; 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*, 4/2018, spec. 204-209.

Fra i media predomina ancora la televisione, utilizzata dall'82,2% di chi si informa. Seguono a distanza i quotidiani (33,3%), la radio (32,1%), le riviste settimanali (7,5%) e quelle non settimanali (3,0%).

Per quanto concerne l'universo digitale, nel 2019, 15 milioni e 800 mila persone di 14 anni e più (30,1% del totale) si sono informati di politica tramite internet (pari al 42,2% di chi si informa di politica). Tra coloro che si informano più frequentemente di politica (almeno una volta a settimana) quasi la metà (47,7%) utilizza Internet.

Interessante, nonché rappresentativo della rapida espansione del mezzo digitale, è constatare che tra il 2014 e il 2019 la percentuale di persone che si informano di politica anche attraverso Internet è aumentata dal 27,7% al 42,2%. E fra questi la metà utilizza *social networks* o *blog*, *newsgroup* e forum di discussione online (51,4%)³.

Ancor più limpido lo scenario se si prende in considerazione il numero di utenti attivi sui principali *social networks*.

Facebook, ad esempio, vanta circa 2,8 miliardi di membri attivi in tutto il mondo e 35 milioni solo in Italia (pertanto più della metà della popolazione), con un tempo medio di utilizzo di 58 minuti al giorno. Segue *Instagram*, con 1 miliardo di utenti attivi a livello globale, 19 milioni a livello nazionale e un tempo medio di 53 minuti di utilizzo.

Meno diffuso, date anche le caratteristiche di funzionamento, un social come *Twitter*, utilizzato a livello globale da circa 330 milioni di persone, 16 milioni delle quali italiane, con un tempo medio di utilizzo giornaliero di 3,3 minuti.

Da quanto precede, può derivarsi che i *social media* abbiano raggiunto un livello di pervasività che non può essere ignorato, dal momento che in questi spazi un'importante parte della popolazione, specie più giovane, identifica il luogo ove attingere quotidianamente le informazioni.

Quello che si sta determinando è, quindi, una radicale rivoluzione nelle modalità con cui l'opinione pubblica si informa, che, di riflesso, sta producendo una profonda trasformazione delle modalità con cui vengono condotte le campagne elettorali da parte degli attori politici.

Con questo non si vuole dire che la televisione, la carta stampata o un comizio elettorale non abbiano più alcun valore (i dati sopra ricordati testimoniano un ruolo ancora significativo specie del mezzo radio-televisivo).

Tuttavia, è innegabile come le *internet platforms* (*social networks* e motori di ricerca) rappresentino il terreno privilegiato con cui oggi elettori, candidati e partiti interagiscono⁴, tanto è vero che la dottrina ha evidenziato come si stia assistendo allo sviluppo di campagne elettorali ibride, ossia che sfruttano un crescente incrocio delle logiche dei *media* tradizionali con quelle digitali⁵.

³ Dati tratti da Istituto Nazionale di Statistica, *La partecipazione politica in Italia*, 26 giugno 2020, 1-35.

⁴ Per uno degli studi più aggiornati sul tema cfr. K. KLONIC, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131/2018, 1599 ss.

⁵ Cfr. R. BRACCIALE, C. CEPERNICH, *Hybrid 2018 campaigning: the social media habits of Italian political leaders in Italian Political Science*, 1/2018, 36-50; *Rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese 2020*, Capitolo "Comunicazione e media", spec. 37-39.

La fortuna di questi strumenti risiede nel fatto che sono dotati di un potenziale partecipativo nettamente superiore rispetto ai media tradizionali, tanto che inizialmente avevano suscitato la speranza che, grazie alla loro diffusione, si sarebbe potuto ravvivare il coinvolgimento dei cittadini nella vita politica, favorendo la libera circolazione delle idee e dando vita a nuovi spazi di confronto, autenticamente deliberativi.

Tuttavia, ben presto, queste speranze sono state smentite dai fatti. I *social media* si sono, al contrario, rivelati particolarmente adatti alla costruzione di strategie di manipolazione e targetizzazione degli utenti a fini politico-elettorali⁶.

La profilazione, che nasce anzitutto in ambito commerciale-pubblicitario, si configura, quindi, come un processo strategico destinato ad influenzare la massa degli utenti attraverso la trasmissione diretta di stimoli, formati sulla base delle preferenze espresse, di modo da mostrare all'utente il prodotto che dovrebbe suscitare il maggior interesse.

La stessa logica viene seguita in ambito politico-elettorale, sul presupposto che il messaggio individualizzato renda più facili e soddisfacenti le scelte del consumatore, in questo caso coincidente con l'elettore.

Nelle pagine che seguiranno, si delineeranno i tratti fondamentali di questo fenomeno: diffusosi inizialmente oltreoceano, esso ormai ha assunto una dimensione transnazionale e un grado di pervasività - non più ignorabile - anche nel vecchio continente, Italia compresa, come di recente, peraltro, rilevato dallo stesso Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento 18 aprile 2019, n. 96⁷.

Questo processo coinvolge sia i diritti dei cittadini-utenti, sia la posizione delle forze politiche che fanno uso di tali pratiche, sia, di riflesso, il sistema democratico complessivamente considerato.

⁶ Cfr., sul punto, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. MOLLER, S. KRUIKEMEIR., R.O. FATHAIGH, K. IRION, B. BODO, T. DOBBER, C. DE VREESE, *Online Political Microtargeting: Promises and Threats for Democracy*, in *Utrecht Law Review*, 14/2018, 82-96, da cui è tratta la seguente poliedrica definizione: «political microtargeting involves 'creating finely honed messages targeted at narrow categories of voters' based on data analysis 'gathered from individuals' demographic characteristics and consumer and lifestyle habits'. Online political microtargeting can take the 'form of political direct marketing in which political actors target personalized messages to individual voters by applying predictive modelling techniques to massive troves of voter data'. Online political microtargeting could also be seen as a type of behavioural advertising, namely political behavioural advertising. Behavioural advertising is a modern marketing technique that involves tracking people's online behaviour to use the collected information to display individually targeted advertisements».

⁷ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica*, 18 aprile 2019, n. 96, che ammonisce come «sussistono seri rischi di utilizzo improprio dei dati personali dei cittadini per sofisticate attività di profilazione su larga scala e di invio massivo di comunicazioni o ancora per indirizzare campagne personalizzate (il c.d. *micro-targeting*) volte a influenzare l'orientamento politico e/o la scelta di voto degli interessati, sulla base degli interessi personali, dei valori, delle abitudini e dello stile di vita dei singoli. In vista delle elezioni europee è pertanto fondamentale garantire la corretta applicazione delle norme sulla protezione dei dati soprattutto on line, anche al fine di proteggere il processo elettorale da interferenze e turbative esterne».

2.1. Le conseguenze sui diritti dei cittadini-utenti, “chiusi” tra filter-bubbles ed echo chambers

Anzitutto, le tecniche di profilazione minacciano la *privacy* dei cittadini che quotidianamente interagiscono e si informano sulle principali piattaforme *online*⁸.

Gli algoritmi che vengono, infatti, all’uopo impiegati si nutrono essenzialmente di dati, i quali vengono raccolti, analizzati e aggregati, al fine di fornire i messaggi che si pensa possano riscuotere maggior successo per una certa categoria di utenti⁹. Monitorando l’utilizzo di Internet delle persone, è possibile, infatti, creare un *database* dei loro interessi e un profilo personalizzato, spesso in assenza di un’autentica consapevolezza che, a fronte di determinati servizi offerti gratuitamente dalle piattaforme, in realtà si celi una vera e propria commercializzazione dei dati personali come corrispettivo dei servizi medesimi.

Un secondo importante aspetto concerne i rischi in termini di manipolazione del consenso, dal momento che la profilazione porta alla creazione di vere e proprie bolle informative (*filter bubbles*), nelle quali l’individuo tende a rafforzare le proprie posizioni di partenza e relativi pregiudizi (*confirmation bias*), anziché favorire una loro ponderazione ed eventuale rivisitazione tramite il confronto critico con altre di segno opposto, che divengono invisibili sul *web*, pur esistendo nella realtà¹⁰.

Si viene così a determinare una forte *cyber-polarizzazione* del pubblico in forza della quale ciascuno sente nient’altro che l’eco amplificato della propria voce, giacché interagisce solo con altri utenti, che hanno simili vedute, gusti, opinioni o esperienze: si creano così le c.d. *echo chambers* o casse di risonanza¹¹.

Ne deriva che l’individuo, così come il gruppo di appartenenza, tende naturalmente a confermare e rafforzare le opinioni circolanti all’interno di questi spazi, determinandosi non solo un effetto di conferma delle posizioni di partenza, ma anche un’estremizzazione delle stesse e una chiusura quasi pregiudiziale a idee alternative¹².

In questo contesto si assiste, altresì, alla diffusione spesso volontaria di *fake news*, il cui scopo è quello di far aumentare il seguito di certe posizioni politiche o di certi *leaders*, all’interno di *Cyber-cascades*, ossia di processi di scambio di informazioni che

⁸ Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. MOLLER, S. KRUIKEMEIR., R.O FATHAIGH, K. IRION, B. BODO, T. DOBBER, C. DE VREESE, *Online Political Microtargeting*, cit., 86-88.

⁹ Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, T. DOBBER, R. O. FATHAIGH, *The regulation of online political microtargeting in Europe*, in *Internet Policy Review*, 4/2019, 1-19.

¹⁰ Il termine è stato coniato da E. PARISER, *The filter bubble. What the Internet is hiding from you*, New York, 2011. L’autore, attraverso la sua immagine metaforica, evidenzia l’inserimento dell’utente in una gabbia virtuale che raccoglie i dati, le preferenze, le scelte dei prodotti o di servizi e che, attraverso un algoritmo, lo profila; secondo l’*Oxford Dictionary* la *Filter bubble* consiste in «the situation in which an Internet user encounters only information and opinions that conform to and reinforce their own beliefs, caused by algorithms that personalize and individuals’s online experience»; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *MediaLaws*, 1/2018, 19-47; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, ‘*Should We Worry about Filter Bubbles?*’, in *Internet Policy Review*, 1/2016, 1-16.

¹¹ Cfr. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, Pisa, 2017, 38-47; C.S. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton, 2007, 83 ss.

¹² Cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Rivista BioDiritto*, 1/2019, 101-113.

si propagano e acquistano credibilità, solo perché molte persone fanno a loro volta mostra di crederci¹³.

Un secondo profilo, che è poi la conseguenza diretta dell'uso della profilazione da parte degli attori politici a fini elettorali, è il c.d. *microtargeting* politico, che, come si diceva, sfrutta meccanismi analoghi a quelli dell'*online marketing*, per inviare agli elettori messaggi *marked oriented*¹⁴.

Ciò è reso tecnicamente possibile in virtù delle caratteristiche tecnologiche di questi strumenti di intelligenza artificiale, che si servono di *troll*, *bot*, messaggi automatici ecc.

Si è raggiunta allora non solo un'informazione giornaliera personalizzata e basata sulle proprie preferenze, ma la si è addirittura superata, arrivando ad un'informazione passiva, che viene offerta all'utente dall'intelligenza artificiale sulla base del profilo personale disegnato dall'algoritmo¹⁵.

Altro aspetto da considerare è che il fenomeno non si verifica esclusivamente nei periodi di campagna elettorale, dal momento che i *social network*, grazie alla loro potente pervasività nella vita degli utenti, hanno reso possibile l'organizzazione di sistemi di comunicazione politica permanenti, «che presidiano gruppi quantitativamente imponenti dell'elettorato e lavorano costantemente alla costruzione del consenso, secondo finalità parzialmente comuni a quelle dei partiti di massa novecenteschi, ma certamente con modalità ed effetti incommensurabilmente diversi»¹⁶.

2.2. ...sui partiti: il ruolo delle internet platforms come intermediari

In siffatto contesto a mutare è, inoltre, il ruolo delle forze politiche nell'interazione con l'elettorato.

Anzitutto, simili tecniche di profilazione possono rivelarsi molto costose, favorendo quei movimenti che abbiano maggiori disponibilità economiche e alterando così la parità nel gioco democratico.

Alcuni tipi di *microtargeting* richiedono, infatti, che i partiti politici sviluppino *know-how*, come: costruire e mantenere i registri degli elettori; raccogliere e analizzare la *business intelligence*; progettare e gestire campagne di indagine; utilizzare i canali di comunicazione digitale per raggiungere gli elettori; non da ultimo, un continuo aggiornamento delle strategie di *marketing* elettorale.

Tutto questo ha un costo non indifferente.

¹³ Cfr. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., p. 43; K. MANHEIM, L. KAPLAN, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 21/2019, 106-185.

¹⁴ Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. MOLLER, S. KRUIKEMEIR., R.O FATHAIGH, K. IRION, B. BODO, T. DOBBER, C. DE VREESE, *Online Political Microtargeting*: cit., 86-88.

¹⁵ C. R. SUNSTEIN, *#Republic, La democrazia nell'epoca dei social media*, 2017, 13 ss.

¹⁶ D. SERVETTI, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, in *MediaLaws*, 1/2020, 194; cfr. C. BENNET, *Voter databases, micro-targeting, and data protection law: can political parties campaign in Europe as they do in North America?*, in *International Data Privacy Law*, 4/2016, pp. 261-275 ; B. BODO, N. HELBERGER, C. DE VREESE, *Political micro-targeting: a Manchurian candidate or just a dark horse?*, in *Internet Policy Review*, 6/2017, 3-13.

Quello che ne consegue è che la profilazione tende a consolidare il potere dei partiti più grandi e meglio finanziati e rendere più difficile per i partiti più piccoli essere competitivi¹⁷.

Parallelamente si assiste ad un rafforzamento del ruolo dei c.d. intermediari, ai quali i partiti si affidano per l'analisi dei dati e la messa in campo di messaggi *targetizzati*.

In particolare, ad affermarsi sono i gestori delle piattaforme, di cui sono proprietarie società private, le quali, in coerenza con le dinamiche di mercato, si orientano in base a ragioni economicistiche e acquisiscono considerevoli profitti tramite la raccolta e commercializzazione delle informazioni raccolte.

Questo cambiamento nelle logiche e nelle infrastrutture sottostanti alla campagna politica ha dato origine, quindi, a una nuova classe di intermediari che collegano i partiti politici e l'elettorato.

Negli ultimi anni si è sviluppata una nuova industria che fornisce servizi basati sui dati. Sondaggisti, strateghi digitali, esperti di *social media* e società di consulenza sui *big data* misurano l'opinione pubblica, creano e mantengono i profili degli elettori, per progettare e testare l'efficienza di messaggi politici personalizzati e consegnare tali messaggi selezionati all'utente.

I *social network*, veri censori e controllori dell'agorà digitale, rivestono quindi oggi una posizione quasi monopolistica nella fornitura di determinati servizi¹⁸. Ciò conferisce loro un potere senza precedenti, nel dettare le regole del gioco ai partiti e movimenti politici, che, per la verità, non possono fare altro che accettarle, pena l'impossibilità di aver accesso al *cyber-spazio*¹⁹.

Nel frattempo, i vecchi intermediari, come la stampa, faticano ad adattarsi. La contrazione dei ricavi pubblicitari determina tagli dei costi che possono influenzare alcuni dei ruoli fondamentali che questi intermediari avevano precedentemente svolto nella gestione del discorso politico, come il controllo dei fatti e la scrematura delle notizie più affidabili e attendibili, da presentare al pubblico.

2.3. ...sul sistema democratico: l'alterazione degli equilibri elettorali e la frammentazione del rappresentato

Più in generale, l'uso diffuso di simili tecniche rischia di distorcere le normali dinamiche democratiche, comprimendo il diritto ad un'informazione libera e consapevole da parte dei cittadini e, in ultima analisi, condizionando l'esito delle stesse elezioni.

¹⁷ Cfr. C. BENNET, *Voter databases, micro-targeting, and data protection law: can political parties campaign in Europe as they do in North America?*, cit., 261-275.

¹⁸ Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. MOLLER, S. KRUIKEMEIR., R.O. FATHAIGH, K. IRION, B. BODO, T. DOBBER, C. DE VREESE, *Online Political Microtargeting*, cit., 86-88.

¹⁹ V. D. NICKERSON, T. ROGERS, *Political Campaigns and Big Data*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2/2014, 51-74.

Il *microtargeting* politico *online* è, infatti, fonte di diversi pericoli per la sfera pubblica²⁰.

Anzitutto, potrebbe portare ad una visione distorta delle priorità tematiche dei partiti politici, dal momento che un determinato elettore potrebbe essere esposto solo a una certa tipologia di contenuti, ignorandone degli altri. Inoltre, è concreto il rischio di una frammentazione del mercato delle idee e dell'elettorato.

Più in generale, la profilazione determina un fenomeno di “disarticolazione del rappresentato”.

L'invio massivo di messaggi *marked oriented* e la conseguente creazione di bolle informative fa sì che la sfera dell'opinione pubblica esca sostanzialmente frantumata in una miriade di bolle autoreferenziali: «il che rende gli individui già sradicati, sostanzialmente irrappresentabili da parte di qualsivoglia rappresentante»²¹.

Difatti, ogni soggetto viene ad essere parcellizzato in una pluralità indefinita di bolle, che non gli permettono di confrontarsi, né con chi è portatore di un pensiero diverso, né con chi sviluppa istanze differenti.

È stato evidenziato che le persone che vivono dentro queste *filter bubbles* credono di essere libere, ma, in realtà, limitano la propria libertà e la propria *citizenship*, sicché, con un efficace espressione utilizzata dalla dottrina, può dirsi che: «They are living in a prison of their own design»²².

In altre parole, di fronte ad una realtà che si muove come uno sciame, instabile, volubile, irrazionale, diventa quasi impossibile la possibilità di dare rappresentanza a siffatta moltitudine.

Da quanto precede non può che affermarsi come la crisi della rappresentanza e della partecipazione politica nell'era digitale sia il riflesso di una profonda crisi del rappresentato, che è stata verosimilmente acuita, anziché lenita, dall'applicazione delle *Information and Communication Technologies* ai processi di comunicazione politica e di gestione del mercato delle idee²³.

3. Lo stato dell'arte: autoregolamentazione, con uno sguardo al contesto internazionale

Nonostante la grande rilevanza delle questioni di cui sopra, lo stato dell'arte dimostra una sostanziale assenza di forme di regolamentazione *online* delle campagne elettorali; puntuali disposizioni di legge regolano, invece, le campagne elettorali svolte con mezzi tradizionali.

²⁰ Per uno sguardo di insieme, *Institute for Information Law - The legal framework on the dissemination of disinformation through Internet services and the regulation of political advertising*, December 2009, 11-160.

²¹ A. CARDONE, “Decisione algoritmica” vs Decisione politica? *A.I., Legge, Democrazia*, Napoli, 2021, 72.

²² C. R. SUNSTEIN, *#Republic, La democrazia nell'epoca dei social media*, 2017, 20.

²³ A. CARDONE, *Decisione algoritmica” vs Decisione politica?*, cit., 68-89.

Anzitutto, limiti di spesa nelle campagne politiche per partiti e candidati sono fissati dalla legge 10 dicembre 1993, n. 515, in base alla quale la voce «spese elettorali» fa riferimento a «materiali e mezzi per la propaganda» e alla loro diffusione attraverso «la stampa, la radio e le televisioni private, cinema e teatri» così come «ogni servizio o prestazione riguardante la campagna elettorale»²⁴.

Nessuna disposizione specifica menziona, invece, il *cyber-spazio* o i *social media*. Di conseguenza, non è attualmente disponibile una stima della quantità di denaro che partiti e candidati investono nella comunicazione politica sui *social network*.

In particolare, i costi della creazione di banche dati e dei profili dei cittadini potrebbero non essere registrati e segnalati all'interno delle categorie attuali e potrebbero essere spesi al di fuori del periodo di campagna regolamentato.

Analogamente, risulta alquanto difficile tracciare il lavoro pubblicitario politico svolto attraverso consulenze, agenzie, strutture di supporto²⁵.

Oltre alla legge n. 515/1993 non può poi dimenticarsi la cosiddetta disciplina sulla par-condicio (legge 22 febbraio del 2000, n. 28).

In particolare, si prevede che le emittenti radiotelevisive garantiscano a tutti i soggetti politici l'accesso all'informazione e alla comunicazione politica in condizioni di eguaglianza e imparzialità, si disciplinano le modalità di trasmissione dei messaggi pubblicitari politici, a pagamento o gratuiti e autogestiti, che devono essere sottolineati con la dicitura "messaggio elettorale" e l'indicazione del committente; i sondaggi di opinione non possono essere diffusi nei 15 giorni precedenti le elezioni; i candidati non possono apparire nei programmi di intrattenimento; nessun annuncio politico può essere trasmesso dal giorno prima dell'apertura dei seggi elettorali.

Anche queste previsioni si applicano, tuttavia, solo alle campagne elettorali svolte sui media tradizionali, mentre nulla si prevede con riferimento al mondo web, né sotto il profilo della trasparenza e dei limiti di spesa, né per quanto riguarda le regole sulle modalità di svolgimento della comunicazione politica.

Nel nostro Paese, infatti, manca ancora una disciplina *ad hoc* in materia, essendo gli interventi, per il momento, limitati ad alcune (minime) linee guida stilate

²⁴ Cfr., in particolare, art. 11 della legge 10 dicembre 1993, n. 515 sulla tipologia di spese elettorali contemplate e art. 7 sui limiti e le regole di pubblicità delle stesse. Per spese relative alla campagna elettorale si intendono quelle relative:

- a) alla produzione, all'acquisto o all'affitto di materiali e di mezzi per la propaganda;
- b) alla distribuzione e diffusione dei materiali e dei mezzi di cui alla lettera a), compresa l'acquisizione di spazi sugli organi di informazione, sulle radio e televisioni private, nei cinema e nei teatri;
- c) all'organizzazione di manifestazioni di propaganda, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, anche di carattere sociale, culturale e sportivo;
- d) alla stampa, distribuzione e raccolta dei moduli, all'autenticazione delle firme e all'espletamento di ogni altra operazione richiesta dalla legge per la presentazione delle liste elettorali;
- e) al personale utilizzato e ad ogni prestazione o servizio inerente alla campagna elettorale» (art. 11, comma 1, l. n. 515 del 1993).

²⁵ Cfr. *Internet and electoral campaigns, Study on the use of Internet in electoral campaigns. The rules of the Game: the Internet, Social Media and Election Communications, Report of Council of Europe*, 6-26. Con riferimento al caso italiano, interessante l'indagine giornalistica di M. GABANELLI, S. RAVIZZA, *Matteo Salvini e "La Bestia": come catturare 4 milioni di fan sui social*, in *Corriere della Sera*, 20 ottobre 2019.

dall'AGCOM, dapprima in occasione delle elezioni politiche del 2018, e seguite dalla delibera 5 aprile 2019, n. 109 adottata in vista delle consultazioni europee del 2019.

In particolare, con la prima decisione, rubricata “Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018”, pur esplicitamente riconoscendosi come i principi fissati dalla legge n. 28/2000 non possano essere *tout court* applicati al mondo digitale, si stabiliva che dovesse garantirsi a «tutti i soggetti politici, con imparzialità ed equità e alle medesime condizioni, l'accesso agli strumenti di informazione e comunicazione politica forniti dalle piattaforme digitali» (art. 1); in secondo luogo, si prevedeva la necessità che «l'inserzionista indichi la natura di “messaggio elettorale” di questi, specificando, altresì, il soggetto politico committente, alla stregua di quanto già avviene per i messaggi politico-elettorali sulla stampa quotidiana e periodica ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 28/2000» (art. 2); inoltre, si auspicava di «condividere modalità di utilizzo degli strumenti esistenti in conformità al disposto della normativa vigente (...) in modo da assicurare un intervento in tempi consoni in caso di diffusione di messaggi o videomessaggi in violazione di legge, quali, ad esempio messaggi con contenuti illeciti, messaggi lesivi dell'onore e della reputazione di altri candidati o messaggi che, con montature artefatte di interventi o dichiarazioni di un soggetto, attribuiscono a questi false affermazioni o posizioni non rispondenti al vero (diffamazione)» (art. 3).

Significativo come ci si proponesse, anche sulle piattaforme nei due giorni precedenti al voto, al pari delle emittenti radiotelevisive, che «fosse evitata da parte dei soggetti politici ogni forma di propaganda per evitare di influenzare con pressioni indebite l'elettorato» (art. 6)²⁶.

Nella delibera n. 109 del 2019, al Titolo VI, rubricato Piattaforme per la condivisione di video e *social network*, all'art. 26 si demandava invece ad un Tavolo Tecnico interno l'assunzione «di ogni iniziativa al fine di promuovere l'adozione condivisa di misure di contrasto ai fenomeni di disinformazione e lesione del pluralismo informativo online» e si prevedeva, al contempo, che «l'Autorità promuovesse, mediante procedura di autoregolamentazione, l'adozione da parte dei fornitori di piattaforme di condivisione di video di misure volte a contrastare la diffusione in rete, e in particolare sui social media, di contenuti in violazione dei principi sanciti a tutela del pluralismo dell'informazione e della correttezza e della trasparenza delle notizie e dei messaggi veicolati».

Infine, si stabiliva come «le piattaforme si impegnassero ad assicurare il rispetto dei divieti sanciti dalla disciplina legislativa e regolamentare in materia di comunicazione e diffusione dei sondaggi».

Per quanto interventi apprezzabili, specie in un contesto di completo vuoto normativo, non può chiaramente nascondersi che trattasi di previsioni non cogenti, che

²⁶ D. SERVETTI, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, cit., 200, rileva al riguardo come: «Senza entrare nel merito delle singole disposizioni, va notato che la prospettiva praticata è quella della autoregolamentazione, con l'assunzione di impegni, in primis, da parte delle piattaforme social e, in secundis, anche dei soggetti politici (definiti ai sensi della legge del 2000), i quali sono destinatari contestualmente di tutele (la parità di accesso) e di raccomandazioni (per fare un esempio che ha fatto molto discutere: il silenzio elettorale)».

essenzialmente si rimettono alla mera auto-regolamentazione dei *social networks* stessi, in linea con una tendenza peraltro invalsa anche a livello sovranazionale (si pensi all'impostazione del Codice di buone pratiche sulla disinformazione sottoscritto nell'ottobre 2018 su impulso della Commissione Europea dai principali colossi digitali come *Google, Facebook, Twitter, Mozilla*)²⁷.

Anche allargando lo sguardo agli altri Paesi del vecchio continente si può rilevare come la disciplina in materia sia ancora in fase embrionale.

Recenti studi di rilievo internazionale dimostrano come gli interventi regolatori siano a macchia di leopardo²⁸.

Se, per esempio, in Francia l'art. 52-1 del *Code Electoral* prescrive che durante i sei mesi precedenti l'elezione sia interdetta, per scopi di propaganda elettorale, la pubblicità sia sulla stampa che sui mezzi audiovisivi, estendendo la copertura della previsione anche al mondo web e sia prevista, inoltre, una chiara e trasparente informazione sull'uso dei dati personali da parte delle piattaforme, al contrario in Germania (specialmente ci si riferisce all' art. 7(9)(1) della *Rundfunkstaatsvertrag - RStV*), così come nel Regno Unito (in particolare al si veda la disciplina del c.d. *Communication Act* del 2003) sono vietate nei periodi precedenti le elezioni forme di pubblicità elettorale sui mezzi radiotelevisivi, mentre nulla si precisa con riferimento alla comunicazione via social.

Ancora differente l'approccio dei Paesi Bassi, ove non si prevedono specifiche limitazioni sui tipi di contenuti che possano essere divulgati nei periodi di campagna elettorale, né con riferimento ai media tradizionali, né online.

A livello euro-unitario, oltre al Codice di buone pratiche sulla disinformazione di cui si diceva sopra, rileva la disciplina in tema di protezione dei dati personali implementata negli ultimi anni dall'Unione Europea, con particolare riferimento al Reg. UE, 27 aprile 2016, n. 679, *General Data Protection Regulation*, il quale pone tutta una serie di regole e oneri per il trattamento dei dati personali, escludendo, pur con alcune rilevanti eccezioni, l'uso di alcune categorie di dati, tra i quali rientrano quelli che rilevano le opinioni politiche (vedi art. 9 GDPR)²⁹.

Tuttavia, per quanto sicuramente trattasi di un presidio rilevante, il GDPR non prevede specifiche previsioni relative alla campagna elettorale e a possibili fenomeni di *targetizzazione* e profilazione degli utenti³⁰.

²⁷ D. SERVETTI, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, in *MediaLaws*, 1/2020, 194-200.

²⁸ Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, T. DOBBER, R. O. FATHAIGH, *The regulation of online political micro-targeting in Europe*, cit., 1-19.

²⁹ Cfr. art. 9, par. 1, del *General Data Protection Regulation* che recita: «È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona». Anche se al par. 2 si precisa «il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche».

³⁰ Cfr. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, T. DOBBER, R. O. FATHAIGH, *The regulation of online political micro-targeting in Europe*, cit., 7, che rilevano «The GDPR does not and will not solve all privacy problems. There is a compliance and enforcement deficit. And there are weak points in the GDPR, also when applied to microtargeting. For example, the GDPR is an omnibus law, applying to almost all usage

Altra normativa di rilievo è quella in materia di *e-commerce*, che all'art. 14 della Direttiva 8 giugno 2000, n. 31 CE detta una serie di condizioni affinché il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate e va letta in combinato disposto con la normativa italiana di recepimento, in particolare il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

Non può, inoltre, dimenticarsi che in seno al Parlamento Europeo è iniziato l'iter di esame di una nuova proposta di regolamento, il c.d. *Digital Service Act*, che nell'ambito di un progetto di riforma più ampio teso a costruire un mercato unico dei servizi digitali, si prefigurerebbe di introdurre obblighi di trasparenza in capo alle piattaforme in merito alla pubblicità online, alle forme di profilazione e alle regole sottese alla condivisione di dati contenuti, piuttosto che altri³¹.

Alla luce della ricostruzione sin qui effettuata ci si potrebbe, da ultimo, domandare quali potrebbero essere gli interventi normativi che potrebbero essere implementati, anzitutto nel nostro ordinamento per fronteggiare un uso indiscriminato e distorsivo di pratiche di profilazione e di condizionamento delle opinioni degli elettori.

Ciò nella consapevolezza che l'ampiezza del fenomeno digitale necessiterebbe di discipline organiche, piuttosto che interventi settoriali, che non si limitino alla sola campagna elettorale (dal momento che la comunicazione politica oggi penetra, ben al di là del solo momento antecedente le elezioni, vivendo tutti noi in una società iperconnessa) e soprattutto che superino i confini nazionali, data la tras-nazionalità del fenomeno.

4. Verso la bubble democracy. Quali prospettive?

Si è potuto constatare, quindi, come allo stato attuale la disciplina in tema di profilazione online sia affidata in sostanza alla sola auto-regolamentazione delle piattaforme.

Se da un lato potrebbe trattarsi di una scelta necessitata, stante il fatto che ordinamenti nazionali (ed anche quello euro-unitario) potrebbero incontrare difficoltà nell'imbrigliare in norme cogenti soggetti che rimangono di natura privata, così come di intervenire in loro vece³², tuttavia, dall'altro, rimettere alla sola regolamentazione del mercato delle piattaforme le regole del gioco potrebbe rivelarsi scelta non lungimirante.

Da qui le proposte in campo, le quali sono eterogenee e si muovono su diversi piani di intervento e con diverse scale di intensità.

of personal data in the private and the public sector. Because the GDPR applies in many different situations, many of its rules are rather vague and abstract. And the EU lawmaker did not specially consider the specific context of microtargeting when drafting the GDPR».

³¹ Cfr. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_it, con commento di A. NICITA, *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, in *MediaLaws - Simposio: verso il Digital Service Act*, 1/2021.

³² Cfr. M. MONTI, *Le internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, cit., spec. 814-881; cfr., al riguardo, M. R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi iu.*, Milano, 2018, 186 ss.

Anzitutto, è stata avanzata la tesi di estendere i principi della legge sulla *par condicio* alle piattaforme *social*. Scelta che pone, tuttavia, una serie di problemi anzitutto di fattibilità pratica³³, nonché della configurabilità di questi soggetti come esercenti un servizio pubblico³⁴.

Sul punto, va rammentato come parte della dottrina statunitense, da tempo impegnata a cercare di dare una risposta a simili interrogativi, abbia avanzato l'ipotesi di considerare le *internet platforms*, data la posizione monopolistica esercitata nella gestione del *marketplace of ideas*, come veri e propri fori pubblici, applicando la teoria della *state action doctrine*.

Trattasi di un filone dottrinale che si è sviluppato oltreoceano a partire dal noto caso *Marsh v. Alabama* del 1946, nel quale la Corte Suprema statuì che, in determinate ipotesi, un soggetto privato - in quel caso si trattava di aziende private proprietarie delle *c.d. company towns* - sia tenuto a garantire le libertà sancite dal Primo Emendamento alla stregua di una qualunque istituzione pubblica³⁵.

Oggi, sulla base di un parallelismo tra urbanistica ed emergente universo digitale, parte della dottrina nordamericana propone di applicare gli stessi principi ai *social network*.

Sebbene sia pur vero che parte della dottrina italiana ha avanzato l'ipotesi di identificare tali agorà digitali come luoghi aperti al pubblico, con la conseguenza che l'unico limite configurabile in termini di libertà di riunione online sarebbe quello dell'ordine pubblico ex art. 17 Cost., è bene rammentare che, trattandosi di ricostruzioni teoriche minoritarie e non sorrette da pronunce giurisprudenziali di segno univoco, allo stato le *internet platforms* rimangono soggetti privati, «imprese, i cui gestori perseguono

³³ Cfr. G. IPPOLITO, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico sponsorizzato alla sponsorizzazione sui social network*, in *MediaLaws*, 1/2020, 17, che osserva: «Potrebbe essere, per esempio, da ripensare interamente il ruolo del silenzio elettorale nel giorno precedente e in quello delle votazioni con riferimento alle piattaforme digitali. Se infatti tale divieto può avere una sua ragion d'essere nei tradizionali mezzi di comunicazione di massa, caratterizzati da una comunicazione monodirezionale (c.d. "uno a molti") e da parte di soggetti qualificati, tutt'altro scenario si ha con Internet dove la comunicazione è quantomeno bidirezionale ("molti a molti") e veicolabile anche dal *quisque de populo*. In un mondo digitale in cui è difficile limitare la circolazione di informazioni sempre più "liquide" e diffuse tra una platea potenzialmente infinita di soggetti, più o meno qualificati, tentare di impedire una qualche forma di propaganda in uno specifico giorno potrebbe rivelarsi ostico. Tanto più che risulta difficile apprezzare, nel contesto digitale, gli eventuali benefici di un divieto limitato ad un arco temporale così breve quali le 24/48 ore. Diversamente, molto più agevole potrebbe essere adottare una normativa che affianchi al generale divieto di sponsorizzazioni politiche sulle piattaforme digitali nei periodi c.d. "ordinari", anche la limitazione della possibilità degli utenti di ri-condividere i contenuti postati dagli esponenti politici nei periodi "elettorali" [...]; piuttosto che imporre una rigorosa quanto difficile parità di tempi nelle presenze di partiti e/o movimenti politici sui social network potrebbe avere più senso limitare temporaneamente la portata diffusiva dei messaggi di propaganda politica al solo pubblico che scientemente sceglie di seguire quel dato».

³⁴ Lo evidenzia D. SERVETTI, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, cit., 200.

³⁵ Su cui, per tutti, K. KLONIC, *The New Governors: the People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, cit., 1599 ss.

(del tutto legittimamente) finalità commerciali e lucrative»³⁶ e che offrono un servizio ai loro utenti.

Altre proposte intendono incidere piuttosto sul potere economico di queste piattaforme, con misure di tipo anti-concentrazionistico³⁷: ad esempio, con la previsione di tetti pubblicitari e di obblighi di trasparenza e rendicontazione a carico sia dei gestori dei *social network*, che dei partiti³⁸.

In particolare, si potrebbe prevedere di porre un obbligo di rendicontazione specifico a carico dei partiti politici su quanto speso per le campagne online, integrando la disciplina già oggi vigente e, tuttavia, rimasta inalterata sin dal 1993³⁹.

Soluzioni, ulteriori, potrebbero incidere in maggiore profondità proprio sulle caratteristiche tecniche alla base del successo dei social come strumento di costruzione del consenso, con la previsione, per quanto attiene alla comunicazione politica, ad esempio di divieti di profilazione degli utenti e del *micro-targeting*⁴⁰ e/o l'obbligo di avvertire l'utente qualora venga raggiunto da una comunicazione politica, specificandone chi ne è il committente⁴¹.

Si tratta, tuttavia, di una scelta da maneggiare con cura, anche perché andrebbe verificato se estendere un simile divieto ai soli periodi di campagna elettorale o, piuttosto, in via generale.

La discussione, del resto, potrebbe anche spingersi oltre, interrogandosi circa la possibilità di utilizzare quegli stessi meccanismi di funzionamento dei *social network* quali strumenti per costruire un ambiente deliberativo adeguato e aumentare le garanzie di pluralismo. In altri termini, ci si interroga a questo riguardo se potrebbero essere concepibili “azioni positive”⁴², come obblighi di contro-informazione o di eliminazione delle *filter bubbles*.

Sullo sfondo sta il rischio che, in assenza di interventi regolatori organici, i moderni sistemi democratici si trasformino definitivamente in *bubble democracies*⁴³, in cui la collettività è divisa in una miriade di bolle auto-referenziali incapaci di comunicare e dialogare tra loro.

³⁶ Su cui v. la ricostruzione di M. R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi ius*, cit., 42-50; secondo una diversa prospettiva i *social network* andrebbero invece qualificati come formazioni sociali, cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. NISTICÒ-P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 37 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2015, 278.

³⁷ Su questo aspetto, v. A. CARDONE, “Decisione algoritmica” vs Decisione politica?, cit., 86-87.

³⁸ Di questo avviso O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, ancora tutti attuali*, in *MediaLaws*, 3/2019, 126 ss.

³⁹ Si pensi, ad esempio, al database della *Electoral Commission* del Regno Unito, dove è possibile sapere quanto i partiti politici abbiano speso per l'*advertising online* attraverso *Facebook*, *Twitter* e *Google*.

⁴⁰ Così, F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. MOLLER, S. KRUIKEMEIR., R.O. FATHAIGH, K. IRION, B. BODO, T. DOBBER, C. DE VREESE, *Online Political Microtargeting: Promises and Threats for Democracy*, cit., 95 ss.

⁴¹ Come suggerito anche dalla Dichiarazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 13 febbraio 2019, *On the manipulative capabilities of algorithmic processes*, par. 31.

⁴² Lo propone D. SERVETTI, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, cit., 200.

⁴³ Cfr. D. PALANO, *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Morcelliana, 2020, 1-209.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA LOI AVIA ET LA LUTTE CONTRE LES CONTENUS HAINEUX SUR
INTERNET.
CONTEXTE, INSPIRATION ET ÉCHEC (OU LA CHRONIQUE D'UN DÉSASTRE
ANNONCÉ)

MICHAËL BARDIN

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. Le contexte de la proposition. – 2.1. Les préconisations du rapport de la mission de réflexion. – 2.2. L'inspiration de la loi fédérale allemande. – 2.2.1. La loi «NetzDG». – 2.2.2. La référence française à la loi «NetzDG» - 3. La proposition de loi. – 3.1. Le rapport de la Commission des lois. – 3.2. Le fond et la forme de la proposition de loi française – 4. La censure. – 4.1. La censure du retrait sous 24 heures des contenus illicites – 4.2. La censure du retrait dans l'heure des contenus à caractère terroriste ou pédopornographique. – 5. Les dispositions «rescapées» et les suites données à la lutte contre les contenus haineux sur internet.

1. Introduction

Il est des «parcours législatifs» qui restent dans les mémoires, parfois pour leur exemplarité, leur efficacité ou encore parce qu'ils emportent une large adhésion des représentants. Pour d'autres, et c'est le cas de celui de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (dite «loi Avia»)¹, le parcours est plus tortueux pour ne pas dire incroyablement chaotique.

¹ Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, *JORF*, n° 0156, 25 juin 2020.

Voilà longtemps qu'une loi, dans un domaine aussi délicat et important que celui de la liberté d'expression, n'avait pas cristallisé autant de critiques.

La loi est essentiellement le fruit d'une volonté politique, qui aura fait passer au second plan, non pas son importance juridique (qui n'était pas discutable) mais la nécessaire réflexion qui devait accompagner son élaboration.

La volonté politique n'est pas en elle-même la plus critiquable, il est même possible de «louer» une farouche volonté d'agir et de prendre des mesures d'une grande efficacité. Mais la volonté n'est pas tout, et surtout en matière juridique.

Il en résulte ainsi une loi que le contexte actuel (et certaines inspirations étrangères) pouvait justifier, mais dont l'élaboration, en dehors de toute réelle concertation, présageait l'échec cuisant et une censure aussi certaine qu'attendu.

2. Le contexte de la proposition

La loi prend sa source dans un discours du Président de la République, Emmanuel Macron, en mars 2018 à l'occasion de laquelle il annonce la création d'une mission de réflexion afin de lutter plus efficacement contre la haine, le racisme et l'antisémitisme sur internet. Cette mission est confiée à la députée de Paris Laetitia Avia, mais aussi à l'écrivain Karim Amellal connu pour son engagement en matière de lutte contre les discriminations et à Gil Taïeb, vice-président du Conseil représentatif des institutions juives de France. Les trois personnalités remettent leur rapport (intitulé *Renforcer la lutte contre le racisme et l'antisémitisme sur Internet*) au Premier ministre en septembre 2018. Ce dernier contient des recommandations qui s'inspirent assez largement de la loi allemande NetzDG et qui vont constituer le cœur de la proposition de loi.

2.1. Les préconisations du rapport de la mission de réflexion

Sans reprendre l'intégralité du rapport, ce dernier formule vingt recommandations qui préfigurent le texte alors en gestation.

Le rapport souhaite notamment contraindre les grandes plateformes numériques à retirer les contenus racistes sous 24 heures après signalement.

Par ailleurs, il est proposé de créer des chambres pénales spécialisées pour traiter des infractions racistes ou antisémites avec pour objectif de réprimer plus rapidement et plus durement les propos constituant de telles infractions (notamment par le recours aux ordonnances pénales et par des amendes plus élevées). Justement, le rapport propose de multiplier par 100 (soit à 37,5 millions d'euros maximum), le montant des amendes prévues en cas de manquement par les réseaux sociaux et les moteurs de recherche à leurs obligations de retrait ou de déréférencement de contenus.

La mission propose également de faciliter la dénonciation des délits haineux en permettant les plaintes en ligne, sans négliger la prévention grâce à la diffusion via les réseaux sociaux des campagnes de contre-discours face aux discours de haine. Toujours

en matière de lutte, comme de prévention, le rapport propose d'instaurer une autorité de régulation spécialisée dans le cyber-racisme (rattachée au Premier ministre) ou, à défaut, de renforcer les pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

Enfin, la mission propose de créer une nouvelle catégorie d'entreprises du numérique, dénommée «accélérateur de contenus» (regroupant essentiellement les réseaux sociaux et les moteurs de recherche) afin de lui appliquer des obligations plus contraignantes que celles appliquées aux éditeurs (qui publient directement des contenus) et aux hébergeurs (qui servent de support à la publication des contenus des internautes).

2.2. L'inspiration de la loi fédérale allemande

2.2.1. La loi «NetzDG»

Assumé par le rapport, la proposition de loi s'inspire très largement de la loi allemande dite *NetzDG*. Abrévié de *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (signifiant loi visant à renforcer l'application de la loi sur les réseaux sociaux)², cette loi fédérale est votée le 30 juin 2017 par le *Bundestag* et elle s'applique depuis le 1^{er} octobre de la même année. Après une période de transition destinée à permettre aux réseaux sociaux de s'y adapter, la loi est pleinement applicable depuis le 1^{er} janvier 2018.

Cependant, si le rapport fait état de résultats encourageants et d'un effet positif de la loi allemande, celle-ci n'a pas échappé à des critiques assez similaires à celles visant la loi Avia.

La question de l'atteinte à la liberté d'expression par la censure privée a été également l'objet de vives polémiques. Dans une note publiée sur son site le 18 septembre 2017, le ministère fédéral de la Justice et de la Protection des consommateurs rappelle que «seules les lois pénales allemandes font autorité» et que la nouvelle loi «ne crée pas de nouvelles obligations de suppression» mais vise «plutôt à garantir que la législation existante est respectée et appliquée». La note ajoute même que cette loi participe, au contraire, à la suppression des publications contraires à la loi sur les réseaux sociaux afin d'assurer une «communication libre, ouverte et démocratique» qui permettra de «protéger les groupes et les personnes touchés par les crimes haineux»³.

En ce sens, le gouvernement fédéral va recevoir un soutien de poids de la Commission européenne par l'intermédiaire de son porte-parole qui affirmera que «la haine et la propagande radicale n'ont pas leur place dans notre société, que ce soit en ligne ou hors ligne» en juin 2017, soit avant même l'entrée en vigueur de la loi⁴. On notera néanmoins que des voix discordantes se sont fait entendre au sein de la Commission puisque Věra Jourová, alors Commissaire européenne à la Justice, aux Consommateurs

² La loi est parfois aussi désignée sous le nom de *Facebook Act*.

³ MINISTÈRE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE ET DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS, *Fair Im Netz. Startschuss für die Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, www.bmjv.de.

⁴ V. BRIEGLER, *Netz-DG: EU-Kommission begrüßt deutsches Vorgehen gegen Hate Speech, Heise online*, 9 juin 2017.

et à l'Égalité des genres, critiquera vivement cette loi. Ce scepticisme semble encore aujourd'hui partagé au sein des institutions de l'Union. En effet, dans un document de séance, la rapporteure Magdalena Adamowicz «souligne qu'il convient d'accorder une attention particulière à la tension qui existe entre la liberté d'expression, justifiée, et l'admissibilité des discours de haine, injustifiée» mais reconnaît aussi que «des critiques (...) se sont élevées contre plusieurs initiatives législatives au niveau national, car la liberté d'expression n'a pas été prise en considération de manière appropriée dans la lutte contre les discours de haine»⁵.

Un accueil tout aussi frais est réservé au texte par le rapporteur spécial des Nations Unies pour la protection de la liberté d'opinion et d'expression, David Kaye. Ce dernier considère notamment que cette loi est incompatible avec l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantit le droit au libre accès à l'information et le droit de partager cette même information. Selon lui, les restrictions apportées à ces droits, basées sur des notions aussi vagues qu'« insulte » ou « diffamation » vont à l'encontre de ces droits.

Enfin, les réseaux sociaux sont bien entendu extrêmement négatifs. Facebook, dans un communiqué d'une rare véhémence, affirme dès le mois de mai 2017 que «l'État de droit ne doit pas faire porter ses propres échecs et sa responsabilité sur les entreprises privées » et même d'ajouter que la lutte contre les discours de haine ou contre les fausses informations est une « tâche publique à laquelle l'État ne doit chercher à se soustraire»⁶.

Pour autant, les critiques les plus sévères viennent de la presse allemande. Ainsi, Matthias Spielkamp, membre du conseil d'administration de la section allemande de *Reporters sans frontières* qualifie le projet de «honteux», de même qu'Harald Martenstein estime, dans *Der Tagesspiegel*, que ce projet est de l'«Erdoganisme dans sa forme la plus pure» et que son contenu relève du roman *1984*. Ces critiques s'adressent de manière à peine voilée au ministre Heiko Maas (alors ministre fédéral de la Justice et porteur du projet), une prudence dont ne s'embarrasse pas Burkhard Müller-Ullrich qui estime ouvertement, sur le blog *Die Achse des Guten*, que «le ministre Maas ne se soucie évidemment pas de la haine et de l'agitation en général, mais plutôt de faire taire ses opposants politiques»⁷.

2.2.2. La référence française à la loi «NetzDG»

Le rapport remis au Premier ministre français décrit la loi allemande comme une loi au «contenu très fort» marqué par une volonté d'«accomplir des progrès importants et rapides».

⁵ PARLEMENT EUROPÉEN, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapport sur le renforcement de la liberté des médias : la protection des journalistes en Europe, les discours de haine, la désinformation et le rôle des plateformes, séance du 3 novembre 2020, A9-0205/2020, www.europarl.europa.eu, 29.

⁶ M. ETZOLD, *Facebook attackiert Heiko Maas*, *Wirtschaftswoche*, 28 mai 2017.

⁷ B. MÜLLER-ULLRICH, *Ministerbesuch im Zensur-Sweat-Shop*, *Die Achse des Guten*, 15 juin 2017.

Le rapport loue l'importance de cette «première en Europe et même dans le monde» et insiste sur la transparence des actions et la diligence avec laquelle elles sont mises en œuvre par les acteurs concernés en matière de suppression effective des contenus illicites.

Le parti pris du rapport en faveur de l'exemple allemand est évident et assumé. La mission, en déplacement à Berlin au cours de l'été 2018, a pu constater que certains éléments démontrent la viabilité et l'intérêt de cette législation.

Ainsi, les questions autour de la constitutionnalité ou de la compatibilité de la loi avec le droit de l'Union ne font plus l'objet de débats.

Par ailleurs, la mission estime que les entreprises « jouent le jeu » en employant d'importants moyens autant pour censurer efficacement les contenus visés que pour faciliter les signalements⁸.

Elle note également que le montant élevé des amendes envisagées a été appréhendé de manière similaire par toutes les parties : elles constituent une sanction de dernier recours qui doit à tout prix être évitée. À cette fin, le rapport affirme que des personnes physiques, destinées à constituer des «points de contact» ont été intégrées dans l'organisation des entreprises, afin de faciliter le dialogue avec les pouvoirs publics.

Enfin et de manière plus vague (ce qui est regrettable), les rapporteurs affirment que l'effet de censure privée par les entreprises «ne semble pas avoir un tel niveau qu'il puisse être qualifié d'entrave à la liberté d'expression». Une formulation, aussi lapidaire, sur un point crucial, et peut-être même le plus crucial de la loi est pour le moins gênant.

Un point essentiel apparaît trop peu dans les rapprochements opérés par le rapport entre la loi allemande et les évolutions françaises envisagées. La loi NetzDG est certes une loi contraignante, obtenue de haute lutte par le gouvernement fédéral, mais elle est aussi le produit d'un long processus. En effet, avant d'imposer ses vues, le gouvernement allemand avait mis en place un groupe de travail associant les grands réseaux sociaux dès 2015. Ce n'est finalement qu'après avoir constaté l'impossibilité de trouver un compromis que le législateur allemand s'est fait plus péremptoire. À l'évidence, et c'est une nouvelle fois regrettable, cette «phase de discussion», n'a pas été jugée nécessaire par le législateur français.

3. La proposition de loi

3.1. Le rapport de la Commission des lois

Plus encore que le rapport remis au Premier ministre, le rapport de la commission des lois adossé à la proposition est éloquent sur les motivations des auteurs de texte.

Le premier élément frappant du rapport est son postulat : la haine qui prolifère sur internet n'est que le prolongement numérique d'un niveau préoccupant de racisme, d'antisémitisme et de xénophobie dans la société française.

⁸ Le rapport fait notamment référence à la mise en place d'un bouton «NetzDG» facilitant les signalements.

Pour cette constatation, le rapport fait référence aux travaux de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) qui dresse un constat mitigé de l'état du racisme en France. Ainsi, en 2018, 5.170 infractions en lien avec la «race», l'origine, l'ethnie ou la religion ont été constatées en France par la police et la gendarmerie. Même si ce chiffre confirme une baisse sur les dernières années, la Commission nationale consultative note que ce chiffre reste élevé et que dans 80 % des cas, ces infractions concernent des provocations, des injures ou des diffamations.

Plus encore que les chiffres, ces atteintes mettent en évidence des tendances préoccupantes. Tout d'abord, le profil des auteurs présumés présente des caractéristiques démographiques de plus en plus proches de la population générale ce qui, selon le rapport, accrédirait la thèse d'un «racisme ordinaire» ancré dans la société française. Ensuite et dans le même sens, la tendance à la baisse des discours racistes semble contrebalancée par une hausse des actes violents à caractère antisémite et antimusulman. Enfin, la CNCDH affirme que les chiffres recueillis sous-estiment sûrement la réalité de la situation car, en définitive, peu de victimes portent plainte. En effet, les différentes enquêtes démontrent, selon la CNCDH, un «phénomène massif de sous-déclaration du racisme»⁹.

En se basant sur ces constatations, le rapport de la commission des lois affirme que la cyber-haine n'est que le reflet de cette réalité tout en reconnaissant ne pas connaître l'ampleur exacte du problème tant les sources et les statistiques sont difficiles d'accès.

Cela dit, il apparaît évident, à la présentation des chiffres concernant les signalements aux plateformes d'échanges en ligne ou encore ceux reçus par la plateforme PHAROS (plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupements et d'orientation des signalements) que de nombreux progrès restent à faire. Malgré des progrès de la part des plateformes et même une véritable montée en puissance des pouvoirs publics en matière de lutte contre la haine en ligne, le rapport conclut qu'il est nécessaire de légiférer.

L'élément fondateur de la démarche est la constatation de l'inefficacité des dispositifs en vigueur. En premier lieu, celui de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Rappelant le régime libéral de protection de la liberté d'expression et du droit européen en matière de règles applicables à la régulation des contenus sur internet (absence de contrôle a priori et compétence du juge pour apprécier ce qui excède l'exercice de cette liberté afin d'éviter toute censure privée). La loi française du 21 juin 2004, transposant les articles 12 à 15 de la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique (dite «e-commerce») a, d'une part, soumis les éditeurs de services sur internet à un régime très proche de celui de la presse en les rendant responsables des contenus qu'ils mettent en ligne, et d'autre part, limité la responsabilité des fournisseurs d'accès à internet (FAI) et des hébergeurs à l'égard des contenus illégaux, compte tenu de leur rôle passif. Il en résulte que les FAI et hébergeurs n'ont pas d'obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent, mais doivent mettre en place un dispositif de signalement des contenus odieux et de certaines activités illégales et en informer promptement les autorités publiques. Par ailleurs, ces mêmes hébergeurs

⁹ On notera que les constatations opérées en 2018 sont toujours d'actualité dans le rapport de 2020.

ne peuvent être sanctionnés à raison d'un contenu illicite que s'ils ont eu effectivement connaissance du caractère manifestement illicite de celui-ci et qu'ils n'ont pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible. Le rôle du juge est également central dans le dispositif de la loi de 2004 puisque l'autorité judiciaire peut prescrire, en référé ou sur requête, toutes mesures permettant de prévenir un dommage ou de faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un site internet. Enfin, depuis la loi du 13 novembre 2014, une procédure de blocage administratif, mesure subsidiaire par rapport au retrait du contenu par l'éditeur ou l'hébergeur, est également prévue à l'égard des sites terroristes ou pédopornographiques.

Après ce rappel, les conclusions du rapport de la commission des lois sont sans appel : le dispositif est désormais « daté », « inadapté » et plus globalement « inefficace ».

Il est ainsi rappelé que le Conseil d'État, dans son avis sur la proposition de loi présentée par la commission des lois relève que « l'apparition de nouveaux acteurs (réseaux sociaux et moteurs de recherche) », qui sont des « intermédiaires actifs » utilisant des processus algorithmiques de hiérarchisation et d'optimisation, dont le rôle n'est plus « purement technique (...) rend le régime actuel, fondé sur la neutralité des prestataires de services de communication au public en ligne à l'égard des contenus, en partie dépassé »¹⁰.

Enfin, le rapport met en évidence le manque d'une autorité de régulation unique pouvant contrôler l'ensemble des acteurs numériques car le morcellement sectoriel des contrôles par différentes autorités administratives indépendantes¹¹ s'est révélé être un échec.

L'ensemble de ces éléments conduit le rapport à articuler la proposition de loi initiale autour de quatre grands axes : renforcer l'obligation de retrait des contenus haineux par les grandes plateformes en ligne, instaurer une régulation administrative des grandes plateformes en ligne en matière de lutte contre les contenus haineux ; renforcer le devoir de coopération des grandes plateformes en ligne avec l'autorité judiciaire et enfin, combattre efficacement la duplication des contenus jugés haineux.

Au final, la loi Avia imposait aux opérateurs de services de communication en ligne des obligations de suppression de contenus à caractère haineux ou sexuel, dans un très bref délai après leur signalement (entre 1h et 24h) et sous peine de sanction pénale et de lourdes amendes (jusqu'à 1 an de prison et 250.000 € / infraction) et cela sans la moindre intervention d'un juge.

3.2. Le fond et la forme de la proposition de loi française

Rarement une loi autant fait une quasi-unanimité contre elle.

¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, avis n° 397368 du 16 mai 2019 sur la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur Internet, § 8.

¹¹ Les différentes autorités concernées sont le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la lutte contre les fausses informations, la Commission nationale de l'informatique et des libertés en matière de protection des données personnelles, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes concernant les opérateurs de communications électroniques ou encore la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet pour la lutte contre le piratage.

Sur le fond juridique, la proposition de loi est considérée comme inutile et trois critiques majeurs lui sont généralement adressés. Tout d'abord, les commentateurs reprochent à la loi de ne rien apporter de nouveau. Aucune des infractions prévues dans la loi n'est nouvelle. Ensuite, il est relevé que la responsabilité pénale des éditeurs et hébergeurs peut déjà être engagée en cas de diffusion de contenus illicites depuis la loi du 29 juillet 1982 et son article 93-3 sur la responsabilité du directeur de publication¹². Enfin, l'article 6 (au point I-7) de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique impose déjà, et notamment, aux opérateurs en ligne un devoir de concourir à la lutte contre la diffusion des infractions révélant un mobile raciste ou homophobe.

Cela dit, les interrogations sur la forme sont sans doute encore plus nombreuses. La loi est soutenue par la majorité présidentielle, par elle seule et, pour ainsi dire, contre tous.

Certains refus s'expliquent, d'autres moins : que l'opposition au sein de l'Assemblée nationale ne la soutienne pas n'est pas très étonnant, qu'un Sénat opposé à la majorité ou encore qu'une Commission mixte paritaire n'arrive pas à trouver un texte de consensus, on peut, politiquement, l'entendre... Mais que penser lorsque le Conseil d'État, la Commission européenne, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, le Conseil national du numérique, le Conseil national des barreaux ou encore le Syndicat de la magistrature émettent de lourdes réserves quand il ne s'agit pas d'avis purement et simplement négatif ? Et c'est sans compter sur la multitude d'observateurs avertis (à commencer par la quasi-unanimité des juristes) ou encore d'associations, comme la Ligue des droits de l'homme, qui qualifient cette loi de liberticide...

À dire vrai, il n'y aura que de rares voix pour soutenir la loi dans un premier temps et regretter la censure dans un second.

Pourtant, et même si l'on peut comprendre que les porteurs du texte défendaient essentiellement la portée symbolique forte du texte, comment arriver à une autre conclusion ? Alors que cette loi opère en bonne et due forme une véritable «privatisation de la censure» et que le simple bon sens suffit à comprendre qu'une telle loi encourage les plateformes à un excès de prudence dont la liberté d'expression ne peut que pâtir¹³.

¹² Article 93-3 (en vigueur depuis le 14 juin 2009) : «Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.

À défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal.

Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice.

Pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du Code pénal sera applicable.

Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message».

¹³ V. notamment, F. SAFI, *La loi dite "Avia" est morte... pourvu qu'elle le reste!*, in *Dr. pén.*, 9, étude 25, 2020.

4. La censure

Comme on pouvait s’y attendre, et comme tout le monde s’y attendait... à la suite de son examen par le Conseil constitutionnel le 18 juin 2020¹⁴, la loi est vidée de sa substance puisque tous ses articles phares sont censurés. Le juge constitutionnel a non seulement abrogé les dispositions objets de la saisine, mais également la plupart des autres articles de la loi qui ont été jugés soit en lien direct avec ceux déclarés contraires à la Constitution, soit n’ayant aucun lien avec la loi, et ils sont donc considérés comme des «cavaliers législatifs»¹⁵.

4.1. La censure du retrait sous 24 heures des contenus illicites

Modifiant la loi du 21 juin 2004, et sous peine de 250.000 euros d’amende, la proposition entendait imposer, «à certains opérateurs de plateforme en ligne », de «retirer ou de rendre inaccessibles, dans un délai de vingt-quatre heures», des contenus qui leur auraient été signalés comme illicites.

La définition de ces éléments étant renvoyée à ceux passibles de sanction pénale sur le fondement notamment de l’article 24 de la loi du 29 juillet 1881, à savoir constitutifs de crimes ou «de 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 déterminée ou à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap».

Le Conseil constitutionnel retient bien que l’obligation de retrait s’imposerait à l’opérateur dès lorsqu’une personne lui aurait «signalé un contenu illicite » mais sans être « subordonnée à l’intervention préalable d’un juge ni soumise à aucune autre condition ». En conséquence, le juge constate qu’il appartiendra «à l’opérateur d’examiner tous les contenus qui lui sont signalés, aussi nombreux soient-ils, afin de ne pas risquer d’être sanctionné pénalement » et cela alors que les éléments constitutifs de ces infractions «peuvent présenter une technicité juridique» qui appellera «une appréciation au regard du contexte d’énonciation ou de diffusion des contenus en cause».

Il ajoute même en ce sens que ces difficultés d’appréciation sont renforcées par le délai de retrait de vingt-quatre heures qu’il estime être un «délai particulièrement bref».

Comme cela était attendu, le Conseil reconnaît bien que l’objectif poursuivi est légitime, mais il conclut néanmoins que la somme de ces difficultés risque d’inciter «les

¹⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, *JORF*, n° 0156, 25 juin 2020.

¹⁵ L’article 11 complète la liste des obligations susceptibles d’être prononcées dans le cadre d’un contrôle judiciaire ou d’un sursis probatoire, en y ajoutant l’interdiction d’adresser des messages, notamment électroniques, à la victime.

opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites». En définitive, cette «sur-censure» potentielle conduit le juge à relever une atteinte excessive à l'exercice de la liberté d'expression et de la communication, une atteinte «qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée».

4.2. La censure du retrait dans l'heure des contenus à caractère terroriste ou pédopornographique

Dans le même sens, le premier article de la proposition entendait renforcer les contraintes imposées par l'article 6-1 de la loi n° 2004-595, du 21 juin 2004 (Loi pour la confiance dans l'économie numérique, LCEN). Il s'agissait de faire peser sur les éditeurs et les hébergeurs de services de communication au public en ligne, une obligation de retrait, sous peine d'un an d'emprisonnement et de 250.000 euros d'amende, l'obligation de retirer les contenus à caractère terroriste ou pédopornographique, «dans un délai d'une heure» à compter de la notification émise par l'autorité administrative.

Là encore, le juge ne discute pas le bien-fondé de l'objectif et comprend la logique du législateur qui a «entendu faire cesser » ces dérives qui constituent des abus de la liberté d'expression» et «qui portent gravement atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ».

Cependant, le Conseil constitutionnel relève également que «la détermination du caractère illicite des contenus en cause ne repose pas sur leur caractère manifeste» et qu'elle «est soumise à la seule appréciation de l'administration». Sur ce dernier point, il affirme aussi que «l'engagement d'un recours contre la demande de retrait n'est pas suspensif» et que «le délai d'une heure laissé à l'éditeur ou l'hébergeur pour retirer ou rendre inaccessible le contenu visé ne lui permet pas d'obtenir une décision du juge avant d'être contraint de le retirer».

En définitive, la décision du Conseil constitutionnel apparaît plus que mesurée. Cette double censure repose sur une exigence fondamentale (et normalement bien connue, surtout du législateur) : seuls les juges, dans le cadre d'un contrôle répressif, peuvent prendre les mesures de censure envisagées par la loi.

Certains observateurs ont cependant formulé des regrets quant à cette décision.

D'une part, la lecture de la décision laisse penser que le juge constitutionnel s'est davantage soucié du risque de surblocage (qui n'est pourtant que potentiel) que de l'absence de recours effectif au juge¹⁶.

D'autre part, il faut reconnaître que le défaut principal de la décision est de dégager les plateformes «de tout devoir de collaboration dans la lutte contre les contenus haineux»¹⁷.

¹⁶ C. BIGOT, *Régulation des contenus de haine sur internet : retour sur le désaveu infligé par le Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi dite "Avia"*, 2020, 1448 ; N. DROIN, *Loi Avia : une censure attendue mais paradoxalement surprenante*, in *AJ Pénal*, 2020, 407.

¹⁷ E. DREYER, *Les dispositions rescapées de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, *JCP*, 20 juill. 2020, 882.

5. Les dispositions «rescapées» et les suites données à la lutte contre les contenus haineux sur internet

Alors il reste bien des dispositions «rescapées», qui ont permis au gouvernement et à la majorité présidentielle de poursuivre son incompréhensible entêtement et de promulguer la loi... malgré tout...

On signalera rapidement l'instauration d'un «Parquet numérique»¹⁸ ou encore la création d'un Observatoire de la haine en ligne¹⁹.

Alors, cette loi Avia, malgré finalement sa promulgation, aurait pu rester comme un échec, comme toutes les majorités en connaissent si ce n'est que de récents et tragiques événements ont replacé cette problématique au cœur d'un nouveau projet de loi.

En effet, le drame de l'assassinat de l'enseignant Samuel Paty, le 16 octobre 2020, le rôle joué par les réseaux sociaux, et l'émoi qu'a suscité cette affaire dans la société française a conduit le gouvernement et le législateur à intervenir. Présenté au Conseil des ministres le 9 décembre 2020, le projet, un temps désigné sous le nom de «projet de loi pour la lutte contre le séparatisme» devient finalement un projet de «loi confortant le respect des principes de la République» ; une dénomination sans doute moins clivante, même si le séparatisme et les radicalités restent très clairement visés.

Cette loi promulguée le 25 août 2021²⁰, qui comporte 103 articles, comprend un chapitre IV sur des «dispositions relatives à la lutte contre les discours de haine et les contenus illicites en ligne» (articles 36 à 48).

Ce retour d'une partie de ce qui faisait le cœur de la loi Avia, et qui a justifié sa censure n'a rien d'étonnant puisque quelques jours après l'assassinat de Samuel Paty, et tout en rappelant - pour ne pas dire en incriminant - la censure du Conseil constitutionnel, le Premier ministre Jean Castex affirmait que le projet de Laetitia Avia, reviendrait très prochainement «sous une autre forme».

Sans aucun doute plus respectueuse du rôle du juge notamment, le chapitre IV de la loi de 2021 replace notamment les opérateurs de plateforme en ligne au cœur de la lutte contre les discours de haine. Un nouvel article 6-4 est ajouté à la loi LCEN, basé sur un système de seuil du nombre de connexions, vise à assujettir les plateformes à des

¹⁸ Ce parquet numérique a vocation à recueillir les signalements, mais aussi à engager des poursuites. Il constitue une sorte de pendant judiciaire à la plateforme Pharos.

¹⁹ Installé par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en juillet 2020, cet Observatoire a une triple mission : analyser et quantifier les contenus haineux en ligne ; suivre l'évolution de la haine en ligne pour mieux comprendre son fonctionnement ; partager les informations des différents acteurs concernés, publics et privés. Il est constitué d'une cinquantaine de membres dont des représentants des grands opérateurs du numérique (*Dailymotion, Facebook, Google, Twitter, Snapchat* ou *TikTok*), des associations (Civic Fab, le Conseil représentatif des institutions juives de France, e-Enfance, la Quadrature du net, la Ligue des droits de l'homme), des administrations (avec le délégué interministériel à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT, le Défenseur des droits, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, les ministères chargés du numérique, de l'éducation nationale, de l'intérieur ou encore de la justice et d'autres administrations) et enfin des chercheurs.

²⁰ Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, *JORF*, n° 0197, 25 août 2021.

obligations de transparence quant aux moyens humains et techniques engagés en matière de modération.

Outre des moyens «proportionnés», les opérateurs doivent notamment accuser réception «sans délai des notifications relatives aux contenus illicites» (point a), «garantir l'examen approprié de ces notifications dans un prompt délai» (point b), «d'informer leur auteur des suites qui y sont données ainsi que des voies de recours internes et judiciaires dont il dispose» (point c) et enfin, en cas de retrait du contenu, «d'en informer l'utilisateur à l'origine de sa publication» (point d)²¹.

L'opportunité d'une approche si mathématique est sans doute discutable, tout comme elle ne constitue qu'un ersatz de l'objectif poursuivi initialement par la loi Avia. Pour autant, il est vain de penser qu'une solution «miracle» existe, la mise en œuvre d'un processus de régulation des échanges sur internet qui permettra de lutter efficacement contre les discours de haine sans pour autant porter atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'expression sera forcément, maintenant cela semble évident pour tout le monde, un processus de longue haleine.

²¹ Cette information quant au retrait doit également indiquer «les raisons qui ont motivé cette décision», si elle a «a été prise au moyen d'un outil automatisé», quelles sont les «voies de recours internes et judiciaires dont il dispose» mais également les «sanctions civiles et pénales (...) encourues pour la publication de contenus illicites».



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

GAIA X: UN'ANALISI GIUSPUBBLICISTICA DEI *CLOUD* EUROPEI

MARCO RHAO

SOMMARIO: 1. Gaia X e l'orizzonte giuridico eurounitario. – 2. UE-USA: un fragile ponte interordinamentale. – 3. La corsa italiana alla nuvola. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Gaia X e l'orizzonte giuridico eurounitario*

Il lavoro che occupa proverà ad analizzare, in prospettiva giuspubblicistica, taluni profili problematici ascrivibili all'impiego istituzionale dei più recenti strumenti di *cloud computing*. Un'analisi che, muovendo da una disamina delle caratteristiche tecniche dell'infrastruttura ICT Gaia X, tenterà di mettere a fuoco le principali fasi del processo evolutivo del quadro normativo posto a fondamento di detta iniziativa come delle altre infrastrutture europee ad essa accostabili¹, tra le quali si è ritenuto opportuno eleggere, quale proprio caso di studio, l'italiano Cloud della PA.

¹ Infrastrutture, quelle ICT, da tempo al centro di un vivace dibattito in dottrina inerente, tanto alle distinte branche delle scienze giuridiche, quanto delle scienze sociali *lato sensu*. Con riferimento ai profili che qui interessano, si v. diffusamente: G. NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e diritto privato*, 2/2014, 577 ss.; C. BENETAZZO, *Ict e nuove forme di interazione tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, in *MediaLaws*, 2/2020, 262 ss.; A. VENANZONI, *Neofeudalesimo digitale: internet e l'emersione degli stati privati*, in *MediaLaws*, 3/2020, 178 ss.; L. BOLOGNINI, E. PELINO, *Le "tentazioni" del cloud europeo e nazionale: tra semplificazione politica e critica giuridica*, in *Istituto italiano per la privacy e la valorizzazione dei dati*, 25 settembre 2020.

Si rifletterà, entro detto perimetro euristico, sull'attuale rapporto tra *status civitatis* e *digital trasformation*²; sforzandosi di definire il livello di resilienza del patrimonio di diritti riconosciuti (all'ombra della IV Rivoluzione Industriale) al cittadino, in sede eurounitaria come in quella nazionale.

Per una migliore comprensione del tema, giova qui ricordare come questa nascente "isola nella rete"³, vada ad inserirsi entro un ecosistema digitale⁴, in progressiva espansione; un'infrastruttura telematica che, promossa dalla Repubblica Federale tedesca, si compone di un mosaico di regole, standard ed *hub*, funzionale allo sviluppo di operazioni di *data management* (tanto pubbliche quanto private) caratterizzate da sicurezza, interoperabilità e rispetto della cd. sovranità digitale⁵.

Si tratta, in altri termini, di un *cloud di cloud* il cui funzionamento è stato affidato ad un'associazione internazionale senza scopo di lucro di diritto belga (*Association Internationale Sans but Lucratif*, AISBL), aperto verso *partnership* extra UE, ma al contempo volto alla protezione (da ogni eventuale ingerenza esogena) dell'orizzonte politico, sociale ed economico europeo.

Ad oggi, tale infrastruttura (presentata nel corso del *Digital Summit 2019*) annovera tra i suoi partner svariati attori privati, operanti tanto entro il tessuto economico-industriale europeo quanto in quello extra continentale, nonché 25 dei 27 stati UE. Tra questi ultimi, sembra rivestire un ruolo di primo piano la Francia, da tempo impegnata nello sviluppo di un proprio ecosistema digitale, che il 19 settembre 2019 (circa due mesi prima del varo dell'infrastruttura Gaia X) ha sottoscritto, con la Germania, un piano comune in materia di intelligenza artificiale applicata alla manifattura ed alla produzione industriale (oltre che ad una *partnership* in materia di *management* europeo dei *big data*⁶).

² Un binomio, che ha indotto la dottrina a riflettere intorno alle ricadute della progressiva emersione del metaverso sul concetto di cittadinanza (nonché sul corollario di diritti e doveri a quest'ultimo riconducibile). Si v. sul punto: A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1/2019, 63 ss.; AA.VV., *Amministrazione pubblica e capitalismo delle piattaforme digitali*, in *Aspen Institute Italia*, 17 aprile 2019; A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2020, 5 ss.; ID., *Attraversando il deserto del reale. Diritto di accesso a internet e cittadinanza funzionale*, in *MediaLaws*, 10 giugno 2020.

³ Con questa espressione, si intende far riferimento a B. STERLING, *Isole nella rete*, [1994], trad. it. di B. Cicchetti, Roma, 2003.

⁴ La dimensione cybernetica sembrerebbe configurabile, ormai da tempo, non già come mero strumentario tecnologico (funzionale all'esercizio di diritti *off-line*), bensì quale luogo concreto. Un autentico ecosistema sociale che il *civis* abita quotidianamente, al pari di quanto accaduto (per millenni) con riferimento al globo terracqueo. Si veda sul punto: P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana*, in *Consulta Online*, 4 dicembre 2013, 1 ss.; M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet o al cyberspazio?*, in *Rivista AIC*, 1/2016, 1 ss.

⁵ Per approfondimenti circa il rapporto tra sovranità statale e *digital trasformation*, si v. S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Pol. dir.*, 3/2010, 338 ss.; F. BITONTO, *L'accesso ai dati nel cybercrimine transfrontaliero: il regime europeo e l'equilibrio transatlantico*, in J.P. DARNIS, C. POLITO (a cura di), *La geopolitica del digitale*, Roma, 2019, 83 ss.; A. SOI, L. MARTINO, *Lo Stato fra crisi di sovranità e ricerca di un nuovo ruolo*, in AA.VV., *Amministrazione pubblica e capitalismo delle piattaforme digitali*, cit., 15 ss.; T. GROPPI, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta online*, 3/2020, 678 ss.

⁶ J. D'ALESSANDRO, *E ora Germania e Francia vogliono controllare tutti i propri dati*, *Repubblica*, 28 settembre 2019.

L'Italia, in un simile scenario, parrebbe aver guadagnato la prima linea, rientrando nella "squadra" delle nazioni incaricate della gestione dei principali nodi dell'infrastruttura.

Tuttavia, l'attenzione europea per le utilità del *cloud computing* (come per il *data management* in senso lato) è ben più risalente di quanto non si possa immaginare; circostanza desumibile dalla complessità del fitto reticolato normativo, sotteso al funzionamento della stessa Gaia X.

Se l'informazione rappresenta il cd. "petrolio" del III Millennio e la dimensione digitale lo spazio privilegiato per la sua "estrazione", le infrastrutture ICT assurgono al rango di moderne *pipeline* cybernetiche. Un assunto che, ove condivisibile, rappresenterebbe il presupposto semantico sulla base del quale riconoscere l'avvio della progressiva sublimazione del confine che distingue l'assetto giuridico dei *big data* dalla regolamentazione dei servizi di *cloud computing*.

Pertanto, volendo ivi operare una ricognizione del quadro giuridico coinvolto dal progetto Gaia X, pare opportuno richiamare il Regolamento UE 2016/679 (inerente al trattamento dei dati personali), la Direttiva UE 2002/58 (volta ad approntare una tutela del medesimo ambito nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche), nonché la Direttiva UE 2016/680 in materia di repressione del *Cyber crime*. Sempre in prospettiva europea, pare utile richiamare la proposta di Regolamento in tema di ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale (COM/2018/225), risalente al 17 aprile del 2018, e la proposta di Direttiva COM/2018/226 (recante norme armonizzate sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali).

Un ulteriore tassello di questo mosaico giuridico, in grado di concorrere alla determinazione di una cornice normativa entro cui calare le iniziative oggetto di questo lavoro, è offerto dal Regolamento UE 2018/1807, il quale ha visto il decisore pubblico eurounitario impegnato nella garanzia della libera circolazione dei dati non personali, salvo che la stessa non sia di nocimento per la sicurezza pubblica.

Un ulteriore intervento degno di nota è, poi, la Direttiva UE 2016/1148, che ha definito i parametri soglia il cui rispetto è *condicio sine qua non* di un comune ed elevato livello di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi eurounitari.

Un processo evolutivo che è tutt'ora *in fieri* e che colloca Gaia X, e le ulteriori esperienze nazionali ad essa accostabili, entro quel perimetro tracciato dal pacchetto di misure UE del 2016 (in materia di *open data* in ambito scientifico ed HPC), come dalla "strategia europea per i dati"⁷. Un perimetro volto ad assistere cittadini, imprese ed istituzioni nella difficile ricerca di un proprio margine di "abitabilità del cyberspazio"⁸,

⁷ Incentrata sulla costruzione di una federazione unionale di infrastrutture e servizi *cloud*, di un mercato europeo unico di detti servizi, del loro inquadramento entro una cornice normativa continentale.

⁸ Una ricerca che si è fatta imprescindibile, necessaria a seguito della pandemia da Covid-19. Come evidenziato da A. VENANZONI, *Attraversando il deserto del reale. Diritto di accesso a Internet e cittadinanza funzionale*, cit., 1, «ciò che prima sembrava una opportunità di miglioramento o di ottimizzazione, da poter comunque scegliere come alternativa alla prassi dei servizi del mondo reale, ci è stata calata addosso come una questione di sopravvivenza: fuori dalla dimensione digitale, fuori dalla

soggetto ad una costante metamorfosi, la cui ultima fase è costituita dall'adozione della comunicazione della Commissione Europea del marzo 2021: «2030 Digital Compass: the European Way for the Digital Decade».

2. UE-USA: un fragile ponte interordinamentale

Al fine di approfondire l'attuale assetto normativo del governo del *cloud computing* in Europa, tuttavia, si rende necessario affrontare le principali suggestioni offerte in materia dalla Corte di Giustizia Europea, con particolare riferimento alla sentenza *Schrems II*⁹. Nello specifico, si vaglieranno, nel quadro del processo di implementazione della nascente Gaia X, le ricadute dell'auspicato coinvolgimento di *provider* extra continentali sul livello di garanzia dei "dati europei", circoscrivendo detta analisi ai soli attori USA¹⁰.

In tal senso, giova qui richiamare le statunitensi FISA¹¹ e E.O. 12333¹², con riferimento alle quali la CGE (attraverso la sentenza *Schrems II*) ha sostenuto l'eccessiva pervasività del potere di accesso al dato delle istituzioni statunitensi, nonché la sua incompatibilità con il quadro di diritti riconducibili tanto alla CEDU quanto al GDPR¹³.

Il caso che occupa trae origine dalle rivelazioni di *Edward Snowden*¹⁴ del 2013, a seguito delle quali il Sig. *Maximilian Schrems* (utente austriaco del *social network Facebook*) attivò il Garante della Privacy irlandese, lamentando la violazione dei propri diritti. Detta violazione veniva ricondotta al trasferimento di alcuni suoi dati personali dai

finitezza spaziale dei nostri domicili, c'era semplicemente e drammaticamente una non esistenza. Per chi non aveva una connessione alla rete, si stendeva là fuori solo il deserto del reale».

⁹ Per un'approfondita analisi del caso *Schrems*, si v.: G. FORMICI, *Schrems colpisce ancora? Il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea a Stati terzi, le Conclusioni dell'Avvocato generale nel caso Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems e una storia che rischia di ripetersi*, in *Medialaws*, 1/2020, 310 ss.; F. BIGNAMI, *Schrems II: the Right to privacy and the new illiberalism*, in *Medialaws*, 3/2020, 308 ss., e O. POLLICINO, *Diabolical persistence. Thoughts on the Schrems II decision*, *ibidem*, 315 ss.

¹⁰ Un rapporto burrascoso, quello tra grandi attori economici statunitensi e regolatori eurolatini, per la cui rappresentazione, giova qui richiamare, G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2015, 779 ss.; G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, *ibidem*, 697 ss.

¹¹ *Foreign Intelligence Surveillance Act* che consente al procuratore generale e al direttore dell'*intelligence* nazionale di autorizzare congiuntamente, previa approvazione della Corte FISA, la sorveglianza da parte della NSA, del FBI e della CIA, di cittadini stranieri che si trovino al di fuori del territorio USA. Sul punto, si v. L. BOLOGNINI, E. PELINO, *Le "tentazioni" del cloud europeo e nazionale*, cit., 15.

¹² L'*Executive Order* (E.O.) 12333 del 4 dicembre 1981 è un ordine esecutivo con il quale si intese estendere i poteri e le responsabilità delle agenzie di *intelligence* USA, nonché promuovere una maggiore cooperazione tra la *Central Intelligence Agency* ed i direttori delle agenzie federali. Per approfondimenti, ancora una volta, si v. L. BOLOGNINI, E. PELINO, *Le "tentazioni" del cloud europeo e nazionale*, cit.

¹³ CGE, Grande Sezione, 16 luglio 2020, C-331/18, ECLI:EU:C:2020:559, in curia.europa.eu, par. 178, 40 ss.

¹⁴ Collaboratore, fino al 10 giugno 2013, di una società consulente della statunitense National Security Agency. Lo stesso, rivelò pubblicamente dettagli sensibili inerenti a svariati progetti di *intelligence* USA e britannici.

server europei della società *Faceboock Ireland LTD*, verso quelli di *Facebook Inch* (presenti su territorio statunitense). Questo trasferimento, comportando lo stoccaggio dei dati entro *server* USA, aveva determinato la sottoposizione degli stessi a quel processo di “sorveglianza massiva” denunciato dal citato ex consulente della statunitense *National Security Agency*.

La denuncia, pertanto, mirava ad una pronuncia del Giudice europeo sull’effettiva perduranza dello *status* di “approdo sicuro” ascrivibile ai *server* d’oltre oceano, a seguito della decisione della Commissione Europea del 2000 che consentiva trasferimenti di dati europei verso le società statunitensi (qualora i *provider* di servizi in questione fossero in grado di autocertificare la propria capacità di garantire un’adeguata loro protezione da eventuali violazioni dell’europeo GDPR).

Il Giudice unionale adito, con riferimento al procedimento *de quo*, evidenziò come la protezione dei diritti fondamentali nell’Unione richieda che le deroghe e le restrizioni previste dalla CEDU operino solo entro i limiti dello stretto necessario. Pertanto, una normativa che consenta alle autorità pubbliche di accedere in maniera generalizzata al contenuto di comunicazioni elettroniche pregiudica l’effettività del diritto fondamentale al rispetto della vita privata, *ex art. 7 CEDU*, come del connesso articolo 8 della Carta¹⁵. Detti articoli, infatti, risulterebbero svuotati di significato a seguito della citata legittimazione, resa ancor più lesiva dall’assetto europeo in materia di protezione dei dati, a seguito dell’assenza di uno specifico obbligo di rendere oggettive e circostanziate motivazioni in materia di sicurezza nazionale o di prevenzione della criminalità (specificamente riferibili al soggetto interessato dall’accesso)¹⁶.

La CGE, inoltre, osservò come la normativa statunitense non preveda, in favore del soggetto interessato, alcun rimedio giurisdizionale nel caso in cui lo stesso ravvisi margini di illiceità nella condotta posta in essere dall’Autorità accedente. Circostanza da cui, secondo il Giudice unionale, consegue l’incompatibilità di questi “accessi” con il diritto fondamentale del cittadino europeo ad un’effettiva tutela giurisdizionale, *ex art. 47 CEDU*¹⁷. Pertanto, con riferimento a quanto denunciato da *Schrems*, la CGE stabilì l’incapacità della decisione “approdo sicuro” di garantire (entro il perimetro giuridico dell’ordinamento statunitense) un adeguato livello di protezione dei diritti fondamentali del cittadino europeo.

Il Giudice adito, stante la sopravvenuta inapplicabilità del *privacy Shield*¹⁸, impose ai *provider* europei interessati a migrare dati verso *partner* statunitensi, la predisposizione

¹⁵ CGE, CGE, C-331/18, ECLI:EU:C:2020:559/2020, *cit.*, par 169/172, 39 ss.

¹⁶ CGE, CGE, C-331/18, ECLI:EU:C:2020:559/2020, *cit.*, par 173, 40.

¹⁷ CGE, CGE, C-331/18, ECLI:EU:C:2020:559/2020, *cit.*, par 168, 39.

¹⁸ «È un meccanismo di autocertificazione per le società stabilite negli USA che intendano ricevere dati personali dall’Unione europea. In particolare, le società si impegnano a rispettare i principi in esso contenuti e a fornire agli interessati (*i.e.* ovvero tutti i soggetti i cui dati personali siano stati trasferiti dall’Unione europea) adeguati strumenti di tutela, pena l’eliminazione dalla lista delle società certificate (*Privacy Shield List*) da parte del Dipartimento del Commercio statunitense e possibili sanzioni da parte della *Federal Trade Commission* (Commissione federale per il commercio). [...] Lo Scudo UE-USA per la *privacy* è in vigore dal 1 agosto del 2016. Lo Scudo è applicabile a tutte le categorie di dati personali trasferiti dall’UE agli USA, compresi informazioni commerciali, dati sanitari o relativi alle risorse umane, purché la società USA destinataria di tali dati abbia autocertificato la propria adesione allo schema». Per approfondimenti, si v.

di «adeguate garanzie»¹⁹, in grado di approntare una tutela del cittadino UE coinvolto da detti processi almeno equivalente a quella che avrebbe avuto in ambito eurounitario.

La sentenza *Schrems II* rappresenta, ad oggi, non solo un interessante occasione di riflessione (rispetto al tema che occupa) bensì un pratico strumento ermeneutico per ogni autorità giudiziaria o di controllo interessata da controversie in materia di servizi *cloud* e dati personali.

Pare, in tal senso, utile qui richiamare anche la recente pronuncia della BayLDA²⁰ del 15 Marzo 2021, il cui sindacato è stato attivato (sulla base dell'asserita violazione degli artt. 44 e segg. del GDPR) da un cittadino bavarese, a seguito della ricezione di una *mailing list* da parte di un *magazine* locale, attraverso il *provider* statunitense *Mailchimp*²¹.

La BayLDA ha ravvisato come detto fornitore fosse definibile, ai sensi della normativa di settore statunitense, quale *provider* di servizi di comunicazione elettronica, la qual cosa comportava l'esposizione dei dati personali degli iscritti a quella facoltà d'accesso riconosciuta alle agenzie di *intelligence* statunitensi (già sanzionata dal Giudice europeo). Al contempo, il Garante censurava l'inerzia del convenuto, rispetto a quelle «adeguate garanzie» richieste dalla citata sentenza CGE *Schrems II*. Il trasferimento dei dati era stato posto in essere sulla base delle sole *Standard Contractual Clauses*, rendendo illegittimo detto trasferimento a seguito dell'inapplicabilità del *privacy Shield*²².

L'attenzione della CGE per l'effettiva tutela dei diritti del cittadino europeo, tuttavia, non ha, ad oggi, potuto contare sul tempestivo supporto del decisore pubblico unionale. Lo stesso, infatti, non è ancora giunto alla formulazione di strumenti normativi, idonei all'identificazione delle «adeguate garanzie» di cui sopra. Tale inerzia è divenuta, con il tempo, un usbergo, impiegato dai *provider* al fine di non tradurre le prescrizioni della Corte in una concreta riforma delle proprie prassi aziendali. Questa «indifferenza» è stata sanzionata dalla BayLDA che, con la pronuncia del 15 marzo 2021, ha messo nero su bianco l'obbligo per i *provider* di provvedere autonomamente alla predisposizione di quelle garanzie richieste dalla Corte di Giustizia.

La fragilità del «ponte» interordinamentale UE-USA in materia di migrazione dati, non si circoscrive ai soli casi fin qui rappresentati e non può prescindere da una concisa analisi di un ulteriore intervento del legislatore statunitense. Lo stesso, con il *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*, cd. «*Cloud Act*» del 23 marzo 2018 ha aggiornato la disciplina di settore prevista dallo *Stored Communications Act* del 1986. Questa riforma si colloca a margine del rifiuto, posto in essere da *Microsoft Ireland*, di consegnare le *mail* di un cittadino statunitense al Governo Federale USA, perché archiviate in un *server* collocato al di fuori del territorio statunitense. Le stesse, infatti, erano detenute dalla società irlandese all'interno di un proprio *data center*, installato nei pressi di Dublino.

GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Lo scudo UE - USA per la privacy ("Privacy Shield")*, in garanteprivacy.it, 13 dicembre 2016.

¹⁹ CGE, CGE, C-331/18, ECLI:EU:C:2020:559/2020, cit., par 95, 28; Ibidem, par.101,29.

²⁰ Garante tedesco in materia di dati personali.

²¹ D. DIMALTA, *Schrems II, prima pronuncia privacy: così Mailchimp in Germania segna un precedente*, in *Cyber Security 360*, 25 marzo 2021.

²² D. DIMALTA, *Schrems II, prima pronuncia privacy*, cit.

L'iniziativa del legislatore nord americano del 2018 ha sancito l'irrelevanza del *locus* ove i dati vengono stoccati ai fini della determinazione del loro ordinamento giuridico di riferimento. Tutti i dati posseduti (direttamente o indirettamente) da *provider* statunitensi sono, ad oggi, sottoposti alla normativa di Washington. Da ciò consegue la liceità della richiesta d'accesso avanzata da un'autorità Usa anche quando rivolta ad un *provider* non statunitense, purché sia (in prospettiva commerciale) controllato da società USA.

I soggetti giuridici coinvolti dalla riforma, tuttavia, non si limitano alle sole "controllate" di società nord-americane, potendosi estendere la medesima disciplina a tutte quelle società non statunitensi aventi una propria filiale negli USA ovvero attive nel mercato nord americano.

Sempre con riferimento ai margini di riforma imputabili al *Cloud Act*, giova qui richiamare l'estensione dei predetti poteri di accesso al dato, riconosciuti alle autorità USA, anche a soggetti istituzionali non statunitensi, purché riconducibili ad uno Stato terzo interessato da un accordo esecutivo. Tuttavia, in caso di *executive agreement*, i soli dati suscettibili di un siffatto accesso sono quelli dei cittadini non statunitensi. Quanto ai dati di cittadini USA, il legislatore nord americano ha previsto, per l'Autorità straniera interessata alla loro acquisizione, limiti più stringenti.

Nel suo insieme, il *Cloud Act* sembrerebbe aver inciso notevolmente sul già citato ponte normativo interordinamentale che, ciononostante, il progetto Gaia X parrebbe intenzionato a coinvolgere, essendo stata più volte richiamata la volontà di includere al suo interno partner pubblici e privati extra UE.

Se poniamo in relazione tale aspirazione inclusiva con la "nazionalità" dei "top player" presenti sul mercato globale dei servizi *cloud*²³, l'elasticità del perimetro d'azione delle autorità nord americane si manifesta non già come presupposto di una diffusa violazione dei diritti del cittadino europeo (pure suscettibile di un utile approfondimento), bensì quale concreta crepa strutturale di un'architettura telematico-normativa funzionale allo sviluppo di relazioni economiche, politiche e sociali ispirate (come detto in apertura) al patrimonio politico-costituzionale eurounitario.

3. La corsa italiana alla nuvola

Entro il sin qui rappresentato mosaico di regole, regolatori ed infrastrutture ICT che animano il prospero continente cybernetico, pare opportuno interrogarsi circa il ruolo che, in questa "corsa alla nuvola", può avere il nostro Paese.

L'Italia sembrerebbe occupare un ruolo di primo piano, come dimostrato dall'avvio dell'*hub* italiano del progetto europeo Gaia X, lo scorso 28 maggio. A guidare il gruppo

²³ Secondo Gartner (società multinazionale che si occupa di consulenza strategica ed analisi nel campo della tecnologia dell'informazione) il mercato sarebbe dominato da cinque fornitori che rappresentano quasi l'80% della quota di mercato mondiale del cloud IaaS nel 2018. Questi fornitori sono Amazon (47,8%), Microsoft (15,5%), Alibaba (7,7%), Google (4,0%) e IBM (1,8%). Si veda, per maggiori dettagli: *Gartner Says Worldwide IaaS Public Cloud Services Market Grew 31.3% in 2018*, [Gartner](#), 29 luglio 2019.

di lavoro italiano della fondazione di diritto belga sarà Confindustria supportata, in prospettiva istituzionale, dal Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale. Un'iniziativa nata sotto una pioggia di buoni auspici, propositi di crescita e ambiziose previsioni²⁴, rafforzate da alcuni *cluster* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza²⁵ che sembrano assicurare i mezzi necessari all'implementazione di questa infrastruttura. Noto è, infatti, l'attenzione dedicata dal decisore pubblico italiano al tema della *digital transformation* tanto rispetto al tessuto industriale nazionale, quanto rispetto al patrimonio di dati in possesso della PA. Attenzione tradottasi in un investimento pari a circa due miliardi di euro, funzionale allo sviluppo di infrastrutture *cloud*. Una *roadmap* digitale nazionale, recentemente approvata dalla Commissione Europea, che certamente vedrà un proprio snodo essenziale nello sviluppo di Gaia X. In questa prospettiva, l'infrastruttura potrà essere, da un lato, lo strumento per una migliore negoziazione con i cd. *hyperscaler*²⁶, dall'altro, un utile supporto al funzionamento del polo strategico Nazionale che dovrebbe poter vedere la luce entro l'estate 2021²⁷.

L'impegno italiano in materia di *cloud computing* non si è, peraltro, limitato al solo progetto di respiro continentale. Pur intendendo circoscrivere l'analisi solo alle più recenti iniziative, pare opportuno rappresentare un conciso quadro degli interventi normativi in materia di *management* dei dati e delle loro reti di trasmissione, volti all'integrazione (in prospettiva italiana) del quadro giuridico di settore rappresentato in precedenza.

In particolare, giova qui ricordare il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, grazie al quale vedeva la luce il cd. Codice della privacy, nonché il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, che introduceva nell'ordinamento il Codice dell'amministrazione digitale (cd. CAD), poi integrato da ulteriori iniziative, attraverso le Linee Guida AGID e il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. A tali iniziative, si sono poi affiancati il d.lgs. 18 marzo 2018, n. 65 ed il d.lgs. 15 maggio 2018, n. 51.

L'impegno italiano in materia di transizione al *cloud* ha poi visto una decisa accelerazione nel biennio 2020/2021, con l'emanazione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (in materia di «misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale») e con la formulazione del citato Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza).

Volendo, al netto dei suoi prodromi normativi, qui definire i connotati dell'infrastruttura nazionale (volta a promuovere la transizione dell'Italia in una prospettiva *cloud*), pare doveroso fare una precisazione: il *cloud* nazionale è attualmente

²⁴ V. BALOCCO, *Al via l'hub italiano Gaia-X, Colao: serve una salto in avanti per l'industria italiana*, in *Cor. Com.*, 28 Maggio 2021.

²⁵ E' possibile trovare traccia di questo interesse nella missione 1 (intitolata «Digitalizzazione, innovazione e competitività, cultura e turismo»), nella missione 3 (denominata «Infrastrutture per una mobilità sostenibile») e nella quarta missione (dal titolo «Istruzione e ricerca»). Per approfondimenti, si v. SERVIZI STUDI SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZI STUDI CAMERA DEI DEPUTATI, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Schede di lettura, Dossier XVIII Legislatura, 15 luglio 2021.

²⁶ Ci si riferisce, con questa espressione, a soggetti in grado di elaborare, su scala massiva, grandi moli di dati, generalmente attraverso infrastrutture *cloud*.

²⁷ V. BALOCCO, *Al via l'hub italiano Gaia-X, Colao: serve una salto in avanti per l'industria italiana*, cit.

un progetto ancora *in fieri*, i cui dettagli non appaiono ancora chiaramente distinguibili, per quanto possa già delinearci una struttura di base.

Al fine di comprendere il funzionamento di questa architettura telematica, giova richiamare brevemente il grado di incidenza del tema *cloud* sulla strategia digitale italiana (per come rappresentata dal già citato PNRR).

Con la I Componente progettuale della I Missione, il “Piano” ha previsto che «i sistemi, le serie di dati e le applicazioni della PA», con il tempo, «siano ospitati in data center affidabili, con elevati standard di qualità per la sicurezza, le prestazioni, la scalabilità, l'interoperabilità europea e l'efficienza energetica»²⁸. L'investimento interesserà 200 amministrazioni centrali e 80 autorità sanitarie locali, che potranno scegliere di “migrare i propri dati” verso una infrastruttura *cloud* nazionale pubblico-privata (cd. Polo Strategico Nazionale “PSN”) o verso *cloud* commerciali disponibili sul mercato (cd. *Cloud* pubblici). La medesima componente fissa, inoltre, l'obiettivo «di migrare i dati e le applicazioni delle PA locali verso un'infrastruttura cloud sicura, consentendo a ciascuna amministrazione di scegliere liberamente all'interno di una serie di ambienti cloud pubblici certificati»²⁹. Questa “migrazione” coinvolgerà oltre 12.000 amministrazioni, tra le quali figurano comuni, scuole e strutture sanitarie.

Con la III Componente progettuale della medesima missione, invece, il “Piano” affronta il tema della digitalizzazione del patrimonio culturale nazionale, nonché la sua transizione al *cloud*. A tal fine, verrà realizzata «una infrastruttura digitale nazionale che raccoglierà, integrerà e conserverà le risorse digitali, rendendole disponibili per la fruizione pubblica attraverso piattaforme dedicate»³⁰.

L'Italia (con il PNRR) mira, inoltre, a sviluppare una “migrazione alla nuvola” della gestione del traffico aereo (previsione contenuta nella II Componente della III missione³¹), come l'integrazione (prevista dalla II Componente della IV Missione) dell'attuale fondo IPCEI³² volto al finanziamento di svariati progetti industriali, tra i quali figurano quelli in materia di servizi *cloud* e *cybersecurity*³³.

In un siffatto orizzonte progettuale, spicca il ruolo cruciale rivestito dal Polo Strategico Nazionale, che si comporrà di quattro *data center* presenti su territorio italiano³⁴, sui quali le PA potranno far convogliare le infrastrutture utilizzate nella

²⁸ SERVIZI STUDI SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZI STUDI CAMERA DEI DEPUTATI, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 106.

²⁹ *Ibidem*, 107.

³⁰ *Ibidem*, 329-330.

³¹ *Ibidem*, 187-188.

³² «Il Fondo IPCEI è lo strumento agevolativo che supporta le attività svolte dai soggetti italiani coinvolti nella realizzazione degli Importanti Progetti di Comune Interesse Europeo (IPCEI). Iniziative di collaborazione industriale su larga scala, gli IPCEI riuniscono conoscenze, competenze, risorse finanziarie e attori economici di tutta l'Unione europea per raggiungere obiettivi di innovazione radicale e di grande rilevanza tecnologica e produttiva, con uno sforzo condiviso del settore privato e del settore pubblico degli Stati membri per dispiegare interventi di comune interesse nell'ambito delle catene del valore strategiche per l'industria europea.» (si v.: *Fondo IPCEI - Importanti Progetti di Comune Interesse Europeo*, in *Ministero dello sviluppo economico*).

³³ SERVIZI STUDI SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZI STUDI CAMERA DEI DEPUTATI, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 129.

³⁴ V. BALOCCO, *Cloud nazionale per la PA, Firpo: «A giugno via al polo strategico»*, in *CorCom*, 25 maggio 2021.

gestione dei propri servizi strategici. Il PSN potrà disporre, verosimilmente, di un *cloud* ibrido e di *cloud* pubblici per le PA che non trattano dati particolarmente sensibili.

Il citato PNRR ha previsto, per l'avvio della "nuvola italiana", uno stanziamento pari a circa novecento milioni di euro ai quali andranno ad aggiungersi ulteriori investimenti, provenienti dal tessuto economico-finanziario nazionale, attraverso l'attivazione di un partenariato pubblico-privato.

Tale progetto mira a rispondere alla vetustà delle infrastrutture ICT della PA, il novantacinque per cento delle quali appare obsoleto e inaffidabile. A seguito dell'implementazione di questa infrastruttura, i costi di gestione dei dati in uso alla PA dovrebbero subire una flessione verso il basso, circoscrivibile ad un margine del quaranta o del cinquanta per cento degli attuali costi di gestione.

Il modello italiano, pertanto, a differenza dell'europeo Gaia X (fondata sulla dimensione *software* più che sulla componente *hardware*) mira a costruire delle concrete casseforti, tanto materiali quanto virtuali, entro cui permettere alle PA di stoccare i propri dati. Le dichiarazioni pubbliche delle istituzioni coinvolte dal progetto, tuttavia, non sembrano particolarmente chiare, parlandosi, al contempo, di un ruolo strategico del pubblico ma (in egual misura) della necessità di un affidamento a privati della realizzazione e della connessa gestione di queste casseforti digitali³⁵. Come detto, la *partnership* pubblico-privato è stata dichiarata quale caratteristica imprescindibile di questa iniziativa, innescando un considerevole fermento nel mercato IT globale. Attualmente, la stampa parla di tre tandem italo statunitensi interessati al progetto: il primo (tradottosi nella creazione della società *Noovle*) coinvolge l'italiana Team e la statunitense *Google*, la seconda interessa *Amazon web services* e Fincantieri, mentre l'ultima *partnership* annunciata è tra l'eccellenza italiana Leonardo e la *USA Microsoft*. Le cordate appena riportate, tuttavia, rappresentano solo una parte degli attori privati interessati al *cloud* italiano, essendo stata manifestata l'intenzione di scendere in campo da ulteriori attori (tanto europei quanto nord-americani): si pensi, ad esempio, alle italiane Fastweb, Al maviva ed Aruba o al gigante della Silicon Valley *Oracle*.

Il progetto sembrerebbe voler valorizzare la funzione strategica dell'allocazione nazionale del "dato"³⁶ e, al contempo, intenzionato a costruire un sistema di relazioni pubblico-privato (anche attraverso l'utilizzo di meccanismi nazionali di certificazione di qualità dei servizi *cloud*) funzionali allo sviluppo di un mercato *cloud* aperto verso attori economici del vecchio continente, come di ogni ulteriore soggetto extra UE.

4. Brevi considerazioni conclusive

Entro un così articolato orizzonte normativo, che si è provato (senza pretesa di esaustività) a rappresentare nelle precedenti pagine, le iniziative pubbliche in materia di *cloud* di cui sopra devono, *ob torto collo*, fare i conti con alcuni profili problematici oggi

³⁵ B. RUFFILLI, *Colao: "Un cloud unico per la PA entro il 2022. E il Green Pass arriverà sul telefono"*, in *Italian.tech*, 24 maggio 2021.

³⁶ L. BOLOGNINI, E. PELINO, *Le "tentazioni" del cloud europeo e nazionale*, cit., 15.

osservabili negli interstizi di quel mosaico di regole, regolatori e precari equilibri geopolitici sottesi alla *digital transformation*. Sembrerebbe utile, pertanto, interrogarsi su quelle criticità che, più di altre, rischiano di inficiare *ab origine* l'effettiva realizzazione di un ecosistema digitale euro-ispirato.

In tal senso, pare opportuno sviluppare un'endiadi interrogativa collocabile spazialmente ed euristicamente lungo i confini del continente Europa. Il primo aspetto inerisce all'evanescenza di chiare e solide frontiere in seno al cyberspazio³⁷. Un'evanescenza da cui consegue la complessa realizzazione di quell'auspicio (condiviso dal progetto Gaia X come dal Cloud italiano) di piena integrazione dei *provider* extra continentali entro le proprie infrastrutture ICT, stante la denunciata pervasività del potere di accesso al dato da parte delle autorità nord-americane; difficoltà, che paiono potersi estendere, non solo al coinvolgimento dei cd. "signori del silicio"³⁸, ma anche alle loro controllate europee (a seguito del *Cloud Act* del 2018).

Inoltre, pare necessaria una riflessione sulle ricadute "costituzionali in senso materiale" di quella ampiamente auspicata transizione digitale delle istituzioni nazionali ed eurounitarie, nel caso in cui detta transizione avvenga attraverso l'impiego di «lance spuntate»³⁹. Un processo, quello in atto, da cui dipenderà l'effettivo conseguimento del buon andamento della PA del XXI secolo alla luce di quanto formulato dai costituenti (*ex art. 97 Cost.*) ed interpretato dalla dottrina nel corso del settantennio repubblicano⁴⁰.

Una connessione, quella tra qualità dell'amministrazione e la qualità degli strumenti ICT, fattasi simbiotica con l'avvento del principio "*cloud first*"⁴¹, che rende la fragilità (in termini di *cybersecurity*) delle descritte infrastrutture di telecomunicazione, sovrane ed unitarie, una concreta fonte di pericolo per l'effettività *off-line* dei diritti di cittadinanza.

Gaia X ed il Cloud della PA appaiono, in egual misura, esposte alle medesime ingerenze extracontinentali poste a fondamento della loro stessa progettazione. Le stesse si configurano quali moderni bastioni digitali posti a difesa dei *cives* europei, alle cui

³⁷ Un'assenza, quella appena citata, che riflette (in prospettiva cybernetica) un processo maturato nella progressiva manifestazione dei processi globalizzatori. Giova, in tal senso, qui richiamare L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 1 ss.; G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, XXXI Convegno AIC 2016, in *Rivista AIC*, 3/2017, 1 ss.

³⁸ Cfr. E. MOROZOV, *Silicon Valley. I signori del silicio*, trad. it. di F. Chiusi, T. Albanese, Torino, 2017.

³⁹ Con l'espressione «lance spuntate» si intende far riferimento a quella visione mitologica delle potenzialità della rete (*rectius*: delle infrastrutture ICT che attraverso di essa operano), illustrata da S. RODOTÀ, *op. cit.*, 339. L'Autore, con riferimento alle potenzialità del *web*, ebbe a sostenere come il predetto sembrerebbe «evocare la lancia di Achille e quella di Parsifal (tecnologie, dunque...), armi capaci di offendere e guarire, depositarie della virtù di rimarginare le ferite che esse stesse potevano aver inferto».

⁴⁰ Con riferimento al principio di buon andamento del XXI Secolo, ci si riferisce a quell'accezione estensiva di detto principio, maturata in dottrina, che vede la crescente rilevanza del parametro dell'efficienza nella sua determinazione. Un'efficienza sempre più connessa alla ricerca di un'allocatione delle risorse in grado di garantire la massimizzazione del benessere dei consociati. Si v., sul punto, D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 18/2018, 9 ss.

⁴¹ Cfr. L. BOLOGNINI, E. PELINO, *Le "tentazioni" del cloud europeo e nazionale*, cit., 10. Gli autori evidenziano come tale principio consti di un obbligo per la Pubblica Amministrazione di definire nuovi progetti o sviluppare nuovi servizi adottando, in via prioritaria, soluzioni in *cloud*, privilegiando in particolare il modello SaaS, prima di qualsiasi altra opzione tecnologica.

feritoie, tuttavia, potranno prestare servizio sentinelle che (per quanto possano dichiarare di impegnarsi nella piena attuazione tanto della CEDU quanto del GDPR) resteranno sottoposte ai vincoli di un ordinamento estraneo a quei valori fondanti il comune spazio giuridico europeo.

A tali suggestioni di respiro intercontinentale, sembra opportuno accostare taluni profili problematici inerenti alla sola dimensione europea. Nello specifico, non è chiaro in che misura la scelta italiana di valorizzare l’allocazione nazionale del dato potrà risultare compatibile con i dettami eurounitari (che circoscrivono tale opzione alle sole informazioni in materia di sicurezza pubblica) e, altresì, con le modalità di interazione tra l’italiano PSN e l’europea Gaia X.

Con riferimento al primo punto, sulla base di quanto recentemente dichiarato in sede istituzionale, il Ministero per l’innovazione tecnologica e la transizione digitale è attualmente impegnato nella definizione dei parametri volti alla classificazione dei dati in uso alla PA, funzionale alla costruzione di una terna di livelli utile a distinguere le citate informazioni in ordinarie, sensibili ed ultrasensibili. Tuttavia, non è ancora noto in che modo i dati verranno smistati entro una di queste categorie, né il *modus* con cui la predetta allocazione nazionale verrà associata ad una o più di queste classi.

Quanto al secondo punto, invece, è forse possibile immaginare una reciproca compenetrazione dei due progetti, stante la forte incidenza della dimensione *software* in Gaia X e di quella *hardware* con riferimento al PSN. Tuttavia, quand’anche si volesse accettare una simile ipotesi, perdurerebbero ulteriori profili problematici tra i quali spicca il tema della *leadership* nel governo di queste infrastrutture. Con riferimento al livello di incidenza della componente privata nel *management* di dette infrastrutture, non pare, infatti, fuori luogo interrogarsi sull’effettiva primazia del pubblico interesse in seno a queste “nuvole” a dispetto della naturale e legittima tendenza di un’impresa a perseguire le proprie utilità particolari. In altre parole, tanto l’affidamento dei lavori di implementazione in sede continentale ad un’associazione senza scopo di lucro di diritto belga (composta in larga parte da società private del ICT *business*), quanto l’affidamento della creazione dei *data center* del PSN a società private, potrebbero suscitare l’interrogativo: *quis custodiet ipsos custodes?* Se la realizzazione di queste infrastrutture impatterà così intensamente sui “giacimenti informazionali” del Vecchio continente, e più genericamente sullo *status civitatis* dei cittadini europei, l’affidamento delle redini di questi progetti ad attori privati in che misura può dirsi condivisibile? Non si rischia (parafrasando la critica lockiana al leviatano di Hobbes) di saltar fuori dalla bocca della volpe per finire tra le fauci del leone? Un leone certamente più prossimo al cittadino europeo, geograficamente e fiscalmente parlando, ma ben più vicino (in termini di priorità d’azione e potenziale lesivo) ai corsari della Silicon Valley ed alle “corone”, sottoscrittrici delle loro lettere patenti⁴².

⁴² Si intende rifarsi a quella dottrina, da tempo intenta ad evidenziare i punti di contatto tra i contemporanei processi evolutivi dell’esercizio del potere e gli schemi offerti dalla storia moderna. In particolare, si v. A. VENANZONI, *Le “innovation zones” del Nevada: la compagnia delle indie 4.0 diventa realtà*, in *Fondazione Leonardo*, 8 febbraio 2021, ove l’Autore evidenzia come, negli Stati Uniti, sia attualmente in discussione la possibilità di costituzione entro i confini federali di *innovation zones*. Queste “zone di innovazione”, configurabili come città Stato, sembrerebbero in grado di incentivare lo sviluppo

Sempre nel solco del rapporto Italia-UE, un ulteriore aspetto suscettibile di riflessione, concerne gli strumenti di certificazione funzionali alla determinazione dei livelli di affidabilità dei servizi *cloud*. Non è chiaro, infatti, in che misura la certificazione di affidabilità Gaia X interagirà con quella del *cloud* nazionale italiano; un interrogativo che riflette una latente incertezza circa la gerarchia in seno alla futura attività nomopietica tecnica in materia. Un *vulnus* che rischia di riverberarsi negativamente sulla futura composizione dei conflitti che, in via teorica, potrebbero venire in esistenza. La IV rivoluzione industriale sembrerebbe imporre una metamorfosi cybernetica delle articolazioni del potere statale in ragione delle utilità che una simile transizione può offrire nella costruzione di uno Stato sociale sempre più efficace ed efficiente. L'assenza, entro questa metamorfosi, di una effettiva valorizzazione del principio di precauzione⁴³, nonché di una qualche forma di primazia delle linee di indirizzo e delle valutazioni di una fonte rispetto alle sue omologhe, rischia di generare, con il tempo, un'intrinseca tendenza entropica dell'amministrazione digitale. Qualora la stessa, in un simile scenario, fosse accompagnata dall'emersione di fenomeni "neofeudali"⁴⁴, potrebbe assistersi ad un'eclissi dell'attuale assetto di diritti (propri del patrimonio politico costituzionale europeo) entro la cd. *data society*⁴⁵. Tuttavia, le questioni problematiche intracontinentali afferenti al governo delle infrastrutture *cloud*, non sembrano esaurite con i brevi cenni sopra rappresentati. È stato recentemente evidenziato in dottrina, come sia possibile osservare la persistenza di una «manifesta forma di strabismo giuridico»⁴⁶, che sembrerebbe impedire un'attenta riflessione sulle ricadute di talune ingiustificate compressioni (quando non assolute soppressioni) di diritti fondamentali, ad opera di istituzioni nazionali dell'area unionale. Ci si riferisce, in tal senso, all'introduzione di limitazioni generali estese e penetranti nell'applicazione del GDPR, disposta dal governo ungherese con il decreto n. 179 del 4 maggio 2020.

Una simile circostanza ha portato la dottrina ad interrogarsi sull'impatto di tali fenomeni di allontanamento dal quadro giuridico europeo, rispetto all'effettivo livello di presidio di quei valori di cui l'iniziativa Gaia X intende farsi custode. Un'ulteriore pennellata di colore, quella ivi tracciata, volta a concludere il parziale e mutevole ritratto giuspubblicistico dei progetti UE ed italiano in materia di *data pipeline*, il quale necessita, per giungere a compimento, che i progetti in questione superino la fase di avvio (attualmente in corso), nonché la successiva sessione di rodaggio.

della *digital economy made in USA* attraverso la definitiva regressione delle istituzioni politiche, da sostituirsi (al pari di quanto accaduto nel *Diwany* con la Compagnia delle Indie) da nuovi soggetti, privati nella foggia ma pubblici nelle prerogative loro spettanti.

⁴³ Se, al cyberspazio, si è soliti riferirsi con l'espressione "ecosistema digitale", sorge spontaneo interrogarsi sul margine di traslabilità dei fondamentali della tutela ambientale, dalla biosfera all'infosfera. Il principio di precauzione, che ha interessato di recente alcune carte etiche in materia di intelligenza artificiale, diviene strategico al fine di giungere ad un effettivo governo di quella società del rischio, per come formulata da Ulrich Beck (cfr. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, [1986], trad.it. di W. Privitera, Roma, 2013).

⁴⁴ Per un'analisi approfondita del concetto di neofeudalesimo digitale, si v. A. VENANZONI, *Ipotesi neofeudale. Libertà, proprietà e comunità nell'eclissi globale degli Stati nazionali*, Firenze, 2020.

⁴⁵ Per un'analisi approfondita del concetto di *data society*, si v. F. FAINI, *Data Society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019.

⁴⁶ L. BOLOGNINI, E. PELINO, *Le "tentazioni" del cloud europeo e nazionale*, cit., 15.

Non appena saranno chiariti gli attori, tanto pubblici quanto privati, coinvolti da ciascuna iniziativa, i poteri loro riconosciuti e gli indirizzi d'azione che gli stessi vorranno imprimere ai due progetti, allora si potrà avere contezza dell'orizzonte politico e normativo in cui si troverà il cittadino europeo ed italiano, in una prospettiva di medio termine, comprendendo quale sia il “reale nord” verso cui tende la “bussola digitale⁴⁷” tanto eurounitaria quanto italiana.

⁴⁷ Con questa espressione, si intende far riferimento alla *digital compass* o bussola digitale, che dà il nome alla già citata Comunicazione della Commissione Europea del 9 marzo 2021, intitolata «2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade».

SECONDA SESSIONE

Parte II

GARANZIA DEI DIRITTI E NUOVE TECNOLOGIE



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

RIVOLUZIONE DIGITALE E DIRITTI DEI DISABILI: LA TECNOLOGIA COME FATTORE INCLUSIVO E LA TUTELA DELL'*HABEAS MENTEM*

SIMONE BARBARESCHI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il mutamento della nozione di disabilità. – 3. La tecnologia per i diritti e gli ausili del futuro. – 4. Dal corpo umano al corpo digitale, verso la tutela dei neurodiritti. – 5. Considerazioni conclusive. Per una tecnologia *inclusive by default* e attenta alle esigenze della persona umana.

1. Introduzione

Delle potenzialità delle nuove tecnologie si evidenziano, spesso e a ragion veduta, i rischi, ponendosi l'accento sulle ricadute negative della tecnologia sui diritti fondamentali.

Tuttavia, com'è noto, i grandi processi di innovazione tecnologica hanno sì, da una parte, la capacità di acuire le disuguaglianze e le posizioni di rendita di alcuni, ma, dall'altra, riescono anche ad avviare grandi processi di emancipazione sociale e di redistribuzione della ricchezza¹.

Per tal motivo, questo scritto si propone di analizzare alcuni aspetti della rivoluzione digitale in atto, con specifico riferimento alla condizione delle persone con disabilità, che costituiscono una fetta importante della nostra società, rappresentando il 5% della popolazione italiana e circa un miliardo di individui su scala mondiale.

¹ Cfr., *ex multis*, G. RESTA, *Governare l'innovazione: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2/2019, 200 s.

Nello specifico, si proverà a mettere in luce le potenzialità delle nuove tecnologie sotto il profilo della fruizione dei diritti costituzionali da parte dei disabili, senza perdere di vista i pericoli insiti nell'innovazione, che con riferimento ad alcune categorie di persone dovrebbero indurre, se possibile, ad ancor più delicati bilanciamenti.

Conformemente ai propositi che hanno animato il Seminario “Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà” del Gruppo di Pisa, tenutosi il 26 marzo 2021, la presente riflessione si svilupperà attingendo anche da saperi “altri” rispetto alla scienza giuridica, come la filosofia, la sociologia e la psicologia.

Indicati sinteticamente questi obiettivi, si rendono necessarie alcune premesse generali.

Innanzitutto, si deve iscrivere il tema dell'uso delle nuove tecnologie da parte dei disabili nell'ambito di una tematica più ampia, ossia quella del *digital divide*. Infatti, le limitazioni agli strumenti e alla conoscenza delle nuove tecnologie – tra cui storicamente assume un ruolo preminente l'accesso ad internet – costituiscono un fattore di esclusione dall'esercizio delle libertà fondamentali e, più in generale, dalla partecipazione alla vita, politica economica e sociale delle comunità moderne². Non a caso, è stata sostenuta la necessità di qualificare il diritto di accesso ad internet (ma le medesime considerazioni si possono estendere agli strumenti tecnologici di più recente emersione) come un diritto strumentale alle libertà e ai diritti sociali già espressamente previsti nella Costituzione del 1948³.

Una conferma di ciò si è avuta con l'insorgere della crisi epidemiologica da Covid-19⁴, che – oltre ad aver posto “sotto stress” le libertà fondamentali e il sistema delle fonti del diritto – ha ulteriormente disvelato che il mancato accesso alle infrastrutture, alle reti e alle conoscenze digitali, in un momento di contrazione delle relazioni fisiche e dell'esercizio “in collettività” delle prerogative costituzionali, non può che tradursi in una *deminutio* dei diritti individuali, secondo un processo di reciproca interferenza e sovrapposizione tra il mondo *on-line* (il cyberspazio) e la realtà materiale.

Nell'ipotesi in cui, però, gli ostacoli nell'accesso alle nuove tecnologie non siano solo culturali e infrastrutturali, bensì legati al *corpo* delle persone⁵, come nel caso dei disabili⁶, il costo che il singolo si trova a scontare, in termini di menomazioni delle

² Per una recente ricostruzione del tema si veda P. ZUDDAS, Covid-19 e digital divide: *tecnologie e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 285 ss.

³ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta Online*, 17 ottobre 2012; recentemente ha ripreso, con una prospettiva critica, il suo pensiero A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale*, in *Liber amicorum per Paolo Costanzo*, 20 aprile 2020, 1 ss.; M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti nel cyberspazio*, in *Rivista AIC*, 4/2012.

⁴ Cfr. anche C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso ad internet e digital divide*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2 luglio 2020, 61 ss.

⁵ Sul tema del corpo delle persone con disabilità, si veda il recente scritto di F. GIRELLI, *La disabilità e il corpo nella dimensione costituzionale*, in *Consulta Online*, 19 luglio 2021, spec. 536.

⁶ Nel testo si fa riferimento principalmente al tema del *corpo*, senza tuttavia voler escludere, altre forme di disabilità, come ad esempio i DSA (Disturbi specifici dell'apprendimento) e i disturbi dello spettro autistico. Anche in questi casi l'accesso agli strumenti tecnologici costituisce un essenziale fattore assistenziale, di *coaching* ed interazione sociale (sul punto, con specifico riferimento alla robotica assistenziale sociale, SAR, si veda F. CIARDO – A. WYKOWSKA, *La robotica assistenziale sociale come*

relazioni interpersonali, di accesso ai servizi e di opportunità lavorative si traduce in un'esclusione all'ennesima potenza. Si rischiano, difatti, di innalzare nuove barriere architettoniche, proprio là, nella dimensione digitale, dove l'assenza della fisicità può consentire di superare le difficoltà concrete di tutti i giorni e sviluppare nuovi legami.

A tal proposito, provando a trasporre questo discorso nell'ambito del diritto dei dati, è interessante notare che in dottrina è stata evidenziata la necessità di consentire a tutte le categorie di soggetti l'afflusso di informazioni verso gli erogatori di servizi pubblici e privati, così da evitare che risultino emarginati dal «quotidiano flusso informativo e che, non alimentando modelli matematici attraverso dati propri, corr[a]no il rischio di risultare invisibili agli occhi della società»⁷.

La seconda (breve) premessa metodologica attiene all'angolo di visuale scelto per la ricerca e la stesura di questo contributo, ossia quello del disabile con tetraparesi o tetraparesi spastica⁸; sono infatti proprio le ipotesi estreme che consentono di ragionare al meglio sul tema dei diritti e dei potenziali benefici derivanti dalle nuove tecnologie. Inoltre, la condizione delle persone con tetraplegia offre numerosi spunti sull'interazione uomo-macchina, sulle conseguenti trasformazioni del corpo e sulla nascente categoria dei neurodiritti.

2. *Il mutamento della nozione di disabilità*

La comprensione dell'impatto positivo delle nuove tecnologie digitali sulla vita delle persone disabili non può prescindere da un'analisi dell'evoluzione della nozione stessa di «disabilità», che si è progressivamente emancipata da una prospettiva meramente medica – ossia incentrata sulla patologia e sulla menomazione fisica o psichica dell'individuo – a favore di un modello sociale.

Quest'ultima declinazione rifiuta di ridurre il singolo alla diagnosi della sua malattia e alla gravità del suo *deficit*⁹, preferendo invece concentrarsi sul contesto, ambientale, socio-culturale ed economico in cui la persona è inserita¹⁰. In sostanza, quindi, secondo questa prospettiva, la disabilità è il frutto della relazione persona-società e non un elemento della persona in quanto tale.

Si tratta di una rivoluzione copernicana di non poco conto per due ordini di motivi: in primo luogo, perché richiede all'ordinamento di soffermarsi su ciò che caratterizza positivamente l'individuo, sulle sue risorse, e non sulle “mancanze” che lo connotano

strumento per promuovere lo sviluppo socio-cognitivo: vantaggi, limiti e prospettive future, in *Sistemi intelligenti*, 1/2020, spec. 11 ss.).

⁷ A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informativa*, 4-5/2018, 805 s., che sviluppa il *right to be not forgotten* di J. LEARMAN, *Big Data and Its Exclusions*, in *Stanford Law Review Online*, 2013, 66, 55 ss.

⁸ La tetraplegia è una condizione di paralisi dei quattro arti del corpo e del torso.

⁹ Conseguentemente il modello medico connota il disabile come un soggetto di cui lo Stato *deve* farsi carico, secondo una prospettiva fortemente paternalistica.

¹⁰ Sul punto, *ex multis*, si veda A. DI CARLO – E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, Bologna, 2012, 347 ss.; A. Lorenzetti, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2015, 5 e 8 ss.

rispetto ad un parametro astratto di normalità o di “normodotazione”; in secondo luogo, poiché idonea ad “abbracciare” un’infinità di situazioni tra loro eterogenee e, dunque, «la poliedricità che caratterizza il mondo della disabilità»¹¹.

Insomma, nelle scienze sociali si è assistito ad un «meritorio processo evolutivo»¹² diretto a distinguere la persona dalla menomazione da cui è affetta; un mutamento di prospettiva che si è riversato anche nei documenti scientifici e istituzionali, specie di origine sovranazionale, dedicati alla condizione delle persone con disabilità.

Com’è noto, difatti, il primo sistema di “Classificazione internazionale delle menomazioni, delle disabilità e degli *handicap*” (ICIDH), adottato dall’*Organizzazione mondiale della sanità* (OMS) nel 1980, descriveva la condizione di una persona *handicappata* sulla base di una «catena sequenziale» innescata da una malattia: l’evento morboso induceva una *menomazione* (ossia una «perdita o un’anomalia a carico di una struttura o di una funzione psicologica, fisiologica o anatomica»), la quale si traduceva in una *disabilità* (da intendere come «qualsiasi limitazione o perdita della capacità di svolgere un’attività nel modo o nei limiti considerati normali per un essere umano») e, infine, in un *handicap* (individuato in una «condizione di svantaggio, conseguente ad una menomazione o ad una disabilità, che in un soggetto limita o impedisce il compimento di una funzione che è ritenuta normale per tale soggetto in relazione all’età, sesso e fattori socio-culturali»).

Pur tenendo conto in parte dell’impatto sociale della menomazione, questa prima classificazione si focalizzava sull’elemento eziologico e non sulla condizione stessa, così non riuscendo ad eliminare la connotazione negativa che caratterizza il termine *handicap*¹³.

Per tal motivo e in ragione delle diverse critiche che sono state mosse al sistema definitorio del 1980, specie per ciò che atteneva alla necessaria consequenzialità temporale del modello¹⁴, l’OMS ha approvato nel 2001 la “Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute” (ICF). La principale innovazione di tale sistema risiede nell’integrazione dell’angolo di visuale medico con quello sociale¹⁵, in un unico modello bio-psico-sociale, ove si «considera sia il ruolo delle condizioni di salute che dei fattori ambientali e le loro reciproche interazioni»¹⁶.

In sostanza, quindi, i principi che hanno ispirato quest’opera di revisione sono quelli di universalità, ossia una visione della disabilità come aspetto dell’umanità al pari di altri elementi del funzionamento, con il conseguente superamento dell’idea per cui i disabili appartenerebbero ad una minoranza; l’affermazione di un approccio integrato, medico e

¹¹ L. BUSATTA, *L’universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE – M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni del diritto. Atti delle giornate di studio del 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016, 335.

¹² C. COLAPIETRO – F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2020, 30.

¹³ *Ivi*, 33.

¹⁴ Sulla quale si veda la recente ricostruzione di F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, su *federalismi.it*, 1/2020, 146 ss.

¹⁵ Sul carattere parziale dei due modelli, se presi singolarmente, si veda F. MASCI, *op. cit.*, 155 ss.

¹⁶ U. NOCENTINI, *Dall’ICIDH all’ICF: una rivoluzione nella disabilità*, in C. COLAPIETRO – A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent’anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Napoli, 2014, 73.

sociale insieme; la neutralità del linguaggio, in quanto diretto a descrivere le situazioni di funzionamento delle persone in funzione delle diverse situazioni che possono verificarsi nel corso dell'esistenza; il principio di parità, diretto ad escludere differenziazioni tra le disabilità fisiche e quelle mentali¹⁷.

A tal proposito, deve notarsi che proprio lo sviluppo tecnologico – per quanto ancora lontano dagli odierni approdi – ha costituito un fattore essenziale per il passaggio dall'ICIDH all'ICF, ossia all'idea della disabilità come squilibrio tra le capacità individuali e i fattori ambientali, e che nell'ambito di quest'ultima classificazione le nuove tecnologie rappresentano le principali condizioni contestuali in grado di compensare l'invalidità¹⁸.

Se tali considerazioni erano attuali più di due decenni fa, acquistano un valore ancor maggiore ai giorni nostri, poiché la tecnologia sfuma il confine tra la realtà materiale e quella digitale; tra le possibilità di fruire di servizi ed esercitare i diritti costituzionali in presenza e le opportunità in rete.

In questo contesto, come vedremo anche nel prosieguo, le tecnologie assistive costituiscono una *specie* del più ampio *genus* degli ausili a cui può far ricorso il disabile.

Ciononostante, anche oggi il dibattito scientifico e le *policies* pubbliche si focalizzano sulle attrezzature meccaniche (come, solo per citarne alcune, sedie a rotelle, letti, sollevatori o utensili di varia natura); tale approccio al tema della disabilità, seppur indispensabile, è parziale e sintomatico di un modello di *welfare* ancora schiacciato sulle prestazioni assistenziali e mediche¹⁹.

Proprio in ragione del mutamento della nozione di disabilità, invece, la costruzione di un adeguato *habitat* per una persona con una menomazione fisica o psichica non può prescindere da una particolare attenzione all'evoluzione della tecnica e all'accesso ad internet. In sostanza, oltre a quella derivante dalle possibilità di cura, una sfida per le nuove tecnologie è consentire alle persone disabili una vita autonoma all'interno delle mura domestiche e nella relazione con terzi nell'attuale società digitale.

Tali considerazioni sono ancor più rilevanti per le ipotesi di disabilità "sopravvenuta": la difficoltà di accedere a *software* e *hardware* adeguati rischia di creare una *cesura* tra la vita prima della malattia e quella successiva all'insorgenza del fenomeno "disabilitante".

3. La tecnologia per i diritti e gli ausili del futuro

Il «modello sociale della disabilità (...), nell'inverare quell'inversione del parametro espresso nell'adozione del punto di vista delle persone disabili, consente di dare sostanza normativa al tema dell'accessibilità attraverso regole di progettazione e

¹⁷ Cfr. C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 32; U. NOCENTINI, *op. cit.*, 70 ss.

¹⁸ *Amplius*: cfr. A. DI CARLO – E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, Bologna, 2012, 351 ss.

¹⁹ Su quest'ultimo profilo si veda, *ex multis*, A. MARANO, *Interventi sulla disabilità e arretratezza complessiva del welfare italiano*, su *Menabò. Eticaeconomia*, 17 dicembre 2018.

costruzione dei luoghi (non solo fisici) volte a impedire la riproduzione di relazioni disabilitanti»²⁰. Sviluppata principalmente con riferimento al tema delle barriere architettoniche, questa riflessione – secondo cui il “diritto di accedere” costituisce un diritto sociale fondamentale – si adatta anche ai progressi scientifici e tecnologici, poiché il concetto di accessibilità ha natura «dinamica e sincronica» rispetto alle diverse situazioni della vita²¹.

La necessità di approdare ad una nozione omnicomprensiva di accessibilità emerge, poi, chiaramente dall’art. 9 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* del 2006, secondo cui gli Stati firmatari devono garantire «accesso all’ambiente fisico, ai trasporti, all’informazione e alla comunicazione, compresi i *sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione*» (corsivo aggiunto).

Non si può non notare, per di più, come oggi l’accessibilità alle tecnologie digitali costituisca un indispensabile presupposto per l’effettiva garanzia di quel *meta-diritto* alla socializzazione, di cui discorre la migliore dottrina soprattutto sulla base della giurisprudenza costituzionale in tema di permessi e congedi, e il cui fondamento deve essere rinvenuto negli artt. 2, 3, comma 2, e 32 Cost.²².

Indubbio è infine il ruolo delle tecnologie digitali nell’esercizio dei diritti politici e nella garanzia del diritto al lavoro delle persone con disabilità. Con riferimento al primo profilo, infatti, il tema delle *Information and Communication Technologies* non è circoscritto alle possibilità d’uso da parte dei disabili ma si lega, più in generale, alla cittadinanza politica e culturale²³: al netto di numerosi problemi circa il contenuto delle informazioni, l’accesso alla rete (e quindi ad un’adeguata strumentazione *hardware* e *software*) è strettamente funzionale al pluralismo e alla libera formazione delle opinioni, in ragione del fatto che nell’era digitale la maggior parte del dibattito sull’attualità si svolge su *internet* e sui *social networks*²⁴. Ancora una volta allora si tratta di capovolgere o limare la prospettiva “in voga” in questi anni ed evidenziare il legame “virtuoso” tra libertà di voto ed espressione e accesso agli strumenti digitali.

²⁰ E. ROSSI, *L’accessibilità come diritto sociale delle persone disabili*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2019, 401.

²¹ Cfr. E. ROSSI, *op. cit.*, 411. Sul punto, con numerosi profili di interesse anche per il presente lavoro, si veda la riflessione di P. ADDIS, *La disabilità, l’accessibilità e i diritti in tempo di Covid-19*, in M.G. BERNARDINI – S. CARNOVALI (a cura di), *Diritti umani in emergenza. Dialoghi sulla disabilità ai tempi del Covid-19*, Roma, 2021, 110 ss.

²² Cfr. C. COLAPIETRO – F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, cit., 2020, 115 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, 2/2020, 115 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, 135 ss.; S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013.

²³ Cfr. F. BARONI – M. LAZZARI, *Tecnologie informatiche e diritti umani per un nuovo approccio all’accessibilità*, in *Italian Journal of Disability Studies*, 1/2013, 79 ss.

²⁴ Sul punto si veda, *ex multis*, G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018, 1 ss., il quale comunque efficacemente evidenzia che «la rete (...) ha una doppia anima o una congenita ambiguità. Da un lato, c’è il massimo di decentramento e di apertura nella produzione di informazioni, ma, dall’altro lato, c’è una forte spinta alla concentrazione dei servizi che rendono effettivamente disponibile e utilizzabile questa informazione nelle mani di poche compagnie multinazionali. Tutto ciò non è privo di conseguenze sull’assetto concreto della libertà di informazione».

Rispetto al secondo profilo, invece, l'esclusione dai sistemi informatici incide inequivocabilmente sulle possibilità di apprendimento e conseguentemente sull'accesso al mondo del lavoro. Non a caso si è rilevato che all'apice della crisi pandemica da Covid-19 i soggetti più penalizzati dal divario digitale, tra cui i disabili, non sono stati in grado di ricevere quel supporto che avrebbe consentito loro di superare, anche solo in parte, le limitazioni derivanti dal *lockdown* al godimento dei fondamentali diritti sociali, come il diritto all'istruzione e al lavoro²⁵.

Si tratta di una circostanza ancor più considerevole se sol si tiene conto che un *report* dell'*Organizzazione internazionale del lavoro* (OIL) del 10 febbraio 2021 ha evidenziato che gli incessanti progressi dell'economia digitale – implementati dalla pandemia in corso – stanno creando delle «opportunità senza precedenti» per le persone con disabilità²⁶. Per un soggetto con una menomazione, “digitalizzazione” è sinonimo di inclusione e possibilità lavorative.

Tra l'altro, usualmente le persone con disabilità, anche se affette da menomazioni esclusivamente fisiche, presentano un livello di istruzione inferiore rispetto ai propri coetanei, con ovvie ricadute in termini occupazionali: l'Istituto italiano di statistica (ISTAT) rileva frequentemente una loro scarsa partecipazione alle attività lavorative, nonostante “le riserve” previste dalla legge n. 68/1999²⁷.

Allora, con degli indispensabili adeguamenti, soprattutto in ambito universitario, le modalità didattiche messe in campo in questi mesi potrebbero in futuro limare «gli ostacoli di ordine economico e sociale» (art. 3, comma 2, Cost.)²⁸ che si frappongono all'entrata dei disabili nel mondo del lavoro.

Quella che per alcuni è stata una limitazione, a tratti insopportabile, si può dimostrare un'opportunità per “altri”, a riprova ancora una volta del carattere *relativo* della nozione di disabilità.

²⁵ Cfr. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., 291 ss.

²⁶ Si veda sul punto il *Report* dal titolo *An inclusive digital economy for people with disabilities*, pubblicato congiuntamente da *Fundación ONCE* e dal *Global Business and Disability Network* dell'OIL, 10 febbraio 2021, reperibile su https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS_769852/lang-en/index.htm.

²⁷ Si veda sul punto il Rapporto dal titolo *Conoscere il mondo della disabilità*, 2019, reperibile all'indirizzo <https://www.istat.it/it/archivio/236301>, in particolare p. 15, ove si sottolinea che malgrado il carattere lungimirante della legge n. 68/1999 «resta rilevante lo svantaggio, nel mercato del lavoro, delle persone con disabilità. Infatti, considerando la popolazione compresa tra i 15 e i 64 anni, risulta occupato solo il 31,3% di coloro che soffrono di gravi limitazioni gravi (26,7% tra le donne, 36,3% tra gli uomini) contro il 57,8% delle persone senza limitazioni». In sostanza, quindi, l'occupazione delle persone con disabilità è pari quasi alla metà di quella delle persone prive di limitazioni. Allo stesso tempo, nel Rapporto si evidenzia (p. 59 s.) che l'introduzione di forme di lavoro agile può implementare l'accesso al mondo lavorativo delle persone con disabilità.

²⁸ Sul tema si rinvia a S. BARONCELLI, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla privacy*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale/2020, 442 ss., la quale evidenzia tanto gli aspetti inclusivi della didattica a distanza sull'istruzione, quanto l'incapacità di questo strumento di far fronte ad alcune esigenze specifiche, in ragione del fatto che l'inclusione richiede, necessariamente, il contatto con i docenti e gli altri studenti. Sul punto si vedano anche le riflessioni di P. ADDIS, *La disabilità, l'accessibilità e i diritti in tempo di Covid-19*, cit., 121 ss., il quale pone giustamente l'accento sulle ricadute negative della didattica a distanza sulle possibilità di socializzazione, integrazione e apprendimento degli studenti con disabilità intellettive e psicosociali.

A tal proposito, si deve notare che se l'affermazione del carattere fondamentale e sociale del diritto di accesso con riferimento ai luoghi fisici è il risultato di un'enucleazione giurisprudenziale (avvenuta soprattutto mediante una lettura costituzionalmente orientata della normativa sull'abbattimento delle barriere architettoniche contenuta nelle leggi nn. 13/1989 e 104/1992)²⁹, il diritto delle persone disabili all'utilizzo degli strumenti digitali trova un espresso basamento nella c.d. legge Stanca (legge n. 4/2004, rubricata "Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici"). Difatti, l'art. 1 di quest'ultimo testo normativo riconosce ad ogni persona la possibilità di «accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici» e, in particolare, alle persone con disabilità il diritto di ricorrere ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione, nonché ai nuovi sistemi e alle tecnologie di informazione e comunicazione in rete che consentano ai cittadini di entrare in contatto con l'apparato amministrativo. Tuttavia, così come le disposizioni *ad hoc* contenute nel Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005, spec. art. 17), tali previsioni sull'accesso alle tecnologie di ultima generazione, seppur all'avanguardia, hanno avuto un'attuazione piuttosto deludente³⁰, risultando insufficienti all'abbattimento delle nuove barriere sociali create dalla rete stessa³¹.

Per di più, due ulteriori elementi che devono essere posti in rilievo risiedono, da una parte, nel fatto che questa normativa si concentra sul rapporto del cittadino con la pubblica amministrazione, anziché guardare al tema dell'accessibilità come trasversale ai diversi ambiti in cui può svolgersi la vita di un individuo, e, dall'altra, che prendendo in considerazione principalmente le disabilità visive e uditive, le disposizioni non paiono tenere in adeguato conto il carattere prismatico e multidimensionale della disabilità, il quale richiede l'integrazione della filosofia *design for all* (c.d. *design universale*), nella progettazione degli ambienti e degli strumenti di interconnessione, con la creazione di tecnologie assistive "cucite" sull'individuo³².

Invero, alla luce delle innovazioni digitali e tecniche è necessario un (continuo) ripensamento delle prestazioni mediche e assistenziali che lo Stato sociale si impegna ad assicurare a tutela dell'integrità psico-fisica della persona disabile: in questo senso un

²⁹ E. ROSSI, *op. cit.*, 407 ss.

³⁰ Cfr. C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso alla rete internet nell'«era dell'accesso»*, su *Consulta Online*, 16 marzo 2020, 11. Si tenga presente che la normativa di attuazione della legge Stanca è contenuta nel D.P.R. n. 75/2005 e nel D.M. 8 luglio 2005.

³¹ Su quest'ultimo concetto si veda N. POSTERARO, *Il restyling della legge Stanca, le nuove linee guida AGID, e l'accessibilità delle persone disabili agli strumenti informatici delle pubbliche amministrazioni: a che punto... saremo?*, su www.irpa.eu, 2020, che si concentra sulle recenti innovazioni che hanno interessato la legge Stanca in recepimento della Direttiva europea UE/2016/2102 (c.d. Web Accessibility Act -WAD).

³² Su quest'ultimo punto si veda: A. DI CARLO – E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, cit., 356 ss., ove si evidenzia in particolare che mentre il c.d. *design universale* «consiste in un approccio progettuale che – come la denominazione stessa suggerisce – mira a farsi interprete delle esigenze del maggior numero possibile di persone, le tecnologie di assistenza sono invece progettate per rispondere specificamente a determinate limitazioni funzionali dell'individuo e si presentano, quindi, come un prodotto rivolto essenzialmente a soggetti con disabilità» (p. 356).

deciso passo in avanti³³ è stato compiuto con l'aggiornamento dei Livelli Essenziali di Assistenza, da parte del D.P.C.M. 12 gennaio 2017 (*Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*), che – accanto agli strumenti meccanici e per la mobilità della persona – prevede numerosi ausili per la comunicazione e l'informazione, tra cui i dispositivi di ingresso per computer (si veda in particolare l'All. 5 al D.P.C.M 12 gennaio 2017); inoltre, sotto il profilo assistenziale, numerose novità sono state introdotte durante l'emergenza pandemica da Covid-19, a partire dal c.d. Decreto rilancio (d.l. n. 34/2020, convertito con legge n. 77/2020)³⁴.

Nondimeno, nel prossimo futuro i sistemi di *welfare* dovranno sempre più confrontarsi con i prodotti del digitale e in particolare con le opportunità insite nelle *interfacce cervello-computer*, attualmente oggetto di sviluppo e implementazione nell'ambito di diversi esperimenti clinici, nonché da parte di facoltosi soggetti privati.

Tali strumenti hanno la capacità di ridefinire la corporeità umana e, conseguentemente, le possibilità di interazione dei singoli con il mondo. Si tratta infatti di macchine in grado di implementare notevolmente le potenzialità umane, anche delle persone con una mobilità molto ridotta.

Tuttavia, come vedremo, oltre a sollecitare un'ulteriore riflessione sui “nuovi diritti”, e sulle possibilità che si dischiudono alle persone, queste tecnologie presentano – come è tipico dell'ambivalenza della *tecné*³⁵ – alcuni elementi di rischio per i diritti fondamentali.

4. Dal corpo umano al corpo digitale, verso la tutela dei neurodiritti

Se è certamente vero che storicamente «la progressiva introduzione di nuove tecnologie della mobilità è dipesa (...) da mutamenti contestuali diversi, politico-istituzionali (eliminazione delle barriere), culturali (una nuova immagine «performante» dell'handicap, grazie allo sport), tecnologica (nuovi materiali e nuovo *design*)»³⁶, non si può negare che il processo di contaminazione e reciproco sviluppo che ha interessato gli strumenti assistivi e i fattori socio-culturali acquisisce attualmente un rilievo ancor più importante.

³³ Sul mancato aggiornamento degli ausili nel recente passato si veda sempre A. DI CARLO – E. STRADELLA, *op. cit.*, 359 s.

³⁴ Per una ricostruzione sul punto si veda A. BANCHERO, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali sono diventati realtà? Considerazioni in materia di servizi sociali e sociosanitari, in base alla disciplina della legge 17 luglio 2020, n. 77*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020 e il *Dossier* dal titolo *Politiche sociali per fronteggiare l'emergenza coronavirus*, disponibile sul sito della Camera dei Deputati (<https://temi.camera.it/leg18/temi/politiche-sociali-per-fronteggiare-l-emergenza-coronavirus.html>).

³⁵ Sul punto E. RESTA, *Diritto vivente*, Bari-Roma, 2008, 81 ss.

³⁶ M. MAESTRUTTI, *Alle frontiere del corpo. Identità, corporeità e tecnologie nei Disability studies*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1/2020, 166.

In quella che è stata definita l'epoca della Quarta rivoluzione industriale³⁷ e scientifica³⁸, ossia dello sviluppo dell'Intelligenza artificiale e della digitalizzazione delle attività quotidiane, mutano le nozioni di “mobilità” e “accessibilità”, e quindi di “ausili”, in ragione delle trasformazioni tecnologiche. La mobilità e l'accessibilità devono necessariamente essere riferite anche al mondo *on-line*, agli spazi di elaborazione dei dati, e le tecnologie assistive già oggi, ma certamente con maggiore frequenza nell'avvenire, devono confrontarsi con il *digitale*.

In questo contesto, accanto alle prospettive da valorizzare descritte nel paragrafo precedente, non si possono sottovalutare i rischi insiti nell'utilizzo delle nuove tecnologie, e in particolare dell'Intelligenza artificiale, da parte delle persone disabili: i sistemi intelligenti, come le interfacce cervello-computer (basate su encefalografia o la risonanza magnetica funzionale)³⁹, ma anche alcune protesi robotiche di recente sviluppo⁴⁰, hanno la potenziale capacità «di penetrare nei meccanismi di base del ragionamento, della comunicazione, di simulare e/o completare le abilità umane»⁴¹. In sostanza, i progressi delle neuroscienze e dell'Intelligenza artificiale mettono a disposizione della collettività tecniche, programmi e strumenti in grado di elaborare le informazioni fornite dal cervello, trasformando il segnale neurale (il neurodato) in un *output*⁴².

Tutto ciò è vero e possibile quanto più elaborati e completi risultano, e risulteranno nel futuro prossimo, i meccanismi di *deep learning*⁴³; la macchina digitale oggi può rappresentare un'estensione del corpo del disabile e trovare nel cervello umano, esattamente come se si trattasse di un arto in pelle e ossa, il suo impulso⁴⁴.

Si tratta, tra l'altro, di un corpo «diffuso» (evocando un'immagine di Stefano Rodotà, che con le locuzioni «corpo distribuito» o «corpo disseminato»⁴⁵ si riferiva ai dati genetici), ossia di una sostanza che si proietta *oltre* la dimensione corporea,

³⁷ Cfr. K. SHWAB – P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, Monaco, 2016.

³⁸ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

³⁹ Cfr. M. IENCA, *Tra cervelli e macchine: riflessioni su neurotecnologie e su neurodiritti*, in *Politeia*, XXXV/2019, 53, il quale evidenzia che le registrazioni cerebrali decodificabili attraverso tali strumenti «possono contenere informazioni altamente private sugli individui da cui vengono ottenute, comprese alcune caratteristiche predittive del loro stato di salute e dei loro stati mentali». Poco dopo, lo stesso A., rileva che le tecnologie di *brain reading*, oltre ad avere capacità di decodificare i dati neurali, le esperienze visive e finanche le intenzioni nascoste, hanno anche un «sufficiente grado di solidità epistemologica» che consente di costruire modelli predittivi.

⁴⁰ A tal proposito si veda, ad esempio, la mano elettrica “Hannes”, sviluppata dall'Istituto italiano di tecnologia di Genova nel 2017, che si basa su controllo mioelettrico.

⁴¹ R. FALCONE – O. CAPIRCI – F. LUCIDI – P. ZOCCOLOTTI, *Prospettive di intelligenza artificiale: mente, lavoro e società nel mondo del machine learning*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1/2018, 47.

⁴² Cfr. M. IENCA, *op. cit.*, passim.

⁴³ Cfr. R. FALCONE – O. CAPIRCI – F. LUCIDI – P. ZOCCOLOTTI, *Prospettive di intelligenza artificiale: mente, lavoro e società nel mondo del machine learning*, cit. Tra l'altro, il tema del *machine learning* è fondamentale per disabile: tanto più l'arto artificiale si adatta, tanto più allora non verrà percepito come estraneo rispetto al corpo.

⁴⁴ A tal proposito, è interessante notare che già Rodotà, nel 2006, parlava del cellulare come di una «protesi della persona» (S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Politica del diritto*, 1/2006, 7) e, poco prima, osservava che «nell'Information Age anche il corpo è stato subito considerato un insieme di dati, un sistema informativo. Il tema del corpo, delle sue trasformazioni e del suo destino diviene così la grande metafora e il punto critico della società dell'informazione, e del suo approdo alla realtà virtuale» (p. 3).

⁴⁵ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 20.

menomata, nello spazio *on-line*: per un disabile gravissimo l'opzione sarà sempre di più tra un'esistenza *off-line* – con numerose ricadute in termini di esercizio dei diritti – e una vita nell'infosfera, riprendendo la parola coniata da Luciano Floridi⁴⁶. All'espandersi della dimensione virtuale si accompagnerà una dilatazione di quella reale⁴⁷.

Inoltre, grazie al ricorso agli impianti neurali, i pazienti paralizzati o con disturbi motori degenerativi saranno in grado di controllare dei dispositivi robotici diretti al ripristino della stazione eretta e piattaforme robotiche di assistenza; già da tempo, basti pensare alla scrittura con puntamento oculare, la tecnologia fornisce un indispensabile aiuto alle persone con una malattia, ma le nuove potenzialità della scienza consentono di andare anche oltre la comunicazione verbale.

In sostanza, la rivoluzione digitale sembrerebbe dar luogo, nell'immaginario comune, a quella trasformazione *from Capital Hook to Iron Man* del disabile o, finanche, evocare l'imminente creazione di *cyborgs*⁴⁸.

Tuttavia, l'applicazione di tecnologie avanzate collegate al cervello (e alle parti del corpo ancora comandate da questo) pone numerosi problemi di compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali e con l'etica. Gli 86 miliardi di neuroni protetti dalla scatola cranica sono anche la sede della memoria, delle passioni, dei segreti e delle fragilità dell'uomo⁴⁹. Insomma, dell'identità personale.

Come è stato recentemente proposto in dottrina, allora, al più antico *habeas corpus* e al diritto all'*habeas data* di più recente enucleazione, si dovrebbe affiancare un nuovo diritto all'*habeas mentem*, da cui traggono origine tutte le guarentigie del cervello che vanno sotto il nome di *neurodiritti*⁵⁰, i cui basamenti costituzionali si possono rinvenire – a parere di chi scrive – negli artt. 13 e 32, comma 2, Cost.

⁴⁶ Il che equivale a dire che, nella società contemporanea, l'esclusione dalle tecnologie digitali dà luogo all'alternativa tra "essere" e "non essere". Sul punto si veda, oltre allo scritto dell'A. già citato, L. FLORIDI, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, spec. 130 ss., ove si pone l'accento sul fatto che «l'informatica e le applicazioni tecnologiche che ne derivano hanno esercitato un impatto sia estroverso sia introverso. Non soltanto hanno offerto un potere epistemico e ingegneristico senza precedenti su realtà naturali e artificiali; ma, nel farlo, hanno anche gettato nuova luce su chi siamo, sul modo in cui siamo in relazione con il mondo, e in cui comprendiamo noi stessi e il nostro potenziale divenire. Nel presente, stiamo lentamente accettando l'idea che non siamo enti isolati e unici, quanto piuttosto organismi, il cui sostrato è informazionale (*inforgs*), reciprocamente connessi e parte di un ambiente costituito da informazioni (*infosfera*)».

⁴⁷ Cfr. R. FALCONE – O. CAPIRCI – F. LUCIDI – P. ZOCCOLOTTI, *Prospettive di intelligenza artificiale: mente, lavoro e società nel mondo del machine learning*, cit., 47.

⁴⁸ Cfr. M. MAESTRUTTI, *Alle frontiere del corpo. Identità, corporeità e tecnologie nei Disability studies*, cit., 151 ss. e *passim*. La frase «*From Capital Hook to Iron Man*» è posta nell'*incipit* del testo dell'A. e rimanda al titolo di una mostra sull'evoluzione delle tecnologie assistive organizzata dal Politecnico federale di Zurigo nel 2016. Inoltre, nel testo sono numerosi, anche in chiave critica, i riferimenti alla figura dei *cyborgs*.

⁴⁹ Cfr. G. MAIRA, *Intelligenza umana e intelligenza artificiale*, in *federalismi.it*, 7/2021, spec. XVII, il quale si sofferma sul tema della tutela dell'integrità mentale proprio parlando delle tecnologie di intelligenza artificiale che consentiranno di «farci strada nel nostro stesso hardware» e in particolare delle interfacce neurali.

⁵⁰ Cfr. O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLaws*, 2/2021, spec. 12; P. STANZIONE, Intervento al Convegno «*Privacy e neurodiritti: la persona al tempo delle neuroscienze*», 28 gennaio 2021, disponibile all'indirizzo: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/95296009>, 5.

Con riferimento a quest'ultimo parametro, difatti, se si parte dal presupposto che le tecnologie assistive di ultima generazione sono innanzitutto degli strumenti diretti a tutelare la salute individuale, tanto nel suo portato fisico, quanto psicologico⁵¹, il limite invalicabile alla loro applicazione risiede sempre nel «rispetto della persona umana»⁵².

5. Considerazioni conclusive. Per una tecnologia inclusive by default e attenta alle esigenze della persona umana

Alla luce delle riflessioni che precedono si pone l'interrogativo su come conciliare a livello giuridico l'accessibilità, secondo la declinazione suesposta di connessione al mondo digitale e al *web*, con la protezione della «privacy *mentale*, la sfera più intima ed esclusiva» dell'individuo⁵³.

A parere di chi scrive alcuni referenti normativi possono essere già individuati nel diritto positivo, se sottoposto ovviamente ad un'interpretazione evolutiva alla luce dei progressi della tecnica.

Innanzitutto, si dovrebbe procedere ad un'applicazione rigorosa – tanto nella fase di progettazione e programmazione dei *software*, quanto nell'eventuale sede giudiziaria – dei principi previsti dall'art. 5 del Regolamento europeo n. 2016/679/UE (GDPR) e segnatamente di limitazione della finalità, di minimizzazione e di esattezza⁵⁴, creando una vera e propria cesura tra il momento dell'*input* neurale e quello dell'*output*, come se la persona che ricorre agli strumenti di *brain reading* agisse sempre in incognito.

Infine, oltre ad una tecnologia che risulti *inclusive by default*, ossia pensata sin dalla fase di progettazione per essere utilizzata da tutti o adattata alle esigenze individuali, è

⁵¹ Ovviamente, come si è provato a far emergere, non si deve sottovalutare il fatto che le tecnologie di *brain reading* possono intervenire direttamente «sul processo cognitivo e volitivo, per renderlo, in un futuro ormai prossimo, trasparente e almeno in parte manipolabile, con il rischio addirittura di uno sfruttamento a fini commerciali delle informazioni. Si delinea, così, una congiunzione tra neuroscienze e capitalismo digitale – definita, con una crasi significativa, neurocapitalismo (Ienca) – idonea tuttavia a determinare implicazioni potenzialmente dirompenti sulla vita individuale e collettiva, di una pervasività tale da scardinare gli assunti fondativi dell'intero sistema delle garanzie costituzionali» (P. STANZIONE, *op. cit.* 4).

⁵² S. RODOTÀ, *Le trasformazioni del corpo*, cit., 12. Gli altri riferimenti normativi fondamentali devono essere individuati, come evidenziato da O. POLLICINO, *op. cit.*, 13, negli artt. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) e gli artt. 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare) e 8 (Protezione dei dati di carattere personale) CDFUE, alla luce delle interpretazioni che ne hanno dato i rispettivi organi giurisdizionali di riferimento. Per una ricostruzione, anche dottrinale, dei fondamenti della *data protection* si veda, *ex multis*, F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3/2020, 57 ss.

⁵³ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, cit., 5. Particolarmente icastica è la citazione del film *Nemico pubblico* riportata nel testo dall'A. («la sola privacy che avete è nella vostra testa. E forse neppure quella»), al fine di sottolineare che, nell'era del digitale, neppure la sfera intima è al riparo da possibili invasioni.

⁵⁴ Conformemente a quanto già sostenuto da S. RODOTÀ, *op. cit.*, 11 s., in tempi certamente meno sospetti. Sui principi in tema di trattamento dei dati si vedano, *ex multis*, C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in 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*, Napoli, 2017, 85 ss., spec. 106 ss.; M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità nel trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO – R. D'ORAZIO – V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 187 ss.

indispensabile una programmazione dei processi automatizzati conforme ai valori etici e sociali condivisi dalla società⁵⁵. Per tali motivi, si deve guardare con attenzione a quelle proposte dirette ad integrare la previsione dell'art. 35 GDPR, relativa alla valutazione di impatto privacy, con una *Ethical and Social Impact Assessment*⁵⁶.

Si tratta, com'è evidente, di esigenze ancor più cogenti laddove la persona a cui si riferiscono i dati sia un soggetto che può esercitare taluni diritti fondamentali esclusivamente accedendo al servizio, trovandosi così in una peculiare situazione di vulnerabilità.

⁵⁵ Cfr. A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, cit., 815.

⁵⁶ Cfr. A. MANTELERO, *Il nuovo approccio alla valutazione del rischio nella sicurezza dei dati*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 326 ss., il quale discorre, in una prospettiva *de iure condendo*, di valutazione di impatto privacy, etico e sociale (*Privacy, Ethical and Social Impact Assessment*, c.d. PESIA).



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

GLI ALGORITMI PREDITTIVI ALLA LUCE DEI
PRINCIPI DELINEATI NELLA *EUROPEAN ETHICAL CHARTER*

FEDERICA CAMILLIERI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela dei diritti fondamentali: l’inevitabile intersezione con il principio di non discriminazione e la necessità di trasparenza. – 2.1. Il confronto con la realtà statunitense. – 2.2. Le *black boxes* e la risposta europea. – 3. Il principio di qualità e sicurezza. – 3.1. Il *profiling*. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La ricerca, attraverso la tecnologia, di una scienza esatta che coadiuvi l’uomo nelle sue scelte ha portato all’utilizzo di algoritmi predittivi in vari settori del diritto. L’intelligenza artificiale, in un’ottica globale, siede, perseguendo il fine della “previsione”, nelle aule di giustizia.

La European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), constatando l’influenza di una giustizia predittiva¹ nella sfera dei diritti fondamentali, ha adottato, nel 2018, la *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment*². Si tratta di una Carta etica che delinea cinque principi, il

¹ Più che di giustizia predittiva si potrebbe parlare di algoritmi che, in ambito giuridico, forniscono previsioni e pronosticano comportamenti futuri.

² La Carta etica è consultabile alla pagina <https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>.

cui rispetto deve essere osservato dagli attori pubblici e privati, ideatori e fruitori, dei servizi di intelligenza artificiale.

L'analisi dei cinque principi può offrire una chiave di lettura delle principali problematiche che si pongono in relazione all'utilizzo dell'*Artificial Intelligence*.

2. La tutela dei diritti fondamentali: l'inevitabile intersezione con il principio di non discriminazione e la necessità di trasparenza

Ai termini del primo principio, gli algoritmi predittivi, quando sono utilizzati per dirimere una controversia o supportano il processo logico decisionale — indipendente — del giudice, devono essere compatibili con i diritti fondamentali; viene fatto un richiamo esplicito, in primo luogo, all'ottemperanza degli assiomi dello stato di diritto³, e, in secondo luogo, al *right to a fair trial*, inteso nella sua duplice declinazione di diritto alla parità delle armi e al rispetto del contraddittorio.

L'osservanza dei diritti fondamentali può essere esaminata congiuntamente al secondo e al quarto dogma della Carta etica, che, rispettivamente, concernono il principio di non discriminazione⁴, teso ad arginare lo «sviluppo o l'intensificazione» di discriminazioni⁵ tra individui o gruppi di persone, e il principio di trasparenza, imparzialità ed equità⁶.

Quest'ultimo, in specie se l'Intelligenza Artificiale collide con la vita delle persone o ha effetti giuridici su di esse, è volto a raggiungere un bilanciamento tra l'esigenza di *intellectual property* e quella di trasparenza, intesa come diritto di accesso al processo logico dell'algoritmo.

La trasparenza è lo strumento che può permettere all'algoritmo di disvelarsi in ogni momento del processo di elaborazione dei dati, ma, al contempo, è un principio la cui forma si plasma necessariamente sull'ordinamento giuridico di ciascuno Stato. In

³ Il rispetto dei diritti fondamentali, posti come valori fondanti degli ordinamenti democratici e rientranti nella nozione di stato di diritto, subisce una tensione qualora entri in gioco il concetto di pubblica sicurezza. Sul punto si ricordano, infatti, le criticità sollevate, in ambito di polizia predittiva, dall'utilizzo della *predictive surveillance* finalizzata, soprattutto negli Stati Uniti dopo gli attentati del 2001 e in Europa con il finanziamento del programma Horizon 2020, a contrastare il terrorismo. In merito si rinvia a S.B. SPENCER, *Predictive Surveillance and the Threat to Fourth Amendment Jurisprudence*, in *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 14, n. 1/2017, 113 ss.

⁴ I dati, invero, hanno mostrato l'attitudine di fotografare e replicare i pregiudizi tipici del giudizio umano.

⁵ Il principio di non discriminazione, si ricorda, è affermato all'art. 14 della CEDU, in relazione ai diritti e alle libertà in essa sanciti, e agli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza. In particolare, l'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vieta che medesime situazioni siano definite in forma diversa e, viceversa, non tollera che situazioni difformi siano affrontate e risolte in maniera uguale, salvo che un tale trattamento sia obiettivamente giustificato e motivato.

⁶ Anche tra i 23 principi di Asilomar, stilati e sottoscritti nel 2017 da numerosi scienziati, si ricordava, rispettivamente ai numeri 11 e 12, sia la necessità che l'AI rispetti la dignità umana, la diversità culturale, i diritti e le libertà, che l'importanza di accedere, gestire e controllare i dati posti a disposizione dell'intelligenza artificiale.

particolare, si può apprezzare un'antitetica impostazione⁷ tra l'Unione europea, che tenta di muoversi verso una regolamentazione al fine di tutelare i diritti fondamentali — coerentemente e armoniosamente — in ciascun Paese membro, e gli Stati Uniti, che proteggono in maniera più vigorosa i *trade secrets*⁸.

Il concetto di trasparenza richiama, inoltre, la nozione di affidabilità cui fa riferimento il documento «*Policy and investment recommendations for trustworthy Artificial Intelligence*» redatto, nel 2019, dall'High-Level Expert Group on AI (AI HLEG). Più precisamente, il Gruppo, formato da 52 esperti di alto livello sull'IA nominati dalla Commissione europea, dopo aver specificato di impennare lo sviluppo del proprio pensiero e lavoro sull'uomo e la società — il cui benessere e le cui libertà potrebbero essere arricchite attraverso un uso lecito, etico e solido dell'intelligenza artificiale —, ricorda la necessità di un dialogo tra chi sviluppa la tecnologia e gli utenti. Simile scambio dialogico deve ineluttabilmente condurre alla «*traceability and explainability*⁹ of AI systems»¹⁰; ovvero è opportuno che esso sia tale da permettere all'uomo di comprendere la logica dell'elaborazione algoritmica operata dalla macchina e l'effettivo utilizzo dei dati che hanno consentito all'IA di pervenire a una decisione; in modo siffatto, l'individuo sarebbe munito di strumenti adeguati per un'eventuale contestazione della decisione che lo riguarda.

La protezione del segreto industriale deve essere inibita anche con riferimento all'imparzialità e all'equità: la prima richiede l'assenza di pregiudizi insiti nella macchina, laddove la seconda deve leggersi come necessaria preminenza degli *interests of justice*. Sul punto, le autorità pubbliche dovrebbero garantire anche la supervisione esterna di un organo indipendente, il quale controlli, *ex ante*, il rispetto di determinati prerequisiti nella creazione del *software* o dell'*hardware*.

⁷ Si veda sul punto A. MONREALE, *Rischi etico-legali dell'intelligenza artificiale*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 3392.

⁸ Il primo articolo, sezione ottava, della Costituzione statunitense, infatti, riconosce, per un periodo di tempo limitato, agli inventori «*the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*». In materia di proprietà intellettuale, si distinguono, tra gli altri, i *patents*, che rientrano nella disposizione costituzionale sopra citata, e i *trade secrets*, i primi destinati a subire una *disclosure* dopo un determinato periodo di tempo (*patent*, invero, deriva dal verbo latino *patere*, che significa essere accessibile) e i secondi caratterizzati dalla possibilità di rimanere segreti a tempo indeterminato. Sulle diverse finalità perseguite dai brevetti e dai segreti commerciali e sulla scelta tra gli uni e gli altri si veda M.R. MCGURK, J.W. LU, *The intersection of Patents and Trade Secrets*, in *Hastings science and technology law journal*, n. 2/2015, 192 ss.

⁹ In ordine al ruolo dell'*explainability* nella tradizione costituzionale europea e dell'attualizzazione dei principi costituzionali in chiave tecnologica si rinvia a E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 425 ss. Sull'importanza che l'algoritmo sia spiegabile ai fini del giusto processo e per assicurare all'imputato la possibilità di mettere in discussione la classificazione dei rischi elaborata dalla macchina, si veda M. BRENNER *et al.*, *Constitutional Dimensions of Predictive Algorithms in Criminal Justice*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 55, 2020, 283.

¹⁰ Per un'indagine sui modelli interpretabili, spiegabili e comprensibili, capaci di neutralizzare l'opacità delle *black boxes*, si rimanda a R. GUIDOTTI *et al.*, *A Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, in *ACM computing surveys (CSUR)*, Vol. 51, n. 5/2018, 93.

2.1. Il confronto con la realtà statunitense

Per comprendere la concreta portata — e l'interazione reciproca — di questi tre principi è opportuno un raffronto con la realtà statunitense, nella quale i *risk assessment tools*, come supporto all'attività giudiziaria, sono stati incentivati al fine di ridurre il rischio di recidiva, tanto che, in alcune giurisdizioni, il loro utilizzo è imposto per legge.

In merito, si inserisce la questione inerente alla riproduzione¹¹, da parte della macchina, delle discriminazioni, radicate nella società¹², nei confronti delle minoranze¹³.

In particolare, studi recenti hanno evidenziato la predisposizione dei *risk assessment tools*, uno tra tutti l'algoritmo statunitense COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*), a favorire falsi positivi a scapito di soggetti appartenenti a determinati gruppi sociali¹⁴ — i più emarginati o quelli concernenti minoranze etniche —, ledendo, attraverso previsioni non individualizzanti, in primo luogo, il principio di non discriminazione.

Nel 2016, ProPublica ha condotto uno studio sulla base dei dati di 7.000 arresti avvenuti tra il 2013 e il 2014 nella Contea di Broward, per verificare l'attendibilità dell'algoritmo COMPAS nella determinazione del punteggio di rischio. I risultati hanno mostrato la tendenza della macchina a sovrastimare il rischio di recidiva per le persone nere e a predire, viceversa, un basso rischio per quelle bianche, producendo, rispettivamente, falsi positivi e falsi negativi¹⁵.

I casi di Paul Zilly e di Eric Loomis sono alcuni esempi evidenti dell'orientamento di discriminazione razziale insito in COMPAS. Nel primo caso¹⁶, il giudice del tribunale della Contea di Barron decideva di respingere il patteggiamento già raggiunto tra la difesa e il PM, alla luce del punteggio evidenziato dalla macchina sulla scorta di vari dati, tra cui un questionario di 137 domande sottoposto all'imputato e valutato da COMPAS. Pertanto, confluendo tali dati, elaborati dall'IA, nel quadro del c.d. *Presentence Investigation Report* (PSI), Zilly subiva una condanna giudicata pertinente, non tanto in relazione al reato del caso concretamente sottoposto alla Corte, ma in virtù della gravità,

¹¹ Sull'impossibilità di «postulare la neutralità delle tecnologie», si veda a E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws*, n. 1/2019, 76.

¹² Molti autori, partendo dal presupposto che anche il giudizio umano sia contaminato da fattori discriminatori, si sono interrogati in ordine alla maggiore certezza e uniformità della sentenza nel caso in cui a decidere sia la macchina. Si rinvia sul punto a B. DONDERO, *Justice prédictive: la fin de l'aléa judiciaire?*, in *Recueil Dalloz*, Parigi, 2017, 532 ss.

¹³ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015, 38.

¹⁴ T.L. ZARSKY, *An Analytic Challenge: Discrimination Theory in the Age of Predictive Analytics*, in *A journal of law and policy for the information society*, vol. 14, n. 1/2017, 33 ss.

¹⁵ Si veda C.N. RADAVOI, *The Impact of Artificial Intelligence on Freedom, Rationality, Rule of Law and Democracy: Should We Not Be Debating It?*, in *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, vol. 25, n. 2/2020, 119 ss.

¹⁶ Si veda a proposito l'indagine svolta da ProPublica consultabile al sito <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

prevista dall'algoritmo, di ciò che avrebbe potuto commettere in futuro¹⁷; questo, per di più, sulla base dell'esame di elementi che identificavano Zilly come appartenente a un gruppo di individui, con caratteristiche a lui similari¹⁸, e non in ragione di un giudizio individuale¹⁹.

Ancora più rilevanti sono le questioni che emergono dal caso Loomis²⁰ e dai motivi a fondamento della mozione della difesa: il diritto a un *fair trial* (in relazione al V e al XIV Emendamento della Costituzione statunitense, che costituiscono la c.d. *due process clause*) e a una *individualized sentence*. Loomis, infatti, veniva arrestato, dopo un tentativo di fuga, alla guida di un veicolo (veicolo, oltretutto, coinvolto in una precedente sparatoria) senza il consenso del proprietario e in possesso di un'arma da fuoco; l'imputato, secondo la difesa, avrebbe visto violato il suo diritto a conoscere una parte della motivazione, in quanto l'algoritmo, sviluppato dalla società Equivalent, era coperto dal *trade secret*, il che evidenziava un difetto di trasparenza²¹. La Corte suprema del Wisconsin, prima, e la Corte suprema federale (che decideva di non prendere in considerazione la questione), poi, non ritenevano, invece, violati i diritti di Loomis, in quanto la decisione del giudice non si era basata esclusivamente sul risultato dell'algoritmo, il cui giudizio probabilistico sarebbe stato, quindi, solo uno degli elementi presi in considerazione nella motivazione della sentenza. L'argomento della non esclusività, pertanto, veniva presentato come un bilanciamento alla mancanza di trasparenza, originata dal segreto industriale, e alla conseguente impossibilità di comprendere il procedimento logico della macchina.

Inoltre, la difesa aveva sollevato il problema delle discriminazioni di genere, sostenendo che COMPAS sfruttasse il *gender* come un *criminogenic factor*. Secondo la *Supreme Court* del Wisconsin²², però, «*the DOC uses the same COMPAS risk assessment on both men and women, but then compares each offender to a 'norming' group of his or her own gender*» e, comunque, una valutazione del rischio neutrale rispetto al genere fornirebbe risultati imprecisi. Invero, la Corte ricordava che le statistiche hanno

¹⁷ A.M. BERRY-JESTER et al., *Should Prison Sentences Be Based on Crimes That Haven't Been Committed Yet?*, consultabile alla pagina <https://fivethirtyeight.com/features/prison-reform-risk-assessment/>.

¹⁸ A.L. WASHINGTON, *How to argue with an algorithm: lesson from the COMPAS-Propublica debate*, in *Colo. Tech. L.J.*, vol. 17, n. 1/2018, 150 ss. Elaborando dati della condizione familiare, sociale ed economica, infatti, l'algoritmo discrimina chi appartiene a contesti svantaggiati.

¹⁹ Sull'evoluzione della finalità della pena, prima rivolta all'individuo e oggi indirizzata alla gestione, controllo e vigilanza dei gruppi sociali, si veda P. MARY, *Pénalité et gestion des risques: vers une justice «actuarielle» en Europe?*, in *Déviance et Société*, vol. 25, n. 1/2001, 35.

²⁰ *CRIMINAL LAW — SENTENCING GUIDELINES — WISCONSIN SUPREME COURT REQUIRES WARNING BEFORE USE OF ALGORITHMIC RISK ASSESSMENTS IN SENTENCING*. — *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), in *Harvard Law Review*, vol. 130, 2017, 1530 ss.

²¹ K. FREEMAN, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in *North Carolina Journal of law and technology*, vol. 18, n. 5/2016, 100 ss. Freeman sostiene che rendere conoscibile codice sorgente dell'algoritmo — come avviene ad esempio in Pennsylvania con un algoritmo simile a COMPAS — consentirebbe, da un lato, ai difensori di valutare attraverso il controinterrogatorio l'attendibilità dei punteggi ottenuti; di conseguenza, riscontrando l'errore commesso dall'IA e, quindi, raggiungendo un maggior grado di affidabilità e accuratezza, la scienza potrebbe fare notevoli progressi nel settore della giustizia.

²² *Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. LOOMIS*, 13 luglio 2016, n. 2015AP157–CR, 75 ss.

dimostrato che gli uomini presentano tassi di recidiva e una tendenza verso i crimini violenti superiori rispetto alle donne.

L'argomento della non esclusività, *ut supra*, permette di introdurre il quinto principio delineato dalla Carta etica europea, quello inerente al "controllo da parte dell'utilizzatore"²³ e alla necessità che l'algoritmo sia un supporto per i professionisti della giustizia e non, di contro, un limite o un vincolo che mini l'indipendenza del giudice nel processo decisionale. Facendo sempre riferimento all'esperienza statunitense è emblematico il caso del 2018, in materia di giustizia minorile, in cui la Corte del *District of Columbia* non ha ritenuto attendibili al caso concreto i risultati dello strumento di valutazione del rischio SAVRY (*Structured Assessment of Violence Risk in Youth*)²⁴.

2.2. Le black boxes e la risposta europea

Il principio di conoscibilità e di non esclusività²⁵, da una parte, e quello di non discriminazione, dall'altra, con riferimento ai dati personali elaborati dagli algoritmi, sono, poi, esaminati, nell'ambito dell'UE, sia dalle norme del Regolamento 27 aprile 2016, n. 679 (GDPR), in materia di trattamento dei dati personali e di privacy, sia dal considerando n. 71 del predetto Regolamento.

Con riguardo al primo punto, gli artt. 13 e ss. del GDPR prevedono il diritto di ciascuno a ricevere informazioni sul procedimento logico utilizzato dagli algoritmi, mentre l'art. 22 del Regolamento n. 679/2016 vieta, salvo i casi di cui all'art. 22.2²⁶, che una decisione, avente effetti giuridici, possa basarsi unicamente su un processo automatizzato e rende necessario l'intervento umano. Sia il Tar Lazio nel 2017 e nel 2018, che il Consiglio di Stato nel 2019²⁷ sottolineavano che la decisione del giudice, quando incide su posizioni giuridiche soggettive, non può mai essere del tutto sostituita dalla decisione automatizzata²⁸.

²³ Sui rischi che può causare la perdita del controllo, soprattutto qualora la macchina sia programmata per apprendere ed elaborare informazioni autonomamente, si rinvia a M.U. SCHERER, *Regulating artificial intelligence system: risks, challenges, competencies, and strategies*, in *Journal of Law & Technology*, vol. 29, n. 2/2016, 366 ss.

²⁴ G. CONTISSA, G. LASAGNI, G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Diritto di Internet*, n. 4/2019, 623.

²⁵ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in *Journal of Institutional Studies*, vol. 6, n. 2/2020, 402.

²⁶ L'art. 22 del GDPR, affermando che una decisione giudiziaria non possa basarsi esclusivamente, tra le altre cose, sul trattamento automatizzato dei dati, replica un principio che era stato già sancito all'interno degli artt. 47 e 95 della l. 6 gennaio 1978, n. 17, relativa a *l'informatique, aux fichiers et aux libertés* (c.d. French Data Protection Act). Si veda sul punto C. VILLANI (a cura di), *For a meaningful artificial intelligence: towards a French and European strategy*, 2018, 124.

²⁷ B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, 374.

²⁸ Si veda U. RUFOLO, *Machina iuris-dicere potest?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, 403 ss. Più precisamente, Rufolo propone, in un contesto che egli definisce di «tecno-umanesimo», il vincolo del giudice alla consultazione della razionalità (e non dell'intelligenza) dell'algoritmo predittivo. Tale soluzione, che ibrida l'intervento umano con quello della macchina, secondo l'autore permetterebbe di non oscurare il ruolo del giudice-uomo.

Si evidenzia, inoltre, la forte tensione tra l'imperfezione di un giudice umano²⁹ e una macchina logica; quest'ultima perviene a un'elaborazione coerente dei dati fornitile (se questi non sono discriminatori), ma, al contempo, è caratterizzata da una logicità che propenderebbe, dall'altro lato, ad omogeneizzare e standardizzare situazioni diverse (ledendo, di conseguenza, il principio di non discriminazione di cui all'art. 20 della Carta di Nizza) in ragione dell'incapacità discrezionale dell'algoritmo di adattare la legge generale ed astratta al caso concreto.

La pervasività del ragionamento matematico³⁰ (percentualmente più affidabile, ma, comunque, non certo) all'interno del processo, di contro, fa sì che, laddove l'algoritmo sia affiancato alla decisione umana, difficilmente potrebbe essere trascurato dal giudice; quest'ultimo, infatti, altrimenti facendo, assumerebbe su di sé la responsabilità etica di adottare una decisione contrastante con i calcoli altamente probabilistici dell'IA³¹. Una tale riflessione può trovare un'eccezione argomentativa laddove il soggetto, i cui dati siano sottoposti al percorso decisionale algoritmico, sia un minore, come nel caso di cui sopra, in quanto la personalità in divenire dell'individuo permette al decisore umano un margine maggiore di scostamento dal ragionamento probabilistico.

Per quanto attiene, invece, agli eterogenei effetti discriminatori che possono scaturire da un qualsiasi algoritmo predittivo, il considerando n. 71 del GDPR evidenzia che debba essere il titolare del trattamento ad evitare che la macchina si basi su di un *Dataset* di per sé discriminatorio; si può, quindi, apprezzare una connessione logica tra il principio di non discriminazione e la necessità che il trattamento dei dati, posti alla base della decisione della macchina, avvenga in un «ambiente tecnologico sicuro»³².

3. Il principio di qualità e sicurezza

Tali considerazioni introducono il terzo principio tratteggiato dalla Carta etica europea, ovvero il principio di qualità e sicurezza, che a sua volta apre il campo a due differenti questioni.

In ordine al primo punto si rileva che, nonostante i diversi utilizzi, gli algoritmi hanno in comune il fatto di sfruttare un *Dataset*, una scatola nera che contiene *Big data*³³,

²⁹ Sul necessario confronto umano all'interno del processo e nell'applicazione della legge, come aspetto essenziale dello stato di diritto, si veda R.H. FALLON, *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, in *Columbia Law Review*, vol. 97, n. 1/1997, 19.

³⁰ C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2018, 166 ss.

³¹ Y. POULLET, *Avant-propos. Le RGPD – une volonté de bien faire: certes! ... mais appropriée?*, in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (a cura di), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, 2018, 16.

³² E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, n. 30/2020, 8. Carloni sottolinea che dal considerando n. 71 «si può ricavare non solo il principio di non discriminazione, ma anche un ulteriore principio, di correttezza/qualità dei dati posti a fondamento della decisione». Infatti, gli effetti discriminatori potrebbero essere evitati, o comunque controllati, proprio in virtù di effettivo controllo di correttezza e qualità dei dati processati dall'IA.

³³ C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI, *Algorithmic Regulation and Personalized Law: A Handbook*, Oxford, 2021, 23 ss; Id., *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law*, in AA. VV. (a

input che vengono utilizzati dalla macchina per predire, a livello statistico e probabilistico, la risposta alla domanda che le viene posta e la soluzione al caso concreto. All'interno di questo procedimento, si può inserire il fenomeno della c.d. *redundant encoding*, ovvero la possibilità che l'algoritmo, attraverso il *machine learning*³⁴, pervenga a decisioni autonome, rendendo il meccanismo alla base della decisione ancora più oscuro di quanto lo sia già in partenza e minando la realizzazione degli altri principi delineati dalla Carta etica.

Il 19 febbraio 2020 la Commissione europea, attraverso un comunicato stampa, dal titolo «Plasmare il futuro digitale dell'Europa: la Commissione presenta le strategie per i dati e l'intelligenza artificiale³⁵», ha ipotizzato la creazione di uno spazio europeo dei dati. Inoltre, per assicurare l'affidabilità, è stata preconizzata la soggezione a regole rigide (sia *ex ante*, attraverso controlli e prove di conformità, sia *ex post*, con l'introduzione di sanzioni) per quei settori in cui l'impiego dell'IA può comportare rischi elevati, come nel caso del sistema giudiziario, o il cui utilizzo può presentare criticità, ad esempio qualora da essa scaturiscano effetti giuridici³⁶.

Nella Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale in materia di sicurezza e di responsabilità della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico, del 19 febbraio 2020, si ricorda l'importanza della sicurezza, non solo fisica, ma anche mentale, delle persone coinvolte dall'utilizzo di sistemi di IA. La sicurezza, per di più, deve essere garantita sin dalla progettazione e il rispetto di essa deve permanere in ogni fase. Nonostante ciò, l'auto-apprendimento — o addirittura la sua sottocategoria consistente nel *deep learning* — potrebbe permettere alla macchina di eludere i meccanismi di sicurezza e di sfuggire, così, anche al controllo dell'utilizzatore e, quindi a un, già ricordato, principio cardine della Carta etica.

3.1. Il profiling

Tornando alla seconda questione sollevata nell'analizzare il terzo principio della Carta etica, è necessario approfondire il fenomeno della profilazione dei giudici o dell'indirizzo delle Corti attraverso l'analisi, da parte dell'Intelligenza Artificiale, di sentenze da loro pubblicate e, oggi, facilmente accessibili attraverso le banche dati.

cura di), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar, 2018, p. 409. Gli autori ritengono che “*rise of Big Data could fundamentally change the design and structure of legal norms and thus the legal system itself*”.

³⁴ In merito alla precisione matematica, alle percentuali di attendibilità e al conseguente, ma solo eventuale, rischio che la macchina commetta un errore si veda A. F. BLACKWELL, *Interacting with an Inferred World: The Challenge of Machine Learning for Humane Computer Interaction*, in *Aarhus Series on Human Centered Computing*, vol. 1, n. 1/2015, 9. Inoltre, si ricorda l'ulteriore distinzione tra i sistemi di apprendimento autonomo supervisionato e i casi in cui neanche l'operatore può fare previsioni sul risultato.

³⁵ Tale documento è consultabile al sito https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/fs_20_282.

³⁶ Sul necessario utilizzo della cognizione umana nelle aree del diritto si veda H. SURDEN, *Artificial intelligence and law: an overview*, in *Georgia State University Law Review*, vol. 35, n. 4/2019, 1328 ss.

Nello specifico, si deve intendere per profilazione l'analisi di dati attraverso il *Knowledge Discovery in Databases* (KDD) o *Data mining*³⁷, tecnica che permette di fare previsioni senza porre domande.

In primo luogo, la CEPEJ raccomanda che le informazioni sulle decisioni giudiziarie, utilizzate dal procedimento logico dell'algoritmo, provengano da fonti certificate.

In secondo luogo, l'art. 4, paragrafo 4, del GDPR, rubricato «*definitions*», rimediando all'assenza di organicità e di sistematicità in ordine al tema della profilazione, specifica che per *profiling* si deve intendere qualsiasi tecnica di trattamento automatizzato di dati personali³⁸, laddove questi ultimi siano utilizzati per «valutare determinati aspetti personali» — tra i quali la norma ricorda l'affidabilità, il comportamento e gli spostamenti — relativi a una persona fisica³⁹.

Inoltre, il Considerando n. 24 del GDPR annovera tra le forme di controllo del comportamento della persona fisica, rientranti, pertanto, nella nozione di profilazione⁴⁰, l'utilizzo dei dati personali al fine di analizzarne o prevederne le preferenze o adottare decisioni che la riguardano.

In particolare, si consideri che in Francia, con l'introduzione dell'art. 21⁴¹ della l. 7 ottobre 2016, n. 1321 («*pour une République numérique*»), le società avevano sviluppato piattaforme capaci di anticipare le sentenze dei giudici; tuttavia, l'art. 33 della l. 23 marzo 2019, n. 222⁴², ha previsto sanzioni penali per chiunque addivenga a un *profilage des juges*.

³⁷ Per un approfondimento sulla tecnica del *Data mining*, si veda T.Z. ZARSKY, *Governmental Data mining and its Alternatives*, in *Penn State Law Review*, vol. 116, 2/2011, 291 ss. Inoltre, per i risvolti discriminatori di tale tecnica si rimanda ad Id., *Mine Your Own Business: Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, in *Yale Journal of Law and Technology*, n. 5/2002, 22.

³⁸ I dati personali sono definiti, all'art. 4, paragrafo 1, del GDPR, come qualsiasi informazione relativa a una persona fisica (*data subject*) identificata o identificabile.

³⁹ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 65.

⁴⁰ Per una riflessione critica in ordine all'attendibilità di valutazioni per il futuro, cui si perviene a seguito di attività di *profiling* e *risk assesment*, che originano da esperienze passate e alla tendenza della macchina di tralasciare soluzioni asseverate come basse probabilità, si veda R. SICURELLA, V. SCALIA, *Data mining and profiling in the area of freedom, security and justice: State of Play and New Challenges in the Balance between Security and Fundamental Rights Protection*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, n. 4/2013, 423 ss.

⁴¹ Ai sensi di tale articolo, «*Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées*».

⁴² Tale disposizione, modificando l'art. L111-13 del *Code de l'organisation judiciaire*, sancisce, infatti, che «*Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*».

Viceversa, i dati provenienti da fonti certificate sono stati utilizzati in uno studio⁴³ condotto nel 2017, dall'University College di Londra e dall'università di Sheffield e della Pennsylvania, il cui algoritmo, utilizzando come *database* i testi di 586 verdetti della Corte europea dei diritti dell'uomo, è riuscito, nel 79% dei casi, ad addivenire alla corretta decisione⁴⁴.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto detto, nell'introduzione della Carta etica europea viene incentivato l'utilizzo della scienza computazionale in ambito giuridico, a condizione che siano osservati i cinque principi analizzati, in materia civile, commerciale e amministrativa⁴⁵, mentre la CEPEJ mostra molte più riserve nell'applicazione dell'Intelligenza Artificiale in ambito penale⁴⁶. In quest'ultimo ramo, la giustizia predittiva, di contro, è molto utilizzata dall'ordinamento statunitense, che se ne serve all'interno delle scelte del giudice nella fase cautelare, in quella del *parole board*, e, infine, nella fase decisoria. In Italia tali automatismi sono vietati da disposizioni del codice di procedura penale e, in senso più ampio, sono stati sistematicamente dichiarati incostituzionali i vari vincoli apposti alla discrezionalità del giudice⁴⁷.

La Carta etica dimostra come l'Intelligenza Artificiale, malgrado rappresenti un rischio di compressione significativa dei principi e dei diritti fondativi in ambito giudiziario, possa raffigurare, se correttamente incanalata, uno strumento importante per

⁴³ Lo studio, dal titolo «*Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*», è consultabile alla pagina https://peerj.com/articles/cs-93/?mod=article_inline.

⁴⁴ In merito ai sistemi di *case-based reasoning* si rimanda a S. QUATROCCOLO, *Per un'intelligenza artificiale utile al giudizio penale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, 392 ss. Quattroccolo si sofferma, inoltre, sulla differenza tra gli ordinamenti di tradizione romano-germanica e quelli di *common law*, specificando che l'impatto di un'eventuale sostituzione del giudice, nell'assunzione della decisione, con l'IA sarebbe sicuramente più incisivo in quei sistemi che non riconoscono il valore vincolante dello *stare decisis*. Infatti, i paesi di *common law* si prestano maggiormente all'utilizzo di applicazioni che elaborino i casi precedenti per offrire una soluzione ai problemi legali.

Per un'analisi sull'utilizzabilità dell'algoritmo, anche con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, si veda M. GAYE-PALETTES, *Le développement des outils algorithmiques prédictifs à l'épreuve de la Question Prioritaire de Constitutionnalité*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.35, 2020, 637 ss. L'autore ritiene che difficilmente la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a pronunciarsi sull'incostituzionalità della medesima norma di legge, anche se non esclude che il giudice costituzionale possa basarsi sui suoi precedenti nell'attività interpretativa.

⁴⁵ Con il rischio che, però, in tali settori si arrivi all'automatizzazione delle questioni, tecniche, più semplici da risolvere.

⁴⁶ J.M. BRIGANT, *Les risques accentués d'une justice pénale prédictive*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 60/2018, 237 ss.

⁴⁷ Infatti, la giurisprudenza della Corte è ormai costante nel ritenere incostituzionale — anche nell'ambito dell'applicazione delle misure cautelari (una tra tante, Corte cost. 7 luglio 2010, n. 265) o della recidiva (ad esempio, Corte cost. 8 luglio 2015, n. 185) — qualsiasi automatismo nella sfera del diritto penale.

rafforzare determinate tutele (come la celerità dei procedimenti, spese giudiziali contenute, ma anche per supportare l'attività dell'avvocato⁴⁸)⁴⁹.

La Carta etica, se è vero che suggerisce dei contenuti di cui tener conto, rappresenta, al contempo, solo un'iniziale risposta alle molte domande poste dalla giustizia predittiva. In quanto strumento di *soft law*, essa, infatti, non presenta carattere vincolante, ma può essere utilizzata esclusivamente come strumento orientativo, a fronte dell'assenza di una legislazione, nazionale e sovranazionale — o, meglio, di una etero-normazione⁵⁰ —, in materia. Non si può, infatti, far affidamento solo sull'etica⁵¹, ma è necessario un intervento del diritto⁵².

⁴⁸ In ordine all'impiego della tecnologia per migliorare, in un'ottica di simulazione cognitiva, il ragionamento giuridico dell'avvocato, si veda B.G. BUCHANANT, T.E. HEADRICK, *Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, in *Stanford Law Review*, n. 23/1970, 40 ss.

⁴⁹ Sui benefici dell'utilizzo dell'IA nel settore giudiziario si rimanda a F. G'SELL, *Les progrès à petits pas de la «justice prédictive» en France*, in *ERA*, 2020, 306 ss. G'sell sottolinea sia l'aiuto che l'algoritmo può offrire all'imputato o al privato, sia al giudice; in relazione a quest'ultimo, si evidenzia come l'IA possa elaborare un archivio che metta in luce la giurisprudenza, nella risoluzione di determinate questioni giuridiche, di uno specifico Tribunale. Ciò potrebbe prevenire la tendenza delle Corti — o dei giudici della stessa Corte — a decidere in maniera dissimile casi che affrontano le medesime problematiche; allo stesso tempo, però, si rischierebbe un appiattimento del diritto, sebbene, da un'altra prospettiva, questa soluzione potrebbe imbrigliare il c.d. fenomeno delle sentenze creative.

⁵⁰ A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/202, 412 ss. L'autore specifica l'importanza di determinare, attraverso la regolamentazione dell'IA, entro quali ambiti — e quali settori — consentire o vietare l'utilizzo di quest'ultima, in modo tale da evitare lesioni a quei diritti fondamentali di cui l'Unione europea si fa portavoce.

⁵¹ Sull'approccio europeista di stampo prettamente etico, finora privilegiato, si rinvia a C. CASTETS-RENARD, B. MARTINEZ, *Société de l'Information: Morceaux choisis sur le numérique et l'intelligence artificielle en droit français et de l'Union européenne (année 2019)*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n. 10/2020, 239 ss.

⁵² P. STANZIONE, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, in *www.Comparazioneediritto civile*, 2010, 14. Stanzone ipotizza un'epoca del postumano governata da un «diritto poliforme», che posterga le «nozioni statiche» alla velocità del «proprio divenire»; un diritto, inoltre, creato da giuristi che siano guidati «secondo valori e sentimenti» che prevarichino le convenzioni e i pregiudizi «che comunemente affliggono l'uomo».



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NELLA DIMENSIONE GIUDIZIARIA.
PRIMI PROFILI GIURIDICI E SPUNTI DALL'ESPERIENZA FRANCESE PER
UNA DISCIPLINA DELL'AI NEL SETTORE DELLA GIUSTIZIA

MARTA FASAN

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive – 2. L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia – 2.1 Intelligenza artificiale e *predictive justice* tra decisione giudiziaria e accesso alla giustizia – 3. L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia: primi profili giuridici – 3.1 I benefici di un giudice artificiale tra esigenze di efficienza, standardizzazione ed effettività della tutela giurisdizionale – 3.2 I rischi di un giudice artificiale tra *biased dataset*, *digital divide* e il fenomeno della *black-box* – 4. L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia: prime indicazioni normative dall'esperienza giuridica francese – 5. Prospettive future per una disciplina giuridica dell'AI nel settore della giustizia

1. Osservazioni introduttive

I progressi che negli ultimi anni sono stati realizzati nel settore dell'innovazione scientifica e tecnologica stanno contribuendo alla realizzazione di una nuova rivoluzione tecnologica e digitale¹, della quale l'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence*, d'ora in poi anche AI) rappresenta una dei protagonisti principali. Gli sviluppi riguardanti questa specifica tecnologia hanno, infatti, ampliato notevolmente il novero di funzioni che possono essere realizzate ricorrendo all'AI, offrendo un ventaglio di potenzialità che

¹ Tra i molti autori che in dottrina hanno analizzato questo fenomeno, si veda L. D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 3 ss.

in passato non si sarebbe mai ipotizzato di ricondurre ad un sistema artificiale. Il fenomeno dei Big data, insieme allo sviluppo di avanzate tecniche di apprendimento e di analisi dei dati quali il *machine learning* e il *deep learning*², hanno dato origine ad un nuovo metodo di programmazione e progettazione dell'AI, in cui da un approccio di matrice logico-deduttiva si è passati ad uno di natura prevalentemente statistica e dove il sistema artificiale è in grado di apprendere direttamente dai dati esaminati³. E tale cambio di paradigma nei meccanismi di funzionamento dell'AI, in base a cui la prestazione tecnologica tende a migliorare con l'aumentare dell'esperienza del sistema artificiale, sta portando a straordinari successi nell'applicazione di questi sistemi artificiali⁴.

Queste caratteristiche tecniche, unite alle prestazioni che l'AI è in grado di svolgere, stanno dunque rendendo questa tecnologia sempre più presente all'interno della società contemporanea, trasformando sensibilmente il ruolo e l'impatto che essa può avere in questo contesto. Infatti, l'ingresso dirompente e pervasivo dell'AI nella vita degli esseri umani, non solo negli aspetti maggiormente legati alla quotidianità delle persone ma anche nei settori più strategici per lo sviluppo e la crescita dei singoli Stati e della società⁵, sta portando ad una diffusione dei sistemi artificiali tale da dare origine ad una presenza sempre più marcata di azioni, interazioni, scelte e decisioni, in cui il fattore "artificiale" viene ad assumere un ruolo di preminenza in tali operazioni. E ciò, con la conseguenza di incentivare una progressiva tendenza ad affidarsi sempre di più alle soluzioni offerte dall'AI⁶.

Un simile fenomeno, oltre ad incidere evidentemente sull'assetto sociale⁷, produce effetti rilevanti e significativi anche all'interno della dimensione giuridica⁸.

² Nello specifico, con il concetto di *machine learning* si fa riferimento ad un insieme di tecniche che permettono ad un sistema artificiale di migliorare, attraverso l'esperienza, le prestazioni delle proprie funzioni, secondo la definizione elaborata in T. M. MITCHELL, *Machine learning*, Boston, 1997, 2. Con il termine *deep learning*, invece, si è soliti identificare una tipologia di *machine learning* basata sul funzionamento di un sistema di reti neurali artificiali che sono in grado di apprendere in modo non supervisionato da dati non classificati e non strutturati, analizzando le informazioni e creando tra esse schemi da utilizzare nel processo decisionale finale. Così definito in I. GOODFELLOW, Y. BENGIO, A. COURVILLE, *Deep Learning*, Cambridge (MA), 2016, 8.

³ In questo senso A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2019, 92.

⁴ A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 90 e 92.

⁵ Per una rapida ed esemplificativa ricognizione dei principali ambiti di applicazione dell'AI si veda G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 65; M. U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 29, 2/2016, 354 ss.

⁶ Questo quanto emerge in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 401-402, dove l'autore sottolinea come questo fenomeno coinvolga scelte e decisioni di diversa natura, sia riguardanti la vita quotidiana delle persone, sia relative alla società nel suo complesso.

⁷ Così in S. RODOTÀ, *Il diritto di*, cit., 402.

⁸ Uno stretto collegamento tra le tecnologie ascrivibili all'ambito della cibernetica (in cui rientrerebbe anche l'intelligenza artificiale) e il diritto era già stato teorizzato in V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Milano, 1968, 17 ss. In questa opera l'autore riconosce una specifica analogia tra il diritto e la scienza cibernetica, in quanto entrambe le discipline perseguono l'obiettivo di comprendere e rendere prevedibili i meccanismi di controllo e di comunicazione che caratterizzano i comportamenti collettivi. Questi aspetti sono ripresi anche in A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 170 ss.

L'affermazione di un nuovo modello di «società algoritmica»⁹, o di «società *onlife*»¹⁰, pone davanti al bisogno di considerare e di valutare se l'impianto normativo e le categorie giuridiche esistenti possano offrire adeguate risposte alle sfide poste dall'applicazione e dalla diffusione dell'AI. Infatti, l'esistenza di una tecnologia in grado di incidere in modo determinante e rilevante all'interno di decisioni che possono produrre effetti giuridici significativi sulle libertà e sui diritti delle persone¹¹ pone in crisi l'assetto logico-concettuale che tradizionalmente caratterizza la dimensione giuridica. L'AI, proprio in ragione delle sue capacità tecniche e delle funzionalità dimostrate, esce dallo schema tradizionale che vede nello strumento tecnologico un mero mezzo per il raggiungimento di un obiettivo prefissato, assumendo, invece, un ruolo sempre più rilevante nel determinare il risultato del processo decisionale in cui la tecnologia si trovi ad essere impiegata¹².

Questi elementi pongono, dunque, il giurista contemporaneo nella condizione di dover riflettere sull'impatto che una tecnologia come l'AI può avere sui principi, sui diritti, sulle libertà e sulle stesse categorie che contribuiscono a fondare l'essenza stessa dello Stato costituzionale di diritto. E tali riflessioni appaiono ancor più necessarie se si considera la rapida e pervasiva diffusione che l'AI sta dimostrando di avere in un'ampia varietà di settori, tra cui quello della giustizia risulta in un certo senso paradigmatico delle conseguenze e delle sfide giuridiche riconducibili all'applicazione di questi sistemi artificiali.

2. *L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*

Il settore della giustizia non rappresenta un'eccezione rispetto alle influenze esercitate dal successo nello sviluppo delle tecnologie digitali. Nonostante questo ambito, per alcuni aspetti, richiami ancora l'immagine di una cittadella fortificata inespugnata in grado di resistere ai dirompenti effetti della digitalizzazione¹³, negli ultimi anni numerosi ordinamenti hanno dato inizio ad un processo di digitalizzazione volto a modernizzare il

⁹ Questo concetto è espresso in M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 333 ss.; A. PAJNO ET AL., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2019, 206-207. Nello specifico, gli autori sostengono che l'emersione e il successo che stanno caratterizzando le tecnologie di AI e la loro applicazione costituiscono un passaggio evolutivo dalla «società dell'informazione» alla «società dell'algoritmo». Per meglio contestualizzare tali riflessioni, si rimanda anche a Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven-Londra, 2006, 219 ss.

¹⁰ Il concetto di società *onlife* è stato elaborato da Luciano Floridi e da altri ricercatori europei con lo scopo di definire e di descrivere la nuova realtà sociale caratterizzata dalla diffusione pervasiva delle tecnologie e della digitalizzazione in cui oggi giorno vivono gli esseri umani. A questo proposito L. FLORIDI (a cura di), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Cham, 2015, 7 ss.

¹¹ Sul punto, cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 169 ss.

¹² La particolare funzione che oggi viene attribuita alla tecnologia costituisce un'espressione del c.d. *Law 3.0*, secondo quanto sostenuto in R. BROWNSWORD, *Law 3.0*, Abingdon-New York, 2020, 28 ss.

¹³ Questa la metafora utilizzato in A. VAN DEN BRANDEN, *Les robots à l'assaut de la justice. L'intelligence artificielle au service des justiciables*, Bruxelles, 2019, 2.

sistema giudiziario e a migliorarne i servizi¹⁴, contribuendo così anche alla creazione di un terreno fertile per lo sviluppo dell'AI. Nonostante lo sviluppo e l'applicazione delle tecnologie di AI in questo settore si trovino, ad oggi, ancora in una fase embrionale soprattutto nel panorama europeo¹⁵, le promesse prospettate da questa tecnologia stanno spingendo verso una diffusione maggiore dell'AI nella dimensione giudiziaria. E ciò appare con maggiore evidenza in relazione alla realizzazione di strumenti di c.d. *predictive justice*, in cui l'AI viene usata per analizzare una grande quantità di decisioni giudiziarie al fine di poter elaborare predizioni sui risultati che potranno derivare da determinate tipologie di controversie¹⁶.

2.1. Intelligenza artificiale e predictive justice tra decisione giudiziaria e accesso alla giustizia

L'uso delle tecnologie di AI quali elementi costitutivi per la realizzazione di strumenti di giustizia predittiva sta avendo maggiore successo in relazione a due specifiche dimensioni nel contesto della giustizia contemporanea: la decisione del giudice e l'accesso alla giustizia.

L'elaborazione della decisione giudiziaria rappresenta uno dei momenti più importanti dell'esercizio del potere giudiziario, in cui il giudice deve analizzare i fatti, le prove e le informazioni fornite dalle parti e decidere come dare concreta applicazione alle norme di legge rispetto al caso concreto sottoposto a giudizio. In questo contesto, dove il giudice è chiamato ad esprimere una valutazione sugli elementi esposti e, in alcuni casi, sulla probabilità che un determinato evento possa verificarsi o essersi verificato, l'applicazione dell'AI offre interessanti e rilevanti opportunità. Questa tecnologia può costituire un valido strumento che il giudice può utilizzare per compiere valutazioni predittive in riferimento ad aspetti e profili specifici che possono poi incidere nella sua decisione finale. Infatti, le particolari capacità tecniche espresse dall'AI in termini di ricostruzione delle correlazioni esistenti tra le informazioni oggetto di giudizio forniscono

¹⁴ Per alcune riflessioni sul processo di digitalizzazione dei sistemi giudiziari nei diversi ordinamenti si veda A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, 85-88; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 100 ss.; R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future*, Oxford, 2017, 103 ss.; J. DONOGHUE, *The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice*, in *Modern Law Review*, vol. 80, 6/2017, 998 ss.; EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Guidelines on how to drive change towards cyberjustice. Stock-taking of tools deployed and summary good practices*, 2017, 5 ss., in <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/7501-guidelines-on-how-to-drive-change-towards-cyberjustice-stock-taking-of-tools-deployed-and-summary-of-good-practices.html>.

¹⁵ Questi aspetti sono così evidenziati in A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale*, cit., 90.

¹⁶ Così definita in Y. MENECEUR, *Small glossary on artificial intelligence*, in *CEPEJ Newsletter. Justice of the future: predictive justice and artificial intelligence*, 16/2018, 4. Sul tema della *predictive justice* si vedano anche L. RIVAS ZANNOU, *Le couple justice et technologies: lune de miel ou lune de fiel?*, in *Lex-Electronica*, 24/2019, 10; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018, 219 ss. In questo ultimo contributo gli autori inoltre sottolineano come l'ambizione principale di questo tipo di giustizia non sia sostituire il diritto, bensì renderlo maggiormente prevedibile.

al giudice modelli predittivi più accurati e precisi da utilizzare nelle proprie decisioni, a vantaggio anche della rapidità stessa del procedimento giurisdizionale.

Esemplificativo di queste funzioni è il sistema *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, meglio noto con l'acronimo COMPAS. Si tratta di un algoritmo di *risk assessment*¹⁷ già ampiamente impiegato dalle corti statunitensi, il cui scopo è elaborare giudizi sulla pericolosità degli individui e sulla probabilità che un singolo soggetto possa essere a rischio di recidiva¹⁸. Nello specifico, il sistema COMPAS fonda il proprio funzionamento su studi criminologici e sociologici, su diversi modelli statistici e sul trattamento di dati specifici ricavati da un questionario riguardante la persona oggetto di valutazione e i suoi precedenti giudiziari¹⁹, senza che sia fatto riferimento all'origine etnica del soggetto interessato²⁰. Grazie a tali elementi e utilizzando come riferimento un orizzonte probabilistico e predittivo pari a due anni, l'algoritmo fornisce al giudice differenti valori riguardanti: il rischio di recidiva; il rischio di attuazione di condotte violente; e il rischio di non comparizione per i possibili casi di custodia cautelare. In questo modo, il giudice è quindi in grado di deliberare sulla condizione di libertà o meno dell'imputato ancorando la propria decisione a criteri ritenuti certi e quanto più oggettivi²¹.

Oltre alla dimensione applicativa dell'AI riguardante l'attività decisionale posta in essere dal giudice, negli ultimi tempi i sistemi intelligenti stanno avendo un discreto successo anche per quanto concerne le modalità di accesso alla giustizia. Da questa prospettiva, il ricorso all'AI, sempre nella declinazione della *predictive justice*, è finalizzato a predire, non tanto i futuri comportamenti dei soggetti coinvolti in giudizio, quanto le probabilità di successo di un caso e l'orientamento giurisprudenziale che potrà essere adottato dal singolo organo giudiziario. E tutto ciò è ancora una volta possibile grazie alle capacità tecniche che i sistemi intelligenti dimostrano di avere in termini di

¹⁷ In merito alla categoria dei *risk assessment tools* si veda T. SCANTAMBURLO, A. CHARLESORTH, N. CRISTIANINI, *Machine Decisions and Human Consequences*, in K. YEUNG, M. LODGE (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 58.

¹⁸ Per alcune considerazioni sulle caratteristiche del sistema COMPAS, tra i molti si veda C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo*, cit., 107; Y. MENECEUR, *L'intelligence artificielle en procès. Plaidoyer pour une réglementation internationale et européenne*, Bruxelles, 2020, 102; G. CONTISSA, G. LASAGNI, G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Diritto di internet*, 4/2019, 621; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 554; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020, 156 ss.

¹⁹ Per una descrizione più dettagliata dei meccanismi di funzionamento di questo algoritmo cfr. T. BRENNAN, W. DIETERICH, B. EHRET, *Evaluating the predictive validity of the COMPAS risk and needs assessment system*, in *Criminal Justice and Behaviour*, 1/2009, 22 ss.; D. KEHL, P. GUO, S. KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing*, 2017, 11, in https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33746041/2017-07_responsivecommunities_2.pdf.

²⁰ Questo aspetto è fortemente evidenziato in W. DIETERICH, C. MENDOZA, T. BRENNAN, *COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity*, 8 luglio 2016, in http://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf.

²¹ Cfr. Y. MENECEUR, *L'intelligence artificielle*, cit., 102-103. In particolare, l'autore sottolinea come il modello utilizzato dal sistema COMPAS dia, quanto meno a priori, una parvenza di scientificità nei meccanismi utilizzati dal software.

analisi e comprensione del linguaggio naturale, *data mining*, raccolta e analisi delle informazioni necessarie all'adozione di una decisione finale.

Nonostante l'impiego dell'AI nella dimensione dell'accesso alla giustizia non possa ancora dirsi quantitativamente significativa, non mancano applicazioni interessanti in questo contesto, tra cui il sistema *Supralegem.fr* assume un ruolo paradigmatico nel mostrare le opportunità offerte dall'AI. Questo sistema di algoritmi intelligenti, sviluppato e utilizzato principalmente in Francia, viene normalmente usato per estrarre alcuni dati relativi alle sentenze elaborate dai tribunali nazionali, al fine di classificarle e di renderle accessibili al pubblico²². Oltre a contribuire ad una più agevole conoscibilità delle decisioni giudiziarie, *Supralegem.fr* consente, quindi, di elaborare in modo più rapido ed efficace le tendenze giurisprudenziali adottate dai singoli giudici, concorrendo anche a identificare la presenza di elementi patologici nelle decisioni adottate dagli organi giurisdizionali. Nello specifico, i meccanismi tecnici che caratterizzano il funzionamento di questo insieme di algoritmi hanno permesso di sollevare l'ipotesi di sospetta parzialità del giudice in alcune decisioni riguardanti i decreti di espulsione dal territorio francese²³. Infatti, l'analisi del linguaggio naturale utilizzato nelle sentenze esaminate ha consentito di individuare una correlazione significativa tra i nomi dei singoli magistrati e il tasso di rigetto dei ricorsi presentati contro i decreti di espulsione²⁴, dimostrando così le potenzialità dell'AI non solo nel garantire una maggiore imparzialità del giudice, ma anche nel rendere noto in anticipo in quale giurisdizione possa essere più probabile l'accoglimento del ricorso presentato.

3. L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia: primi profili giuridici

Le capacità espresse dalle applicazioni tecnologiche appena descritte illustrano come l'impiego dell'AI nella realtà dei differenti sistemi giudiziari non debba ritenersi un'ipotesi del tutto peregrina, e questo nonostante la diffusione dell'AI in questo ambito proceda più lentamente rispetto ad altri settori. Nelle dimensioni esaminate, infatti, emerge con chiarezza che le specifiche caratteristiche tecniche dell'AI possono diventare un valore aggiunto per le decisioni che vengono prese dai soggetti coinvolti nel contesto giudiziario, rendendo l'AI un elemento significativo sia negli aspetti riguardanti la decisione giudiziaria sia in quelli relativi all'accesso alla giustizia.

Le opportunità offerte dall'AI all'interno del sistema giudiziario non si presentano però prive di conseguenze dal punto di vista giuridico, e ciò nella doppia prospettiva di benefici e rischi che l'uso di questa tecnologia può portare con sé, soprattutto se si tiene in considerazione l'elevato livello di garantismo che contraddistingue le dinamiche all'interno di questa dimensione giuridica.

²² M. BENESTY, *L'impartialité de certains juges mise à mal par l'intelligence artificielle*, in *Village de la justice*, 25 marzo 2016, al [sito](#).

²³ Così sottolineato in Y. MENACEUR, *L'intelligence artificielle*, cit., 96-97.

²⁴ Più dettagliatamente, in Francia il tasso medio di rigetti per questo tipo di ricorsi risulta oscillare tra il 78% e l'81% per il periodo compreso tra il 2012 e il 2015. Cfr. M. BENESTY, *L'impartialité de*, cit.

3.1. I benefici di un giudice artificiale tra esigenze di efficienza, standardizzazione ed effettività della tutela giurisdizionale

La scelta di inserire un elemento come l'AI all'interno del settore giudiziario, oltre a costituire una tappa importante del processo di digitalizzazione che sta interessando questo ambito, trova ragion d'essere nei benefici che sono riconducibili allo sviluppo e all'impiego di questa tecnologia, dal momento che essa può contribuire sensibilmente a risolvere alcuni nodi problematici che negli ultimi tempi hanno riguardato la dimensione giudiziaria.

In primo luogo, l'uso dell'AI quale strumento per la decisione giudiziaria e per l'accesso alla giustizia può essere un rilevante aiuto nel migliorare l'efficienza in questo settore. Questa tecnologia, infatti, può rappresentare almeno una parziale risposta alle esigenze di rapidità che contraddistinguono questo settore, sia che si tratti di fornire una valutazione sulla pericolosità sociale di un individuo, sia che l'AI possa essere funzionale nell'indirizzare l'interessato verso il metodo risolutivo della controversia più opportuno. In questo modo i sistemi intelligenti potrebbero supportare gli organi giudiziari e i professionisti del settore a dare una risposta più celere agli interessi portati in giudizio dalle singole persone, evitando che questi restino troppo a lungo in una situazione di incertezza giuridica²⁵. Allo stesso tempo, il ricorso all'AI può aiutare a diminuire la spesa pubblica in materia di giustizia, dal momento che il giudice potrebbe delegare alcune funzioni meramente ricognitive e burocratiche a questi sistemi, e può contribuire a limitare gli elevati costi che ad oggi sono legati alle attività di assistenza legale, indirizzando più correttamente le risorse economiche verso quelle aree che necessitano di un maggiore sostentamento economico²⁶. Oltre a ciò, non deve passare in secondo piano l'importanza che questa tecnologia può avere nel migliorare l'efficacia del sistema giudiziario, garantendo una maggiore accuratezza nelle decisioni prese dai giudici e assicurando che la controversia venga risolta prendendo in considerazione solo gli elementi fattuali e giuridici realmente determinanti per la controversia, senza che si

²⁵ Così evidenziato anche in R. M. RE, A. SOLOW-NIEDERMAN, *Developing Artificially Intelligent Justice*, in *Stanford Technology Law Review*, 2/2019, 255-256. In M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 65-68, l'autore sottolinea come la maggiore celerità della decisione "robotica" potrebbe essere davvero rilevante solo qualora la prestazione robotica e quella umana arrivino ad equivalersi, sia in termini qualitativi, sia nel garantire il rispetto del principio della tutela giurisdizionale effettiva. In generale sul ruolo della tecnologia nella riduzione dei tempi della giustizia si veda anche A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema giurisdizionale*, in *Astrid Rassegna*, 3/2020, 4-5.

²⁶ Su questi aspetti e sul ruolo che l'AI potrebbe avere nella riduzione dei costi delle attività giurisdizionali indicando i metodi di risoluzione delle controversie più appropriati cfr. S. ELLAIA, *AI and access to justice. Artificial intelligence can make legal service more affordable*, in *The McGill Daily*, 10 settembre 2017, in <https://www.mcgilldaily.com/2017/09/ai-and-access-to-justice/>; L. GÉRARD, D. MOUGENOT, *Justice robotisée et droits fondamentaux*, in J. HUBIN, H. JACQUEMIN, B. MICHEAUX (a cura di), *Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée?*, Bruxelles, 2019, 39 ss.; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo*, cit., 81 ss.

verifichino ingerenze che potrebbero compromettere l'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale²⁷.

In secondo luogo, le funzioni esercitate dai sistemi di AI possono costituire un'importante opportunità nel perseguire la standardizzazione delle decisioni giudiziarie. In un contesto in cui la continua alternanza degli esiti giudiziari su fatti e questioni apparentemente simili viene sempre più percepita dall'opinione pubblica come un sintomo di inefficienza e di scarsa qualità nelle prestazioni erogate dal sistema giurisdizionale nazionale, il ricorso all'AI e alla sua capacità di creare criteri quanto più uniformi nella predizione di comportamenti e di possibili scenari futuri diventano strumenti fondamentali nel garantire la prevedibilità delle decisioni giudiziarie²⁸. Un simile aspetto assume rilevanza nell'assicurare un maggior livello di uniformità giudiziaria nella dimensione giuridica nazionale, andando a beneficio del principio della certezza del diritto e della sua tutela²⁹. Inoltre, i vantaggi così prospettati dall'impiego dell'AI possono andare a favore del rispetto e dell'attuazione del principio di eguaglianza nella sua accezione formale, dal momento che la presenza di un elemento connotato dal punto di vista scientifico e tecnologico potrebbe contribuire ad un'applicazione quanto più egualitaria della legge, evitando che repentini e ingiustificati mutamenti di indirizzo possano vanificare il sistema di garanzie che presidia l'esercizio del potere giudiziario³⁰.

Infine, l'applicazione dell'AI all'interno della dimensione giurisdizionale, e nello specifico nel contesto degli strumenti di accesso alla giustizia, può contribuire ad una maggiore consapevolezza delle persone in relazione alle proprie situazioni giuridiche soggettive. Sia che tale tecnologia venga usata direttamente dall'utente finale, sia che il suo impiego venga mediato da professionisti del settore legale, la possibilità di avere, in tempo reale e a costi sostenibili, un parere legale, anche sommario, sulla propria situazione giuridica presenta due ordini di vantaggi³¹. Da un lato, il singolo individuo può assumere maggiore consapevolezza in merito all'opportunità di far valere in sede giurisdizionale i propri interessi, conoscendo grazie all'uso dell'AI le probabilità di

²⁷ Per un ulteriore approfondimento dei benefici legati all'uso dell'AI nei termini qui descritti si rimanda a J. KLEINBERG ET AL., *Human Decisions and Machine Predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1/2018, 237 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, [2018], trad. it. di P. COMOGLIO, Torino, 2019, 124-125; R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano 2020, 428; C. R. SUNSTEIN, *Algorithms, Correcting Biases*, in *Social Research: An International Quarterly*, 2/2019, 499-511; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, cit., 132-133.

²⁸ A questo proposito si veda A. VAN DEN BRANDEN, *Les robots*, cit., 28-30; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo*, cit. 47 ss.; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, cit., 189-193 e 304-306.

²⁹ In merito al rapporto tra certezza del diritto e ricorso all'AI nella dimensione giudiziaria cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria*, cit., 875 ss.; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 417.

³⁰ Per ulteriori osservazioni con riferimento all'impiego dell'AI come elemento di garanzia di una maggiore eguaglianza di fronte agli organi giudiziari si veda J. KLEINBERG ET AL., *Human Decisions*, cit., 241; C. R. Sunstein, *Algorithms, Correcting Biases*, cit., 499 ss.; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, cit., 255 ss.

³¹ Su tali profili di vantaggio si veda H. JACQUEMIN, J. HUBIN, *L'intelligence artificielle: vrai ou fausse amie du justiciable? – Enjeux de recours à l'IA par les avocats, assureurs et legaltechs*, in J. HUBIN, H. JACQUEMIN, B. MICHEAUX (a cura di), *Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée?*, Bruxelles, 2019, 84 ss.

successo delle istanze presentate. Dall'altro lato, il rapido accesso ad informazioni di questo tipo può assumere un valore fondamentale nell'indirizzare la persona verso le forme e i modelli di risoluzione delle controversie più adeguati rispetto alle questioni sollevate. In questo modo, quindi, l'AI potrebbe aiutare a garantire un livello di accesso alla giustizia quantitativamente e qualitativamente migliore, agevolando l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in un modo concretamente effettivo e non solo formale ed evitando che fattori esterni, quali la condizione economica, possano limitare le garanzie che tutelano l'accesso a questo diritto fondamentale³².

3.2. I rischi di un giudice artificiale tra biased dataset, digital divide e il fenomeno della black-box

Accanto ai rilevanti benefici che potrebbero derivare da una maggiore diffusione dell'AI in questo settore, l'impiego di questa tecnologia non si presenta, dal punto di vista giuridico, senza rischi, tali da poter incidere negativamente sulle garanzie, sui principi e sui diritti fondamentali previsti dall'ordinamento costituzionale.

In primo luogo, problematiche rilevanti possono derivare dalla qualità e dalla varietà dei dati utilizzati dal sistema, da cui dipende fortemente l'efficace e il corretto funzionamento dell'AI. Infatti, il ricorso a dataset viziati dalla presenza di *bias*, di errori o di informazioni parziali e incomplete può determinare la replica di vizi e pregiudizi nei meccanismi di funzionamento e nella decisione finale elaborata dal sistema intelligente. E tale aspetto desta maggiori preoccupazioni se si pensa ai possibili effetti discriminatori che possono prodursi applicando questi sistemi ad un contesto delicato e garantito come quello giurisdizionale³³. Alcuni studi recenti hanno, infatti, confermato tale rischio discriminatorio, rilevando come alcuni sistemi di *risk assessment* siano propensi a riprodurre pregiudizi di natura etnico-razziale, con la conseguenza di considerare più pericolosi socialmente gli indagati appartenenti alla comunità afroamericana. La presenza di simili elementi pregiudizievoli nel funzionamento dell'AI può, quindi, portare ad una mancata applicazione del principio di eguaglianza e del principio di imparzialità all'interno della decisione giudiziaria³⁴.

³² Per le considerazioni svolte sul rapporto tra AI e accesso alla giustizia cfr. A. GARAPON, *Les enjeux de la justice prédictive*, in *La Semaine Juridique*, 1-2/2017, 47-52; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo*, cit., 79 ss.; R. SMITH, *Law Technology and Access to Justice: no killer app but much to think about*, 17 giugno 2019, in <https://law-tech-a2j.org/digital-strategy/law-technology-and-access-to-justice-no-killer-app-but-much-to-think-about/>.

³³ Sugli errori e sui profili discriminatori connessi all'uso dell'AI in questo settore si veda *ex multis* M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria*, cit., 81-84; T. SOURDIN, *Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, in *UNSW Law Journal*, 4/2018, 1128 ss.; N. GESLEVICH PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *Learning algorithms and discrimination*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham-Northampton (MA), 2018, 109 ss.; N. CRIADO, J. M SUCH, *Digital discrimination*, in K. YEUNG, M. LODGE (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 87-88.

³⁴ Tra i molti studi effettuati sulle discriminazioni prodotte attraverso l'uso dei sistemi di AI, si ricordi fra tutti J. ANGWIN ET AL., *Machine bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, in *ProPublica*, 23 maggio 2016, in <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Sui risultati di

Il secondo profilo svantaggioso legato all'uso dell'AI in questa dimensione è riconducibile al noto fenomeno del *digital* o *technological divide*. L'introduzione di strumenti tecnologicamente sempre più complessi e avanzati potrebbe impedire un eguale accesso a tali tecnologie da parte dei soggetti che vi abbiano interesse. Sia che questo ostacolo si presenti dal punto di vista economico, sia che si ponga nella prospettiva di una mancante educazione digitale, l'incapacità e l'impossibilità di giudici, professionisti legali e cittadini di approcciarsi e di utilizzare correttamente questi strumenti impedirebbe loro di godere dei benefici di questa tecnologia. Inoltre, va evidenziato come tali aspetti rischino di incrementare ulteriormente il divario già esistente nell'accesso alla giustizia e nell'esercizio della funzione giurisdizionale, a danno delle situazioni di vulnerabilità che l'ordinamento costituzionale dovrebbe tutelare e potenziare grazie all'uso dell'AI³⁵.

In terzo luogo, elementi di problematicità possono essere ricondotti al fenomeno che per eccellenza caratterizza il funzionamento dell'AI: il c.d. *black-box problem*. L'opacità che contraddistingue i processi di analisi dei dati, di correlazione tra gli stessi e di elaborazione dei modelli predittivi comporta che, nonostante la maggiore accuratezza dei risultati ottenuti attraverso il ricorso a questa tecnologia, non possa essere sempre possibile comprendere e spiegare i passaggi logici seguiti dal sistema artificiale nell'elaborazione della decisione finale³⁶. In questi termini, l'uso dell'AI, anche se in funzione di mero supporto all'esercizio della funzione giurisdizionale, può, innanzitutto, incidere negativamente sulla garanzia costituzionale costituita dall'obbligo di motivazione, che rappresenta lo strumento per eccellenza con cui il giudice rende note le argomentazioni alla base della sentenza elaborata. L'incapacità di comprendere i passaggi logici seguiti dall'AI comporterebbe, dunque, un grave vizio nel contenuto motivazionale, dal momento che il giudice non sarebbe in grado di darne conto all'interno della propria sentenza³⁷, andando così a minare le garanzie costituzionali che presidiano l'esercizio della funzione giurisdizionale, l'attuazione del principio del giusto processo e che identificano nella motivazione giudiziale un meccanismo di controllo e di

questo studio e sulle relative conseguenze giuridiche cfr. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3/2020, 3377; K. BENYEKHLEF, J. ZHU, V. CALLIPEL, *La responsabilité humaine à l'épreuve de décisions algorithmiques, perspective canadienne*, in J. HUBIN, H. JACQUEMIN, B. MICHEAUX (a cura di), Bruxelles, 2019, 184.

³⁵ Così evidenziato in L. GÉRARD, D. MOUGENOT, *Justice robotisée*, cit., 41 ss.; B. H. M. CUSTERS ET AL., *Lists of Ethical, Legal, Societal and Economic Issues of Big Data Technologies*, 2017, 71-72, in <https://e-sides.eu/assets/media/e-SIDES%20D2.2%20v1.1.pdf>; P. BROTCORNE, G. VALENDUC, *Les compétences numériques et els inégalités dans les usages d'internet*, in *Les Cahiers du numérique*, 1/2009, 50 ss.

³⁶ Sul punto M. EBERS, *Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges*, in M. EBERS, S. NAVA (a cura di), *Algorithms and Law*, Cambridge, 2020, 48; Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2/2018, 901 ss.

³⁷ In questo senso F. DONATI, *Intelligenza artificiale*, cit., 427 ss.; C. CASONATO, *Giustizia e intelligenza artificiale: considerazioni introduttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 359 ss. Opinione parzialmente differente è espressa in A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale*, cit., 113 ss., in cui l'autore evidenzia come esistano numerose forme di *black-box* nella realtà che ci circonda e che quindi, in ragione di ciò, il fenomeno non dovrebbe considerarsi in sé problematico. Alcuni rilievi critici sul punto sono avanzati anche in S. ARDUINI, *La "scatola nera" della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 463 ss.

legittimazione democratica dell'attività svolta dal giudice³⁸. A ciò si aggiunga che il fenomeno della *black-box* potrebbe compromettere anche il principio che garantisce l'indipendenza del giudice, dal momento che non sarebbe possibile capire se elementi o pressioni esterne abbiano in qualche modo influenzato il processo decisionale del giudice³⁹. In secondo luogo, l'opacità descritta potrebbe minare la tutela che il sistema costituzionale assicura all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, poiché, senza adeguati strumenti e garanzie, sarebbe difficile affidarsi al contenuto della motivazione in sede di impugnazione della sentenza, con il conseguente rischio di contribuire ad un ulteriore deterioramento della fiducia che le persone dovrebbero avere nelle istituzioni giudiziarie⁴⁰.

4. L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia: prime indicazioni normative dall'esperienza giuridica francese

In base alle riflessioni svolte in relazione ai benefici e ai rischi legati all'applicazione dell'AI nel contesto della dimensione giudiziaria e delle conseguenze giuridiche che gli stessi possono determinare, appare opportuno chiedersi quale sia la strada da intraprendere per assicurare una massimizzazione dei benefici e una minimizzazione dei rischi che possono derivare dall'uso dell'AI, nel tentativo di realizzare una c.d. *trustworthy AI*⁴¹. In particolare, occorre interrogarsi su quali siano gli strumenti giuridici più idonei per stabilire e definire un insieme di regole che sappia realizzare un adeguato bilanciamento tra tutti gli elementi vantaggiosi e svantaggiosi riconducibili a questa tecnologia e che possa garantire il rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali e delle garanzie costituzionali che presidiano l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Nonostante gli interventi normativi realizzati negli ultimi anni in questo settore siano presenti in numero esiguo e si trovino ancora ad uno stato embrionale per quanto concerne lo sviluppo di una disciplina organica dell'AI⁴², l'analisi delle esperienze

³⁸ Questi aspetti vengono ribaditi in R. BICHI, *Intelligenza digitale*, cit., 442-443. Opinione apparentemente contraria viene espressa in M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria*, cit., 90.

³⁹ A. PAJNO, *Intelligenza artificiale*, cit., 9 ss.; M. MESSIAEN, *La justice prédictive: le point de vue des acteurs de terrain*, in J. HUBIN, H. JACQUEMIN, B. MICHEAUX (a cura di), *Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée?*, Bruxelles, 2019, 123; A. VAN DEN BRANDEN, *Les robots*, cit., 40-42.

⁴⁰ Su questi profili si veda E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice-robot*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 121 ss.; L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia «High Tech»: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 151-153; V. MANES, *L'oracolo algoritmico*, cit., 559 ss.

⁴¹ Questo aspetto viene evidenziato, fra gli altri, in G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2/2019, 218; D. CARDON, *Le pouvoir des algorithms*, in *Pouvoirs*, 164/2018, 69 ss.

⁴² Con specifico riferimento all'uso dell'AI nella dimensione giudiziaria, occorre fare riferimento ad un altro rilevante intervento normativo che, a differenza di quelli che si analizzeranno in questo paragrafo, colloca la sua portata a livello sovranazionale. Si tratta della *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, adottata dalla European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) all'interno del piano di azione intraprese dal Consiglio d'Europa in relazione alla diffusione dei sistemi di AI.

normative in prospettiva comparata offre importanti spunti di riflessione in merito alle soluzioni adottabili per regolare l'uso dell'AI all'interno del sistema giudiziario. E tra queste, la recente esperienza legislativa francese risulta particolarmente significativa nell'illustrare quali possano essere gli elementi caratterizzanti un possibile modello di disciplina dell'AI in questo settore.

L'ordinamento francese, infatti, si è dimostrato particolarmente attento agli effetti prodotti dalle tecnologie di AI rispetto alle categorie giuridiche tradizionali e, in particolare, rispetto ai diritti e alle libertà fondamentali. Più precisamente, il legislatore francese ha elaborato e adottato alcune disposizioni volte a regolare l'impiego dell'AI nel settore della giustizia, e che si caratterizzano per aver stabilito limitazioni stringenti all'uso di questa tecnologia.

Nello specifico, l'art. 33 della *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, che stabilisce una modifica ai commi 1 e 2 dell'articolo L. 10 del *code de justice administrative*, prevede un chiaro divieto per quanto riguarda l'utilizzo dei dati e delle informazioni che permettono di identificare i magistrati, e di conseguenza le sedi giudiziarie, al fine di predire il possibile esito dei casi decisi da questi soggetti, stabilendo una sanzione fino ad un massimo di cinque anni di reclusione per la violazione di questa norma⁴³. Ciò significa che tali dati non potranno essere forniti ai sistemi di AI per elaborare dei modelli predittivi che siano in grado di indicare le prassi decisionali dei singoli organi giudiziari, precludendo gli eventuali benefici che potrebbero derivare dall'uso dell'AI in termini di accesso alla giustizia e di riduzione degli errori commessi dai giudici⁴⁴. Questa disposizione non è stata esente da critiche circa la legittimità costituzionale del suo contenuto tanto da portare la questione all'attenzione del Conseil Constitutionnel, che con la *Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019* si è espresso a tal proposito. Nello specifico, si era chiesto al Conseil Constitutionnel di valutare se tale disposizione non potesse determinare una violazione del principio di eguaglianza davanti alla legge e del diritto ad un processo equo, essendo concreto il rischio di una violazione anche del diritto all'accesso alla tutela giurisdizionale a causa del contenuto della disposizione⁴⁵. Tuttavia, il Conseil ha ritenuto l'art. 33, comma 2 conforme alla Costituzione francese, stabilendo come il divieto previsto trovi giustificazione nella volontà del legislatore di evitare che l'uso di questa tipologia di dati a scopo predittivo possa portare ad indebite pressioni o a strategie di *forum shopping* che potrebbero alterare l'esercizio della funzione giurisdizionale e violare le garanzie a tal fine preposte⁴⁶. Sempre nella prospettiva di disciplinare l'uso dell'AI nel settore della

⁴³ Art. 33, comma 2, *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*. Per quanto concerne poi la portata della sanzione prevista dall'articolo in oggetto, essa si evince dalla lettura in combinato disposto degli artt. 226-18, 226-24 e 226-31 del Codice penale francese.

⁴⁴ Così evidenziato in R. BROWNSWORD, *Law 3.0*, cit., 66-67.

⁴⁵ Tale profilo è evidenziato nel testo della sentenza Conseil Constitutionnel, *décision n° 2019-778*, pt. 89. Ulteriori critiche a questa disposizione sono avanzate anche in M. LANGFORD, M. R. MADSEN, *France Criminalises Research on Judges*, 22 giugno 2019, in <https://verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/#:~:text=In%20March%2C%20France%20made%20a,remarkable%20five%20years%20in%20prison.> In questo contributo gli autori evidenziamo come il contenuto dell'art. 33 potrebbe considerarsi in violazione anche del diritto alla libertà di espressione come declinato dall'art. 10 della CEDU.

⁴⁶ Conseil Constitutionnel, *décision n° 2019-778*, pt. 93.

giustizia, si colloca anche l'art. 21 della *Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles*. Questa disposizione, infatti, stabilisce che nessuna decisione giudiziaria che implichi una valutazione del comportamento di una persona possa fondarsi su un trattamento automatizzato dei dati personali, qualora questo sia preordinato a giudicare aspetti della personalità del soggetto sottoposto a giudizio⁴⁷. Tale articolo pone, quindi, un ulteriore e fondamentale tassello nel delineare la disciplina francese dell'AI nella dimensione giudiziaria, dal momento che, in modo molto chiaro ed esplicito, viene ad essere vietato l'uso di sistemi di *risk assessment*, quali COMPAS, nell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte degli organi giurisdizionali francesi⁴⁸.

5. Prospettive future per una disciplina giuridica dell'AI nel settore della giustizia

Questa prima analisi delle disposizioni adottate dal legislatore francese mostra con maggior precisione quanto già accennato in precedenza, e cioè che l'ordinamento francese, per quanto concerne l'uso dell'AI nel settore della giustizia, stia indirizzando i propri interventi normativi verso un approccio fortemente restrittivo. Si assiste, infatti, alla previsione di limiti, in alcune circostanze anche molto rigidi, il cui obiettivo è evidentemente scongiurare ed impedire la potenziale violazione delle garanzie costituzionali, dei diritti e delle libertà fondamentali attraverso l'uso di tecnologie intelligenti in questo specifico contesto. Nonostante questo approccio normativo abbia il pregio di provare ad individuare e a delineare degli strumenti di tutela efficaci rispetto ai rischi concretamente prospettati dall'impiego dei sistemi intelligenti, esso non si presenta però esente da criticità, tra cui la principale riguarda sicuramente la possibilità che limitazioni troppo stringenti all'uso dell'AI possano inibire lo sviluppo di questa tecnologia. Per quanto, infatti, sia assolutamente fondamentale garantire il rispetto e la tutela dei diritti, delle libertà e dei principi costituzionali, la mancanza di flessibilità in alcune delle restrizioni previste dall'ordinamento francese rischia di vanificare il raggiungimento dei reali benefici che un'applicazione dell'AI costituzionalmente orientata⁴⁹ potrebbe portare con sé. E questo impedirebbe il raggiungimento di quello che dovrebbe essere l'obiettivo di una disciplina giuridica di questo settore: la realizzazione di un corretto bilanciamento tra benefici e rischi, volto a massimizzare i primi e a minimizzare i secondi.

⁴⁷ Ciò quanto espresso all'art. 22, comma 1, della *Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles*.

⁴⁸ Questo aspetto è evidenziato anche in G. RESTA, *Governare l'innovazione*, cit., 228 ss.

⁴⁹ Per approfondire il concetto di AI costituzionalmente orientata, si rimanda a quanto illustrato in C. CASONATO, *Per un'intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 131 ss.; E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in AA. VV. (a cura di), *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione. Vol I – Costituzionalismo Reti e Intelligenza artificiale*, Genova, 2020, 391 ss.; E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 419 ss.

Alla luce di queste considerazioni, appare fondamentale e auspicabile la realizzazione di una riflessione normativa che sappia valutare con attenzione e maggiore concretezza l'impatto prodotto dall'AI sui principi e sulle garanzie costituzionali che assicurano un corretto esercizio della funzione giurisdizionale, prevedendo soluzioni normative restrittive laddove necessarie, ma che siano comunque proporzionate all'effettivo livello di rischio prospettato per i diritti e le libertà fondamentali tutelate dall'ordinamento costituzionale. In questo modo, infatti, sarebbe possibile garantire la realizzazione di un bilanciamento in concreto tra i vantaggi e gli svantaggi prodotti dall'AI all'interno del sistema giudiziario, proteggendo i soggetti interessati dai rischi e dalle insidie determinate da questa tecnologia, senza però rinunciare agli importanti benefici che essa può realizzare nel contesto dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Nella direzione auspicata da queste riflessioni sembra muoversi la recente proposta di Regolamento in materia di AI presentata dalla Commissione europea⁵⁰, con cui le istituzioni europee si pongono l'obiettivo di introdurre e di realizzare una disciplina organica e quanto più uniforme di questi sistemi artificiali e del loro impiego. Nello specifico, la proposta di Regolamento prevede un articolato sistema di valutazione e di controllo del rischio, in base al quale si distingue tra applicazioni dell'AI a rischio inaccettabile, ad alto rischio e a basso rischio e in base a cui si stabilisce una disciplina differenziata dell'AI, introducendo divieti, strumenti di garanzia e meccanismi di controllo in riferimento al livello di rischio dimostrato dallo specifico impiego dell'AI⁵¹. In questo modo, le applicazioni dell'AI all'interno della dimensione giudiziaria, che la proposta di Regolamento classifica come ad alto rischio⁵², sfuggirebbero all'approccio restrittivo implementato dalle limitazioni e dai divieti introdotti dal legislatore francese per incontrare, invece, nella dimensione europea un approccio normativo più permissivo, riconoscendo gli importanti benefici riconducibili all'uso di questa tecnologia ma senza rinunciare ad un idoneo e adeguato insieme di strumenti che tuteli i diritti e le libertà fondamentali da possibili abusi⁵³.

In attesa dell'entrata in vigore di questo nuovo Regolamento, sarà quindi necessario analizzare e indagare le soluzioni e gli strumenti giuridici proposti da tale atto normativo, al fine di comprendere se l'approccio normativo europeo sarà in grado di realizzare una disciplina dell'AI orientata a tutelare i diritti, le libertà e i principi costituzionali che

⁵⁰ European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, Bruxelles, 21 aprile 2021, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁵¹ Così stabilito al punto 5.2.2 dell'*Explanatory Memorandum*. Nello specifico, poi, la disciplina delle applicazioni a rischio inaccettabile è contenuta nel Titolo II della proposta di Regolamento, mentre la più articolata disciplina delle applicazioni ad alto rischio è contenuta nel Titolo III.

⁵² Così stabilito all'art. 6 della proposta di Regolamento e ai punti 6 e 8 dell'*Annex III. High-risk Ai systems referred to in article 6(2)*. Appare opportuno evidenziare un ulteriore elemento di rilievo nella classificazione del livello di rischio delle applicazioni di AI oggetto di disciplina. L'art. 7 della proposta di Regolamento attribuisce alla Commissione europea il potere di aggiornare l'elenco di sistemi ad alto rischio contenuti nell'*Annex III*, qualora sussistano le condizioni previste dallo stesso art.7.

⁵³ Per quanto riguarda gli specifici meccanismi e strumenti previsti per l'uso di sistemi di AI ad alto rischio si rimanda al contenuto del Titolo III di questa proposta di Regolamento.

costituiscono le fondamenta degli ordinamenti nazionali e dell'Unione europea, e ciò anche all'interno di un settore costituzionalmente garantito come quello della giustizia.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA DATAVEILLANCE¹ E IL SISTEMA DI CREDITO SOCIALE CINESE

VALENTINA FREDIANELLI

SOMMARIO: 1. Premesse. La portata invasiva e l'influenza subita dell'identità digitalizzata. – 2. Il Sistema di Credito Sociale cinese. – 2.1 La diversa percezione del Sistema di Credito Sociale visto attraverso lenti occidentali e lenti cinesi. – 3. Le “graduatorie sociali” nel mondo. – 3.1. La *summa divisio* dei sistemi reputazionali. – 3.2. Questioni – reali o percepite – e soluzioni connesse ai punteggi sociali. – 4. Conclusioni.

1. Premesse. La portata invasiva e l'influenza subita dell'identità digitalizzata

Il presente contributo si propone di affrontare brevemente alcune questioni connesse alla cosiddetta “*data revolution*”, formula con la quale viene indicata la sempre crescente disponibilità di dati personali a livello informatico, riflettente l'evoluzione economica e sociale, e in particolare la disponibilità di dati emessi come sottoprodotto dell'utilizzo, da parte degli individui, di dispositivi tecnologici, con specifica attenzione al caso del Sistema di Credito Sociale cinese.

In tale contesto, l'impatto dei “*big data*” si trova a variare considerevolmente a seconda del *background* – socio-economico, etnico, storico, familiare – del soggetto di riferimento, e il loro utilizzo come strumenti di sorveglianza (operata in senso verticale, da parte del Governo, ma anche orizzontale, tra gli stessi sorvegliati) si trova a rinforzare

¹ J. VAN DIJCK, *Datafication, Dataism and Dataveillance: Big Data Between Scientific Paradigm and Ideology*, in *Surveillance & Society*, 2014.

preesistenti divisioni strutturali e sociali, nonché ad avere implicazioni dal punto di vista dell'equa rappresentazione e dell'accesso ai servizi².

Inoltre, rilevante è la constatazione per cui, a oggi, la maggior parte dei dati raccolti e utilizzati per fini politici e governativi rende necessaria una collaborazione tra il settore pubblico e quello privato – in quanto le tecnologie per processare tali dati sono solitamente sviluppate da soggetti privati, per lo più a fini commerciali –, ponendo ulteriori problemi dal punto di vista della trasparenza e dell'*accountability*, nonché individuando gli attori del mercato come fattori centrali nel determinare e amplificare le asimmetrie di potere connesse con i dati informatici.

Ciò potrebbe far pensare che i soggetti più istruiti siano spinti a opporsi a una tale sorveglianza invisibile e non richiesta (né, tantomeno, approvata)³, ma l'attuale continua e crescente necessità dell'utilizzo di tecnologie fa sì che essi accettino⁴ di essere tracciati piuttosto che affrontare la questione nelle opportune sedi istituzionali e politiche⁵.

2. Il Sistema di Credito Sociale cinese

Un *case study* che coinvolge tutti i fattori appena richiamati è quello del Sistema di Credito Sociale cinese⁶, progetto in cui, riprendendo e sviluppando i metodi di registrazione della popolazione tradizionali (*Hukou*⁷ e *Dang'an*⁸)⁹, le tecnologie connesse

² Cfr. E. CHO, *The Social Credit System: Not Just Another Chinese Idiosyncrasy*, in *Journal of Public and International Affairs*, 2021.

³ K.S. BALL– D.M. WOOD, *Political Economies of Surveillance*, in *Surveillance & Society*, 2013; TROTTIER, *Social Media as Surveillance: Rethinking Visibility in a Converging World*, 2016.

⁴ Aho e Duffield parlano di “una sorta di contratto sociale” che sembra essere emerso in gran parte del mondo, nel quale vi sarebbe un'accettazione tacita della sorveglianza dei dati personali da parte dei cittadini fintanto che si continuano a fornire i servizi desiderati. B. AHO – R. DUFFIELD, *Beyond surveillance capitalism*, cit., 5.

⁵ Turow ed Hennessy riconducono ulteriormente tale atteggiamento a una sorta di rassegnazione, individuando quest'ultima come la sensazione di impotenza che emerge nei casi in cui un soggetto ritiene un certo evento indesiderabile e al tempo stesso inevitabile e ineluttabile. J. TUROW – M. HENNESSY, *The tradeoff fallacy: How marketers are misrepresenting American consumers and opening them up to exploitation*, 2015, 3.

⁶ Talvolta richiamato con la sigla “SCS”.

⁷ Sistema di registrazione residenziale, contenente l'informazione sul luogo di residenza registrata e lo status “*hokou rurale*” o “*hokou non rurale*”. La modifica del contenuto del proprio *hokou*, una volta assegnato, risultava molto difficile da modificare. Ai diversi *hokou* corrispondevano diverse risorse sociali e di *welfare*.

⁸ Tale sistema documenta informazioni riguardo i singoli lavoratori, come l'educazione e l'istruzione ricevuta (incluse testimonianze degli insegnanti), la storia lavorativa (comprendendo testimonianze dei precedenti datori di lavoro), il contesto familiare, le attività politiche, eventuali risultati raggiunti e/o errori commessi, la capacità di autocritica, ecc. Introdotto in epoca maoista, ne rappresenta una caratteristica peculiare. Cfr. J. YANG, *The Politics of the Dang'an: Spectralization, Spatialization, and Neoliberal Governmentality in China*, in *Anthropological Quarterly*, vol. 84, 2/2011, 508.

⁹ Trattasi quindi di sistemi di schedatura personale, inseriti nella prassi burocratica amministrativa, contenenti rilevanti informazioni sui singoli cittadini. In vigore tra gli anni Cinquanta del secolo scorso e le prime decadi del presente millennio, perseguivano la funzione primaria di gestire la popolazione e la redistribuzione delle risorse; al contempo, essi svolgevano una funzione simbolica, andando a sostenere e supportare uno specifico ordine sociale e a legittimare il governo del Partito Comunista (per esempio, a livello individuale, la caratteristica di “*hokou rurale*” non si limitava a indicare il luogo di origine di un

alla gestione dei *big data* sono utilizzate dal governo in un'ottica di rafforzamento del controllo sull'opinione pubblica, di garanzia dell'ordine pubblico, e per indirizzare i comportamenti dei cittadini e le attività commerciali attraverso un sistema fondato su tre pilastri: uno riferito al credito finanziario; una componente di educazione morale; e una di natura amministrativa¹⁰.

Il programma nasce nel contesto delle riforme economiche degli Anni Novanta, caratterizzato da un crescente desiderio di arricchimento da parte degli investitori cinesi e di quelli stranieri, e dal contributo dato da questo all'elevata corruzione dei pubblici ufficiali cinesi e ai problemi connessi con il controllo della qualità della produzione, in aggiunta alla constatazione per cui la maggior parte dei cittadini cinesi non possedeva un sistema di *rating* del credito, rendendo impossibile la verifica della credibilità dei mercati¹¹.

Da tale contesto, nel quale la parola "credito" viene inizialmente intesa nel senso economico di "capacità di ripagare i propri debiti", il Sistema di Credito Sociale si è poi evoluto con il nuovo millennio, andando a interiorizzare il senso sociale e morale del termine quale "affidabilità di un individuo, onestà"¹²; proponendosi di integrare il tradizionale *rating* del credito commerciale con i comportamenti sociali¹³, e prevedendo a tal fine la costruzione di infrastrutture centralizzate per la raccolta, l'estrapolazione, e l'analisi dei dati¹⁴, il sistema si pone l'obiettivo di assegnare un punteggio all'affidabilità di ogni persona (sia essa fisica o giuridica) andando a valutare le sue attività e interazioni sociali ed economiche, sia attuali che passate, in base a una stima di meritevolezza secondo gli obiettivi del governo (per esempio, fare volontariato farà guadagnare punti, mentre attraversare la strada fuori dalle strisce, arrecare turbative o molestie durante un volo¹⁵, o criticare il regime ne farà perdere)¹⁶.

A tal fine, come già accennato, un ruolo fondamentale è giocato da entità commerciali specializzate (soprattutto *high-tech*)¹⁷; queste, da un lato supportano il processo di aggregazione dei dati trasmettendo al Governo quelli che i propri utenti

soggetto, ma rimandava implicitamente a un'identità arretrata, ignorante, e povera, il che rinvia a sua volta a uno *status* sociale di grado inferiore). C. LIU, *Multiple social credit systems in China*, in *Economic Sociology: The European Electronic Newsletter*, vol. 21, 1/2019, 22 ss; cfr. K.W. CHAN, *China's hokou system at 60: continuity and reform*, in *Handbook and Urban Development in China*, R. YEP, J. WANG, T. JOHNSON (a cura di), Edward Elgar, 2019.

¹⁰ J. DAUM, *Untrustworthy: Social credit isn't what you think it is*, in *VerfBlog*, 2019.

¹¹ J. PABISIAK, *Dangerous, Yet Not So Unique. Characteristics of the Chinese Social Credit System*, in *Polish Political Science Yearbook*, vol. 49, 3/2020, 34.

¹² Cfr. X. DAI, *Toward a Reputation State: The Social Credit System Project of China*, 2018, disponibile su SSRN al <https://ssrn.com/abstract=3193577>.

¹³ M. MEISSNER, *China's Social Credit System: A Big-Data Enabled Approach to Market Regulation With Broad Implications for Doing Business in China*, in *MERICCS China Monitor*, 2017.

¹⁴ R.S. DIAB, *Becoming-Infrastructure: Datafication, Deactivation and the Social Credit System*, in *Journal of Critical Library and Information Studies*, 2017.

¹⁵ Cfr. C. BAYNES, *Chinese police to use facial recognition technology to send jaywalkers instant fines by text*, in *The Independent*, 29 marzo 2018.

¹⁶ In particolare, il Sistema mira a monitorare e a indirizzare le condotte dei cittadini in quattro specifiche aree: affari governativi, comportamenti commerciali, attività sociali, e affari giudiziari.

¹⁷ C. FUCHS – K. BOERSMA – A. ALBRECHTSLUND – M. SANDOVAL, *Internet and Surveillance: The Challenges of Web 2.0 and Social Media*, Routledge, 2013.

forniscono nell'utilizzo delle proprie applicazioni (difatti, al momento non esiste ancora un unico centro di gestione dei dati¹⁸, nonostante l'iniziale individuazione del 2020 come data di completamento del progetto¹⁹, e pertanto vengono utilizzati i molteplici Sistemi di Credito Sociale già esistenti²⁰, gestiti, per l'appunto, da compagnie commerciali private), e dall'altro forniscono al Governo stesso sempre più evoluti prodotti di sorveglianza, come per esempio tecnologie di riconoscimento facciale²¹ e droni di sorveglianza dalle fattezze e movenze di piccioni²².

Le innovazioni sui *big data* e le tecnologie di comunicazione e informazione (ICTs) stanno così andando incontro a una rapida strumentalizzazione e istituzionalizzazione da parte dello Stato cinese, che punta in tal modo a controllare (e a governare) i territori dal punto di vista politico, sociale, e commerciale²³. Il punteggio attribuito a ciascun cittadino attraverso la sua profilazione – secondo meccanismi e algoritmi spesso taciuti e rimessi ai singoli gestori delle piattaforme – fa infatti sì che quest'ultimo venga iscritto in una “lista nera”, con funzionalità sanzionatoria-punitiva, o in una “lista rossa”, di natura premiale²⁴.

Tra le sanzioni più gravose e discusse – in quanto consistenti, per esempio, nella preclusione ad accedere a determinati servizi pubblici e in restrizioni alla libertà di circolazione –, il primo posto è ricoperto da quelle provenienti dalla Suprema Corte del Popolo, tra le quali figurano il divieto di viaggiare via aereo (come corrispettivo per aver fumato a bordo) o in prima classe via treno (per aver viaggiato senza un regolare titolo di viaggio), e l'impossibilità di diventare dirigente di impresa (nel caso di irregolarità con il pagamento delle tasse); tuttavia, a – quantomeno parziale – difesa dalle critiche riferite al carattere fortemente limitativo di tali misure, non risulta priva di rilievo la constatazione

¹⁸ A tal proposito, c'è chi infatti preferisce usare la sigla SCSP, per “*Social Credit System Project*”, proprio per sottolineare come si tratti ancora di una fase incompiuta. Cfr. X. DAI, *Toward a Reputation State*, cit.

¹⁹ Successivamente spostata al 2021 e, a causa della pandemia da Covid-19, ulteriormente posticipata. L'iniziale slittamento al 2021 avrebbe fatto coincidere il completamento del progetto di Sistema di Credito Sociale con il raggiungimento del principale obiettivo del Partito Comunista Cinese della società *xiaokang*: la società “moderatamente prospera”, principalmente caratterizzata dal perseguimento della forza economica e dall'allargamento della classe media, mirerebbe a un certo livello di coesione sociale e di sviluppo sostenibile, di modo che non vi sarebbe margine di tolleranza per soggetti ed entità economiche irresponsabili, rappresentando questi una minaccia per l'affidamento sociale ed esempi di disobbedienza alle prescrizioni normative. Cfr. J. ROSS, “*Moderately prosperous society*” is key goal for China, in *China Today*, 14 gennaio 2013.

²⁰ Secondo alcuni, uno degli errori principali nell'approccio occidentale al Sistema di Credito Sociale cinese sarebbe quello di percepirlo come un «unico, monolitico programma governativo». J. PABISIAK, *Dangerous, Yet Not So Unique. Characteristics of the Chinese Social Credit System*, in *Polish Political Science Yearbook*, vol. 49, 3/2020, 31.

²¹ K. GATES, *Our Biometric Future: Facial Recognition Technology and the Culture of Surveillance*, NYU Press, 2011.

²² J. ZHOU, *Drones, facial recognition and a social credit system: 10 ways China watches its citizens*, in *South China Morning Post*, 4 agosto 2018.

²³ F. LIANG, *Constructing a Data-Driven Society: China's Social Credit System as a State Surveillance Infrastructure*, in *Policy & Internet*, 2018.

²⁴ Per quanto riguarda le società, tuttavia, sarebbe presente anche una “lista per le irregolarità”, una sorta di “lista nera” preliminare, per cui coloro che vi figurino riceverebbero specifici avvertimenti che, in caso di ulteriori comportamenti scorretti, saranno sanzionati secondo le pene previste per coloro in lista nera. D. DONNELLY, *An Introduction to the China Social Credit System*, in *New Horizons*, 8 luglio 2021.

per cui nella lista nera della Corte figurino i nominativi di soggetti che non solo abbiano violato la legge, ma che non adempiano tempestivamente a quanto previsto dalla propria condanna. A ben vedere, dunque, le sanzioni di cui sopra risultano basate (anche) sulla convinzione per cui, a rigor di logica, una persona che abbia a disposizione i mezzi e il tempo per compiere determinate attività e raggiungere determinati obiettivi avrebbe altrettanto a disposizione i mezzi e il tempo per adempiere a quanto prescritto dalla sentenza della Corte, decidendo tuttavia di discostarsene²⁵. Per quanto riguarda i premi per i cittadini modello, invece, tra questi si avrebbero agevolazioni fiscali e nell'ottenimento di prestiti, migliori posizioni nei processi di adozione, e consigli sull'attuazione di progetti governativi; in altre parole, non si tratterebbe di premi materiali, ma di natura procedurale, utili in un Paese dalla tradizione burocratica²⁶.

2.1. La diversa percezione del Sistema di Credito Sociale visto attraverso lenti occidentali e lenti cinesi

L'obiettivo del Governo cinese appare quindi quello di realizzare una «funzione di sistemi di responsabilità integrati di natura cooptativa e allo stesso tempo coercitiva»²⁷, il che ha condotto taluni a pensare al Sistema di Credito Sociale come a un orwelliano²⁸ sistema di controllo e sorveglianza politici (finanche a definirlo «*the most ambitious Orwellian scheme in human history, seeking to establish an all-seeing state*»²⁹), se non addirittura come a un'infrastruttura più comprensiva tendente a normalizzare una più ampia cultura di «società di sorveglianza»³⁰.

Tale prospettiva potrebbe indurre a credere che la popolazione più giovane e istruita, generalmente orientata a favore delle istituzioni democratiche e dalle vedute liberali³¹, sia quantomeno scettica nei confronti di questa sempre maggiore tracciabilità a cui è sottoposta dalle autorità del proprio Paese. Eppure, studi operati sul territorio hanno rivelato un maggior grado di approvazione del Sistema di Credito Sociale proprio tra i soggetti in condizioni più agiate (per educazione, *status* economico, posizione geografica), probabilmente in quanto questi sarebbero particolarmente vicini all'ideologia statale e nelle condizioni di godere dei maggiori benefici connessi al Sistema, nonché per la diffusa percezione per cui il Governo sarebbe in grado di ottenere ogni informazione a prescindere dalle tecnologie utilizzate dai singoli³².

²⁵ R. CREEMERS, *China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control*, 2018.

²⁶ J. PABISIAK, *Dangerous, Yet Not So Unique*, cit., 41.

²⁷ S. HOFFMAN, *Managing the State: Social Credit, Surveillance and the CCP's Plan for China*, in *China Brief Volume*, 2017.

²⁸ Asian Institute for Policy Studies, *Orwell's Nightmare: China's Social Credit System*, 2017.

²⁹ S. HEILMANN, *Xi Jinping's China Leninism Upgraded: Xi Jinping's Authoritarian Innovations*, in *China Economic Quarterly*, vol. 20, 4/2016, 17.

³⁰ F. LIANG, *Constructing a Data-Driven Society*, cit., 429.

³¹ J. PAN – Y. XU, *China's Ideological Spectrum*, in *Journal of Politics*, 2018.

³² G. KOSTKA, *China's Social Credit Systems and Public Opinion: Explaining High Levels of Approval*, 2018.

Rilevante è inoltre il dato per cui il Sistema di Credito Sociale non sarebbe *percepito* quale strumento di sorveglianza, quanto piuttosto come funzionale a migliorare la qualità della vita e a chiudere i *gap* istituzionali e normativi, così da tendere a una società più onesta e rispettosa della legge³³. Se questo appare dissonante rispetto ai canoni ormai consolidati nel mondo occidentale, risulta opportuno far presente come la giustizia operata attraverso tutele costituzionali e l'introduzione di pratiche basate sui diritti umani avvenuta nei Paesi occidentali, in particolare in seguito alla Seconda guerra mondiale, non abbia mai preso davvero piede in Cina, Paese in cui il sistema leninista dava priorità alla flessibilità e alla discrezionalità del Partito. Al tempo stesso, si ricorda come nella tradizione cinese lo Stato non sia meramente incaricato dell'autorità giuridica, ma sia anche garante della moralità sociale; inoltre, la visione olistica della società va a sfumare i confini tra Stato e società civile, tra la sfera pubblica e quella privata³⁴.

3. Le “graduatorie sociali” nel mondo

3.1. La summa divisio dei sistemi reputazionali

Premesso un tale inquadramento tecnico e culturale, si potrebbe allora tentare di indagare se un siffatto sistema, giustificato e razionalizzato – come si è appena visto – all'interno del contesto di appartenenza, possa riscontrare punti di collegamento con altri sistemi, e in particolare se possa ritenersi (anche solo parzialmente) compatibile con gli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale.

A tal proposito, appare opportuno prendere le mosse dal criterio cardine utilizzato nell'assegnazione e gestione dei punteggi sociali e delle loro conseguenze; in altre parole, dal fattore reputazionale utilizzato in chiave sistematica, così da mediare e facilitare il processo di valutazione della posizione di un determinato soggetto nel contesto di una specifica comunità³⁵.

³³ In tal senso, appare interessante notare come lo strumento del Sistema di Credito Sociale sia stato adattato a questioni economiche insorte in seguito allo scoppio della pandemia da Covid-19. In tale contesto, gli individui e le società commerciali che in un modo o nell'altro hanno contribuito alla situazione epidemica in senso peggiorativo (per esempio, distribuendo falsi dispositivi medici, vendendo farmaci a prezzi spropositati, o non rispettando le misure di contenimento) sono destinatari di sanzioni simili a quelle delle liste nere. Dall'altra parte, le persone – fisiche o giuridiche – che abbiano contribuito alla lotta alla pandemia (per esempio, inviando o pagando volontari medici) possono contare su alcuni vantaggi, come l'essere inseriti nella lista rossa. Inoltre, a causa della situazione pandemica, alcuni *rating* negativi potrebbero essere temporaneamente oscurati nelle liste di credito sociale pubbliche oppure incrementati nel caso in cui le società diano prova che la loro situazione di difficoltà trova la sua principale ragione causativa nella pandemia. Le soluzioni appena riportate dimostrano come l'obiettivo delle autorità cinesi sia quello di ristabilire la fisiologica situazione economica, utilizzando il Sistema di Credito Sociale in chiave strumentale, al fine di assicurare una partecipazione dei privati nella lotta alla pandemia. Cfr. C. GIGLER – K. KANG, *China's Social Credit System in the light of Covid-19*, in *Rödl and Partner Insights*, 17 aprile 2020; J. REILLY – M. LYU – M. ROBERTSON, *China's Social Credit System: Speculation vs. Reality*, in *The Diplomat*, 30 marzo 2021.

³⁴ R. CREEMERS, *China's Social Credit System*, cit.

³⁵ C. DELLAROCAS, *Designing Reputation Systems for the Social Web*, in *Boston U. School of Management Research Paper*, n. 18/2010, 2.

Analizzando il ruolo della reputazione così come operante nei diversi ambienti, infatti, risulta possibile distinguere due distinti approcci utilitaristici alla stessa: quello della società reputazionale, e quello dello Stato reputazionale.

Con la formula “società reputazionale”³⁶ si suole indicare una società che utilizza sistemi decentrati di reputazione e valutazione dei propri membri al fine di suddividerli in semplicistiche categorie di “buoni” e “cattivi”, filtrando i contenuti relativi alla singola unità in termini di qualità e agevolando di conseguenza la formazione di gruppi sociali fondati su una comunanza di interessi o di vantaggi³⁷. Tra i rischi connessi a questo tipo di società figura quello della crescente importanza della competizione e del valore attribuito alla propria immagine, che in casi estremi potrebbe condurre a una certa riluttanza alla cooperazione e a basare le proprie scelte operative sull’attuale sistema di agevolazioni individuali³⁸.

Per quanto riguarda lo Stato reputazionale, invece, tale sistema sarebbe caratterizzato da un maggior grado di interventismo statale nella raccolta delle informazioni su cittadini e nello stabilire e implementare dei principi validi sull’intero territorio nazionale³⁹. A tal fine, alle preesistenti competenze e attribuzioni riconosciute alle autorità si aggiungerebbe il diritto di imporre meccanismi di sostegno o di penalizzazione in riferimento a determinati tipi di attività poste in essere dai membri della società⁴⁰.

Per quanto concerne l’oggetto del presente scritto, il Sistema di Credito Sociale cinese si pone proprio come spartiacque tra i due tipi di sistemi reputazionali appena individuati, rappresentando un momento di passaggio cruciale nella transizione della Repubblica Popolare Cinese da società della reputazione a Stato reputazionale.

Eppure, stante le indubbiamente comuni fondamenta, in dottrina è sorta la questione su come possa essere qualificato lo Stato reputazionale, anche – e soprattutto – in un’ottica di compromesso e di coesistenza con le altre preesistenti società reputazionali. In particolare, l’alternativa consterebbe tra il considerarlo come il “livello successivo” nello sviluppo della società dell’informazione o come un modello equivalente della società reputazionale; nel secondo caso, si porrebbe inoltre l’ulteriore questione sulla possibilità di sfruttare i due tipi di sistemi in combinato disposto per addivenire alla migliore soluzione per alcune delle problematiche connesse alla moderna società dell’informazione e alla sua capacità di garantire la *rule of law*.

³⁶ *Ex multis*, cfr. DELLAROCAS, *Designing Reputation Systems*, *ibid*; X. DAI, *Toward a Reputation State*, *cit.*; H. MASUM – M. TOVEY – C. NEWMARK (a cura di), *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, MIT Press, 2011.

³⁷ Ne sono un esempio i Paesi occidentali, dove i cittadini costruiscono la propria reputazione su diversi *social networks* e piattaforme commerciali non controllate dallo Stato.

³⁸ J. PABISIAK, *Dangerous, Yet Not So Unique*, *cit.*, 32.

³⁹ D. MAC SÍTHIGH – M. SIEMS, *The Chinese social credit system: A model for other countries?*, in *Modern Law Review*, vol. 82, 6/2019.

⁴⁰ J. PABISIAK, *ibid*.

3.2. *Questioni – reali o percepite – e soluzioni connesse ai punteggi sociali*

Operando un'interpretazione orientata a quest'ultimo fine, appare preferibile la seconda delle opzioni sopra menzionate, ovvero l'inquadramento dello Stato reputazionale come modello coesistente e alternativo alla società reputazionale, così da poterne individuare eventuali vantaggi da utilizzare in chiave utilitaristica nella ricerca di soluzioni e compromessi alle questioni che inevitabilmente si presenteranno di pari passo con la realizzazione e l'espansione del Sistema di Credito Sociale. È infatti possibile prevedere come nel prossimo futuro esso sia destinato a imporsi come strumento principe della *governance* statale dell'economia cinese⁴¹ e delle sue condizioni di mercato (in funzione della promozione di una competizione ispirata a lealtà, di rafforzamento della supervisione dei mercati e del rispetto delle normative), fino a giungere a una copertura completa che interessi tutti i settori della società⁴².

Da un punto di vista occidentale, i sistemi di punteggio cinesi sono finora apparsi per lo più come un nuovo, ulteriore strumento volto a limitare ulteriormente la dignità e la libertà degli individui; tuttavia, da una più attenta analisi storica e globale si evince come la pratica di assegnare punti abbia accompagnato la civilizzazione sin da tempi remoti come efficace metodo di comparazione tra le *performance* dei vari soggetti. A ben vedere, tutt'oggi i punteggi seguono e accompagnano i membri della società – si pensi, per esempio, ai punti di patente sottratti in caso di violazione del norme del Codice della Strada, alle valutazioni numeriche nelle scuole, o anche solo alle “reazioni” ai contenuti condivisi sui *social media* –, di modo che profili di *creditworthiness* creati sulla base di tali punteggi non risultano un elemento di esclusiva pertinenza cinese, bensì adottati e diffusi su larga scala anche nei Paesi occidentali.

Il principale fattore di distinzione – quantomeno attualmente – del Sistema di Credito Sociale cinese è da taluni individuato nell'elemento delle liste nere e rosse: mentre in altri contesti l'unica tipologia di premi e sanzioni è legata alla possibilità o meno di ottenere finanziamenti, nella versione cinese emerge una speciale connessione tra i sistemi di credito utilizzati da certe compagnie e altri servizi offerte dalle stesse. Al contempo, tuttavia, è stato da altri notato come analoghi meccanismi possano riscontrarsi nei “*background checks*” e nelle “*no-fly lists*” statunitensi⁴³, nel sistema di controllo del tifo e del fanatismo calcistico nel Regno Unito (che include un temporaneo trattenimento

⁴¹ Come notato da Aho e Duffield, «[w]ith huge amounts of data, real-time feedback and machine learning algorithms that can process and understand outputs, the SCS presents the CPC with an instrument that can help the party respond to the fluctuations of the market almost instantaneously». B. AHO – R. DUFFIELD, *Beyond surveillance capitalism: Privacy, regulation and big data*, in *Europe and China, Economy and Society*, 2020, 12.

⁴² Se l'an di tale espansione è sostanzialmente certo, non altrettanto lo è il *quantum* e il *quomodo*; in particolare, non è ancora chiaro il preciso livello di capillarità, di estensione, e di efficacia che il Sistema avrà nella pratica, e come e quanto presto potremmo aspettarci che tali ambiziosi obiettivi di *policy* di credito sociale divengano realtà. J. REILLY – M. LYU – M. ROBERTSON, *China's Social Credit System*, cit.

⁴³ M. CHORZEMPA – P. TRIOLO – S. SACKS, *China's Social Credit System: A Mark of Progress or a Threat to Privacy?*, in *Peterson Institute for International Economics*, 2018.

dei passaporti in determinati periodi)⁴⁴, e la possibilità di condividere i casellari giudiziari⁴⁵ e i dettagli dei debitori insolventi tra i Paesi membri dell'Unione europea⁴⁶.

Altro elemento comune ai due sistemi si rinviene nella pratica di raccolta e conservazione dei dati degli individui, il cui valore è attualmente inquantificabile in ragione della crescita logaritmica dell'importanza riconosciuta alle informazioni come beni di commercio⁴⁷. Proprio tale mercificazione delle identità trova riscontro e controprova nel sempre crescente numero di attacchi *hacker* (riusciti o anche solo tentati) ai sistemi di stoccaggio delle informazioni. La sicurezza di queste ultime rappresenta un ulteriore spunto di riflessione nell'attuale comparazione: cosa, tra *leak* incontrollati di dati forniti a entità commerciali private e l'utilizzo di *database* sistematizzati e omnicomprensivi gestiti dallo Stato⁴⁸, risulta maggiormente idoneo a ledere le informazioni e la riservatezza degli individui?

Un'ultima osservazione che si ritiene di proporre riguarda infine la valutazione delle ripercussioni psicologiche che possono interessare i soggetti sottoposti a controlli di sorveglianza e tracciabilità tanto evoluti. Là dove diversi Paesi occidentali stanno tentando (o hanno tentato) di adottare misure di monitoraggio simili a quella cinese, quale l'utilizzo di tecnologie di riconoscimento facciale, agli ostacoli rappresentati dalla palese violazione della *privacy* che tali metodi implicherebbero – violazioni mal tollerate in contesti democratici e caratterizzati dallo Stato di diritto – si sono infatti aggiunte le preoccupazioni sollevate dagli scienziati in merito all'“effetto *freezing*” di una sorveglianza tanto invasiva, che eserciterebbe una rilevante pressione psicologica sui residenti e inciderebbe negativamente sul comportamento naturale e fisiologico degli stessi⁴⁹. Proprio il rischio di rendere i cittadini degli automi e del tutto privi del fondamentale diritto alla libertà di autodeterminazione sono le accuse più severe mosse a livello internazionale nei confronti dell'iniziativa di stampo cinese.

A onor del vero, gli ultimi due punti analizzati presentano un particolare criterio di collegamento. In tal senso, si evidenzia come l'utilizzo dei *big data* a fini commerciali non si riduca a vedere gli stessi come oggetto di scambio sul mercato, ma si spinga a riconoscere le potenziali ramificazioni delle analisi comportamentali sull'individuo andando a perseguire una specifica intenzione sociale: quella di sfruttare le vulnerabilità

⁴⁴ *Football Spectators Act 1989*. Per ulteriori informazioni, si rinvia alla pagina <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/football-related-offences-and-football-banning-orders>.

⁴⁵ https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_1_5.page.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2015/848.

⁴⁷ In merito, Pendergast definisce le informazioni personali come la “valuta dell'età moderna”, inserita nel contesto di una “nuova Guerra Fredda combattuta sulla protezione dei dati” nella quale «*Vying against each other are those societies that believe that individuals have an absolute right to control their personal data—to exercise the same kind of dominion over data that they do over their bodies or their personal property—and those that believe that personal data is a good to be traded on the open market and thus subject to the same market forces at play elsewhere. May the most innovative, efficient company win*». T. PENDERGAST, *The next Cold War is here, and it's all about data*, in *Wired*, 28 marzo 2018.

⁴⁸ Sebbene anche in Cina, infatti, i dati siano trasferiti a specifiche entità commerciali, ciò avviene sulla base di condizioni pre-concordate, al fine di rafforzare la solvibilità dei soggetti, nell'ottica di una sicurezza delle informazioni sviluppata al fine di evitare che entità diverse dal Governo possano utilizzare i dati dei cittadini.

⁴⁹ Cfr. S. FARTHING – J. HOWELL – K. LECCHI – Z. PALEOLOGOS – P. SAINTILAN – E. SANTOW, *Human Rights and Technology*, report finale dell'*Australian Human Rights Commission*, 2021.

del consumatore per plasmarne le attitudini d'acquisto⁵⁰. Proprio in riferimento a quest'ultima relazione tra comportamenti individuali ed entità commerciali, suggestivamente definita "il capitalismo della sorveglianza"⁵¹, si nota una diversa strategia di reazione proposta da una parte del mondo occidentale (in particolare, dall'Unione europea) e dalla Cina, rispettivamente con il Regolamento UE 2016/679 (cd. GDPR) e con, appunto, il Sistema di Credito Sociale.

Nei fatti, sia il Sistema di Credito Sociale che il GDPR prendono in considerazione sia il comportamento degli individui che quello delle entità commerciali; tuttavia, i due approcci differiscono sostanzialmente a livello di intenti: laddove il GDPR mira a regolare e limitare le attività delle seconde, il Sistema di Credito Sociale punta a estendere il proprio controllo su entrambi. Entrambi i sistemi possono essere considerati come professanti i bisogni dei propri cittadini, ma questi sono perseguiti e realizzati attraverso paradigmi e concettualizzazioni delle analisi dei dati personali completamente diversi⁵²: da una parte, si riconosce la tutela dell'individuo e il ruolo chiave ricoperto dallo Stato quale garante delle libertà individuali⁵³; dall'altra, emerge il risultato del lavoro di schiere di menti scientifiche unite nell'applicare la propria conoscenza all'avanzamento della società quale progetto collettivo e a vantaggio della collettività stessa. In altre parole, laddove l'Unione Europea tenta di limitare il potere del capitalismo della sorveglianza, la Cina fa proprie le sue logiche nell'ottica di un ulteriore e più sviluppato utilizzo statale; si va così riflettendo la differente dimensione culturale sussistente tra i due diversi contesti, rappresentata dalla fondamentale dicotomia tra la centralità dell'individuo e quella dell'interesse della collettività.

4. Conclusioni

In un mondo che si va "dataficando" come effetto della natura transnazionale dell'industria *tech*, e in cui le tecnologie digitali si vanno intersecando con divergenti

⁵⁰ In tal modo, si supererebbero le tradizionali ricerche di *marketing* indirizzate a *target* demografici specifici, andando a operare direttamente a livello individuale. B. AHO – R. DUFFIELD, *Beyond surveillance capitalism*, cit., 16.

⁵¹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, [2019], trad.it. di P. Bassotti, Roma, 2019.

⁵² B. AHO – R. DUFFIELD, *Beyond surveillance capitalism*, cit., 20-21.

⁵³ Per i fini del presente scritto, si evidenzia come il nucleo fondamentale del GDPR consista nella "protezione dei dati personali *by design* e *by default*", a cui è connesso il requisito fondamentale di pseudonimizzare o anonimizzare i dati degli individui così da proteggere questi ultimi nel caso di violazioni nella sicurezza. Con *by design* (letteralmente, "fin dalla progettazione"), definizione coniata da Ann Cavoukian, *Privacy Commissioner* dell'Ontario, si intende un sistema di tutela dei dati personali che deve porre l'interesse dell'utente al centro dell'attenzione, imponendo al titolare del trattamento di garantire una tutela effettiva da un punto di vista non solo formale, ma anche sostanziale (per esempio, il trattamento dei dati personali raccolti dovrebbe essere improntato a caratteri di visibilità e trasparenza delle varie fasi operative). Il principio *by default*, invece, prevede che per impostazione predefinita le imprese dovrebbero trattare solo i dati personali nella misura necessaria e sufficiente per le finalità denunciate e per il periodo strettamente necessario a tali fini. Occorre, quindi, progettare il sistema di trattamento di dati garantendo la non eccessività dei dati raccolti, in modo che all'interessato sia garantito un alto livello di protezione a prescindere da una sua personale attivazione finalizzata a limitare la raccolta dei dati (per esempio, tramite l'esercizio della facoltà di *opt out*).

modelli di sviluppo sociale ed economico, non risulta difficile presagire come la raccolta dei dati personali e la sorveglianza siano destinati a ricoprire un ruolo sempre maggiore come componenti sostanziali di scontri ideologici.

Prendendo atto di tali previsioni, alcuni auspicano la configurabilità di una “giustizia dei dati” analoga alla giustizia dello stato di diritto, che vada a tracciare delle linee guida “etiche” nel trattamento e nell’effettiva disponibilità e disposizione dei dati degli individui, e che possa anche rappresentare una forma di resistenza alla sorveglianza governativa informatica tramite il ricorso a principi di giustizia sociale.

Datafication e dataveillance, dalla portata estensiva sempre più globale, si prestano infatti come territorio di impellente e indispensabile formalizzazione e negoziazione di diritti⁵⁴, da riconoscere e/o bilanciare con quelli già riconosciuti negli Stati democratici, prevalentemente informati al cruciale principio di garanzia e protezione delle libertà individuali⁵⁵. Tuttavia, stante l’estensione geografica e culturale dell’area di riferimento su cui una tale giustizia dei dati insisterebbe, una concettualizzazione di quest’ultima – collocata tra i problemi definiti “*super-wicked*” per la loro complessa multidimensionalità⁵⁶ – pone necessariamente questioni di relativismo, in quanto ogni popolo sarà portato a giudicare tale nozione in base alla propria tradizione e alla propria storia⁵⁷. Una possibile soluzione prospettata potrebbe essere quella di andare ad analizzare i bisogni delle persone, piuttosto che i diritti “nominati” a cui esse potrebbero aspirare⁵⁸; per esempio, oltrepassando i confini concettuali tradizionali, è possibile notare come alcune società⁵⁹ attribuiscono grande importanza a determinate libertà a prescindere della loro formalizzazione come diritti umani⁶⁰.

Se innovazione ed evoluzione nella tecnologia sono elementi inevitabili e spesso auspicabili, i modi in cui le tecnologie sono utilizzate per monitorare e governare gli individui si prestano (o, almeno, dovrebbero prestarsi) a una certa negoziabilità, permettendo agli utenti di determinare le proprie interazioni con la tecnologia e, se del

⁵⁴ Si pensi a come la sorveglianza e il monitoraggio dei *big data* favoriscano l’acquisizione e la categorizzazione delle differenze, generando un potenziale di polarizzazione sociale sistemica nella quale i soggetti umani sono identificati e distribuiti in base a criteri fondati sul valore e sul rischio. D. LYON, *Surveillance as Social Sorting. Privacy, risk, and digital discrimination*, Londra, 2003.

⁵⁵ È stato da alcuni sottolineato come l’individualismo si annoveri tra i componenti più rilevanti dell’*ethos* politico di molte società occidentali moderne, Stati democratici liberali dove – quale risultato dell’evoluzione filosofica originata nel Rinascimento e sviluppatasi soprattutto attraverso il pensiero illuminista – le decisioni e le preferenze quotidiane dei cittadini sono principalmente finalizzate alla realizzazione e soddisfazione di interessi personali, in una cornice ordinamentale in cui tali interessi sono riconosciuti e tutelati dallo Stato. Cfr. L. HALMAN, *Individualism in individualized society? Results from the European values surveys*, in *International Journal of Comparative Sociology*, 37(3–4), 1996.

⁵⁶ K. LEVIN, *Overcoming the tragedy of super wicked problems: Constraining our future selves to ameliorate global climate change*. in *Policy Sciences*, 2012.

⁵⁷ R. HEEKS – J. RENKEN, *Data justice for development: What would it mean?*, in *Information Development*, 2016.

⁵⁸ L. TAYLOR, *What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally*, in *Big Data & Society*, 2017.

⁵⁹ Tali società, pur non adottando la nozione liberale dei diritti individuali, vantano una forte tradizione filosofica e giuridica di giustizia e correttezza. R. PANIKKAR, *Is the notion of human rights a Western concept?*, in *Diogenes*, 1982.

⁶⁰ A.B. MAKULILO, *A person is a person through other persons – A critical analysis of privacy and culture in Africa*, in *Beijing Law Review*, 2016.

caso, di opporvisi e/o proporre alternative⁶¹, nonché ponendo condizioni e criteri idonei a delineare il confine tra legittimo (e così ammissibile) monitoraggio della popolazione e sorveglianza illegittima, andando a distinguere tra un utilizzo responsabile dei dati e un utilizzo degli stessi per cui anche i governi possano essere chiamati a rispondere, in un'ottica che tenga di conto che “*i dati informatici sono una cosa preziosa, e dureranno più degli stessi sistemi*”⁶². In tale prospettiva, se quella dei dati è la nuova Scienza, dove i *big data* possiedono le risposte⁶³, punto di inizio imprescindibile sarebbe quello di iniziare a chiedere le giuste domande.

⁶¹ L. TAYLOR, *What is data justice?*, cit.

⁶² T. BERNERS-LEE.

⁶³ P. GELSINGER.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

GIUSTIZIA PREDITTIVA E GARANZIE DEL GIUSTO PROCESSO

LAURA GRIMALDI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Giustizia predittiva tra mito e realtà. – 3. Gli algoritmi al servizio dei giudici. – 4. Gli algoritmi al servizio delle parti. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'intensificarsi del dibattito sull'Intelligenza Artificiale (d'ora in avanti IA), cresciuto durante la pandemia di Covid-19¹, dimostra la centralità assunta dal tema a livello nazionale e internazionale. È infatti noto² che stiamo attraversando la quarta rivoluzione industriale, in cui le macchine aspirano a imitare l'intelligenza umana³. In tale frangente, si ragionerà intorno all'utilizzo dell'IA nel settore della Giustizia,

¹ Sul rapporto tra sistemi di IA ed emergenza pandemica si rinvia alle relazioni del convegno *Covid-19 and AI: a Virtual Conference*, organizzato dallo Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (HAI), in <https://hai.stanford.edu/video-archive-covid-19-and-ai-virtual-conference>.

² P. BIANCHI, *4.0 La nuova rivoluzione industriale*, Bologna, 2018; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017; D.U. GALETTA - J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019, 1 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2/2019, 201; R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Astrid*, n. 14/2017, 10 ss.

³ In realtà, l'accostamento del concetto di intelligenza alla macchina è molto contestato in quanto fuorviante, come sostiene il filosofo e informatico Judea Pearl, cfr.: J. M. BISHOP, *Artificial Intelligence Is Stupid and Causal Reasoning Will Not Fix It*, in *Front. Psychol.*, 5 gennaio 2021.

interessato peraltro direttamente dal processo innovazione tecnologica enunciato nel *Recovery Plan* nazionale⁴. Precisamente, la nuova tecnologia può occupare molteplici spazi prima e durante il procedimento giudiziario, principalmente come strumento di ausilio degli operatori giuridici⁵.

Consapevoli che l'importanza del tema comporterà ulteriori studi e approfondimenti, ci si soffermerà sugli aspetti ritenuti principalmente critici e meritevoli di maggiore attenzione. Pertanto, si seguiranno due direttrici d'indagine.

La prima esaminerà l'algoritmo come componente della funzione giurisdizionale. Infatti, ci si interrogherà sugli spazi in cui esso può legittimamente operare e su quanta parte dello *ius dicere* deve residuare all'attività esclusivamente umana.

La seconda sarà incentrata sui *tool* di giustizia predittiva capaci di stimare *ex ante* l'esito di un potenziale contenzioso. Tali strumenti, in voga nel settore del *Legal-Tech*, valutano le *chances* di vittoria o soccombenza della controversia sia innanzi al giudice di prime cure, sia nei successivi gradi di giudizio, e presentano innegabili vantaggi soprattutto in termini di economia processuale.

Ai fini di un maggior approfondimento, gioverà richiamare alcune esperienze offerte dal *case law* europeo e statunitense, che testimoniano chiaramente le principali questioni di compatibilità dell'IA con i valori fondamentali radicati nel patrimonio costituzionale comune, in particolare i tratti caratteristici del giusto processo.

Infine, si porrà l'interrogativo sulla tenuta della prospettiva umanocentrica enunciata dal Legislatore eurounitario. Per rispondere a tale quesito, si esaminerà in particolare la recente proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale⁶, già ribattezzato *Artificial Intelligence Act*, licenziata dalla Commissione Europea lo scorso 21 aprile.

⁴ La riforma della Giustizia è annoverata tra le riforme cd. orizzontali del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza e punta alla riduzione dei tempi del giudizio civile e penale, rispettivamente del 40% e del 25%, indicando tra i fini quello di: «aumentare il grado di digitalizzazione della giustizia mediante l'utilizzo di strumenti evoluti di conoscenza (utili sia per l'esercizio della giurisdizione sia per adottare scelte consapevoli), il recupero del patrimonio documentale, il potenziamento dei software e delle dotazioni tecnologiche, l'ulteriore potenziamento del processo (civile e penale) telematico». Si v., in particolare, l'Investimento 3 della Missione 1, Componente 1, del Piano in https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_3.pdf.

⁵ In dottrina, senza pretesa di esaurire il vasto panorama di contributi: C. CASTELLI - D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Rimini, 2019; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 28 agosto 2018, 5; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giustizia civile*, 2/2020, 281 ss.; K. D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics – New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge, 2017; T. SOURDIN, *Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, in *UNSW Law Journal*, vol. 41, 2018, 1114 ss.; E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, Relazione presentata al Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021; infine, si vv. i contributi raccolti nella sezione *Artificial Intelligence and Law - Focus on*, in *Biolaw Journal*, 2/2021, 395 ss.

⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, COM(2021) 206 final.

2. Giustizia predittiva tra mito e realtà

Preliminarmente, giova chiarire cosa si intenda per IA, tracciandone una cornice storica.

Il discorso sulle «Macchine intelligenti» affonda le sue radici nelle ricerche condotte da Alan Turing circa i concetti di calcolabilità e computabilità, poi confluite nell'omonimo test⁷. Il lavoro di Turing contribuì a rendere l'IA un tema centrale per la comunità scientifica internazionale, che ne animò il dibattito nel celebre convegno di Dartmouth. In quell'occasione, nata dall'idea del matematico statunitense John McCarthy, l'IA ricevette l'investitura di disciplina scientifica⁸ e si gettarono le basi per lo sviluppo delle reti neurali - modelli matematici costituiti da nodi artificiali che si ispirano al funzionamento dei neuroni cerebrali.

A partire dagli anni '50, le aspettative sulle potenzialità dell'IA crebbero enormemente, al punto che lo studioso Herbert Simon auspicava, nel giro di pochi anni, di elaborare una macchina capace di battere un campione di scacchi⁹.

Nondimeno, stante l'esiguità dei sistemi computazionali allora disponibili, la ricerca scientifica incontrò una battuta d'arresto.

Nel contesto attuale, al contrario, la stagione nota come inverno dell'IA può dirsi ampiamente superata e il suo sviluppo è cresciuto esponenzialmente; difatti, essa risulta destinataria di copiosi investimenti di natura pubblica e privata¹⁰.

Quanto al profilo definitorio, va specificato che quello in esame si qualifica propriamente come un *umbrella concept*, in quanto abbraccia una pluralità di tecnologie cui fanno seguito molteplici impieghi. Si tratta, infatti, di un fenomeno *disruptive*¹¹, che rifugge a definizioni univoche: più nel dettaglio, l'assenza di un concetto di IA universalmente riconosciuto risiede nella difficoltà di tracciare una definizione che

⁷ Le basi teoriche del test furono elaborate nel saggio A.M. TURING, *I.—Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, vol. 59, 236/1950, in cui l'A. qualificava come intelligente una macchina il cui comportamento risultasse indistinguibile da quello umano.

⁸ Alla conferenza di Dartmouth si deve, tra l'altro, la prima definizione scientifica di IA: «a science and a set of computational technologies that are inspired by – but typically operate quite differently from – the ways people use their nervous systems and bodies to sense, learn, reason and take action», cfr.: J. MCCARTHY – M.L. MINSKY – N. ROCHESTER – C.E. SHANNON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, in *AI Magazine*, 4/2006.

⁹ Previsione che si rivelò esatta, sebbene prematura, perché il primo sistema di IA capace di compiere l'impresa prospettata da Herbert fu realizzato quarant'anni dopo: DeepBlue che sconfigge Kasparov a scacchi in <https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/deepblue/>.

¹⁰ Come risulta dal recente rapporto pubblicato dalla Banca Europea per gli Investimenti e dalla Commissione Europea. Lo studio evidenzia un *gap* di investimenti pari a 10 mld rispetto a Cina e USA, raccomandando all'UE di porvi rimedio al fine di sfruttare a pieno l'IA per la trasformazione digitale ed ecologica, cfr.: EUROPEAN INVESTMENT BANK, *Artificial intelligence, blockchain and the future of Europe: How disruptive technologies create opportunities for a green and digital economy*, Strasbourg, 2021, 51 ss.. In termini di una vera e propria competizione mondiale si esprime il contributo di D. CASTRO- M. MCLAUGHLIN, *Who Is winning the AI race: China, the EU or the United States? - 2021 update*, in *ITIF.org*, 25 gennaio 2021, in <https://itif.org/publications/2021/01/25/who-winning-ai-race-china-eu-or-united-states-2021-update>.

¹¹ J.L. BOWER - C.M. CHRISTENSEN, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, in *Harvard Business Review*, 1995, 49 ss. Gli AA. alludono all'impatto dirompente e distruttivo determinato dalla innovazione digitale.

contemperati, da un lato, l'esigenza di flessibilità, giustificata dal continuo mutare del progresso tecnologico, e, dall'altro, la sua precisione, funzionale ad assicurare la certezza del diritto.

Ai nostri fini, recuperiamo la definizione consegnata nel Libro Bianco per l'IA¹² dell'Unione Europea che individua come elemento comune alle molteplici tecnologie di IA la capacità di adottare determinati comportamenti caratterizzati da un tasso di autonomia variabile, analizzando l'ambiente circostante al fine di raggiungere obiettivi predeterminati dall'uomo. Nell'alveo delle più innovative tecniche di IA spiccano i sistemi di apprendimento automatico – *machine* e *deep learning* – i cui algoritmi vengono addestrati per dedurre determinati modelli partendo da un *set* di dati al fine di stabilire le azioni necessarie al conseguimento di una determinata *task*. In altri termini, gli algoritmi di analisi predittiva utilizzano dati storici per prevedere *trend* futuri e, se applicati al settore della giustizia, danno luogo al fenomeno della giustizia predittiva.

Il discorso sulla giustizia predittiva non è recente, posto che l'intersezione tra tecnologie e processo ha caratterizzato a lungo il dibattito culturale europeo. Invero, l'idea di prevedere l'esito delle decisioni giudiziarie utilizzando modelli matematici si radica già nel pensiero di Leibniz¹³. Similmente, Weber concepì di inverare il principio della certezza del diritto¹⁴ nella calcolabilità e quindi nella prevedibilità delle decisioni.

Tuttavia, è opportuno chiarire che non si è ancora giunti all'elaborazione di un'IA forte, ossia capace di imitare a tutto tondo il ragionamento umano. Pertanto, al fine di sgomberare il campo da immagini fantasiose e poco realistiche, occorrerebbe parlare di previsione in luogo di predizione¹⁵.

Del resto, i limiti strutturali di questi sistemi se utilizzati nell'esercizio dell'attività giurisdizionale sono stati dimostrati da recenti studi applicativi, come il lavoro svolto dalla University College di Londra (UCL)¹⁶ sulla giurisprudenza della Corte Europea dei

¹² EUROPEAN COMMISSION, *White paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, Brussels, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65 final, 18 ss. La definizione è stata perfezionata dal GRUPPO AD ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Bruxelles, 8 aprile 2019, 45: «I sistemi di intelligenza artificiale (IA) sono 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 sulle conoscenze, 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 come l'ambiente è influenzato dalle loro azioni precedenti».

¹³ G.W. VON LEIBNIZ, *Dissertatio de Arte combinatoria*, 1666. L'A. ipotizzava la creazione di: «un nuovo tipo di strumento che avrebbe accresciuto i poteri della ragione molto di più di quanto un qualsiasi strumento ottico abbia mai aiutato quello della vista». Alla risoluzione delle controversie si sarebbe addivenuti attraverso il «calculus ratiocinator», superando *in toto* la necessità di celebrare il processo. Cfr.: L. VIOLA, *Giustizia predittiva*, in *Diritto Online*, 2018.

¹⁴ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, 2020, 70 ss. e C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 556.

¹⁵ La predizione, infatti, indica l'attività di «prae-dicere», preannunciare accadimenti futuri attraverso doti soprannaturali o di chiaroveggenza. Al contrario, la previsione consiste nell'elaborare una osservazione sul verificarsi di un evento futuro in base all'analisi di dati storici.

¹⁶ L'algoritmo della UCL ha lavorato su un campione di 584 decisioni della Corte EDU esaminando la violazione degli articoli 3, 6 e 8 della Convenzione, come illustrato da N. ALETRAS – D. TSARAPATSANIS –

Diritti dell'Uomo. Il modello di *machine learning* ha previsto il risultato delle controversie con un grado di accuratezza pari al 79%. Tuttavia, l'algoritmo risultava molto meno preciso nella applicazione di quei criteri valutati carichi di un notevole margine di discrezionalità, come ad esempio la gravità delle doglianze contenute nel ricorso.

In definitiva, l'IA messa a punto dalla UCL non ha saputo imitare il ragionamento del giudice, limitandosi a stimare la probabilità di accoglimento/rigetto del ricorso sulla base di un trattamento statistico dei dati di cui disponeva. Più nel dettaglio, il *software* ha rilevato la corrispondenza tra insiemi di parole e decisioni già adottate, generando così un numero di esiti probabili¹⁷.

Al netto dell'esperienza citata, le potenzialità offerte dagli algoritmi predittivi meritano approfondimento sia riguardo alla funzione del giudice sia nei confronti delle attività delle parti, specie per le implicazioni costituzionali sulle garanzie del giusto processo.

3. Gli algoritmi al servizio dei giudici

Finora abbiamo contestato la configurabilità di un giudice-robot quantomeno sotto il profilo tecnico. Approfondiamone l'ammissibilità da un punto di vista giuridico: come rilevato da attenta dottrina¹⁸, il modello costituzionale di cui disponiamo impedisce una sostituzione *tout court* dell'algoritmo al giudice persona. In tal senso, la garanzia del giudice naturale precostituito per legge ex art. 25 Cost. si riferisce al giudice umano; analogamente, la previsione costituzionale che subordina il giudice *esclusivamente* alla legge impedisce di ancorare l'esercizio della funzione giurisdizionale a meccanismi automatizzati. Inoltre, l'attività di un giudice-robot, avvalendosi di stime predittive basate sull'analisi dei precedenti, altererebbe l'architettura tipica dei sistemi di *civil law*¹⁹,

D. PREOȚIUC-PIETRO – V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 24 ottobre 2016.

¹⁷ Cfr.: COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ), *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti*, Strasburgo, 3 dicembre 2018, si v. in particolare l'Appendice I: *Studio approfondito sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, segnatamente delle applicazioni dell'intelligenza artificiale per il trattamento delle decisioni e dei dati giudiziari connessi*, 28 ss.: «lo studio dell'UCL è stato in realtà in grado di produrre soltanto una probabilità grazie a elementi lessicali tratti in gran parte dai ragionamenti e dalle motivazioni espressi dal giudice e non grazie a quelli messi insieme dal ricorrente, soltanto sulla base della frequenza. La loro intelligenza artificiale ha pertanto stabilito un'elevata probabilità di corrispondenza tra gruppi di parole e una decisione che era già stata formalizzata e poteva dare origine soltanto a un limitato numero di possibili esiti. In nessuna circostanza essa è in grado, da sola, di riprodurre il ragionamento dei giudici europei o, soprattutto, di predire un esito sulla base, per esempio, del grezzo resoconto presentato dinanzi alla Corte di Strasburgo da un futuro ricorrente, il cui ricorso è soggetto a un esame molto rigoroso della ricevibilità (nel 2017 sono stati dichiarati irricevibili o cancellati dal ruolo quasi 70.356 ricorsi) basato in gran parte sull'applicazione di criteri di valutazione (importanza e gravità della doglianza, ecc.) che lasciano un considerevole margine di discrezionalità nel processo decisionale».

¹⁸ F. DONATI, *Intelligenza Artificiale e Giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 15 ss.

¹⁹ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 85 ss. L'A. sbarra la strada a questa ipotesi, da un lato, negando ai precedenti il valore di elementi oggettivi e incontrovertibili su cui fondare la decisione, dall'altro, affermando che: «vincolare il robot alla giurisprudenza pregressa impedisce l'evoluzione degli

favorendo peraltro la cristallizzazione degli orientamenti suggeriti dal sistema automatizzato a detrimento dell'evoluzione giurisprudenziale²⁰. Infine, anche il diritto di difesa risulterebbe leso, si pensi anche solo al profilo della contestabilità della decisione robotica in appello o tramite ricorso per cassazione²¹, mezzo di impugnazione sempre esperibile per volontà del Costituente.

Del resto, si è consapevoli che l'applicazione della legge non può ridursi a mero calcolo²², specie nell'interpretazione di clausole normative dense di contenuto discrezionale.

Tuttavia, non sono mancate proposte che vanno nella direzione di robotizzare alcuni settori della Giustizia, come avvenuto in Estonia. Il paese baltico, già ribattezzato "repubblica digitale" per i risultati conseguiti nel campo dell'*e-government* e dei servizi digitali²³, si è posto tra i principali *player* dell'IA a livello globale. Difatti, nel 2019 il gruppo di esperti guidati dal Ministero degli affari economici e delle comunicazioni (MKM) ha pubblicato la strategia nazionale dell'IA²⁴. L'Estonia presenta condizioni ideali per l'introduzione di attività interamente automatizzate, grazie alla digitalizzazione *by default* di tutti i dati della Pubblica Amministrazione e alla loro efficace interoperabilità²⁵. Invero, il settore pubblico ha già implementato decine di soluzioni IA²⁶. Tra i progetti più ambiziosi si annovera la realizzazione di un giudice-robot per la risoluzione di controversie civili con finalità di smaltimento dell'arretrato giudiziario²⁷.

Il *software* di IA, ancora in fase di sperimentazione, ambisce a fornire una decisione di merito interamente automatizzata, in base alle informazioni caricate dalle parti, successivamente confrontate dagli algoritmi con i dati già esistenti in un apposito *database*. La soluzione robotica sarebbe giuridicamente vincolante, ma sempre revisionabile da un

indirizzi giurisprudenziali e preclude al diritto di esercitare la sua funzione primaria (rispondere a bisogni umani regolando umani rapporti, corrispondentemente alle esigenze sociali del momento storico)».

²⁰ Simili preoccupazioni in merito alle innovazioni giurisprudenziali, specie sui temi come la bioetica, sono argomentate da: C. CASTELLI - D. PIANA, *Giusto processo*, cit., 66 ss.

²¹ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 89.

²² A favore dell'infungibilità tra funzionario umano e algoritmo, sebbene con riferimento al procedimento amministrativo, si vv. I.A. NICOTRA – V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 90: «Seppur programmata al massimo grado di precisione, la macchina non può mai sostituire interamente l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che costituisce estrinsecazione dei valori costituzionali di uguaglianza, correttezza, imparzialità». Di avviso contrario C. COGLIANESE – D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, vol. 71, 1/2019, 8, per gli AA. l'utilizzo di algoritmi predittivi si estenderà anche alle attività di *regulation* e di *adjudication*.

²³ N. HELLER, *Estonia, the Digital Republic*, in *The New Yorker*, 18 & 25 dicembre 2017; K.N. METCALF, *How to build E-governance in a Digital Society: the Case of Estonia*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 58/2019, 4 ss.

²⁴ La Strategia è consultabile al link: <https://www.kratid.ee/>. GOVERNMENT OFFICE AND MINISTRY OF ECONOMIC AFFAIRS AND COMMUNICATIONS, *Report of Estonia's AI Task force*, 2019, in https://98cc689-5814-47ec-86b3-db505a7c3978.filesusr.com/ugd/7df26f_486454c9f32340b28206e140350159cf.pdf.

²⁵ K. N. METCALF – T. KERIKMÄE, *Machines are taking over - are we ready?*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 33/2021, 32.

²⁶ Tra le applicazioni di IA vi è il sistema SATIKAS adoperato dal Ministero dell'Agricoltura per monitorare le attività di falciatura dei campi, condizionate a regole europee molto severe per l'erogazione di sovvenzioni. Precisamente, gli algoritmi rilevano la regolarità della falciatura tramite scansione di immagini satellitari. Anche i CV degli estoni in cerca di occupazione vengono sottoposti al vaglio di un sistema di *machine learning* che elabora una proposta di impiego che incontri le loro competenze, superando il *mismatch* tra domanda e offerta lavorativa. Cfr.: G. MISURACA - C. VAN NOORDT, *Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, Luxembourg, 2020, 16.

²⁷ J. PINKSTONE, *Estonia creating AI powered judge*, in *DailyMailOnline.com*, 26 marzo 2019.

giudice umano su opposizione di parte²⁸. Pertanto, la garanzia del controllo umano sull' algoritmo, assente in primo grado, verrebbe recuperata in sede di impugnazione.

In ogni caso, vi è chi²⁹ ha ridimensionato la portata di questo progetto, presentato dai media come rivoluzionario, giacché in realtà il sistema di IA in questione sarebbe impiegato solo per cause di modesta entità, inferiore a 7.000 euro, come quelle relative alle multe per il parcheggio.

Di conseguenza, per le ragioni tecniche e di compatibilità costituzionale suindicate, il discorso sull' IA e potere giudiziario dovrebbe essere circoscritto a quelle attività di mero supporto del lavoro del magistrato.

Sotto questo profilo, emergono plurimi benefici conseguibili grazie agli algoritmi soprattutto in termini di maggiore efficienza e celerità del procedimento³⁰.

Tuttavia, i vantaggi legati all' infallibilità della macchina e alla sua maggiore oggettività³¹ rispetto alla decisione umana si sono dimostrati solo apparenti alla luce del *case law* statunitense. Il noto caso Loomis³² ha infatti posto in risalto le preoccupanti distorsioni discriminatorie³³ conseguenti all' applicazione del *software* COMPAS³⁴, sistema predittivo

²⁸ E. NIILER, *Can AI be a fair judge in court? Estonia thinks so*, in *Wired.com*, 25 marzo 2019.

²⁹ K. N. METCALF – T. KERIKMÄE, *Machines are taking over*, cit., 33. Con riguardo al progetto pilota sul giudice-robot gli AA. sostengono che: «this is an example of how the exciting image of AI overtook real events and created media interest in what it turned out in fact not to be such a revolutionary change».

³⁰ Sul punto, C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un' agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal Special Issue*, 2/2019, 716 ss. e F. DONATI, *Intelligenza Artificiale*, cit., 418 ss. Quest' ultimo, in particolare, individua i vantaggi dell' IA nella definizione delle questioni di natura tecnica, come la quantificazione degli assegni divorzili e di mantenimento, del risarcimento del danno, delle indennità di licenziamento.

Quanto al tema della durata del procedimento, C. CASTELLI - D. PIANA, *Giusto processo*, cit., 25 ss., dove viene delineato lo scenario della giustizia civile italiana, illustrando gli impatti che il fattore tempo produce sia sul piano dei diritti individuali, *in primis* l' accesso alla giustizia, sia sul PIL nazionale, svantaggiando la competitività delle imprese.

³¹ Si è espresso a favore di una tendenziale neutralità della decisione algoritmica il premio nobel Kahneman asserendo che l' IA prenderà decisioni migliori dell' uomo poiché prive di quel rumore di fondo, legato all' elemento emotivo ed esperienziale tipico del ragionamento umano. Cfr.: C. CASONATO, *Costituzione*, cit., 721; al contrario si v. E. SADIN, *La Vie algorithmique. Critique de la raison numerique*, Parigi, 2015, il filosofo argomenta che l' algoritmo riflette una serie di variabili non oggettive, principalmente determinate dal *background* valoriale del progettista che disegna la macchina. Analogamente la matematica Cathy O' Neill descrive l' algoritmo come «un' opinione incorporata nel programma», carica di giudizi di valore e di pregiudizi.

³² CORTE SUPREMA DEL WISCONSIN, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, 2015AP157-CR, 5 aprile – 13 luglio. G. DE MINICO, *Towards an "algorithm constitutional by design"*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, 399 ss.; A. SIMONCINI, *L' algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, 71 ss.; G. RESTA, *Governare l' innovazione tecnologica*, cit., 212.

³³ Il tema delle discriminazioni algoritmiche presenta implicazioni relevantissime che esulano le intenzioni di questo scritto. Ci si limita a richiamare i contributi di: F. Z. BORGESIU (a cura di), *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*, Strasbourg, 2018; C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, Relazione presentata al Convegno annuale dell' associazione Gruppo di Pisa, *Il diritto costituzionale e le sfide dell' innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021; G. G. PIGNATELLO, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche*, in *Federalismi.it*, 16/2021, 169 ss.; per una ricostruzione sulle cause tecniche alla base delle discriminazioni algoritmiche, con specifico riguardo a quelle di genere, si rinvia alla relazione di P. VELARDI, *Etica di genere nell' intelligenza artificiale: algoritmi maschilisti e pregiudizi femminili*, al Festival Informativi Senza Frontiere, Rovereto 15-17 ottobre 2020, in https://www.youtube.com/watch?v=Bmb4QmxZN_Y.

³⁴ Il programma COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*) valuta il rischio di recidiva tramite una elaborazione delle informazioni personali dell' imputato, ottenute con un questionario, comparandole con i dati statistici relativi a gruppi di individui simili.

del rischio di recidiva e di pericolosità sociale dell'indagato/imputato adoperato in diverse giurisdizioni al fine di valutare misure sanzionatorie alternative alla detenzione. Gli studi condotti dall'associazione *no profit* ProPublica³⁵ hanno dimostrato che le principali fallacie dell'algoritmo COMPAS riguardavano le sue modalità di funzionamento. Il sistema, invero, generava risultati discriminatori in base al colore della pelle, in quanto gli *score* assegnati dall'algoritmo sovrastimavano il rischio di recidività nei soggetti neri e sottostimavano quello dei bianchi³⁶. Di conseguenza, il tasso di falsi positivi era molto più alto per i neri rispetto ai bianchi. L'origine di tali *bias*, individuata non senza impedimenti giuridici a causa della disciplina USA a tutela dei diritti di proprietà intellettuale e segreto industriale³⁷, risiedeva nella cattiva qualità dei dati processati dalla macchina – fenomeno noto come *garbage in-garbage out*³⁸. In effetti, l'algoritmo rifletteva i pregiudizi insiti nei precedenti umani esacerbandone le discriminazioni in modo seriale.

Nonostante i comprovati effetti discriminatori prodotti dal sistema predittivo, la vicenda Loomis si è conclusa a favore dell'uso di COMPAS ma con alcuni *caveat* a tutela del giusto processo. In particolare, la Corte Suprema del Wisconsin rinveniva la legittimità del programma nella sua strumentalità rispetto alla decisione finale, rimasta di esclusivo appannaggio del giudice e, conseguentemente, rigettava le asserite violazioni del *due process*. In altri termini, la condizione che la valutazione dell'algoritmo non abbia un'incidenza determinante per la decisione del giudice funge da requisito di legittimità per l'applicazione nel procedimento giudiziario del programma predittivo³⁹: nel caso di specie - si argomentava - il giudice si sarebbe pronunciato in egual modo anche senza l'assistenza dalla macchina.

La funzione meramente ancillare dell'IA parrebbe *prima facie* scongiurare il rischio che la macchina pregiudichi il libero convincimento del giudice.

Sotto tale profilo, giova richiamare un altro episodio di cronaca giudiziaria in cui veniva impiegato il *software* COMPAS; l'imputato, Paul Zilly, aveva concordato con l'accusa un patteggiamento di un anno di reclusione e uno di supervisione per aver rubato un bene di modesto valore. Il giudice James Babler, in servizio presso il Tribunale della contea di Barron (Wisconsin), annullava il patteggiamento dopo aver consultato gli *score* assegnati da COMPAS sul rischio di recidiva⁴⁰, imponendo due anni di prigione e tre di supervisione. La modifica *in pejus* della misura sanzionatoria veniva chiaramente determinata dal *dictum* della macchina, come testimoniato dalle eloquenti dichiarazioni

³⁵ J. ANGIN - J. LARSON - S. MATTU - L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in *ProPublica*, 23 maggio 2016, in <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

³⁶ M. HAMILTON, *The biased algorithm evidence of disparate impact of Hispanics*, in *American Criminal Law Review*, vol. 56, 4/2019, 1556 ss.

³⁷ Per una critica alla normativa statunitense eccessivamente sbilanciata a favore della proprietà intellettuale rispetto all'esercizio del diritto di accesso all'algoritmo, A.M. CARLSON, *The need for transparency in the age of predictive sentencing algorithms*, in *Iowa Law Review*, vol. 133, 1/2017, 321 ss.

³⁸ A. GATTI, *L'algoritmo tra volontà e rappresentazione*, in *DPCE online*, 3/2020, 3459: l'A. paragona l'algoritmo al velo di Maya, poiché attraverso la logica inferenziale che si basa sui precedenti giurisprudenziali l'IA è in grado di rivelare al giudice i fattori metagiuridici che inquinano le decisioni umane.

³⁹ Sentenza Loomis, di cui alla nota 31, par. 94.

⁴⁰ Il software COMPAS aveva valutato Zilly ad alto rischio per futuri crimini violenti e a rischio medio per la recidiva generale.

del giudice. Questi, infatti, affermava in udienza che: «quando guardo la valutazione del rischio è quanto di peggio possa esserci» e che «se non avessi avuto il COMPAS, credo che avrei condannato a un anno, sei mesi di reclusione»⁴¹. Il caso Zilly offre uno scenario nitido sulle conseguenze verosimili dell'applicazione all'attività giurisdizionale degli algoritmi predittivi, che pur nascendo come *nudge*⁴² finiscono per assorbire *de facto* l'autonomia decisionale del funzionario.

Infine, anche volendo relegare il *software* a mera *ancilla* del giudice, la natura talvolta opaca delle decisioni automatizzate porrebbe problemi nell'adempimento dell'obbligo motivazionale, garanzia indefettibile del giusto processo ex art. 111 Cost. Invero, la mancanza di trasparenza insita nelle tecnologie più evolute di IA ha spinto la dottrina a descrivere il fenomeno della *black box*⁴³, alludendo emblematicamente alla impossibilità di individuare e comprendere i passaggi che hanno condotto al risultato elaborato dalla macchina con conseguente *vulnus* alla ricostruzione dell'*iter* logico-argomentativo che sostiene la decisione. Ciò si tradurrebbe in un inammissibile sacrificio delle garanzie processuali legate alla contestazione della decisione giudiziale.

4. Gli algoritmi al servizio delle parti

Nell'ambito del discorso sul rapporto tra IA e Giustizia giova considerare che l'uso dei sistemi predittivi è in crescita soprattutto nel settore privato, come testimoniato dalla nascita di numerose *start-up* di *Legal-tech*⁴⁴. Tale *business* si rivolge principalmente agli avvocati, ma potenziali beneficiari sono anche assicuratori, notai, commercialisti, che attraverso le elaborazioni predittive di IA ambiscono a contrastare l'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie⁴⁵.

Invero, i sistemi di IA possono fungere da potenti motori di ricerca dei precedenti e compiere stime sulla probabilità che la domanda giudiziale sia accolta o rigettata. I vantaggi di questa applicazione si riverberano sulle diverse categorie di destinatari: in primo luogo, i cittadini valuterebbero se instaurare il procedimento, frenando in *nuce* istanze che presentano un'alta probabilità di rigetto; in secondo luogo, il sistema giudiziario risulterebbe più efficiente grazie alla riduzione di tempi, costi e forza lavoro relativamente a ricorsi e impugnazioni considerati dilatori e pretestuosi; infine, gli avvocati sarebbero avvantaggiati nell'elaborare una strategia processuale più adattata al caso di specie e verosimilmente orientata alla vittoria in giudizio, anche grazie ai suggerimenti sulle argomentazioni più significative da utilizzare nella trattazione del caso.

⁴¹ J. ANGWIN - J. LARSON - S. MATTU - L. KIRCHNER, *Machine Bias*, cit.

⁴² C.R. SUNSTEIN - R.H. THALER, *Nudge*, New York, 2009, 231.

⁴³ F. PASQUALE, *The black box society*, Cambridge, 2015.

⁴⁴ Per alcuni esempi e dati relativi alle società legal-tech, AGENDA DIGITALE, *Boom delle startup Legal Tech: le conseguenze per il mestiere di avvocato*, in *Agendadigitale.eu*, 9 ottobre 2020.

⁴⁵ E. BASSOLI, *La Ciber-Etica: luci e ombre della predittività algoritmizzata*, in *Giurcost.org, Liber Amicorum Pasquale Costanzo*, 2020, 4.

In tal senso, negli Stati Uniti sono già operativi strumenti di *legal analytics* messi a disposizione degli studi legali. Tra questi si colloca Lex Machina⁴⁶, *software* di LexisNexis, che offre un vasto accesso al *case law* al fine di prevedere le decisioni giudiziarie in materia di *intellectual property law*. Nel dettaglio, la piattaforma promette di coadiuvare l'avvocato nell'elaborare una difesa vincente, fornendo informazioni costantemente aggiornate sugli orientamenti e sul carico pendente di uno specifico giudice. Vengono indicate, per esempio, la durata dei procedimenti innanzi a quel giudice e il tempo che intercorre tra il deposito del ricorso e la pubblicazione della decisione che definisce la controversia. Sotto questo profilo, le ricadute sull'attività di pianificazione di risorse economiche e temporali da parte del difensore sono notevoli, se si considera che la durata di un procedimento ha un impatto rilevante anche sulle spese processuali.

Accanto agli evidenti benefici di tali sistemi è opportuno indicarne le criticità, potenzialmente lesive dei diritti della persona. Precisamente, giova segnalare la vicenda che ha interessato la piattaforma francese Prédicite⁴⁷. L'app di *machine learning*, ideata per prefigurare il risultato potenziale della lite e l'eventuale *quantum* risarcitorio, è stata oggetto di attenzione da parte del Legislatore francese per i rischi legati alla tutela dei dati personali dei giudici.

Nel dettaglio, la Legge 2019-222, di programmazione per il quinquennio 2018-2022 e recante la riforma della giustizia, ha disposto il divieto di pubblicare il nominativo dei magistrati al fine di impedire la loro profilazione. Invero, l'art. 33 ha introdotto una nuova ipotesi di reato individuata nelle attività di riutilizzo dei dati identificativi dei magistrati aventi finalità di analisi e previsione delle loro pratiche professionali⁴⁸. In tal senso, il divieto pone un freno esplicito ai sistemi di *legal analytics*, come appunto Prédicite, che attraverso la ricostruzione degli orientamenti del singolo magistrato espongono quest'ultimo al rischio di pressioni indebite e incentivano pratiche di cd. *forum shopping*. Pertanto, l'intenzione del Legislatore va rintracciata nell'aver dettato una misura di equilibrio tra la pubblicità delle decisioni giudiziarie, espressione del principio di trasparenza, e il diritto alla *privacy* dei soggetti coinvolti nel giudizio, in particolare dei magistrati⁴⁹. A tal fine, si è scelto di introdurre il suindicato divieto a presidio della

⁴⁶ <https://lexmachina.com/legal-analytics/>; illustra il funzionamento della piattaforma J. DIXON, *Review of Legal Analytics Platform*, in *Technolawyer.com*, 23 settembre 2016.

⁴⁷ Il caso riguardava l'attività di ricerca di un avvocato tributarista che aveva utilizzato l'App per ricostruire l'orientamento di alcuni giudici relativamente alle procedure per le richieste d'asilo. I nominativi e alcune informazioni personali dei giudici venivano pubblicati in un articolo *open access*, esponendoli a rischi per la propria incolumità.

⁴⁸ LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 33: «Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.». Il testo di legge è reperibile al link: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038261631>.

⁴⁹ Come si legge nel report del professor Loïc Cadet, l'intervento del legislatore ha inteso contemperare la disponibilità in open data di tutte le decisioni giudiziarie e la riservatezza delle persone interessate, istituendo una prima regolamentazione degli algoritmi che processano i dati risultanti dai provvedimenti giudiziari. Cfr.: L. CADET (a cura di), *L'open data des décisions de justice, rapport de la Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, 2017, 33 ss.

riservatezza del giudice, comminando in caso di violazione una sanzione penale: la detenzione fino a cinque anni. La *ratio* della novella legislativa che sembra risiedere *prima facie* esclusivamente nella protezione dei dati personali, si estende in realtà alla più ampia tutela dell'indipendenza della magistratura, baluardo indefettibile dello Stato di diritto. In conclusione, l'esperienza francese dimostra come il principio consegnato nell'art. 104 Cost., condizione di imparzialità dei giudici e garanzia di eguaglianza dei cittadini in giudizio⁵⁰, presterebbe il fianco a lesioni a causa delle modalità di funzionamento tipiche dell'IA predittiva.

Infine, è verosimile immaginare limitazioni legate all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, già qualificato inviolabile dalla Corte costituzionale e annoverato nell'alveo dei principi supremi⁵¹.

Si pensi, in particolare, all'influenza esercitata *de facto* dall'algoritmo sulla persona che ne legga gli *output*. In caso di valutazione negativa prodotta dal sistema rispetto all'accoglimento della domanda in giudizio, il cittadino risulterebbe scoraggiato ad adire il giudice, sebbene non obbligato in tal senso, rinunciando verosimilmente all'esercizio del diritto di cui all'art. 24, co. 1, Cost.. Similmente, l'avvocato potrebbe rifiutare di prestare il proprio patrocinio nei confronti di cause già in partenza stimate come soccombenti. Ciò si tradurrebbe in una inammissibile vulnerazione del diritto di accesso al giudice, nel suo nucleo duro che la Consulta fa derivare dallo stesso principio democratico, individuato nell' «assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»⁵².

5. Conclusioni

A margine delle riflessioni che emergono dal dibattito sull'utilizzo degli algoritmi predittivi nel settore della Giustizia sorge un più ampio interrogativo di fondo su come assicurare che la macchina non prenda il sopravvento sul decisore umano. Si tratta di un problema che è stato descritto in termini di cattura del decisore⁵³, reso peraltro estremamente probabile in un contesto caratterizzato dalla fuga dalla responsabilità. Difatti, il rischio che il giudice, *amplius* il *decision maker*, si adegui acriticamente

⁵⁰ Sul punto diffusamente, F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *Articolo 104*, nel volume *La magistratura*, tomo II, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1986, 25 ss.

⁵¹ Corte Cost., sent. n. 18 del 1982, in <https://www.giurcost.org/decisioni/1982/0018s-82.html>: «Diritto, questo, che la Corte ha già annoverato “fra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2” (sent. n. 98 del 1965), e che non esita ora ad ascrivere tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale».

⁵² Cfr.: la sentenza di cui alla nota precedente. Secondo il Giudice delle Leggi, sono altresì ammissibili norme che impongano oneri e modalità dirette a evitare l'abuso del diritto o che vogliano «indirizzarlo [...] verso un suo uso adeguato». Corte Cost., sent. n. 47 del 1964, tuttavia, conclude la Corte: «La determinazione concreta di modalità ed oneri [...] non deve, però, neppure rendere la domanda di giustizia difficile o impossibile (come questa Corte ha affermato con la sentenza n. 47 del 4 giugno 1964), ostacolandone la proponibilità fino al punto di pregiudicare o addirittura vanificare il diritto del quale si richiede protezione.», sent. n. 186 del 1972.

⁵³ C. CASONATO, *Giustizia e intelligenza artificiale: considerazioni introduttive*, in *Biolaw Journal*, 2/2021, 364.

all'*output* automatizzato è verosimile anche alla luce di recenti studi psicologici che dimostrano come un soggetto riponga maggiore affidamento nella determinazione della macchina rispetto a quella di un'altra persona⁵⁴. In questo frangente, dunque, occorre assicurare che l'intervento dell'algoritmo nel processo decisionale sia solo strumentale, non del tutto assorbente l'autonomia dell'autorità decidente⁵⁵, ciò in particolare quando l'IA si inserisce in un contesto tanto cruciale quanto sensibile come quello della Giustizia; in alternativa, nel caso di trattamento esclusivamente automatizzato la decisione algoritmica va sempre sottoposta al vaglio del supervisore umano.

Alla luce di ciò, si comprendono i principali orientamenti del *policy maker* sovranazionale e della giurisprudenza interna, teleologicamente protesi ad affermare il mantra dell'essere umano al centro dell'innovazione tecnologica, praticabile solo se il primo mantenga il controllo sulla seconda⁵⁶.

In particolare, il Consiglio d'Europa ha licenziato nel 2018 la Carta etica europea sull'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi⁵⁷, uno strumento di *soft law*, che ha l'obiettivo di piegare le applicazioni dell'IA verso l'efficienza e la qualità della Giustizia, nel rispetto delle garanzie previste dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo a favore del giusto processo (art. 6 CEDU). Il documento, curato dalla Commissione per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ), si rivolge esplicitamente ai decisori politici nazionali e individua cinque principi fondamentali da tenere in considerazione nella definizione di politiche pubbliche specifiche per tali sistemi. In particolare, la conformità dell'IA ai diritti di un processo equo poggia sul principio del «controllo da parte dell'utilizzatore», da cui deriva il divieto di attribuire un effetto prescrittivo alla macchina, preservando l'autonomia del decisore umano, la quale deve essere rafforzata, non limitata, dall'algoritmo. Pertanto, risulta necessario assicurare un approccio proattivo al sistema di IA da parte del professionista della giustizia, che dovrà essere in grado di comprenderne criticamente e non passivamente il funzionamento e la logica, nonché di opporvisi, senza essere in alcun modo vincolato dall'*output* macchinale. Parallelamente, anche il destinatario della decisione automatizzata deve essere informato in modo comprensibile in merito al sistema di IA utilizzato, assicurando il diritto di contestarla in giudizio.

L'Unione Europea è altresì intervenuta con l'obiettivo di creare un ambiente *trustworthy* e rispettoso dei diritti fondamentali in cui sviluppare nuovi sistemi e

⁵⁴ B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journal*, 2/2021, 373. L'A. riferisce come un soggetto sia più incline a cambiare idea quando si confronta con la differente soluzione automatizzata e, al contrario, tende a consolidarla se contraddetto da un'altra persona.

⁵⁵ Sul punto A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN – D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 27.

⁵⁶ Il tema della regolazione merita riflessioni ampie che si intende approfondire nel prosieguo della personale attività di ricerca. Si rinvia ai seguenti contributi, *amplius*: G. DE MINICO, *Towards an "algorithm constitutional by design"*, cit., 398 ss.; A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *Biolaw Journal*, 2/2021, 411 ss.; T. WISHMEYER – T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2020.

⁵⁷ CEPEJ(2018)14, 6 ss.

applicazioni di IA. Nel solco del crisma antropocentrico, sebbene sotto la veste di una normativa *binding*, si colloca la recente proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale, presentata come una regolazione non già sulla tecnologia in sé, quanto piuttosto sui rischi connessi a determinate applicazioni di questa. Sinteticamente, per i sistemi qualificati ad «alto rischio»⁵⁸, tra i quali rientrano gli strumenti finalizzati ad assistere il giudice nell'attività ermeneutica e nell'applicazione della legge, la Commissione propone di delineare un idealtipo di algoritmo, soggetto a specifici requisiti obbligatori di trasparenza, sicurezza e *accountability* che dovranno essere certificati dal produttore mediante un *conformity test*, prima dell'immissione sul mercato, e successivamente sottoposti alla sorveglianza di un'Autorità Indipendente⁵⁹. Tra gli obblighi posti in capo al produttore/utilizzatore dell'algoritmo figura il «controllo umano». Invero, l'art. 14 prescrive che il sistema di IA sia sviluppato in modo da assicurare la supervisione umana, finalizzata a prevenire potenziali lesioni dei diritti fondamentali e tale da consentire al controllore finanche di interrompere il funzionamento della macchina.

Sulla stessa scia si pone il diritto giurisprudenziale e, in particolare, la recente posizione assunta dal Consiglio di Stato⁶⁰ che, attraverso un pronunciamento espressivo della tutela multilivello dei diritti, interpreta gli artt. 13, 14, 15 e 22 del Regolamento europeo 2016/679/UE (GDPR), per affermare quale *condicio sine qua non* per l'impiego degli algoritmi nel procedimento amministrativo che il supervisore umano sia capace di comprenderne la logica di funzionamento e di valutare la legittimità della decisione automatizzata.

In effetti, la normativa in esame ed i più recenti orientamenti giurisprudenziali convergono verso il principio di non esclusività della decisione automatizzata, individuando nello *human in the loop* (HITL) la garanzia principale avverso errori della macchina, in particolare dei sistemi capaci di produrre *output* discriminatori e opachi⁶¹.

Tuttavia, un intervento umano *meaningful*⁶² presuppone che il supervisore sia dotato degli strumenti tecnici e conoscitivi per assolvere la sua attività di controllo in funzione di garanzia. In caso contrario, quest'ultima sarebbe *inutiliter data*. È su questo terreno che dovrebbe collocarsi l'intervento principale del *policy maker* incentivando politiche di alfabetizzazione digitale, come raccomandato peraltro dal documento della CEPEJ. Invero, la conoscenza, fondamento per la comprensibilità e quindi per la governabilità dell'algoritmo, potrebbe scongiurare il rischio di un «*effet moutonnier de*

⁵⁸ L'allegato III, par. 8, della proposta individua i sistemi cd. "ad alto rischio": European Commission, COM(2021) 206 final: «Administration of justice and democratic processes: (a) AI systems intended to assist a judicial authority in researching and interpreting facts and the law and in applying the law to a concrete set of facts».

⁵⁹ Sui pregi e sulle criticità della iniziativa europea si v. le relazioni presentate al Webinar *Regulating AI: A First Analysis of the European Commission's Proposal*, organizzato dall'European Law Institute, il 29 aprile 2021, in <https://www.youtube.com/watch?v=Vr8C1hQ4g1A>.

⁶⁰ C.d.S., Sez. VI, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 881.

⁶¹ B. MARCHETTI, *La garanzia*, cit., 38.

⁶² M.E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 34, 2019, 192.

la justice prédictive»⁶³ e superare la dicotomia uomo-macchina a favore di un'innovazione tecnologica costituzionalmente orientata.

⁶³ A. GARAPON - J. LASS GUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris 2018, 239, cfr.: C. CASONATO, *Giustizia e intelligenza artificiale*, cit., 364.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DISCRIMINAZIONE: QUALI PROSPETTIVE? IL MODELLO INGLESE DEL DATA TRUST

ENRICO MANTOVANI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Intelligenza artificiale e dati. – 3. Intelligenza artificiale e discriminazione. – 4. Criticità degli attuali strumenti di tutela. – 5. Il *Data Trust*. – 6. Conclusioni

1. Introduzione

Il presente contributo si inserisce nel dibattito relativo al rapporto tra intelligenza artificiale (IA) e protezione dei dati personali occupandosi di indagare le modalità più adeguate a garantire un elevato standard di tutela dei diritti fondamentali, senza per ciò compromettere lo sviluppo delle tecnologie di IA. In particolare, sembra necessario riflettere sulla necessità di assicurare un modello di sviluppo e applicazione di tale tecnologia coerente e rispettoso dei principi costituzionali, con specifico riferimento al principio di uguaglianza e non discriminazione di cui all'art. 3, primo comma, della Costituzione – che trova ampia tutela anche nel diritto dell'Unione Europea¹. Lo sviluppo dell'IA, costituirà certamente uno degli elementi più dirompenti con cui la scienza

¹ Il riferimento normativo principe è certamente l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ma la legislazione secondaria è particolarmente vasta e di enorme rilievo applicativo. In dottrina, con riferimento al diritto comunitario, si veda per tutti M. BELL, *Anti-Discrimination and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002 e, per l'Italia, M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

giuridica dovrà confrontarsi nel prossimo futuro, anche, e forse soprattutto, in relazione alla minaccia posta alla tutela dei diritti individuali: il rapporto tra decisione automatizzata, IA e *privacy* pone sfide su molteplici piani, idonee ad alterare in modo significativo il rapporto tra potere ed individuo, si pensi, ad esempio, al tema della sorveglianza, dell'autodeterminazione individuale, e appunto della discriminazione. Dall'altro lato, le enormi potenzialità insite nello strumento in discorso, come confermato anche nel corso della crisi pandemica, non consentono irrealistiche e riduttive soluzioni volte a impedirne lo sviluppo e la diffusione. È invece necessario individuare strumenti, prima regolatori e poi tecnici, funzionali a garantire uno sviluppo e un'applicazione dell'IA conforme ai valori e ai principi costituzionali, fugando il rischio di un pericoloso predominio da parte dei poteri privati² idoneo a consolidare le logiche del «capitalismo della sorveglianza»³. Ad oggi, i principali documenti programmatici che interessano la materia dell'IA, con riferimento a quelli adottati dall'Unione Europea⁴ e dal Regno Unito⁵, opportunamente già stabiliscono come obiettivo primario la realizzazione di un IA conforme a principi etici condivisi, con particolare riferimento alla realizzazione di un'IA sicura, affidabile e capace di generare fiducia tra gli utenti; particolare enfasi è stata dunque posta, specialmente nel diritto comunitario⁶, sulla necessità di prevenire discriminazioni arbitrarie e di assicurare la tutela dei dati personali coinvolti. Di particolare interesse dunque appare l'indagine sulla stretta relazione intercorrente tra la tutela dei dati personali e la prevenzione di decisioni discriminatorie da parte dell'IA e, a tal fine, si procederà sinteticamente ad una disamina del rapporto tra dati personali, intelligenza artificiale e discriminazione, alla valutazione dell'adeguatezza degli attuali strumenti normativi, e infine, alla valutazione di alcune proposte avanzate nel Regno Unito sul tema in esame.

² M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2021.

³ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss, 2019.

⁴ Si pensi alla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'intelligenza artificiale, relativo alle *Questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale*, all'*Assessment List on Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI)* (17 luglio 2020) predisposto dal Gruppo Indipendente di esperti di Alto Livello sull'IA, istituito dalla Commissione Europea, al Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale della Commissione (19 febbraio 2020), agli Orientamenti etici per un'IA affidabile (9 aprile 2019) e alla Strategia europea sull'Intelligenza artificiale (aprile 2018). Per l'Italia, il punto di riferimento è il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino pubblicato dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nel marzo 2018.

⁵ Cfr. Rapporto del Comitato della *House of Lords* sull'IA (dicembre 2020), alla risposta ufficiale a tale rapporto da parte del Governo inglese (febbraio 2021) e all'*AI Roadmap* pubblicata dall'*AI Council* (gennaio 2020).

⁶ I sette pilastri fondamentali previsti negli Orientamenti etici per un'IA affidabile (del 9 aprile 2019) sono: 1) intervento e sorveglianza umani, 2) robustezza tecnica e sicurezza, 3) riservatezza e governance dei dati, 4) trasparenza, 5) diversità, non discriminazione ed equità, 6) benessere sociale e ambientale e 7) accountability. In generale, per una riflessione sulle implicazioni etiche legate allo sviluppo e all'impiego dell'IA, J. KAPLAN, *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*, Oxford University Press, 2016 e per la dottrina italiana, A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 47 e ss.

2. Intelligenza artificiale e dati

Come anticipato, il tema della regolamentazione dell'IA, si interseca significativamente con la dimensione dei c.d. *Big Data*, e sebbene questa relazione possa essere esplorata sotto diversi profili⁷ – ciascuno dei quali fondamentale per addivenire ad un'efficace regolamentazione – in questa sede si approfondiranno quelli legati al rischio di discriminazioni arbitrarie in relazione all'impiego di dati personali degli utenti, tralasciando gli aspetti concernenti i dati non personali⁸. È senz'altro noto che proprio la disponibilità e l'utilizzo di una amplissima quantità di dati rende possibile l'apprendimento automatico e l'elaborazione di meccanismi predittivi efficaci, con la conseguenza che tanto maggiore sarà la mole di dati messa a disposizione per alimentare il sistema di *machine learning*, tanto maggiore risulterà la capacità di apprendimento del sistema, nonché la sua affidabilità e precisione; si parla in proposito di una tecnologia «*Data Intensive*»⁹. A tal proposito, pare opportuno soffermarsi, nonostante l'assenza di un'univoca nozione, sulla definizione di IA avanzata dal Gruppo Indipendente di esperti di Alto Livello nominati dalla Commissione Europea che fa riferimento appunto al processo di acquisizione ed analisi dei dati raccolti quale elemento strutturale della tecnologia in discorso, riferendosi a «*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 sulle conoscenze, o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato*»¹⁰. Invero, pur non potendo ignorare la complessità definatoria diffusamente analizzata da recente dottrina¹¹, per tutti i sistemi di IA, ma specialmente per i sistemi sub-simbolici¹², non può tralasciarsi l'importanza dell'impatto

⁷ Si pensi ai rilevanti risvolti sul piano del diritto della concorrenza, per tutti G. BELLITTI, *Big Data e Abuso di Posizione Dominante*, in *Diritto Antitrust*, A. CATRICALÀ, E. CAZZATO e F. FIMMANÒ (a cura di), 2021, p. 472 e ss. Da ultimo, G. SCHNEIDER, *Data sharing for collaborative research under art. 101 TFEU: lessons from the proposed regulations for data markets* in *European Competition Journal*, 2021.

⁸ Per fare un esempio dei primi, si pensi alle informazioni relative alla storia creditizia, alle propensioni di acquisto di un consumatore, oppure alle informazioni relative alla salute o alle preferenze politiche di un lavoratore e, per i secondi, le informazioni relative allo stato funzionale di un veicolo intelligente (chilometri percorsi, anomalie rilevate, strade attraversate, etc.), agli elettrodomestici interconnessi, oppure le informazioni prodotte dal settore pubblico (informazioni catastali, cartografiche, meteorologiche, etc). Cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica Del Diritto*, 2019, 199-236.

⁹ A. SIMONCINI, 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.

¹⁰ High-Level Expert Group On Artificial Intelligence, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, Bruxelles, 8 aprile 2019, 6.

¹¹ Per la dottrina italiana, il riferimento sono C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, 365 e ss. e C. NARDOCCI, *Intelligenza Artificiale e Discriminazioni*, Relazione al Convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa" (Versione provvisoria). Per la dottrina straniera, K. FRANKISH, W. M. RAMSEY (a cura di), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 89.

¹² La distinzione tracciata tra sistemi simbolici e sub-simbolici fa riferimento alla logica sottesa al sistema di IA per cui, nel primo caso, esso opera sulla base di regole logiche-deduttive predeterminate dal

che i dati hanno per il loro funzionamento e per le decisioni assunte. Ancora più rilevante, tuttavia, risulta l'incidenza nella fase di apprendimento, per quei sistemi definiti c.d. *learning* (e.g. *deep learning*) già oggi, ad esempio, i principali sistemi di IA vengono continuamente "addestrati" sfruttando l'ampissima quantità di dati prodotti su internet, ovvero *data-sets* più specifici, come nel caso della ricerca medica avviene mediante banche dati informatiche specializzate¹³. Nel dibattito più recente, sono state opportunamente superate le iniziali perplessità relative alla questione della potenzialità discriminatorie insite nelle tecnologie di intelligenza artificiale, venendo rilevata l'inadeguatezza di una costruzione giuridica che muova dalla considerazione di una pretesa neutralità dello strumento tecnico al fine di cogliere la complessità dell'IA: è ormai chiaro che essa ben può produrre risultati inesatti, errati e, talora, appunto, perfino discriminatori¹⁴, come emerso nell'ampia casistica esaminata dalla dottrina¹⁵ e dai recenti casi che in Italia sono stati oggetto di intervento da parte della giurisprudenza di merito¹⁶.

3. Intelligenza artificiale e discriminazione

La capacità di un sistema di IA di generare risultati corretti consegue irrimediabilmente a due fasi: (i) la fase programmazione e realizzazione del sistema e (ii) quella di apprendimento. In ciascuna di queste, possono introdursi, scientemente o inconsapevolmente, elementi tali da ingenerare risultati idonei a escludere o sotto rappresentare specifici gruppi: i pregiudizi del programmatore, la poca varietà – o ricchezza – dei dati considerati dall'algoritmo, sono tutti fattori che potenzialmente possono avere radicali effetti distorsivi. Per quanto riguarda la prima fase, si segnalano in particolare quei meccanismi relativi all'individuazione delle caratteristiche rilevanti per

programmatore, al contrario nel secondo caso, la macchina segue un approccio dal basso – rimanendo priva di regole predeterminate – procedendo all'analisi dei dati sottoposti secondo una logica correlativa. Cfr. C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale*, cit. e EUROPEAN PARLIAMENT, *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?*, EPRS-STOA, 2020, 2 ss. Si noti anche si stanno studiando sistemi misti che sfidando anche questa categorizzazione, sul punto, P. TRAVERSO, *Forum AI and Law*, in *Biolaw Journal*, 2020, n. 1, 480.

¹³ P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Consulta Online*, 16 marzo 2020.

¹⁴ Per ampi riferimenti al tema e, in special modo, ai profili relativi all'applicazione delle normative antidiscriminazione, si veda C. NARDOCCI, *Intelligenza Artificiale e Discriminazioni*, cit. Ulteriori riferimenti, più generali, in P. ZUDDAS *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, Cit.; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *BioLaw Journal*, 2019, 2, 269 ss.; M. FAVARETTO, E. DE CLERCQ, B. SIMONE ELGER, *Big data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic review*, in *Journal of Big Data*, 2019, 1 e ss.

¹⁵ Cfr. A. HOFFMANN, *Where fairness fails: data, algorithms, and the limits of antidiscrimination discourse*, in *Communication & Society*, 2019; J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Publications Office of the European Union, 2020.

¹⁶ Tribunale di Bologna, ordinanza del 31 dicembre 2020 (caso «Deliveroo»), su cui, per tutti, si rimanda a M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 7(1), 2021, I.48-I.76 e Tribunale di Torino, sentenza n. 778 del 7 maggio 2018 (caso «Foodora»), su cui si veda, C. SALAZAR, *Diritti e algoritmi: la gig economy e il «caso Foodora», tra giudici e legislatore*, in *Consulta Online*, 2019, 143 e ss.

il sistema, dunque oggetto dell'indagine compiuta dalla macchina (*target variable*, *feature selection*) per la successiva associazione con una determinata categoria (*class label*). In questi casi, la questione è resa particolarmente complessa dalla possibile valutazione di elementi che solo indirettamente possono generare effetti discriminatori, si pensi ad esempio alle c.d. *proxy discriminations*, con la conseguenza che previsioni volte a vietare la considerazione di caratteristiche tradizionalmente legate a scelte discriminatorie (e.g. razza, sesso, orientamento sessuale) – come tra l'altro espressamente previsto dall'art. 22.4 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) – non sempre sono idonee a prevenire la costruzione di sistemi di IA portatori di risultati *biased*, data la possibile considerazione di elementi diversi da quelli vietati ma comunque idonei a discriminare specifici gruppi. Ancora più rilevante per i nostri fini risultano tuttavia i rischi insiti nella seconda fase, quella di apprendimento, in cui la macchina operando in modo, più o meno, autonomo si discosta dal modello iniziale e produce soluzioni al problema sottoposto, sulla base dell'analisi svolta. La logica correlativa di un sistema di IA potrebbe dunque procedere a identificare tra i dati analizzati correlazioni ritenute rilevanti, traendo dalla vastità delle interrelazioni presenti decisioni idonee a produrre esiti discriminatori. In particolare, straordinariamente complessi da affrontare sono le questioni legate alle decisioni discriminatorie generate all'interno della “*black box*” quindi autonomamente prodotte dal sistema di IA, al di fuori del controllo del soggetto programmatore e frutto di una logica non comprensibile da parte dell'uomo. Il rischio che tali sistemi individuino caratteristiche idonee a distinguere specifici gruppi, nonostante espressi divieti imposti in tal senso, secondo logiche che ripropongono schemi incorporati nei *data set* analizzati, può condurre nella riproduzione e spesso produzione di disparità economiche e sociali nella decisione algoritmica¹⁷, senza che tale logica decisionale possa essere agevolmente ricostruita *ex post*. Il rischio è la possibile disparità nell'accesso a beni e servizi essenziali per certi gruppi svantaggiati e la contribuzione alla «creazione di invisibili», talora realizzando nuove forme di discriminazione impreviste ed imprevedibili¹⁸, essendo di fatto il *proprium* dell'IA quello di discernere e distinguere (con il conseguente dovere per il giurista di interrogarsi su cosa costituisca una discriminazione illegittima¹⁹). In altri termini, risultati discriminatori possono conseguire, sia nel caso in cui i dati impiegati non siano adeguatamente rappresentativi della ricchezza del tessuto sociale analizzato – conducendo dunque ad una distorta e parziale comprensione della realtà – sia nel caso in cui si riproducano disparità effettivamente esistenti, con il rischio di una «invisibile produzione di invisibili».

L'analisi di dati parziali o compromessi, nella misura in cui favorisce la produzione o interiorizzazione di logiche discriminatorie, difficilmente può essere corretta efficacemente *ex post*, ad esempio mediante l'introduzione di correttivi; per questo è particolarmente importante identificare e rimuovere i potenziali *bias* già nella fase della

¹⁷ R. XENIDIS, *Turning EU Equality Law to algorithmic discrimination: three pathways to resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6, 2020.

¹⁸ M. MANN, T. MATZNER, *Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination*, in *Big Data & Society*, 6, 2019.

¹⁹ *Ibidem*. Si veda anche L. ALEXANDER, *What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 191, 1992.

raccolta dei dati, e dunque procedere all'acquisizione di un panorama informativo il più possibile ampio e completo, come ha ricordato da ultimo anche il gruppo di esperti nominato dalla Commissione Europea sull'IA²⁰. La dottrina ha efficacemente parlato di una logica del *garbage in – garbage out*, per cui «*dati incongrui, inesatti o non aggiornati non possono che produrre risultati decisionali inaffidabili*»²¹ con l'ulteriore precisazione che, con specifico riferimento ai sistemi di IA, l'introduzione di *Bad Data* nella fase di apprendimento non solo compromette l'esito del processo decisionale ma ne pregiudica lo strumento e dunque la sua capacità di apprendere, trasformando l'errore occasionale in errore sistematico²².

4. Criticità degli attuali strumenti di tutela

Agli albori della rivoluzione digitale, era radicata l'idea per cui la promessa di libertà di internet potesse essere frustrata da tentativi di regolazione che ne minassero la natura spontanea, orizzontale e policentrica; si invocava – al contrario – l'avvento per autopoiesi di un'autoregolamentazione fondata, almeno nelle impostazioni iniziali, su regole puramente tecniche che fossero immuni dall'intervento statale²³. Ad oggi, analoghi interrogativi si sono posti in merito all'opportunità di un intervento di regolazione in materia di IA, frapponendosi posizioni favorevoli ad un minimo intervento da parte dei soggetti pubblici, in favore dell'affermazione di un «*diritto spontaneo*»²⁴ in linea con la nota nozione di *lex informatica* avanzata da Lessig²⁵ avente natura di *co-regulation* con lo Stato – od altri attori pubblici – e di *self-regulation* dal basso o ancora di «*costituzioni civili*» secondo l'impostazione di Gunther Teubner²⁶, e opposte posizioni che evidenziano il rischio che un simile approccio di *de-regulation* possa rafforzare ulteriormente centri di potere privati la cui natura organizzata, opaca ed oligopolista, non sembra compatibile con i principi cardine del costituzionalismo e con la sua tradizionale missione di «*limitare il potere, pubblico o privato che sia*»²⁷.

Se dunque la necessità di un «*costituzionalismo digitale*»²⁸ si impone, le possibili modalità di attuazione sono numerose e complesse, così come l'individuazione del livello

²⁰ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *The Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence*, 2020.

²¹ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit.

²² F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, 2018, 288.

²³ Per approfondimento si rinvia a M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit. e G. DE MINICO, *Fundamental Rights, European Digital Regulation and Algorithmic Challenge*, in *Media Laws*, 1/2021.

²⁴ T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell'informatica*, 2020, 483.

²⁵ L. LESSIG, *Code*, Basic Books, 2006.

²⁶ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005; G. TEUBNER, A. FEBBRAJO, *State, Law and Economy as autopoietic system. Regulation and autonomy in a new perspective*, Milano, 1992.

²⁷ T. GROPPI, *Alle frontiere dello Stato Costituzionale, Innovazione tecnologica e Intelligenza Artificiale*, in *Consulta Online*, 3, 2020, 681.

²⁸ Da ultimo, si veda la recente ricostruzione di G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19/1, 2020, 41-70.

più adeguato di regolazione e dei soggetti istituzionali deputati ad intervenire. A tal proposito, si rileva come l'Unione Europea abbia opportunamente deciso di agire e, nelle more dell'adozione di uno strumento di compiuta regolazione dell'IA²⁹, le principali disposizioni sulla materia si rinvergono nel GDPR, a testimonianza della stretta connessione tra *privacy* ed IA. Senza alcuna pretesa di completezza, si nota che, come rilevato anche da larga parte della dottrina³⁰, le tutele garantite all'individuo soggetto a decisioni automatizzate da tali disposizioni, ed in particolare, dagli artt. 15 e 22 del GDPR, non sembrano ancora sufficienti ad assicurare un adeguato livello di garanzia. In particolare, pur ammettendo il riconoscimento di un vero e proprio «diritto alla spiegazione dell'algoritmo», in luogo di un più limitato diritto di accesso alle informazioni relative al funzionamento dello stesso, esso sembra di difficile conciliazione, sia con le già segnalate difficoltà in termini di spiegabilità e comprensibilità della logica algoritmica, sia con l'elevata complessità tecnica della materia. In altri termini, sembra ragionevole dubitare che i meccanismi informativi così disegnati siano idonei a consentire all'individuo di “aprire la black-box” o di comprendere cosa vi sia all'interno. Allo stesso tempo, il divieto di essere sottoposti a decisioni esclusivamente automatizzate, si scontra con la possibilità di aggirare la previsione – introducendo *a human-in-the-loop* – e con le numerose eccezioni a cui il divieto è soggetto, tra cui l'avvenuta prestazione del consenso dell'interessato³¹. Il tema del rischio di discriminazione è poi solo marginalmente trattato dal GDPR (al Considerando 71) in una disposizione assolutamente generica e di dubbia efficacia³². In sintesi, il GDPR, nonostante il significativo progresso rispetto alla Direttiva 95/46/CE³³, stabilisce un sistema di garanzie ancora inadeguato a reagire alle complessità dell'IA anche in ragione di una tutela di natura eminentemente individuale che sembra ormai inadeguata a salvaguardare anche quella dimensione istituzionale che appare quanto mai

²⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) COM/2021/206 del 21 aprile 2021.

³⁰ Cfr. 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 Law & Technology Review*, 16, 2017; S. WACHTER, 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*, 2/2017; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 79 e ss.

³¹ Sono notissime le critiche mosse all'effettività del consenso prestato per servizi resi su internet, ambito in cui le informative sono lunghe decine di pagine e raramente sono oggetto di grande attenzione da parte dell'utente, tuttavia, ancora più rilevante, sembra essere la scarsità di opzioni a disposizione del soggetto che, davanti alle richieste di consenso, spesso ha una sola alternativa, accettare o non usufruire del servizio offerto. Muovendo proprio da questa valutazione l'Autorità tedesca garante per la concorrenza (Bundeskartellamt, 2019) ha ritenuto che Facebook avesse commesso un abuso di posizione dominante nella misura in cui subordinava l'accesso ai suoi prodotti all'accettazione da parte dell'utente di penetranti meccanismi di raccolta dati e profilazione, sottolineando che: “*There is no effective consent to the users' information being collected if their consent is a prerequisite for using the Facebook service in the first place*”. Cfr. E. BIETTI, *The Discourse of Consent and Control over Data in EU Data Protection Law and Beyond*, in *Aegis Paper Series*, 2020.

³² C. NARDOCCI, *Intelligenza Artificiale e Discriminazioni*, cit., 62.

³³ Si pensi al nuovo rilievo attribuito all'*accountability* del titolare del trattamento, alle previsioni sulla valutazione di impatto (art. 35) e l'importante disposizione sul principio della *privacy by design* (art.25).

opportuno riconoscere al diritto all'autodeterminazione informativa³⁴; riconoscendo quindi tale diritto non solamente nella sua dimensione negativa volta a salvaguardare l'interesse di uno specifico individuo ma quale uno dei valori fondamentale per l'intera società digitale. Non solo il rischio di una discriminazione sistemica, di cui *supra*, investe potenzialmente l'intero gruppo sociale oggetto di discriminazione, ma la stessa tutela degli interessati al trattamento dei dati oggetto della fase di *learning* non può limitarsi – anche in ragione dell'evidente squilibrio nei rapporti di forza con i potenti attori privati che dominano il settore – ad un rapporto bilaterale con l'operatore che opera il trattamento. È quindi opportuno muovere dal riconoscimento di una sfera di tutela collettiva³⁵, correlata a meccanismi di tutela istituzionalizzata, tra cui, naturalmente, *in primis*, il Garante per la protezione dei dati personali, tali da offrire efficaci strumenti per incidere sulla costruzione di macchine conformi ai valori di trasparenza, rispetto della *privacy*, dignità umana e non discriminazione, intervenendo sia nella loro fase genetica di programmazione che in quella successiva di raccolta dei dati necessari per il loro funzionamento.

5. Il Data Trust

Al fine di elaborare strumenti di tutela dei diritti efficaci, ed idonei a prevenire il rischio che *bias* acquisiti nel corso della fase di apprendimento possano indurre un'IA ad assumere autonomamente decisioni discriminatorie, occorre dunque identificare un soggetto quale responsabile più idoneo ad assicurare una raccolta dei dati – funzionale ai processi di *machine learning* – in linea con i requisiti di qualità e diversificazione necessari. Se l'inadeguatezza del ricorso all'autoregolamentazione dei produttori di sistemi di intelligenza artificiale è già stata sottolineata, occorre evidenziare anche l'inopportunità di attribuire a tali soggetti la responsabilità di provvedere ad una raccolta dei dati «etica», finanche temperata da una vigilanza pubblica (e.g. mediante codici di condotta, certificazioni, etc.). A ragioni di carattere pratico, relative all'evidente conflitto di interesse in cui verserebbe un soggetto chiamato a controllare se stesso, si sommano considerazioni di carattere teorico legate all'opportunità di riconoscere anche in una fase preliminare, e forse specialmente in questa – in considerazione di quanto si è argomentato sopra – un ruolo all'individuo-utente, il quale oltre ad essere l'interessato del trattamento dei dati personali potrebbe essere anche oggetto dalle future decisioni della macchina. La rilevata esigenza di assicurare un efficace strumento di tutela collettiva e la necessità di ispirare una diffusa fiducia (*trust*) nei sistemi di IA hanno condizionato l'elaborazione di alcuni istituti nell'ordinamento inglese che, sebbene ad una prima analisi appaiano per

³⁴ Nello stesso senso, G. DE MINICO, *Fundamental Rights, European Digital Regulation And Algorithmic Challenge*, cit., 29.

³⁵ Cfr. B. CARAVITA, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 451 ss; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica*, cit; C. COLAPIETRO, A. MORETTI., *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale*, cit.. Si è parlato anche di *privacy* collettiva o di gruppo, cfr. M. LOI, M. CHRISTEN, *Two Concepts of Group Privacy*, in *Philosophy & Technology*, 33/2020, 207–224.

certi versi lontani dalla prospettiva assiologica e culturale italiana dell'Unione Europea, possono offrire un'importante occasione di comparazione. Sebbene la proposta britannica in materia di IA sia ancora in fase di elaborazione, sono già disponibili diversi documenti preparatori e programmatici tra cui, recentemente, una comunicazione del Governo Inglese all'*House of Lords Select Committee on Artificial Intelligence*³⁶, da cui emerge l'attenzione riservata all'innovativo istituto dei *data trusts*, la cui importanza è confermata anche dal gruppo di esperti (*Report Hall-Pesenti*)³⁷ che nel 2017 ha posto le basi per l'elaborazione della strategia inglese, identificando i *data trusts* come la più importante tra le misure da implementare³⁸.

Tale istituto è funzionale ad assicurare la realizzazione, sin dalla fase di sviluppo e apprendimento dell'IA, di sistemi in linea con principi etici condivisi così da assicurare un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali a partire da quello della protezione dei dati personali e di tutela da possibili risultati discriminatori³⁹. Il Regno Unito dunque è orientato a raggiungere tali obiettivi, che nei loro tratti principali sono sovrapponibili a quelli stabiliti a livello europeo⁴⁰, focalizzando l'attenzione sui temi della *data governance* in relazione ai processi di IA: particolare attenzione è dunque posta alle modalità di gestione e selezione dei dati impiegati nelle fasi di *machine learning*, ricorrendo ad innovativi istituti – di chiara matrice privatistica e fondati su una concezione patrimoniale del rapporto individuo e dato personale – quali appunto i *data trusts*, i contratti e le *data cooperatives*⁴¹. L'istituto del *data trust*⁴² – che riproduce, sebbene con diverse differenze rispetto all'istituto tradizionale, lo schema del *trust* di diritto inglese – comporta la costituzione di un soggetto giuridico da parte di un gruppo di utenti che mette a disposizione i propri dati personali, assumendo le vesti sia di disponente del *trust* che di beneficiario degli obblighi fiduciari⁴³ verso gli amministratori, i quali saranno chiamati a gestire i dati personali conferiti, ed esercitare i diritti

³⁶ *Government Response to the House of Lords Select Committee on Artificial Intelligence*, Febbraio 2021, disponibile al [sito](#).

³⁷ D. W. HALL, J. PESENTI, *Growing the artificial intelligence industry in the UK*, 2017. Si veda poi, il Working group ADA Lovelance Institute, *Final Report on Exploring legal mechanisms for data stewardship*, marzo 2021, disponibile al seguente link: <https://www.adalovelaceinstitute.org/report/legal-mechanisms-data-stewardship/>

³⁸ UK House of Lords, *AI in the UK: No Room for Complacency*, 2020, 13; secondo cui “*The Hall-Pesenti Review made 18 recommendations on how to make the UK the best place in the world for businesses developing AI. Professor Hall told us that they “made data trusts the first recommendation in our review.”*”

³⁹ In questo senso, si veda, Working group ADA Lovelance Institute, *Final Report on Exploring legal mechanisms for data stewardship*, 32.

⁴⁰ *Una Strategia europea per i dati*, COM (2020) 66 FINAL, 19.02.2020.

⁴¹ In questa sede non si approfondiranno tali due ultimi istituti, basti solo considerare che i primi sono contratti standardizzati per la cessione di dati e i secondi sono associazioni di utenti funzionali ad un esercizio collettivo dei diritti spettanti agli interessati.

⁴² Sulla tematica del *data trust*, J. LAU, J. PENNER, B. WONG, *The Basics of Private And Public Data Trusts*, in *NUS Law Working Paper Series*, 19, 2019. BPE Solicitors, Pinsent Masons & Chris Reed, *Data trusts: legal and governance considerations*, Open Data Institute, 2019, disponibile online al link: <https://theodi.org/wp-content/uploads/2019/04/General-legal-report-on-data-trust.pdf>; S. DELACROIX, N. LAWRENCE, *Bottom-up data Trusts: disturbing the ‘one size fits all’ approach to data governance*, in *International Data Privacy Law*, 2019, 9-4.

⁴³ Per una compiuta ricostruzione della disciplina dei Trusts nel diritto inglese, il riferimento per la dottrina italiana è M. LUPOI, *Trusts*, 2001.

corrispondenti, secondo la diligenza che ispira tradizionalmente l'istituto, con il fine di curare gli interessi degli utenti nei confronti dei fornitori o produttori di sistemi di IA a cui i dati raccolti potranno essere ceduti, eventualmente dietro corrispettivo. Al di là dell'esatta corrispondenza del modello proposto con lo schema tradizionale del *trust* inglese, stante l'assenza di un vincolo di irrevocabilità, che invece caratterizza il modello tradizionale, e la mancanza di una netta indipendenza degli amministratori rispetto ai disponenti, l'elemento centrale della proposta è la decisione di interporre tra i fornitori di dati personali e i gestori di sistemi di IA, dei soggetti giuridici nuovi, preposti alla cura dei diritti e degli interessi dei primi, sulla base di solidi vincoli fiduciari che, nell'ordinamento inglese, sono considerati più efficaci di un modello di responsabilità extracontrattuale o contrattuale. L'elaborazione dell'istituto in commento risale alla metà del 2015⁴⁴, per poi venire ripreso dal Report Hall-Pesenti nel 2017, dalle proposte di regolazione del Governo inglese e dal report del 2021 dell'*Ada Lovelace Institute (Report ADA 2021)*, tuttavia anche in precedenza si rintracciano diversi contributi da parte della dottrina anglosassone interessata a verificare la possibilità di costruire forme aggregate di gestione e tutela collettiva dei dati personali⁴⁵. Più precisamente, l'utilizzo del termine *trust* avveniva spesso in modo atecnico riferendosi talvolta alla nomina di un rappresentante comune degli interessi degli utenti vincolato da obblighi fiduciari (c.d. *data stewardship*), lo stesso Report Hall-Pesenti fa riferimento alla nozione di *data trust* come “*not a legal entity or institution, but rather a set of relationships underpinned by a repeatable framework, compliant with parties' obligations, to share data in a fair, safe and equitable way*”⁴⁶. In particolare, uno dei punti controversi più rilevanti circa l'ammissibilità di un *data trust*⁴⁷ verteva sulla effettiva possibilità di ammettere la sussistenza di un vero e proprio diritto di proprietà da parte dell'interessato sui dati personali che, in ossequio allo schema tradizionale, avrebbero dovuto costituire l'oggetto del conferimento, formando dunque, come sopra si è provato ad illustrare, il patrimonio comune che i *trustee* sarebbero poi chiamati ad amministrare⁴⁸. Nonostante l'ampiezza del dibattito, dalle radici molto profonde, le più recenti proposte ricostruttive hanno superato la questione della sussistenza o meno di un diritto di proprietà da parte dell'interessato sui dati ceduti, ipotizzando il conferimento⁴⁹ dei diritti soggettivi vantati

⁴⁴ J. LAU, J. PENNER, B. WONG, *The Basics Of Private And Public Data Trusts*, in *NUS Law Working Paper Series*, cit. e S. DELACROIX, N. LAWRENCE, *Bottom-up data Trusts: disturbing the 'one size fits all' approach to data governance*, cit., con riferimento ad una pubblicazione di N. LAWRENCE, *Data trusts could allay our privacy fears*, in *The Guardian Media & Tech Network*, 2016 disponibile al link, <https://www.theguardian.com/media-network/2016/jun/03/data-trusts-privacy-fears-feudalism-democracy>.

⁴⁵ Per tutti, L. EDWARDS, *The Problem with privacy*, in *International Review of Law Computers & Technology*, 18, 2004.

⁴⁶ D. W. HALL, J. PESENTI, *Growing the artificial intelligence industry in the UK*, 46.

⁴⁷ Tale rilievo è contenuto, a titolo esemplificativo, nel Report dell'Open Data Institute, *Data trusts: legal and governance considerations* del 2019.

⁴⁸ Per un'efficace sintesi del dibattito si rinvia a B. MCFARLANE, *Data Trusts and Defining property*, disponibile al seguente link: [tps://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/property-law/blog/2019/10/data-trusts-and-defining-property](https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/property-law/blog/2019/10/data-trusts-and-defining-property).

⁴⁹ Naturalmente, le modalità di conferimento non possono non considerare i vincoli attualmente imposti dal GDPR, e in particolare dall'art. 80, e dall'analoga legge inglese (il c.d. *UK Data Protection Act* del 2018) in tema di trasferibilità dei diritti ivi riconosciuti. Per riferimenti in questo senso, e sulle proposte avanzate per utilizzare le specificità dell'istituto del *trust* per aggirare tali limitazioni, si rimanda alla relativa

dagli interessati sui propri dati ad una organizzazione, il *trust*, che li eserciti in loro nome e per loro conto⁵⁰.

Il Report ADA 2021 affronta diffusamente le possibili forme e modalità di costituzione dei *trusts*, ammettendo l'instaurazione di forme di collaborazione con soggetti dotati di particolare competenza tecnica e indipendenza (e.g. associazioni, centri di ricerca, imprese, etc.) e ipotizzando la formazione di un mercato competitivo, in cui l'utente possa scegliere tra i diversi *trusts* quello più adeguato alle proprie esigenze, mantenendo sempre la facoltà di recedere dal rapporto così instaurato. Sarebbero dunque questi soggetti giuridici a occuparsi della raccolta, selezione, anonimizzazione, pseudonomizzazione dei dati degli aderenti/beneficiari, nonché a intrattenere rapporti con i terzi interessati alla acquisizione di tali dati, ad esempio per il funzionamento di sistemi di IA, sfruttando la "forza negoziale" aggregata delle molteplici posizioni individuali di cui sono portatori. Il *trust* sarebbe dunque responsabile che la raccolta dei dati, avvenuta su base volontaria secondo il meccanismo del conferimento al *trust*, comporti trattamenti dei dati personali in linea con le volontà degli utenti, e costituisca un *set* di dati affidabile per lo specifico trattamento a cui dovranno essere devoluti, facendosi dunque garante della correttezza, completezza e varietà dei dati raccolti, senza per questo esimere da responsabilità l'IA, i cui produttori saranno comunque tenuti ad adottare tutte le misure necessarie per evitare esiti discriminatori. Questo aspetto dell'istituto costituisce un importante risposta al problema della discriminazione, esso infatti – in linea con la nota fragilità della garanzia del consenso dell'interessato nel mondo digitale⁵¹ – e in antitesi con gli attuali meccanismi di raccolta e gestione dei dati fondati generalmente su rapporti contrattuali tra singoli individui e operatori privati, consente di rivalutare l'importante apporto degli individui nella circolazione dei dati, riconoscendo loro un ruolo attivo in termini di partecipazione alla costruzione di una *data economy* più equa e giusta per tutti.

A tal proposito, di particolare importanza sono gli aspetti relativi alla *governance* del *trust* e agli strumenti di partecipazione degli utenti che potrebbero prestabilire le specifiche finalità del trattamento, limitando la raccolta dei dati, ad esempio ad uno specifico settore di ricerca, nonché prevedere periodiche forme di consultazione dal basso (*bottom-up*), salva naturalmente la possibilità, in caso di controversie, di ricorrere alla tutela giurisdizionale nelle Corti di *equity*. Analogamente, nel Report ADA 2021, vengono illustrate diverse forme di finanziamento per i *data trusts*, elemento davvero centrale per la stessa qualificazione dell'istituto, tra cui vengono citate autonome fonti di remunerazione provenienti dallo scambio dei dati raccolti presso gli utenti, la contribuzione da parte degli utenti stessi, le sponsorizzazioni di imprese private e finanziamenti o sussidi pubblici, ovvero combinazione di una o più tra queste modalità.

sezione del Report ADA 2021, pag. 27 e ss.. In dottrina, S. DELACROIX, N. LAWRENCE, *Bottom-up data Trusts: disturbing the 'one size fits all' approach to data governance*, Cit., 27.

⁵⁰ Secondo la definizione contenuta nel Report ADA 2021, "A data trust is a proposed mechanism for individuals to take the data rights that are set out in law (or the beneficial interest in those rights) and pool these into an organisation – a trust – in which trustees would exercise the data rights conferred by the law on behalf of the trust's beneficiaries." Working group ADA Lovelance Institute, *Final Report on Exploring legal mechanisms for data stewardship*, 34.

⁵¹ Su cui si rimanda, *supra*, a n. 31.

In questa sede non è possibile compiere una completa disamina dei profili segnalati, tuttavia si osserva che tale ultimo aspetto è senz'altro centrale, in particolare con riferimento alle due opposte alternative di realizzare *trusts* fondati sulla cessione dietro corrispettivo dei dati degli utenti⁵² – i cui profitti potrebbero essere ridistribuiti tra questi, nella doppia veste di disponenti e beneficiari – ovvero, *trusts* caratterizzati dall'assenza di ogni forma di lucro. La differente natura assunta dall'istituto, e la conseguente necessità di prevedere una adeguata regolamentazione, non può non avere significative ripercussioni operative incidendo sul numero e diffusione di questi soggetti nonché sull'attrattività degli stessi per gli utenti che, stante la limitata consapevolezza o interesse che viene registrato sui temi della tutela dei dati personali, potrebbero essere poco inclini ad aderirvi spontaneamente in assenza di forma di incentivazione. Diversi punti rimangono quindi ancora aperti e sarà necessario attendere la formalizzazione di proposte più puntuali per compiere una valutazione⁵³. Tuttavia, sembra opportuno monitorarne attentamente gli sviluppi dell'istituto in discorso, in quanto esso potrebbe costituire un innovativo ed efficace meccanismo di tutela collettiva degli utenti, specialmente se accompagnato da una forte partecipazione o controllo dello Stato (c.d. *Public Data Trust*). Al contrario, sembrerebbe problematico ammettere la proliferazione di molteplici *trusts* privi di una legittimazione e controllo da parte degli utenti, ma costituiti direttamente dai poteri privati al fine di legittimare le proprie attività⁵⁴.

6. Conclusioni

Se dunque il *data trust* costituisce un rilevante strumento di garanzia dei diritti nell'era dell'IA, nella misura in cui potrebbe contribuire alla realizzazione di una *governance* dei dati “dal basso” – in antitesi a quella governata da potenti forze economiche private – e alla costruzione di sistemi IA affidabili e non discriminatori, esso risulta nondimeno funzionale a favorire lo scambio di dati su larga scala, in linea con i

⁵² Per una riflessione sul valore di scambio dei dati personali, ed in particolare sulla natura non rivale e non escludibile del bene in discorso, da cui discende la possibilità di una cessione a più soggetti contemporaneamente, si veda A. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, no. 2/2019.

⁵³ Per una analisi, in senso critico, delle varie proposte che sono state avanzate sul tema in discorso, con particolare riferimento al tema della *governance* e del finanziamento, si veda il Report dell'Open Data Institute, BPE Solicitors, Pinsent Masons & Chris Reed, *Data trusts: legal and governance considerations*, cit.

⁵⁴ Uno dei più noti esempi di *Data trust* è quello proposto nel 2018 da *Sidewalk Labs*, una società del gruppo Google, da istituirsi in un quartiere della città di Toronto (Canada) al fine di gestire i dati personali e non che sarebbero stati raccolti nell'ambito di una nuova *smart city*. Si trattava quindi di realizzare un «*urban data trust*» che rappresentasse gli interessi dei cittadini con riferimento alla massiccia raccolta di dati derivante dall'impiego di forme di monitoraggio che si intendeva porre in essere per il miglioramento di diverse funzioni locali e servizi pubblici, dalla gestione del traffico, alla qualità dell'aria, al sistema di telecamere. Nelle dichiarazioni dei promotori, il progetto era funzionale a tutelare il diritto alla *privacy* degli utenti e alla realizzazione di un sistema di condivisione etico di dati personali. In seguito alle perplessità del Garante Canadese, e della cittadinanza, il progetto è stato sospeso. Cfr. D. LIE, L. AUSTIN, *Data Trusts and the Governance of Smart Environments: Lessons from the Failure of Sidewalk Labs' Urban Data Trust*, in *Surveillance & society*, 2021.

più recenti orientamenti espressi anche all'interno dell'Unione Europea⁵⁵. Sebbene dunque, l'istituto in commento appaia molto lontano dalla dimensione teorica propria dell'ordinamento europeo, e in particolare di quella radicata nell'ordinamento Italiano, con riferimento al tradizionale ancoraggio della tutela dei dati personali alle categorie dei diritti indisponibili della personalità e alla stretta connessione di questi con la dignità umana⁵⁶, esso sembra essere in linea con alcune recenti proposte di regolazione avanzate dalla Commissione UE, coerentemente con la sempre maggiore valorizzazione della dimensione patrimoniale dei dati personali⁵⁷. Si pensi che la recente proposta di Regolamento relativo alla governance europea dei dati⁵⁸ è volta a realizzare uno «spazio unico europeo dei dati» nel quale dati personali, e non, possano circolare tra enti ed istituzioni pubbliche e imprese private – per favorire lo sviluppo – anche e forse specialmente mediante l'applicazione dell'IA – di diversi settori economici (sanità, finanza, energia agricoltura etc.) secondo i principi di riutilizzo e condivisione dei dati per motivi «altruistici»⁵⁹. In aggiunta, tra i molteplici profili di interesse della proposta di Regolamento – che non possono essere affrontati in questa sede⁶⁰ – si segnala l'introduzione della centrale figura dei «soggetti intermediari dei dati» che, con riferimento ai dati personali e in analogia con l'istituto del *data trust* elaborato nell'ordinamento inglese, si occuperebbero di «rafforzare la capacità di agire e il controllo dei singoli individui in merito ai dati che li riguardano»⁶¹ agendo «da intermediari tra i singoli individui, quali i titolari dei dati, e le persone giuridiche, [avendo inoltre] l'obbligo fiduciario nei confronti dei singoli individui di garantire che agiscono nel migliore interesse dei titolari dei dati»⁶². In conclusione, l'analisi delle proposte maturate nell'ordinamento inglese, e in particolare dell'istituto del *data trusts* – oltre che di notevole interesse sotto una prospettiva teorica, intersecandosi con le tematiche della natura giuridica del dato personale, della dimensione collettiva o sociale della tutela della *privacy* e del rapporto di questa con il rischio di discriminazione

⁵⁵ La crisi pandemica sembra aver accelerato questa tendenza, come confermato da alcuni documenti della Commissione: “*The Covid-19 crisis has shown the essential role of data use for crisis management and for informed decision-making by governments. Data has a key role in achieving the objectives of the European Green Deal and in the EU Recovery Plan, given its potential for innovation and job creation, as well as its contribution to the efficiency and international competitiveness of industries across all sectors.*” Questa è la premessa contenuta nel “Inception Impact Assessments” del maggio 2021 per l'avvio della fase di consultazione per un'ulteriore proposta legislativa relativa alla governance dei dati, il *Data Act*.

⁵⁶ Per tutti, G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet giuridica, 2006, 632.

⁵⁷ Per tutti, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2, 4, 689.

⁵⁸ Proposta di regolamento COM/2020/767 (2020) relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati) del 25 novembre 2020 (“*proposta di Regolamento*”).

⁵⁹ Cfr. F. CALOPRISCO, *Data Governance Act. Condivisione e “altruismo” dei dati*, in *Focus “Servizi e piattaforme digitali” AISDUE*, n. 3, 2021.

⁶⁰ Per tutti, si pensi al difficile rapporto con la normativa in materia di dati personali che è stato puntualmente rilevato nel parere congiunto del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) e del Garante europeo della protezione dei dati (EDPS) e in successivo comunicato (EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2021; EDPB Statement 5/2021), in cui il Garante europeo ha ribadito che il dato personale non può essere considerato come una “*tradeable commodity*”.

⁶¹ Considerando 23 della proposta di Regolamento.

⁶² Considerando 26, *ibidem*.

nell'ambito dell'IA – si appalesa come un importante oggetto di studio comparativo ai fini di comprendere, ed attuare, gli analoghi istituti in via di definizione nell'ambito del diritto comunitario, nell'ottica di elaborare meccanismi di tutela efficaci che mantengano al centro l'individuo, in nome di un costituzionalismo digitale in via di definizione.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

RAPPORTO TRA METODI DI CALCOLO DEGLI ASSEGNI DI MANTENIMENTO
E INTELLIGENZA ARTIFICIALE.
SPUNTI DI DIRITTO COMPARATO E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

FEDERICA NOVELLO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’esperienza belga: la Méthode Renard. – 3. Uno sguardo al *modus operandi* d’Oltralpe. – 4. Lo stato dell’arte del diritto di famiglia italiano: tra prassi giurisprudenziale e intelligenza artificiale. – 4.1. Le prime proposte di metodi di calcolo dei contributi economici. – 4.2. Tra algoritmi e diritto di famiglia: il metodo “D’Aietti” e il software “ReMida Famiglia”. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La crisi matrimoniale rappresenta, da sempre, un tema importante e delicato. Comune ai Paesi della tradizione di *civil law* che verranno considerati in questa sede risulta la difficoltà nella quantificazione del mantenimento sia in favore dell’ex coniuge, sia in favore dei comuni figli. La questione, ovviamente, è strettamente connessa al problema relativo alla discrezionalità del giudice, che spesso si traduce in esiti giudiziari non uniformi e contribuisce a originare un vero e proprio “diritto incalcolabile”¹.

Si proporrà, dunque, un’analisi a compasso allargato con particolare attenzione a Belgio, Francia e Italia, al fine di vagliare quali sono gli scenari relativi a tale settore. Si illustrerà, quindi, seppur succintamente, i modelli che l’intelligenza artificiale ha

¹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.

permesso di creare per agevolare l'attività dell'autorità giudiziaria nel rispetto dei diritti delle parti coinvolte.

2. *L'esperienza belga: la Méthode Renard*

I primi tentativi di applicazione delle scienze matematiche al diritto di famiglia si hanno in Belgio.

Già negli anni '80 del secolo scorso, infatti, veniva proposto un metodo che permetteva di delineare un rapporto tra grandezze della stessa natura² con riferimento al mantenimento dei figli di una coppia sposata.

In matematica, la proporzionalità tra due quantità è la relazione secondo cui al variare dell'una, l'altra muta nella stessa direzione; la variazione della seconda è proporzionale alla variazione della prima quando il rapporto tra i valori della seconda quantità e i diversi valori corrispondenti della prima è sempre lo stesso³. Si dice che questo rapporto è espresso come un coefficiente di proporzionalità costante in tutti i rapporti. Si è scelto, dunque, di applicare codesto sistema a un settore complesso, come quello del diritto di famiglia, per sopperire alla mancanza della legge.

In un ambito in cui, infatti, le controversie sono spesso esacerbate da un contesto emotivo teso, e dove certe valutazioni non possono purtroppo evitare totalmente l'arbitrarietà, al fine di permettere un'applicazione oggettiva e distributiva dell'art. 203 §1^{er} del Codice civile – che prevede, in termini molto generali, che «i padri e le madri sono tenuti ad assumere, in proporzione alle loro capacità, l'alloggio, il mantenimento, la sorveglianza, l'educazione e l'istruzione dei loro figli» –, è stata proposta «la scala dei costi teorici proporzionali all'età (dei figli)», elaborata da Roland Renard⁴.

I coefficienti di tale scala esprimono rapporti di proporzionalità che variano a seconda dell'età del bambino. Renard ha confrontato redditi di famiglie con lo stesso tenore di vita, con figli e senza, ed è giunto a stabilire che, poiché il tenore di vita è il medesimo in entrambe le situazioni e quel che cambia sono le risorse nette – superiori nel secondo caso – a disposizione della famiglia, l'aumento di queste ultime per le coppie con un figlio corrisponde alle spese per lo stesso, ovvero al «costo teorico» per il figlio. O meglio, il «costo teorico» del bambino può essere definito come l'aumento delle risorse (aR) necessarie per mantenere le medesime condizioni e possibilità economiche della coppia in presenza del figlio⁵. Detto in altre parole, la costante «a» rappresenta il coefficiente di proporzionalità che, applicato alle risorse di una famiglia (R) dà le risorse

² R. RENARD, *Le coût de l'enfant: approches théoriques, méthodologiques, empiriques*, Ministère de la Communauté française, Direction Générale des affaires sociales, Services d'étude et de documentation, 1985.

³ J-L. FRANEAU, *Comment calculer une contribution alimentaire due pour des enfants*, in <http://www.jpfontaineleveque.be/wp-content/uploads/2008/08/methode-renard-syllabus-jl-franeau-janvier-2007.pdf>

⁴ R. RENARD, *Divorce, coût de l'enfant, pension alimentaire et fiscalité*, in *Journal des Tribunaux*, 1986, 103.

⁵ Se si indicano con R le risorse della coppia senza figli e con (R+aR) quelle della coppia con figli, la differenza tra di essi rappresenta il costo teorico del figlio (TC): $TC = (R+aR) - R = aR$, dove «a» è il coefficiente di aumento delle risorse R.

supplementari (aR) che la coppia dovrebbe procurarsi per mantenere lo stesso tenore di vita pur avendo un bambino.

Soggiunge, poi, che l'aumento delle risorse necessarie per crescere un figlio (aR) varia in base alla sua età ed è proporzionale alle risorse dei genitori (R): il coefficiente di proporzionalità, quindi, muta non in virtù del reddito dei genitori, bensì all'età dei figli.

Se ciò è quanto è stato osservato con riferimento alle famiglie unite, si ritenne che la stessa soluzione dovesse essere applicata nei casi di famiglie disgregate. Il suddetto metodo⁶, infatti, permette di stimare il costo medio di un bambino di una certa età e di calcolare un importo equilibrato per il contributo di mantenimento in caso di separazione dei genitori.

Dello stesso avviso è la Corte d'Appello di Mons, dove il metodo Renard viene applicato dal 1990⁷. Oltre alla Corte appena citata, che ricorre sistematicamente a codesto strumento⁸, esso è stato utilizzato anche dalla Corte d'Appello di Liège⁹, dal giudice di pace d'Uccle¹⁰, da quello del secondo cantone di Verviers¹¹, e da quello di Bastogne¹².

Il successo della c.d. *méthode Renard* sta nel fatto che i contendenti comprendono il ragionamento del giudice che fissa il contributo di mantenimento. Essi possono controllare gli elementi presi in considerazione e verificare che la logica del sistema sia stata rispettata. Il soggetto obbligato al mantenimento non ha l'impressione di essere trattato arbitrariamente; sa che il giudice applica a tutti la stessa scala di proporzionalità. Si ritiene¹³, inoltre, che tale metodo faciliti la conciliazione. Esso, infatti, può rappresentare uno strumento che, con l'aiuto degli avvocati, permette ai coniugi che si separano di fare i calcoli molto facilmente e si può tradurre in un *trend* avente lo scopo di ridurre la congestione dei tribunali e i costi sostenuti dalle parti. Non solo. La dottrina ne ha vagliato l'applicabilità anche con riguardo alle famiglie ricomposte¹⁴.

⁶ Per un approfondimento in tema si veda J. JOACHIM, *La grille Renard*, in *Le pli judiciaire*, Bull. du Barreau de Charleroi, n. 45, décembre 2001, 3; R. RENARD, *La méthode Renard: questions spéciales*, Bruxelles, 2008; R. RENARD, L. ONKELINX, *La méthode Renard: Une méthode de calcul des contributions alimentaire*, in *Les Dossiers du Journal des tribunaux*, 51, 2005; R. RENARD, *Le coût de l'enfant: approches théoriques, méthodologiques, empiriques*, cit.

⁷ Cour App. Mons, 13 décembre 1990, in *Journal des Tribunaux*, 1991, 340.

⁸ Cour App. Mons, 18 décembre 2013, R.G. 2012/JE/200, inédit; Cour App. Mons, 20 novembre 2013, R.G. 2013/JE/53, inédit; Cour App. Mons, 6 novembre 2013, R.G. 2012/JE/233, inédit; Cour App. Mons, 25 février 2013, R.G. 2009/JE/144, inédit; Cour App. Mons, 29 mai 2012, in *Actualités du droit de la famille*, 2014, 194.

⁹ Cour App. Liège, 18 février 2014, R.G. 2013/JE/61, inédit; Cour App. Liège, 20 décembre 2013, R.G. 2012/JE/236, inédit; Cour App. Liège, 3 décembre 2013, R.G. 2012/JE/70, inédit; Cour App. Liège, 3 décembre 2013, R.G. 2012/JE/228, inédit; Cour App. Liège, 5 novembre 2013, in *Actualités du droit de la famille*, 2014, 199; Cour App. Liège, 24 septembre 2013, R.G. 2012/JE/298, inédit; Cour App. Liège, 3 septembre 2013, R.G. 2012/JE/269, inédit; Cour App. Liège, 11 juin 2013, R.G. 2012/JE/207, inédit; Cour App. Liège, 8 janvier 2013, R.G. 2012/JE/106, inédit.

¹⁰ J.P. Uccle, 23 juillet 2012, in *Actualités du droit de la famille*, 2013, 123.

¹¹ J.P. Verviers (2), 14 février 2014, R.G.: 13A1285, inédit.

¹² J.P. Bastogne, 22 mars 2013, R.G. 12A62, inédit; J.P. Bastogne, 15 février 2013, R.G. 12A201, inédit.

¹³ J-L. FRANEAU, *Comment calculer une contribution alimentaire due pour des enfants*, cit.

¹⁴ J-L. FRANEAU, *La méthode Renard entendue aux familles recomposées*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2004, 699 ss.

Benché, infine, l'autorità giudiziaria debba strettamente attenersi ai criteri previsti dal legislatore, il metodo Renard è ormai parte integrante della prassi giurisprudenziale belga, anche se non è vincolante.

3. Uno sguardo al *modus operandi* d'Oltralpe

Anche la Francia ha avvertito da tempo l'esigenza di mettere a punto delle metodologie che consentano di aiutare i giudici nella determinazione degli assegni post-matrimoniali.

Prima, però, di analizzare quanto è stato sviluppato nel sistema francese appare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sull'attuale disciplina in caso di crisi coniugale¹⁵, per meglio comprendere sia le motivazioni sottese alle scelte operate in materia, sia l'interesse di parte della dottrina italiana nei confronti dell'ordinamento d'oltralpe¹⁶.

Fino al 1975 la *pension alimentaire* – istituto post-matrimoniale disposto dal giudice del divorzio a beneficio del coniuge non colpevole – era la sola utilità economica prevista dall'ordinamento; con legge 11 luglio 1975, n. 617 il legislatore transalpino è intervenuto sostituendo tale forma di contribuzione con lo strumento della *prestation compensatoire*, la quale sembra suscettibile di applicazione a quasi tutte le fattispecie di rottura del matrimonio¹⁷. Con la legge 26 maggio 2004, n. 439, esso ha, poi, abolito il più antico istituto, sancendo il principio secondo cui il divorzio pone fine al *devoir de secours*, originato dal matrimonio¹⁸.

Presupposto individuato dalla norma (art. 270, *alinéa* 2, *code civil*) affinché possa essere concessa la *prestation compensatoire* è «la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives», da intendersi quale risultato della perdita da parte del coniuge più debole del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio¹⁹. Inoltre, ai fini del *quantum debeatur* della stessa l'art. 271 *code civil* da un lato prevede che il giudice debba tenere in considerazione la situazione sussistente al momento della rottura

¹⁵ Per una disamina più approfondita di rinvia a D.M. LOCATELLO, *La tutela della parte debole tra solidarietà e autoresponsabilità. Le soluzioni del sistema francese e spagnolo*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, Torino, 2020, 81 ss.

¹⁶ Si veda, *ex multis*, E. AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 689; E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore – di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corriere giuridico*, 2017, 900; S. PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in *Famiglia. Il diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, 2017, 411 ss.

¹⁷ Cfr. D. THEVENET-MONTFROND, E. URSO, *L'obbligo di mantenimento del coniuge nel diritto francese*, in I. MARIANI, G. PASSAGNOLI (a cura di), *Diritti e tutele nella crisi familiare*, Padova, 2007, 386 ss.

¹⁸ Per una disamina approfondita dell'intervento legislativo si veda M.P. MURAT-SEMPIETRO, V. TRAMBOUZE, *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Paris, 2006.

¹⁹ Cfr. M. GRIMALDI, *Divorce et patrimoine, rapport présenté au Colloque "Dix années d'application de la loi sur le divorce"*, in *Deffrénois*, 1988, 343411, 141.

del vincolo, ma anche il futuro prevedibile²⁰ e, dall'altro, elenca i seguenti criteri: «la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux; leur qualification et leur situation professionnelles; les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne; le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial; leurs droits existants et prévisibles; leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire (...)».

I medesimi criteri sono richiamati dall'art. 270 *code civil* – secondo cui il giudice può rifiutare di accordare la *prestation* «si l'équité le commande» – con riferimento all'*an debeat*.

La norma appare di formulazione aperta e astratta tanto che secondo alcuna dottrina²¹ l'intento del legislatore possa essere individuato nella volontà di attribuire al giudicante un potere generale – e si potrebbe perfino dire ampio – circa la valutazione della sussistenza delle circostanze che renderebbero iniqua la concessione della *prestation*, nonostante le differenze concrete delle condizioni di vita degli ex coniugi.

Accanto all'istituto appena considerato, non si può omettere di menzionare il *devoir d'entretien* dei figli in occasione del divorzio.

L'art. 373-2-2 *code civil* dispone che, in caso di dissoluzione del vincolo coniugale, la prole sia beneficiaria di una *pension alimentaire*, ossia una corresponsione periodica di somme di denaro da versarsi da parte del genitore non affidatario o *non-résident* in favore dell'altro oppure al figlio maggiorenne. L'ammontare dovuto viene determinato dal giudice sulla base dei bisogni dei figli e delle risorse (concetto da intendersi in senso ampio²²) degli ex coniugi, secondo il principio – contenuto nell'art. 371-2 *code civil* – per cui i genitori debbano contribuire al mantenimento della prole in proporzione alle proprie sostanze. Il giudice dovrà, altresì, valutare il variare delle risorse, sia *in melius* sia *in peius*, del coniuge debitore in caso di: presenza o sopravvenienza di figli, instaurazione di altro legame di coppia, anche di *concubinage*²³.

Come intuibile, la giurisprudenza ha più volte affrontato il tema concernente il rapporto tra *prestation compensatoire* – il cui effetto è quello di accrescere le disponibilità economiche del genitore creditore e ridurre quelle dell'obbligato – e *pension alimentaire*. La giurisprudenza di legittimità da un lato è giunta a stabilire che la somma ricevuta dal coniuge beneficiario non possa essere computata ai fini della ripartizione degli obblighi

²⁰ Art. 271 *code civil*: «La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible».

²¹ Cfr. P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, 2018, 384 ss.; S. DAVID, *Demande de la prestation compensatoire*, in P.-J. CLAUX, S. DAVID (a cura di), *Droit et pratique du divorce*, Paris, 2017, 521.

²² Cfr. F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Paris, 2018, 299.

²³ Si veda *ex multis*: Cour Cass., 11 maggio 2016, n. 15-50.058, in *JurisData*, n. 2016-008903; Cour App. Chambéry, 25 aprile 2016, n. 14-2002, in *JurisData*, n. 2016-007907.

di mantenimento²⁴; dall'altro, invece, ha asserito che l'obbligo di corrispondere le somme alla prole deve essere inteso come un onere a svantaggio delle *ressources* del genitore in capo al quale è disposto tale adempimento²⁵.

In un siffatto panorama, stante l'elevato contenzioso in tema di quantificazione del contributo da destinarsi alle spese di educazione e mantenimento dei figli nonché l'aumentare della divergenza circa gli importi stabiliti dai differenti tribunali, cui si aggiunge l'incomprensione delle decisioni emesse, è emersa la necessità di elaborare strumenti e metodi uniformi al fine di semplificare e rendere le valutazioni dei contributi post-matrimoniali più eque e prevedibili – sottraendole all'arbitrio del giudice –, oltre a ridurre i tempi e i costi della giustizia.

In particolare, per ciò che attiene alla *pension alimentaire*, il Ministero della Giustizia francese ha adottato una Circolare²⁶ contenente una tabella di riferimento per gli organi giudicanti, c.d. *table de référence*²⁷. Nel documento si constata che, in mancanza di riferimenti ufficiali, *in primis* sono stati utilizzati i metodi sviluppati all'estero, tra cui la *méthode Renard* e, poi, che è stato creato un gruppo di lavoro interdisciplinare preposto alla disamina dell'introduzione nel diritto francese di un quadro di riferimento per i contributi in favore dei figli, che è sfociato nell'elaborazione di una tabella indicativa, basata sul «coût de l'enfant»²⁸. Per quanto qui di interesse, si rileva che per la determinazione del *quantum debeatur* si deve fare riferimento unicamente al reddito del genitore obbligato, cui va sottratto quanto necessario al suo sostentamento, ovvero quanto determinato dall'importo minimo forfettario del *Revenu de Solidarité Active* (RSA).

Analogamente, la medesima importanza riveste la questione con riferimento alla *prestation compensatoire*. L'assenza di *barèmes* ufficiali²⁹ ha condotto gli operatori giuridici ad elaborare differenti metodi di calcolo del contributo, che, quantunque non abbiano ancora acquistato valore vincolante, sono degni di nota.

Un primo metodo, dopo aver considerato i redditi “teorici” lordi delle parti, la “capacità di risparmio” teorica³⁰, nonché aver moltiplicato tali valori per otto – numero indicato nell'art. 275 del *code civil* quale limite massimo per la rateizzazione dell'importo dovuto a titolo di *prestation compensatoire* –, pone in rilievo tre coefficienti correttivi: il primo tiene conto dell'età del soggetto che ha diritto ad avere l'assegno divorzile, il secondo del numero dei figli e l'ultimo della durata del matrimonio.

²⁴ Si veda ad esempio Cour Cass., 16 maggio 2016, n. 15-13.824, in *JurisData*, n. 2016-004819.

²⁵ Tra le tante si veda Cour Cass., 13 maggio 2015, n. 14-14.207, in *JurisData*, n. 2015-011175.

²⁶ Ministère de la Justice, Circulaire de diffusion d'un texte de référence permettant la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation sous forme de pension alimentaire, 12 aprile 2010, ref. 187-07/C1/3-10-1/AJ.

²⁷ È possibile utilizzare il simulatore di calcolo basato sulla tabella all'indirizzo web: <https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/pension-alimentaire>.

²⁸ Sul punto si rinvia alla Circolare, cit.

²⁹ J-R. BINET, *Calcul de la prestation compensatoire: pas de barème*, in *Droit de la famille*, 2015, comm. 66.

³⁰ Sul punto si rinvia a A. DEPONDT, *La méthode de calcul d'un notaire expert*, in *Actualité Juridique famille*, 2010, 365 ss.; A. DEPONDT, *Méthode de calcul de la prestation compensatoire – Tentative de perfectionnement de la méthode*, in *Actualité Juridique famille*, 2011, 482.

Il secondo metodo³¹ individua, invece, la differenza tra le retribuzioni mensili delle parti; tale valore viene poi moltiplicato per un coefficiente ottenuto sommando un valore direttamente proporzionale alla durata del matrimonio e un valore che cresce proporzionalmente all'età dell'avente diritto.

Il terzo, chiamato “*PilotePC*”³², è stato proposto da Magistrati e Avvocati di Tolosa. Esso è frutto dell'analisi giurisprudenziale e degli altri metodi di calcolo, cosa che porta, però, a una necessaria correzione dell'ammontare dell'assegno divorzile in virtù dei criteri legislativi.

L'ultimo³³, invece, calcola la differenza tra i redditi delle parti attraverso diversi sistemi, a seconda del caso concreto, che valutano sia i redditi attuali sia quelli ipotizzabili in un arco di 8 anni successivi alla data del divorzio.

4. Lo stato dell'arte del diritto di famiglia italiano: tra prassi giurisprudenziale e intelligenza artificiale

Anche nell'ordinamento italiano, sebbene siano trascorsi ormai oltre cinquant'anni dall'introduzione – grazie alla legge 1° dicembre 1970, n. 898 – dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, il problema della determinazione dei contributi economici sia in favore dell'ex coniuge sia dei figli continua a rivestire grande importanza nonché a presentare criticità circa la prevedibilità e la calcolabilità degli esiti delle decisioni.

Nell'esperienza giudiziaria italiana la determinazione di tali assegni è diventata nel corso degli anni sempre più incerta: la mancanza di metodi scientifici nell'impostazione dei problemi, la mancanza di strumenti idonei al calcolo e l'assenza di criteri giurisprudenziali condivisi sono le costanti con cui devono fare i conti i giuristi e i professionisti del diritto di famiglia.

In particolare, si è assistito a una giurisprudenza altalenante circa i parametri da tenere in considerazione per la determinazione dell'assegno divorzile. Fino alla primavera del 2017, infatti, la giurisprudenza di legittimità faceva riferimento al *tenore di vita* della famiglia in costanza di matrimonio. Con la nota sentenza n. 11504/2017³⁴, invece, esso

³¹ Per un'analisi più ampia sul punto si veda D. MARTIN-SAINT-LEON, *Le calcul de la prestation compensatoire*, in *Actualité Juridique famille*, 2005, 95 ss.

³² J.-C. BARDOUT, I. LORTHOIS, *Nouvelle méthode de calcul de la prestation compensatoire*, in *Actualité Juridique famille*, 2013, 693 ss.

³³ S. DAVID, *Calcul de la prestation compensatoire: proposition d'un expert*, in *Actualité Juridique famille*, 2010, 350 ss.

³⁴ Cass. Civ., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, in *Famiglia e diritto*, 2017, 636 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale* e di F. DANOVÌ, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 1001, con nota di U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*; in *Il Corriere giuridico*, 2017, 885 ss., con nota di E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del “tenore di vita” e “autoresponsabilità”*: “*persone singole*” senza passato?; in *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2017, 411 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*;

ha ceduto il passo al paramento dell'*autosufficienza economica*. In seguito, le Sezioni Unite si sono pronunciate nel 2018³⁵ superando i due precedenti criteri (optando per una «funzione assistenziale dell'assegno di divorzio che si compone di un contenuto perequativo-compensativo»), dando vita a non pochi problemi applicativi.

Si propone, dunque, un'analisi dei sistemi di calcolo del panorama domestico, osservando il recente dialogo tra diritto di famiglia e moderne tecniche di intelligenza artificiale.

Prima di giungere al più recente strumento ideato per il calcolo degli assegni di mantenimento, ovvero "ReMida Famiglia"³⁶, si ripercorrerà sinteticamente le proposte più risalenti sul tema, secondo il loro *iter* storico.

in *Foro italiano*, 2017, I, 2715 ss. con nota di M. BIANCA, *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*.

Si veda anche C. RIMINI, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 1274 ss.; M. FORTINO, *Il divorzio, l'"autoresponsabilità" degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 1254 ss.; E. QUADRI, *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 1261 ss.; C.M. BIANCA, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 9 giugno 2017.

³⁵ Cass. Civ., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287. Tra i primi contributi al riguardo, A. SIMEONE, *Il nuovo assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite*, in *Il familiarista*, 2018; S. PATTI, *Assegno di divorzio: il passo indietro delle Sezioni unite*, in *Corriere giuridico*, 2018, 1186 ss.; G. CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le SS.UU. della Cassazione, una problematica "terza via"*, in *Foro italiano*, 2018, I, 2699 ss.; L. BALESTRA, *L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle sezioni unite*, in *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2019, 15 ss.; E. AL MUREDEN, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases*, in *Famiglia e diritto*, 2019, 1087 ss.

Si veda anche S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corriere giuridico*, 2018, 1197 ss.; M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, in *Foro italiano*, 2018, I, 2703 ss.; C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 1852 ss.; C. BENANTI, *La «nuova» funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 1601 ss.

Si vedano, inoltre, i seguenti contributi: C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 955 ss.; V. CARBONE, *Il contrasto giurisprudenziale sull'assegno all'ex coniuge divorziato tra tenore di vita "paraconiugale" e "dipendenza economica"*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 958 ss.; M. DOGLIOTTI, *L'assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 964 ss.; E. QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 971 ss.; M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 983 ss.; G. SERVETTI, *L'accidentato percorso del giudice di merito nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno di divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 991 ss.; F. DANOVÌ, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 1007 ss.; E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 1019 ss.; A. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 1031 ss.; C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 1041 ss.; F. TOMMASEO, *La decisione delle Sezioni Unite e la revisione ex art. 9 l. div. dell'assegno postmatrimoniale*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 1050 ss.; P. PITTARO, *L'assegno divorzile: profili penali*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 1055 ss.

³⁶ "ReMida Famiglia", software di consulenza giuridica per il calcolo degli assegni di mantenimento, ideato dal dott. Gianfranco D'Aietti.

4.1. Le prime proposte di metodi di calcolo dei contributi economici

Per fornire una risposta alle coppie di genitori che si stavano separando si è pensato di organizzare un programma che permettesse di calcolare quanto fosse necessario riservare al mantenimento dei loro figli – soggetti di diritto –, in considerazione della composizione della famiglia, del reddito, della zona d'Italia in cui abitano³⁷. Una prima versione del programma, chiamata CSCS (Child Support Calculation Software), fu ideata attraverso un'indagine svolta mediante questionari e interviste³⁸. La successiva versione, denominata CHICoS (Child Cost Software) e rielaborata in considerazione della variazione del costo della vita, considera la somma di denaro necessaria per contribuire alla crescita del figlio e le variabili che influiscono su di essa: età, territorio, fascia sociale, redditi dei genitori³⁹.

Partendo dalle rilevazioni dei dati Istat, attenendosi strettamente al principio di proporzionalità di cui all'art. 337-ter c.c. – i cui criteri dovranno essere stimati in relazione all'accudimento verso i figli – è stato così possibile elaborare un contributo medio per la prole utilizzando il metodo di Engel delle scale di equivalenza⁴⁰. Il programma statistico CHICoS può, pertanto, fornire indicazioni oggettive e uniformi, utili a contenere la conflittualità dei genitori e a favorire la trattativa tra di essi⁴¹.

Un altro metodo è stato elaborato dai giudici del Tribunale di Palermo tra il 2005 e il 2008. Esso, nella sua versione definitiva del 2014, è programmato per il calcolo sia degli assegni di mantenimento in favore dei figli sia in favore del coniuge in caso di separazione o divorzio; come sottolineato nella sua elaborazione originaria, i criteri di calcolo utilizzati esprimono solo un parametro di riferimento, dunque, non vincolante, da valutare di volta in volta per ciascun caso concreto.

Per il calcolo dell'assegno per i figli si deve determinare la spesa necessaria al loro mantenimento, in considerazione del loro numero e del reddito complessivamente disponibile⁴², e ripartirla proporzionalmente sia ai redditi dei genitori, sia alla percentuale di accudimento di ciascuno di essi, ossia traducendo in termini matematici le locuzioni di cui all'art. 337-ter c.c. punti 3) e 5): “i tempi di permanenza presso ciascun genitore” e “la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore”⁴³.

Dopo aver determinato la spesa per i figli, il metodo “Palermo” prevede che la distribuzione del residuo tra i genitori debba rispettare un principio di equità. Tale

³⁷ M. MAGLIETTA, *CHICoS – Child Cost Software. Fondamenti, sviluppo e informazioni ottenibili da un metodo di calcolo che si basa sulla legge n. 54/2006*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, op. cit., 239.

³⁸ M. MAGLIETTA, V. GHRARDINI, *Mantenere un figlio*, in *Famiglia oggi*, 10/2001, 57 ss.

³⁹ M. MAGLIETTA, *CHICoS – Child Cost Software*, cit., 240.

⁴⁰ E. ENGEL, *Die Lebenskosten Belgischer Arbeiter-Familien früher und jetzt*, in *International Statistical Institute Bulletin*, 1895, 1 ss.

⁴¹ Per un approfondimento sullo sviluppo e sul funzionamento del modello si rinvia a M. MAGLIETTA, *CHICoS – Child Cost Software*, cit., 225 ss.

⁴² Ciò si esprime attraverso la seguente formula: $S_{\text{per ogni figlio}} = (1/n_{\text{figli}} + 3) \times R_{\text{disponibile totale}}$

⁴³ Per un'analisi più ampia si veda G. BERTOLI, *Il metodo “Palermo”*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, op. cit., 243 ss.

metodo, infine, in mancanza di equidistribuzione porrà rimedio prevedendo (in caso sia di separazione sia di divorzio) il trasferimento di risorse di denaro dal coniuge economicamente più forte a quello più debole, applicando eventuali aggiustamenti secondo i criteri correttivi della percentuale di accudimento della prole e della durata del matrimonio⁴⁴.

Un altro modello è il Modello per il Calcolo dell'Assegno di Mantenimento, c.d. MoCAM, che, in virtù di variabili e vincoli normativi del sistema, porta a calcolare un assegno di mantenimento che permetta alle due famiglie originatesi dallo scioglimento del vincolo coniugale di avere un tenore di vita adeguato in relazione alle risorse complessive a disposizione. Esso si presenta, quindi, come strumento avente lo scopo di tradurre le disposizioni di legge in termini operativi, utile ad una stima dell'assegno divorzile in considerazione di diversi scenari e della presenza di figli⁴⁵.

Solo in un secondo momento interverrà il principio di proporzionalità, al fine di stabilire l'importo dovuto ai figli, la cui misura dovrà basarsi sul "tenore di vita" richiamato dall'art. 337-ter c.c.⁴⁶.

Vi è, poi, il modello SAM – Stima Assegni di Mantenimento che, benché abbia affinità con i predetti modelli, presenta caratteristiche precise che possono essere così individuate:

- si tratta di un sistema basato sulle norme e sulle evoluzioni giurisprudenziali di principio;
- pone attenzione al linguaggio e ai problemi del diritto di famiglia;
- è basato su dati ufficiali, pubblici e, dunque, accessibili;
- è aperto, riproducibile, sintetizzabile e accessibile gratuitamente⁴⁷.

Tale modello adotta la scala di equivalenza utilizzata per il calcolo dell'Indicatore di Situazione Economica Equivalente (ISEE), cui si aggiunge l'analisi delle rilevazioni della Banca d'Italia sul rapporto tra spesa e reddito disponibile, al fine di determinare la spesa complessiva della famiglia e da qui quella per il mantenimento dei figli. Dunque, al netto del contributo previsto per i figli, basato – come nei precedenti modelli – sul principio di proporzionalità definito dal dettame codicistico, SAM permette di allontanarsi dai criteri giurisprudenziali del tenore di vita e dell'autosufficienza economica, tenendo in considerazione il parametro della durata del matrimonio. Ne consegue che per matrimoni di breve durata il contributo post-matrimoniale assolverà alla funzione assistenziale; di converso, laddove l'unione coniugale sia di lunga durata verrà preferita la funzione compensativa dell'assegno divorzile volta a favorire il soggetto che lo richiede⁴⁸.

⁴⁴ G. BERTOLI, *Il metodo "Palermo"*, cit., 249 ss.

⁴⁵ M. MALTAGLIATI, G. MARLIANI, *Il modello MoCAM*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, op. cit., 257.

⁴⁶ Si veda, *amplius*, M. MALTAGLIATI, G. MARLIANI, *Il modello MoCAM*, cit., 255 ss.

⁴⁷ R. ROVATTI, *SAM – Stima Assegni di Mantenimento*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, op. cit., 279.

⁴⁸ R. ROVATTI, *SAM – Stima Assegni di Mantenimento*, cit. 280 ss.

4.2. Tra algoritmi e diritto di famiglia: il metodo “D’Aietti” e il software “ReMida Famiglia”

Dopo aver esposto brevemente gli strumenti sviluppati dagli studiosi italiani, sia pure senza alcuna pretesa di esaustività, il tentativo è quello di provare a delineare il panorama circa il recente “metodo D’Aietti”⁴⁹ e lo strumento di calcolo degli assegni di mantenimento denominato “ReMida Famiglia”.

Sulla scorta delle “tabelle del danno biologico”, che hanno portato notevoli benefici al sistema giustizia in termini di prevedibilità e certezza, si è pensato di introdurre la metodologia giuridica tabellare anche al settore del diritto di famiglia⁵⁰ con l’intento di garantire un più elevato livello di obiettività e prevedibilità.

A differenza degli altri metodi sin qui considerati – che hanno ricostruito una scala di valori –, il metodo in parola ha rilevato valori economici e monetari ricorrenti nelle separazioni e nei divorzi consensuali – nella convinzione che siano maggiormente consapevoli e coerenti – partendo dall’analisi della prassi giurisprudenziale del Tribunale di Sondrio per poi estendersi ad altri Tribunali lombardi⁵¹, che hanno definito un quadro di riferimento statistico e scientifico⁵².

Qualora dagli atti giudiziari dei nuclei familiari che si stavano dissolvendo non fossero reperibili i valori economici si è proceduto, mediante schede in forma anonima, alla rilevazione dei dati mancanti: reddito e patrimonio del (ex) marito; reddito e patrimonio della (ex) moglie; casa coniugale, assegnazione e valore locativo; assegno riconosciuto al coniuge; assegno riconosciuto ai figli; numero di figli e loro collocamento.

I parametri individuati in tale ambito sono stati tradotti in algoritmi e resi, così, applicabili anche ai procedimenti contenziosi. Il progetto ha dato vita, quindi, a una tabella per il coniuge e a un’altra per i figli, che sono il risultato dei dati elaborati attraverso l’analisi di regressione lineare.

Il sistema ReMida Famiglia si compone, pertanto, di due differenti funzioni: la prima, metodologica, ossia il “metodo D’Aietti” di cui si è poc’anzi detto e, la seconda applicativa, cioè il *software* ReMida Famiglia. Esso consente di effettuare calcoli e simulazioni, ai quali si giunge grazie all’utilizzo, attraverso strumenti informatici, delle anzidette tabelle⁵³.

In particolare, a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite del 2018, il programma ReMida Famiglia deve: innanzitutto, valutare se sussiste una sperequazione importante tra le risorse economiche delle parti; si passa, poi, all’analisi dei criteri (criterio economico-assistenziale, perequativo-compensativo e risarcitorio) mediante 12

⁴⁹ Gianfranco D’Aietti è magistrato, docente di informatica giuridica e ideatore di sistemi consulenti informatici utilizzati nei settori legali.

⁵⁰ G. D’AIETTI, *Il “metodo D’Aietti” e ReMida Famiglia*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, op. cit., 303.

⁵¹ Tribunali di Milano, Monza, Lecco e Varese.

⁵² G. D’AIETTI, *Il “metodo D’Aietti” e ReMida Famiglia*, cit., 303 ss.

⁵³ Per un approfondimento e una simulazione si veda: <https://www.remidafamiglia.com>

domande⁵⁴, che fanno riferimento ai parametri di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970. Inoltre, le rilevazioni sul campo di dati effettuate in precedenza sono state integrate da un criterio oggettivo, ovvero l'importo che l'Istat indica quale spesa mensile necessaria al mantenimento di una sola persona⁵⁵.

Il sistema ReMida Famiglia consente anche di stabilire l'importo dovuto ai figli. Dapprima sarà necessario determinare le risorse complessive della famiglia; si determinerà, poi, la quota di contribuzione di ciascun genitore, tenuto conto delle sostanze di ciascuno; si terrà, dunque, in considerazione sia del correttivo dei tempi di permanenza dei figli presso ciascun genitore sia di quello dell'impegno di accudimento; infine, dovrà essere stimato il numero dei figli della coppia⁵⁶.

In conclusione, si segnala che sia l'assegno per il coniuge sia quello per i figli, cioè l'"assegno base", possono essere personalizzati⁵⁷ attraverso lo strumento della *consollemixer*, mediante un incremento o un decremento del valore dei parametri indicati dalla legge e dalla giurisprudenza.

5. Conclusioni

Benché il sistema belga e quello francese abbiano, come noto, radici comuni si è potuto osservare il diverso atteggiamento che i due Paesi hanno sviluppato in materia di diritto di famiglia. Tuttavia, se da un lato si rileva che il Belgio ha adottato un metodo – si ricorda, non vincolante – rispondente alle proprie esigenze interne (*rectuis* la giurisprudenza ha abbracciato la *méthode Renard*), dall'altro non si può omettere i plurimi tentativi messi in atto dalla dottrina giusfamiliaristica d'Oltralpe – che, peraltro, ha mosso i primi passi sulla base del metodo belga –, sintomo che la necessità di una "giustizia predittiva" anche nel settore familiare è tutt'altro che sfumata.

Dalla disamina – seppur concisa – sopra svolta, è possibile rilevare che attualmente nessuno dei metodi elaborati nel sistema domestico possa soddisfare le aspettative degli operatori del diritto di famiglia⁵⁸. Sebbene vi siano spunti positivi, ciascuno dei modelli

⁵⁴ Le domande elaborate dal dott. D'Aiotti sono così articolate: «Si ravvisa uno squilibrio delle condizioni reddituali-patrimoniali?; Vi è ridotta capacità lavorativa del richiedente per età?; Vi è ridotta capacità del richiedente per salute?; Vi è ridotta capacità del richiedente per competenze?; La durata del matrimonio è stata significativa?; Vi è stata perdita di aspettative della propria attività lavorativa?; È stato dato un apporto nella crescita patrimoniale dell'altro coniuge?; È stato dato un significativo contributo domestico alla vita matrimoniale?; Vi è stato impegno nell'accudimento dei figli?; Sono stati fatti sacrifici personali per la gestione della vita coniugale?; Vi è responsabilità del coniuge più forte?; Vi è responsabilità del coniuge più debole?».

⁵⁵ Per una più ampia disamina in tema si veda G. D'AIETTI, *Il "metodo D'Aiotti" e ReMida Famiglia*, cit., 315 ss.

⁵⁶ Con riferimento all'assegno dei figli si veda *amplius* G. D'AIETTI, *Il "metodo D'Aiotti" e ReMida Famiglia*, cit., 325 ss.

⁵⁷ I parametri personalizzabili proposti da ReMida Famiglia sono: tenore di vita goduto prima della separazione; le esigenze di vita; l'età dei figli; il numero dei figli; il tipo di scuole frequentate; le attività sportive svolte; le rette per scuole private o pubbliche; attività di istruzione collaterali o ludiche.

⁵⁸ Per un'analisi critica sul punto si rinvia a E. AL MUREDEN, G. BERTOLI, *Prospettive de jure condendo e metodi di calcolo*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, op. cit., 347 ss.

passati in rassegna presenta limiti e lacune⁵⁹, ma anche potenzialità. Proprio in virtù di un così grande patrimonio sul quale sono già state svolte riflessioni e messi a punto calcoli e simulazioni, è auspicabile che studiosi e avvocati esperti in materia – e di diverse territorialità – si impegnino nel tentativo di vagliare le precedenti proposte e di scandagliare attentamente gli elementi utili per perfezionare un modello che possa essere adottato e applicato presso qualsiasi tribunale – superando così le criticità che ad oggi permangono –, nel rispetto dei diritti delle parti e in conformità con il dettato normativo, anche alla luce delle esperienze europee delineate.

⁵⁹ Per citarne solo alcuni, ad esempio, ChiCos non si preoccupa dell'assegno per il coniuge; nel modello MoCAM l'individuazione di un assegno per i figli avviene a posteriori; SAM non dà importanza all'età dei figli nella determinazione dell'assegno ad essi spettante; il metodo "Palermo" non giustifica in alcun modo l'individuazione della spesa per i figli; ReMida Famiglia si basa su rilevazioni di separazioni e divorzi non solo consensuali/congiunti, ma propri di una determinata area territoriale.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

VIDA PRIVADA *VERSUS* SEGURIDAD PÚBLICA: EN BUSCA DE UNA
SOLUCIÓN PONDERADA AL CIFRADO FUERTE DE COMUNICACIONES

JUAN OCÓN GARCÍA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El cifrado extremo a extremo en la encrucijada entre libertad y seguridad. – 3. Criptografía y derechos fundamentales. – 4. Soluciones de regulación. – 4.1. Establecimiento de condiciones de eficacia prospectiva. – 4.2. Imposición de deberes en investigaciones en marcha. – 5. Soluciones de intervención. – 6. Conclusiones.

1. Introducción

La criptografía, que podemos definir como el arte y la ciencia de la escritura secreta, permite que un texto —texto claro— se convierta en un criptograma —texto cifrado— mediante la aplicación de una serie de operaciones —algoritmo de cifrado—.

El elemento más importante es la clave criptográfica, esto es, la información que aplicada al algoritmo permite al emisor cifrar el texto claro y al destinatario descifrar el criptograma. En los esquemas de cifrado extremo a extremo, habitualmente incorporados en la actualidad a las plataformas comunicativas más generalmente utilizadas, las claves de cifrado se almacenan únicamente en los dispositivos de los comunicantes, lo que dificulta su desactivación en aquellos casos que resulta necesario y constitucionalmente legítimo.

El cifrado refuerza técnicamente la eficacia de algunos derechos fundamentales, pero a su vez obstaculiza el normal desarrollo de las competencias de los Estados para

garantizar la seguridad pública, exigiendo por ello una solución ponderada¹. El presente trabajo analiza algunas de esas posibles soluciones.

2. El cifrado extremo a extremo en la encrucijada entre libertad y seguridad

El intercambio de información entre personas físicamente distantes ha sido históricamente dotado de garantías frente a descubrimientos indeseados de terceros. Sistemas de codificación como la escítala espartana o la cifra César constituyen los primeros ejemplos del uso de criptografía en la época clásica².

Desde entonces, el avance de las técnicas criptográficas no se ha detenido. Su evolución estuvo marcada, primero, por la mecanización —cuyo ejemplo más notorio es la máquina Enigma— y, posteriormente y con mayor incidencia, por el auge de la informática, permitiendo la generación de claves más seguras, la estandarización de algoritmos y el desarrollo de criptosistemas asimétricos o de clave pública.

El nacimiento y desarrollo de Internet ha ido generando cada vez más relaciones complejas de carácter global en las que los flujos de información se transmiten en línea, demandando una creciente protección de las transacciones informáticas de datos. Del mismo modo, la red ha ido transformando las comunicaciones, cada vez más sencillas, veloces y accesibles a la mayoría de la población. Pero también ha ido ofreciendo crecientes posibilidades de interceptar procesos comunicativos y, por ende, un mayor grado de exposición a acciones de vigilancia masiva o de retención generalizada de datos de tráfico.

Como reacción a esta situación de sobrevigilancia, las organizaciones públicas y privadas, y cada vez más los ciudadanos, comienzan a buscar protección adicional para mantener reservado el contenido de sus comunicaciones más allá de la mera protección jurídica³. De esta forma, la criptografía se desgaja de su tradicional uso militar o político hasta generalizarse también entre particulares.

En la actualidad el cifrado de comunicaciones interpersonales está completamente generalizado y accesible: millones de personas intercambian diariamente millones de mensajes encriptados sin ser, en muchos casos, conscientes de ello. La incorporación por defecto de técnicas de cifrado extremo a extremo a plataformas comunicativas de uso generalizado —WhatsApp, Skype, Telegram, ...— supone que una buena parte de las

¹ Para una visión global de la relación que la criptografía mantiene con el Derecho, puede acudir a G. ZICCARDI, *Crittografia e diritto: crittografia, utilizzo e disciplina giuridica, documento informatico e firma digitale, segretezza delle informazioni e sorveglianza globale*, Torino, 2003.

² Vid. S. SINGH, *Los códigos secretos. El arte y la ciencia de la criptografía, desde el antiguo Egipto a la era de Internet*, Barcelona, 2000, 21 y ss.

³ Hurwitz habla de un «efecto de compensación»: «While law enforcement is losing access to much of the investigative information that it has traditionally sought, it (along with non-law enforcement entities) is also gaining access to troves of new information». J. HURWITZ, *Encryption Congress Mod (Apple + CALEA)*, en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 30, 2/2017, 400. Véase también D. ÁLVAREZ VALENZUELA, *Algunos aspectos jurídicos del cifrado de comunicaciones*, en *Derecho PUCP*, 83/2019, 243.

comunicaciones intercambiadas cada día resulten ilegibles por terceros ajenos mientras transitan por la red.

En los esquemas de cifrado de este tipo las claves criptográficas se almacenan únicamente en los dispositivos de los usuarios, de modo que solo remitente y receptor pueden descifrar el mensaje intercambiado. Los operadores de servicios de comunicaciones no pueden, por tanto, cumplir eficazmente las órdenes de intervención para las que se requiere de su asistencia⁴.

El uso extendido de cifrado *end-to-end* ha suscitado la preocupación de los Estados en tanto que esta tecnología disminuye su eficacia en la prevención e investigación criminal. Surgen así diferentes propuestas de regulación que abarcan desde su absoluta prohibición hasta su total libertad, pasando por soluciones intermedias consistentes principalmente en la imposición de deberes a distintos sujetos.

En los últimos años han sido habituales las declaraciones, informes y recomendaciones de organismos internacionales preocupados por las dificultades que genera para las competencias de los Estados el uso generalizado de sistemas de cifrado fuerte.

Este es el sentido de la *International Statement: End-to-end encryption and public safety*, firmada en octubre de 2020 por India, Japón y los Estados que componen la alianza de inteligencia conocida como *Five Eyes* (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda) cuya propuesta principal se orienta a garantizar, desde el diseño y en colaboración con las compañías tecnológicas, el acceso a datos cifrados⁵.

También de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de noviembre de 2020 «La seguridad mediante el cifrado y a pesar del cifrado», que apuesta por el desarrollo y utilización de cifrado fuerte, pero sin renunciar a aplicar soluciones técnicas que permitan a las autoridades ejercer sus competencias de investigación⁶.

Se trata, en definitiva, de hallar una solución ponderada a un escenario de alta tensión del binomio libertad-seguridad.

3. Criptografía y derechos fundamentales

Las distintas soluciones de regulación sobre el desarrollo y utilización de sistemas de cifrado de comunicaciones pueden implicar a diversos derechos fundamentales generalmente reconocidos en los catálogos de derechos de las constituciones occidentales.

El desarrollo y difusión de algoritmos de cifrado, en cuanto expresión de un lenguaje específico, puede ser considerado una forma de libertad de expresión o, más

⁴ Véase, A. ETZIONI, *Ultimate Encryption*, en *South Carolina Law Review*, vol. 67, 3/2015; y J.L. MORENO FONTELA, *Servicios cifrados de extremo a extremo e investigación penal bajo derecho español*, en J. VALLS PRIETO (coord.), *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor, 2018, 269-299.

⁵ Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/international-statement-end-end-encryption-and-public-safety>

⁶ Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13084-2020-REV-1/es/pdf>

concretamente, encontrar amparo en el derecho a la libertad de creación científica reconocido por algunos textos constitucionales⁷.

Por su parte, la utilización de cifrado involucra a aquellos derechos que se dirigen a garantizar espacios de inmunidad en la vida privada de los ciudadanos. El mero recurso al cifrado advierte una pretensión del usuario de reservar la información así protegida del conocimiento de los demás, lo que se identifica con el objeto del derecho fundamental a la intimidad. Del mismo modo, supone una garantía adicional, en algunos casos normativamente recomendada⁸, de los datos de carácter personal objeto de transmisión. Y, sobre todo, proporciona un refuerzo de carácter técnico que se adosa a la garantía jurídico-formal dispensada por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Además, los esquemas de cifrado extremo a extremo refuerzan el secreto precisamente en la fase más vulnerable del proceso comunicativo: aquella en que su control se sustrae a los comunicantes y pasa a depender del prestador del servicio⁹.

En todos estos casos, sin embargo, la criptografía guarda con los derechos fundamentales referidos una relación de instrumentalidad en la que claramente puede diferenciarse derecho protegido y artificio tecnológico para su preservación, pero en ningún caso el uso de la criptografía forma parte de su contenido esencial. No es posible identificar un derecho constitucionalmente garantizado a la utilización de sistemas de cifrado de comunicaciones.

La decisión sobre el modo de regular la criptografía es, por tanto, de carácter político o de oportunidad, pero no por ello incondicionada. En la medida en que el uso de la criptografía puede incidir, como garantía material de carácter tecnológico, en la efectividad de diversos derechos fundamentales deberá tenerse en cuenta su dimensión objetiva.

Los derechos fundamentales, en tanto que expresión de un sistema de valores, además de operar como derechos subjetivos actúan como directrices constitucionales y

⁷ Vid. artículos 20.1.b) de la Constitución Española; 5.3 de la Constitución Alemana y 13 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Respecto a la protección dispensada por la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense resulta obligada la cita al asunto *Bernstein v. United States*, en el que el tribunal concluyó: «that encryption software, in its source code form and as employed by those in the field of cryptography, must be viewed as expressive for First Amendment purposes, and thus is entitled to the protections of the prior restraint doctrine», *United States Court of Appeals, Ninth Circuit. No. 97-16686 (May 06, 1999)*. Sobre la protección del código informático como *discurso* o *conducta* en el objeto de la Primera Enmienda, véase T. NGUYEN, *Cryptography, export controls, and The First Amendment in Bernstein v. United States Department of State*, en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 10, 3/1997, 667-682; R. POST, *Encryption Source Code and the First Amendment*, en *Berkeley Technology Law Journal*, 15/2000, 713-723 y D. MCCLURE, *First Amendment Freedoms and the Encryption Export Battle: Deciphering the Importance of Bernstein v. United States Department of Justice*, 176 F.3d 1132 (9th Cir. 1999), en *Nebraska Law Review*, vol. 79, 2/200, 465-484.

⁸ Vid. art. 32.1.a) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

⁹ «The underlying rationale to warrant such protection is that communicants entrust communication to an intermediary, thus losing control in relation to the intermediary or third parties»; cfr. F.J. ZUIDERVEEN BORGESIUUS and W. STEENBRUGGEN, *The right to communications confidentiality in Europe: protecting privacy, freedom of expression, and trust*, en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 20, 1/2019, 299.

reglas de actuación legislativa, obligando a los poderes públicos a contribuir a su efectividad¹⁰.

En la medida en que el recurso a la criptografía puede proporcionar una mayor efectividad de los derechos descritos, su total prohibición resulta contraria a las obligaciones positivas que para los Estados derivan de la dimensión objetiva de los derechos y, por tanto, no puede ser una opción constitucionalmente atendible.

Sin embargo, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, y su limitación resulta en ocasiones necesaria para garantizar otros bienes jurídicos o derechos igualmente relevantes. Por su parte, la criptografía mantiene con estos derechos una relación inevitablemente ambivalente, pues si bien refuerza materialmente su objeto, obstaculiza su legítima desactivación. Estamos pues ante una tecnología de doble uso: sirve al derecho al tiempo que lo amenaza, al disminuir sensiblemente la capacidad de los poderes públicos de alcanzar los objetivos legítimos para cuya consecución se habilita constitucionalmente la limitación de los derechos considerados.

A la hora de regular este tipo de tecnologías deben ponderarse sus riesgos y beneficios. Lichlyter propone una rúbrica basada en tres categorías de amenazas y beneficios de las tecnologías de doble uso, concluyendo que la criptografía supone una amenaza de daño de tipo dos; pero ofrece beneficios de las categorías A y C¹¹.

El cifrado puede ser utilizado en ocasiones para obstaculizar la investigación criminal, pero tiene sobre todo una gran capacidad para evitar la comisión de determinados delitos, como el fraude en operaciones bancarias a través de la red o el espionaje industrial.

Resulta necesario, por tanto, adoptar un sistema que permita el uso de técnicas de cifrado y, al mismo tiempo, garantice el normal desarrollo de las actividades estatales dirigidas a salvaguardar la seguridad.

Descartada su prohibición, es posible sistematizar en dos grandes grupos las potenciales soluciones: por un lado, aquellas que consisten en el establecimiento de una regulación previa y de carácter general imponiendo bien determinadas características a los sistemas de cifrado permitidos, bien determinados deberes a sus creadores o usuarios; por otro, aquellas que, permitiendo el libre desarrollo y utilización del cifrado, operan sobre casos concretos persiguiendo su desactivación mediante técnicas diversas.

¹⁰ Una visión histórica de la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales y su incidencia en diversos ordenamientos puede hallarse en A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, en *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2016, 1-63.

¹¹ Los peligros de tipo 1 se corresponden con los daños directos, los de tipo 2 con aquellos causados dentro un único curso de conducta (la destrucción de pruebas de la comisión de un delito o la obstrucción a su investigación) y los de tipo 3 con los daños provenientes de una acción separada, pero facilitada por el uso de la tecnología en cuestión. Por su parte, los beneficios de tipo A se identifican con las mejoras relevantes para el ejercicio de derechos constitucional, los de tipo B con los beneficios para la salud o la seguridad y los de tipo C con la eficiencia de recursos o las preferencias personales. L. LICHLYTER, *Encryption, guns, and paper shredders: analogical reasoning with physically dangerous technologies*, en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 1/2017, 259-273.

4. Soluciones de regulación

Nos referimos en este apartado a aquellas propuestas que consisten en establecer, con carácter general, el cumplimiento de determinados requisitos para el desarrollo o utilización de sistemas de cifrado. Dentro de esta categoría podemos diferenciar entre aquellas propuestas que consisten en la imposición de condiciones que deben cumplirse con independencia de la existencia de una concreta investigación y que tendrán, en su caso, una potencial eficacia en el futuro, y aquellas otras que imponen condiciones que, aunque previstas normativamente con carácter previo y general, solo se activan con ocasión de una concreta investigación ya en marcha.

4.1. Establecimiento de condiciones de eficacia prospectiva

La primera de las soluciones de este tipo consiste en autorizar exclusivamente el desarrollo, comercialización y utilización de sistemas criptográficos que permitan a las autoridades acceder a la información codificada, lo que puede lograrse bien mediante el debilitamiento del algoritmo de cifrado, bien mediante un sistema de claves en custodia. Ambos casos, sin embargo, plantean dificultades insalvables.

En primer lugar, resulta extremadamente complejo técnicamente implementar sistemas de cifrado debilitados sin que ello suponga su inutilización práctica. La misma dificultad se evidencia en los sistemas de custodia de claves, que exigen el desarrollo de criptosistemas de múltiples partes y, por ello, expuestos a vulnerabilidades de seguridad¹².

Los sistemas de depósito de claves —*key escrow*— consisten en la imposición a usuarios y fabricantes de tecnología de encriptación de la obligación de depositar las claves en ciertos organismos de confianza (*Trusted Third Partys*, TTP's), como encargados de su custodia y cesión a las autoridades en caso de que sea necesario acceder a la información cifrada. Por su parte, en los sistemas de recuperación de claves —*key recovery*— es el propio sistema de cifrado el que permite a los organismos de confianza, una vez autorizados, reconstruir la clave a partir de vulnerabilidades en el sistema¹³.

En ambos casos se consigue la finalidad pretendida: se habilita el uso de cifrado a la vez que se posibilita el acceso a los contenidos transmitidos en una eventual investigación penal. Sin embargo, una vez que la clave ha sido utilizada, previa cesión o

¹² J. HURWITZ, *Encryption Congress*, cit., 413-414.

¹³ E. FRYE y R.V. SABETT, *Key recovery in a public key infrastructure*, en *Jurimetrics*, vol. 38, 3/1998, 485-496. El denominado Clipper Chip, promovido por la administración Clinton entre 1993 y 1998, constituye ejemplo más conocido de este tipo de propuestas. Sobre el ejemplo estadounidense, S. ANDREWS, *Who Holds the Key? A Comparative Study of US and European Encryption Policies*, en *The Journal of Information, Law and Technology*, 2/2000 y S. BRADY, *Keeping secrets: a constitutional examination of encryption regulation in the United States and India*, en *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 22, 2/2012, 329 y ss.

reconstrucción, todas las comunicaciones encriptadas con dicha clave son potencialmente descifrables¹⁴.

Además de las dificultades técnicas aludidas, las principales críticas a los regímenes de custodia de claves se han centrado en la escasa eficacia que poseen frente a la delincuencia grave, dada la facilidad para eludir estos sistemas modificando el *software* de cifrado o adquiriendo sistemas alternativos, y en la posibilidad de que las puertas traseras habilitadas con las claves depositadas se conviertan en objetivos para los delincuentes¹⁵. Pero, sobre todo, por la incidencia que un sistema de este tipo puede generar en la confianza de los ciudadanos, creando una atmósfera de sospecha constante¹⁶.

La segunda posibilidad que podemos incluir en este apartado consiste en el establecimiento de requisitos de capacidad a los prestadores de servicios y productos de tecnologías de la información. Se trata de imponer normativamente la necesidad de poseer la capacidad de facilitar a las autoridades la información descifrada en aquellos casos constitucionalmente permitidos. Una obligación que, para ser eficaz en el escenario convergente actual, debiera tener como destinatarios no solo a los tradicionalmente sujetos a regulaciones de este tipo —los operadores de servicios de comunicaciones—, sino también a prestadores de servicios de la sociedad de la información y fabricantes de dispositivos¹⁷.

Pueden imputarse a esta solución las mismas críticas que a la anteriormente descrita: no es posible asegurar su efectividad en la medida en que es sencillo sortear la norma acudiendo a software de cifrado extranjero o de código abierto¹⁸. Podría ser útil, no obstante, respecto de aquellos servicios que incorporan cifrado de forma predeterminada y son generalmente utilizados (iPhone, WhatsApp), pudiendo actuar como «cuellos de botella»¹⁹.

No obstante, resultaría una medida ineficaz frente a la delincuencia grave, que es precisamente aquella a la que se alude al tratar de justificar la necesidad de imponer regulaciones restrictivas al cifrado.

Se trata además de una solución frontalmente opuesta a la tendencia actual del mercado de tecnologías de la información y comunicación, que transita progresivamente hacia la implantación de cifrado *end-to-end* caracterizado precisamente por la

¹⁴ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, 8 de octubre de 1997, «Garantizar la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica. Hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado», anexo III.

¹⁵ «Pretender afianzar la lucha contra el crimen mediante la imposición de normas jurídicas en la utilización del cifrado, cuando el adversario se caracteriza precisamente por su desprecio hacia ellas, resulta al menos ilusorio»; cfr. B.A. GONZÁLEZ NAVARRO, *Criptología y libertades públicas*, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Internet y derecho penal*, 10/2011, 208.

¹⁶ La obligación de depositar las claves de custodia ha sido gráficamente comparada con una hipotética obligación de coser copias de látex de las huellas dactilares en la punta de los dedos de los guantes. R.L. RIVEST, *The Case against Regulating Encryption Technology*, en *Scientific American*, 279/1998, 116-117.

¹⁷ Vid. J. HURWITZ, *Encryption Congress*, cit., 419-420.

¹⁸ O.S. KEER y B. SCHNEIER, *Encryption Workarounds*, en *Georgetown Law Journal*, 106/2018, 1013.

¹⁹ J. HURWITZ, *Encryption Congress*, cit., 419.

incapacidad del prestador del servicio o fabricante del dispositivo para conocer las claves de cifrado.

4.2. Imposición de deberes en investigaciones en marcha

El segundo grupo de soluciones de regulación consiste en la imposición de deberes a distintos sujetos con el objetivo de hacer posible el acceso a información protegida por sistemas de cifrado en investigaciones en curso.

La primera posibilidad, normativamente extendida, consiste en la imposición de deberes de asistencia para descifrar a desarrolladores de criptografía y prestadores de productos o servicios que incorporan sistemas de cifrado²⁰.

Esta solución puede generar conflictos directos entre los intereses de las autoridades y de la parte obligada, que se ve forzada a debilitar los productos que ella misma diseña²¹. Los requisitos de asistencia pueden suponer una amenaza frontal a las propias políticas comerciales de las empresas del sector tecnológico, en buena medida orientadas a ofrecer el máximo nivel posible de seguridad como pilar estratégico de su oferta. El conocido caso del atentado de San Bernardino constituye un ejemplo notable de este problema²².

Además, las normas que prevén este tipo de deberes acostumbra a incorporar requisitos de proporcionalidad, evitando que la asistencia consista en una carga irrazonable para la parte obligada. Una previsión que, como acertadamente han observado Kerr y Schneider, puede frustrar la eficacia de esta solución: los sistemas de cifrado pueden ser diseñados en su origen para convertir las solicitudes de asistencia técnica futuras en desproporcionadas²³.

No obstante, si bien la imposición de deberes de colaboración a sujetos técnicamente solventes no puede constituir una solución eficaz en exclusividad, sí puede resultar de utilidad, como veremos, en combinación con otras técnicas de acceso a comunicaciones cifradas.

La última de las posibles soluciones de este tipo consiste en imponer la obligación de aportar las claves de cifrado a cualquier persona que las conozca, incluido el propio

²⁰ Así, por ejemplo, en la *Communications Assistance for Law Enforcement Act* estadounidense o los artículos 588 ter.e y septies.b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

²¹ O.S. KEER y B. SCHNEIER, *Encryption Workarounds*, cit., 1016.

²² Vid. A. ETZIONI, *Apple: Good Business, Poor Citizen?*, en *Journal of Business Ethics*, 151/2018, 1-11.

²³ O.S. KEER y B. SCHNEIER, *Encryption Workarounds*, cit., 1017-1018. De esta realidad, para el caso de los teléfonos Apple, da cuenta Hurwitz: «Apple has designed its modern iPhones to have a secret unique device ID (so secret, in fact, that not even Apple knows or can determine what it is) contained on a physical chip in the phone. This device ID is used as part of the de-vice's encryption key — you need it in order to decrypt the contents of the phone. But Apple designed the iPhone such that the device ID is inaccessible to anyone. The iPhone's internal circuitry can use the de-vice ID when calculating encryption keys — but there is no way for it to share the device ID itself. In other words, Apple has designed its recent iPhones in a way that makes it technologically impossible for anyone — Apple or the user of any iPhone — to provide all of the information necessary to decrypt the information on the device»; J. HURWITZ, *Encryption Congress*, cit., 421.

titular de la información protegida. Obligación que suele acompañarse de la creación de un tipo penal dirigido a castigar su incumplimiento²⁴.

Dos son las principales críticas que se pueden oponer a esta propuesta. En primer lugar, cuando el sujeto obligado es el propio investigado, esta previsión puede resultar contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia²⁵. En segundo lugar, la medida se tornará ineficaz en aquellos casos en que la sanción prevista para el delito investigado sea mayor que la dispuesta para la negativa a aportar las claves de cifrado, permitiendo al sujeto investigado asumir la menor condena, lo que disminuye en consecuencia la eficacia de la medida precisamente en la lucha contra la delincuencia grave.

5. Soluciones de intervención

Los grandes inconvenientes que presentan las soluciones de regulación nos inclinan a considerar más apropiado establecer soluciones singulares, técnicamente posibles, que prevén el acceso a contenidos encriptados caso por caso y sin establecer una regulación general que incida en los elementos internos de los sistemas de cifrado.

Se trataría, en definitiva, de aplicar técnicas de descryptación sobre las comunicaciones concretas ya intervenidas o de buscar fórmulas alternativas que permitan acceder a su contenido en los momentos en que no está protegido por el sistema de cifrado.

La primera posibilidad que podemos incluir en lo que hemos denominado soluciones de intervención es la ejecutada mediante un ataque de suplantación.

Un ataque de suplantación, de intermediario o *man-in-the-middle attack*, consiste en conseguir que el emisor se comunique con el suplantador haciéndole creer que se está comunicando con el receptor, de modo que el intermediario, una vez accedido el contenido, lo retransmita al verdadero destinatario sin rastro alguno de la intervención suplantadora.

En el caso de comunicaciones cifradas con clave asimétrica²⁶, una vez suplantada la identidad del destinatario por el intermediario, el emisor cifra el contenido de la

²⁴ Esta es la solución prevista en los artículos 49 y siguientes de la *Regulation of Investigatory Powers Act* de Reino Unido. Sobre esta cuestión, véase B.B. CHATTERJEE, *New but not improved: a critical examination of revisions to the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 encryption provisions*, en *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 19, 3/2011, 264-284.

²⁵ Sobre la obligación de aportar las claves de cifrado y su relación con el derecho de no incriminación garantizado en la quinta enmienda a la Constitución estadounidense, *vid.* S. BRADY, *Keeping secrets*, cit., 325 y ss., y D. TERZIAN, *The Fifth Amendment, Encryption, and the Forgotten State Interest*, en *UCLA Law Review Discourse*, 61/2014, 298-312.

²⁶ En los criptosistemas asimétricos la clave de codificación y la de descodificación son distintas, esto es, conociendo la clave de codificación se puede cifrar el mensaje, pero no sirve para descifrarlo. De este modo, cada comunicante posee dos claves criptográficas íntimamente relacionadas entre sí: una clave pública, conocida por todos, y una clave privada que solo conoce cada uno de ellos. El emisor utiliza la clave pública del destinatario para codificar el mensaje y éste lo descifra con su clave privada. La relación entre las dos claves se asemeja a la que mantienen un candado y su llave. Conocer cómo cerrar el candado (clave pública) no te permite sin embargo abrirlo, sino que necesitarás tener la llave (clave privada). S. SINGH, *Los códigos secretos*, cit., 271.

comunicación utilizando la clave pública del intermediario, que éste puede descifrar utilizando su clave privada. A continuación, el intermediario transmite la información al destinatario verdadero cifrándola con su clave pública, para que éste la descifre con su clave privada y concluya el proceso comunicativo²⁷.

En resumen, el intermediario suplantador obtiene la información transmitida mientras que ambos interlocutores permanecen en la confianza de haber mantenido una comunicación reservada.

No obstante, esta forma de intervenir comunicaciones cifradas se tornará ineficaz si los interlocutores disponen de claves públicas certificadas por terceros, pues, cuando el emisor solicite al organismo certificador la clave pública del destinatario recibirá la clave del intermediario, lo que permitirá probar —indubitadamente— la suplantación²⁸.

La segunda posibilidad para acceder al contenido de comunicaciones encriptadas consiste en la intervención del mensaje cifrado y su conversión a texto descifrado aplicando técnicas de criptoanálisis.

El criptoanálisis es la ciencia matemática que se ocupa del análisis de los sistemas criptográficos con el objetivo de romper o eludir la protección que el sistema proporciona²⁹.

Aunque la ruptura de sistemas de cifrado con claves matemáticamente fuertes puede resultar en ocasiones ineficiente por su alto coste de tiempo o recursos, la incorporación de este tipo de funcionalidades a herramientas de interceptación de comunicaciones es cada vez más habitual.

Además, el actual desarrollo de la aplicación computacional de la física cuántica puede facilitar notablemente esta posibilidad. El principio de superposición de estados — los *qbits* o *bits cuánticos* pueden adoptar el estado 0, el estado 1 o los estados 0 y 1 a la vez— permite desarrollar varios procesos de forma simultánea en un ordenador, aumentando exponencialmente la capacidad computacional y haciendo inútil los sistemas criptográficos no cuánticos. La seguridad actual de los criptosistemas, fundada en la factorización matemática y considerada hoy indeleble a ataques de fuerza bruta (averiguación de la clave criptográfica mediante el método de prueba y error), podrá ser destruida en unos minutos³⁰.

Una última opción para sortear el cifrado consiste en practicar la intervención en aquellos momentos del proceso comunicativo en que las técnicas de encriptación no tienen incidencia en el contenido, lo que sucede bien accediendo a las albergadas en el dispositivo emisor, bien a las recibidas y descifradas en el del destinatario.

²⁷ J.L. MORENO FONTELA, *Servicios cifrados*, cit., 281.

²⁸ La combinación de esta medida con la imposición de deberes de colaboración puede permitir a la autoridad encargada de la investigación requerir a la autoridad de certificación la expedición de certificados falsos que avalen la suplantación; *vid.* J.L. MORENO FONTELA, *Servicios cifrados*, cit., 281.

²⁹ G. VIDAL y J.L. MORENO, *Cryptography and Communications Privacy: An Introduction*, en R. ALHAJJ and J. ROKNE (eds.), *Encyclopedia of Social Network Analysis and Mining*, New York, 2018, 513.

³⁰ G. MORALES LUNA, *Computabilidad y computación cuántica: revisión de modelos alternativos de computación*, en *Ingeniería Industrial*, 2/2011, 53; y A. RIVERA, *Computación cuántica: nuevas reglas del juego para los ordenadores*, en *Alfa. Revista de seguridad nuclear y protección radiológica*, 27/2015, 37.

Los sistemas comunicativos que incorporan cifrado extremo a extremo conservan por defecto los contenidos comunicados y ya descifrados en el dispositivo, salvo que se proceda a su borrado por parte de los interlocutores.

Por ello, es posible obtener los contenidos intercambiados accediendo a la fuente de origen o destino: ya sea antes de que la encriptación se produzca —en el sistema del emisor—, ya después de que la comunicación cifrada se convierta a texto claro —en el dispositivo receptor—.

Este acceso a los contenidos almacenados se puede llevar a cabo mediante el registro físico del dispositivo o mediante su registro remoto. En el primer caso, se practica sobre el contenido que contenga en el momento de su práctica el dispositivo o sistema estáticamente considerado. Por su parte, el registro remoto permite el examen dinámico de los contenidos alojados. A través de esta técnica se puede conocer no sólo el contenido del dispositivo en un momento determinado, sino también los archivos que se vayan añadiendo o suprimiendo durante el tiempo de observación³¹.

La práctica de esta medida requiere el acceso al dispositivo mediante la introducción de un programa espía que permita a la autoridad encargada de su ejecución tomar el control del dispositivo objeto de examen. Normalmente este acceso se lleva a cabo aprovechando la conexión del dispositivo a una red pública o privada, valiéndose de canales abiertos de compartición de información —*bluetooth*, *NFC*, etc.— o mediante su incorporación oculta adjunta a una comunicación o archivo descargable; aunque, en ocasiones, será necesario manipular manualmente el dispositivo. La imposición de deberes de colaboración puede resultar de utilidad para facilitar asistencia técnica sobre posibles vías de acceso al terminal o para solicitar al prestador que abra una vía de penetración al troyano (por ejemplo, disponiendo restricciones a la protección del antivirus)³².

6. Conclusiones

La generalización del uso de sistemas de cifrado implica una reacción a la actual situación de sobrevigilancia y su regulación constituye un reto de calado para los Estados.

La afición a diversos derechos fundamentales y los beneficios que se derivan de su utilización para determinados intereses de especial importancia deben ser tenidos en cuenta a la hora de hallar una solución dirigida a minimizar los riesgos que entraña. A la dificultad política y jurídica de tal empresa se adosa la complejidad técnica del objeto de regulación.

³¹ Esta técnica ha sido la solución adoptada por el ordenamiento jurídico alemán para la intervención de comunicaciones cifradas. El art. 100.a) del Código Procesal Penal (*Strafprozessordnung*) permite «intervenir y grabar contenidos y datos de la comunicación almacenados en el sistema informático del investigado, si los mismos también hubieran podido ser intervenidos y grabados de forma encriptada mientras estuviera pendiente el proceso de transmisión en la red pública de telecomunicaciones».

³² Vid. J.L. RODRÍGUEZ LAINZ, *Intervención judicial de comunicaciones vs. registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción*, en *Diario La Ley*, 8896/2017, 2.

La principal conclusión es que no existe una fórmula mágica que permita a los Estados sortear los sistemas de cifrado. No obstante, las soluciones de intervención parecen resultar más eficaces y menos problemáticas que la regulación de los elementos internos de los elementos del cifrado o la imposición de deberes a fabricantes o usuarios.

Existen diversas posibilidades de intervenir con éxito comunicaciones encriptadas. La decisión de recurrir a una u otra de las técnicas aludidas dependerá de la eficacia y proporcionalidad de su uso en el caso concreto. Todas ellas pueden, además, completarse con la imposición jurídica de deberes de colaboración, como recurso de carácter transversal frente a eventuales dificultades en la intervención de comunicaciones cifradas.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ED
EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI

ALESSANDRA PROZZO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cittadinanza digitale e *digital divide*. – 3. Accesso ad Internet e Costituzione. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Lo sviluppo delle nuove tecnologie ha modificato profondamente sia le abitudini di vita dell'uomo che le modalità di esercizio di diritti e doveri previsti dall'ordinamento tanto che, ormai, qualsiasi contesto ove si sviluppa la personalità individuale tende ad avvalersi, sempre più frequentemente, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT).

Tali cambiamenti hanno interessato anche lo svolgimento del lavoro all'interno delle pubbliche amministrazioni le quali, sin dagli anni '70, hanno impiegato le nuove tecnologie dapprima solo per l'automazione di singoli uffici e procedure, in particolare per l'elaborazione e archiviazione di molti dati, e poi, soprattutto a partire dagli anni '90, grazie allo sviluppo e alla diffusione di esse, anche nei rapporti con i privati, al fine di semplificare il procedimento amministrativo e di abbatterne i relativi costi e tempi¹. Ciò ha comportato rilevanti mutamenti anche nelle modalità di erogazione – e, di riflesso, di

¹ G. CAMMAROTA – P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica. Caratteri, finalità, limiti*, Torino, 2020, 2.

fruizione – dei servizi pubblici che, sempre più spesso, avviene mediante l’impiego delle tecnologie digitali.

A questo proposito, il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5², aveva inserito nel d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell’amministrazione digitale (CAD), l’obiettivo del perseguimento, entro il 1° gennaio 2014, dell’esclusività del digitale quale unica modalità di erogazione dei servizi pubblici, mentre la l. 7 agosto 2015, n. 124, ha introdotto il concetto di «cittadinanza digitale».

La dottrina, d’altro canto, a fronte della tendenza dello Stato a implementare il novero dei servizi pubblici fruibili mediante l’utilizzo delle tecnologie e l’accesso ad Internet, aveva già individuato nella «cittadinanza elettronica» una «nuova opportunità di esercizio di diritti – civili, politici e sociali – già entrati a far parte della dotazione di ogni cittadino»³, evidenziando come quest’ultimo, di conseguenza, avrebbe dovuto necessariamente disporre, oltre che di strumenti informatici e dell’accesso alla rete, anche di maggiori competenze informatiche.

Proprio sotto quest’ultimo aspetto sono tuttavia emerse le maggiori criticità legate a tale trasformazione del *modus operandi* delle p.a.: se, infatti, da un lato la digitalizzazione ha comportato alcuni vantaggi per gli utenti in termini di maggior flessibilità nella fruizione dei servizi, in quanto divenuta possibile anche a distanza, svincolata dagli orari di apertura degli uffici e dalla presenza di questi ultimi sul territorio⁴, dall’altro occorre rilevare che non tutti i cittadini sono nelle effettive condizioni di stare al passo con tali cambiamenti.

Invero la possibilità di accedere ad Internet e, quindi, ai servizi pubblici messi a disposizione tramite la rete, è strettamente legata sia alle condizioni soggettive dell’individuo, quali età, salute, livello di istruzione e condizioni economiche, sia ad altri fattori esterni, come la qualità delle infrastrutture allocate sul territorio. Inoltre, l’utilizzo degli strumenti informatici richiede anche adeguate competenze e conoscenze, riassunte nell’espressione “alfabetizzazione digitale”⁵, di cui una consistente parte della popolazione non è ancora in possesso⁶.

² Convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35.

³ 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* 3/2010, 354.

⁴ Art. 1 lett. n-*quater* del d.lgs. 82/2005: per «servizio in rete o on-line» si intende «qualsiasi servizio di una amministrazione pubblica fruibile a distanza per via elettronica».

A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell’amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 123 ss., precisa che essi hanno ad oggetto una «prestazione dematerializzata», e consentono «l’azzeramento nei servizi on line del vincolo della *distantia loci* tra amministrazione (erogatrice del servizio) e utente» e la messa a disposizione degli utenti di «*un servizio continuo da qualsiasi luogo e senza interruzione di orario*». L’A. inoltre rileva che «la digitalizzazione dei servizi pubblici non rappresenta solo un momento rilevante della modernizzazione dell’azione amministrativa, ma è anche una risorsa strategica per un nuovo rapporto amministrazione /cittadino».

⁵ Vi sono vari livelli di alfabetizzazione digitale: dalla basilare *digital literacy* alla più complessa *digital fluency*.

⁶ Secondo il rapporto ISTAT 2020 in Italia i “non utenti” sono pari al 20% della popolazione; inoltre, il 25,2% delle famiglie ha competenze digitali di base, e nel 33% delle famiglie vi è almeno un componente con competenze basse.

Proprio la disomogeneità delle effettive possibilità di accesso ai servizi in rete, strettamente dipendenti dai suddetti fattori, in mancanza di interventi dello Stato a sostegno delle “categorie fragili” può essere fonte di discriminazioni nonché di esclusione sociale: nel 2016⁷, infatti, il legislatore è stato costretto a rivedere parzialmente l’approccio dell’“esclusivamente digitale” precedentemente adottato ed a sostituirlo con quello del *digital first*, ossia dell’“innanzitutto digitale”, consistente in un sostanziale ritorno alla multicanalità nell’erogazione dei servizi, sebbene integrato con il principio di prevalenza delle ICT⁸.

2. Cittadinanza digitale e digital divide

Al riguardo, è stato elaborato il concetto di *digital divide*, con cui si indica il «perdurante discrimine (dovuto a fattori culturali, economici e generazionali) tra una parte della popolazione in grado di sfruttare, almeno parzialmente, le potenzialità offerte dalla rete, ed un’altra parte, che rimane priva degli strumenti per accedervi ed ivi esercitare i diritti e le libertà previste dall’ordinamento, nonché adempiere i doveri che – in modo crescente – non possono prescindere dall’utilizzo dello strumento informatico»⁹.

Tale divario, sussistente sia tra lo Stato italiano e gli altri Stati membri dell’UE¹⁰, sia all’interno del territorio nazionale¹¹, in particolare tra Nord e Sud Italia¹², nell’ultimo

⁷ In particolare, con il d.l. 26 agosto 2016, n. 179, sono stati abrogati i commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater* dell’art. 63 del CAD, introdotti con il già menzionato d.l. 5/2012, che miravano all’esclusività del digitale.

⁸ G. CAMMAROTA, *I servizi pubblici online*, in G. CAMMAROTA – P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica*, cit., 59 ss.

⁹ L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell’accesso a Internet*, in *Rivista dell’Associazione “Gruppo di Pisa”*, Secondo seminario annuale del “Gruppo di Pisa” con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche *Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali*, Università di Roma Tre, 20 settembre 2013.

¹⁰ Secondo la relazione DESI del 2020, l’Italia è collocata al 25° posto in Europa in base all’indice di digitalizzazione; inoltre, «solo il 42% delle persone di età compresa tra i 16 e i 74 anni possiede almeno competenze digitali di base (58% nell’UE) e solo il 22% dispone di competenze digitali superiori a quelle di base (33% nell’UE)».

¹¹ D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all’e-Government – Pubbliche amministrazioni e società dell’informazione*, Torino, 2005, 226 ss., distingue tra *digital divide* esterno, o *global divide*, con cui si indica la «frattura esistente tra diversi paesi, e in particolare tra il nord e il sud del mondo, in funzione della presenza, della diffusione e dell’efficienza (cioè del rapporto tra costi e qualità del servizio) delle più elementari infrastrutture di comunicazione via rete», e *digital divide* interno, o *social divide*, con cui «ci si riferisce al complesso di fattori interni ad una determinata società che pongono barriere all’inclusione digitale di alcune fasce della popolazione». L’A. ritiene che il divario digitale esterno sia quello più profondo e preoccupante, dato che esso, «mentre aumenta esponenzialmente la differenza nel livello di inclusione tra i diversi paesi, provoca al contempo uno sviluppo di tecnologie funzionali alle esigenze dei paesi più avanzati, avendo i primi utenti di un mezzo la facoltà di plasmarne le logiche di avanzamento e di influenzarne gli usi successivi». In tal senso anche F. AMORETTI - E. GARGIULO, *Dall’appartenenza materiale*, cit., 364, «Internet, infatti, è un fenomeno globale, ma il suo sviluppo, da un punto di vista economico e sociale, è strettamente legato alle condizioni di ogni singolo paese. Le nuove tecnologie, perciò, più che aiutare i paesi meno sviluppati a raggiungere il livello di sviluppo dei paesi occidentali, possono rafforzare la loro dipendenza da questi ultimi».

¹² L’indagine Istat dedicata agli “Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi” del 6.4.2020 ha messo in luce che nel periodo 2018-2019 nel Mezzogiorno il 41,6% delle famiglie non era

anno è emerso con maggior vigore a causa della pandemia da Covid-19. L'emergenza sanitaria, infatti, in ragione dell'esigenza di adottare politiche di distanziamento sociale, ha reso necessario accelerare repentinamente il processo di digitalizzazione dei servizi pubblici, funzionali anche all'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati, imponendo che questi, almeno in alcuni periodi, fossero accessibili esclusivamente *online*.

Tuttavia, tale repentino abbandono della multicanalità, escludendo le categorie digitalmente svantaggiate dalla fruizione di servizi che, viceversa, prima dell'emergenza erano disponibili attraverso i canali tradizionali, ha di fatto aggravato le disuguaglianze alla base del divario digitale¹³, ingenerando il rischio che esso si traduca in esclusione sociale o, nei casi, peggiori, in recessione sociale¹⁴.

A questo proposito, basti pensare a quanto avvenuto relativamente all'attività didattica la quale, per periodi significativi, si è svolta solo con modalità a distanza; problematiche simili si sono verificate anche in ambito sanitario, data la possibilità di accedere ad alcune prestazioni sanitarie esclusivamente previa prenotazione *online*¹⁵, o in quello lavorativo, a causa della necessità di riorganizzare le attività ricorrendo a forme di lavoro agile.

L'emergenza sanitaria, infatti, evidenziando la necessità di disporre di strumenti efficienti e di connessione Internet adeguata in relazione alle esigenze di ciascuna famiglia (correlate sia al numero di soggetti di cui è costituita sia alle rispettive occupazioni), tali da consentire, ad esempio, la contemporanea connessione di più figli impegnati nella didattica a distanza e di genitori in *smart working*, ha lasciato emergere sia le disparità relative alle condizioni personali e familiari di studenti e lavoratori, sia le carenze infrastrutturali di alcuni territori.

Quanto all'istruzione, gli interventi dello Stato hanno potuto porre rimedio a tale divario solo in parte mediante, ad esempio, l'assegnazione in comodato d'uso di strumenti digitali individuali per lo svolgimento della didattica a distanza agli studenti meno abbienti¹⁶; nel breve periodo, però, non è stato possibile colmare le carenze infrastrutturali e l'analfabetismo digitale che, richiedendo azioni più complesse¹⁷, persistono tuttora¹⁸.

dotata di un computer in casa, a fronte di una media del 30% nelle altre aree del Paese, e solo il 14,1% ha a disposizione almeno un computer per ciascun componente.

¹³ D. DONATI, *Digital divide*, cit., 224, osserva che il divario digitale è «l'effetto di disuguaglianze preesistenti alla introduzione delle nuove tecnologie».

¹⁴ P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 288 ss.

¹⁵ Inizialmente la stessa prenotazione dell'appuntamento per la vaccinazione al Covid-19 nella maggior parte delle Regioni poteva essere effettuata solo tramite piattaforme digitali.

¹⁶ Art. 120 d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

¹⁷ Sull'importanza strategica della banda larga e ultralarga, A. CLARONI, *Mezzogiorno, banda larga e divario digitale. Profili normativi e questioni aperte*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1/2021, 215 ss., la quale rileva che il divario educativo interno al nostro Paese non potrà essere compensato solo con una maggiore fornitura di *devices*, in quanto «nessun provvedimento, adottato singolarmente, sarà sufficiente a recuperare i ritardi», soprattutto nel Mezzogiorno, in cui «non si parla solo di divari tecnologici, comunque gravi ma risolvibili attraverso interventi economici mirati ed efficaci, ma si configurano disuguaglianze sociali profonde e radicate, bisognose di una strategia di lungo periodo, sinergica con quella per il contrasto alla povertà educativa».

¹⁸ Né il personale docente né gli studenti (o i loro familiari, nel caso degli alunni della scuola primaria) erano stati precedentemente istruiti per lo svolgimento della didattica a distanza.

Tali problematiche sono emerse anche in ambito lavorativo, tanto privato quanto nel pubblico impiego. Nella fase emergenziale il legislatore ha infatti disposto che i datori di lavoro privati avessero la facoltà di applicare modalità di lavoro agile ad ogni rapporto di lavoro subordinato, mentre «unilateralmente»¹⁹ ne ha imposto l'adozione ai datori di lavoro pubblici come «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni»²⁰.

Ciò, oltre a rivelare il divario tecnico e il diverso grado di competenze dei singoli lavoratori, che non erano stati formati per lo svolgimento del lavoro a distanza né, in alcuni casi, disponevano di *devices* adeguati, ha rivelato anche il ritardo che già connotava il processo di digitalizzazione del lavoro all'interno delle p.a. Come evidenziato dalla relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione del 26.10.2017, le p.a. utilizzano le ICT in misura «soddisfacente» solo nel cd. *front office*, ossia nei rapporti con i cittadini, mentre nel *back office*, e cioè nello svolgimento dei loro processi interni, tale impiego è ancora molto difficoltoso. Ciò discende dal fatto che le amministrazioni, «disattendendo la legge, che impone di formare gli originali dei propri documenti con mezzi informatici sin dalla prima versione dell'articolo 40 del CAD»²¹, si avvalgono ancora in misura rilevante di documenti cartacei, il che rifletterebbe il persistere della diffusione, tra i funzionari e i dirigenti pubblici, della «cultura analogica dell'amministrazione novecentesca», la quale «mantiene ancora in vita i faldoni di documenti cartacei, diffonde ritrosia nell'utilizzo della firma digitale ed impedisce la completa produzione dei documenti nativi digitali»²².

Tale modalità mista analogico/digitale, nonostante fosse prevista in via provvisoria, si protrae da anni²³ precludendo l'obiettivo della realizzazione «di un'amministrazione pienamente digitalizzata nei suoi rapporti con i cittadini» e che, viceversa, presupporrebbe una piena informatizzazione dei documenti, ossia una «burocrazia senza carta»²⁴. Tuttavia, ciò richiede «un ripensamento a monte del procedimento, delle sue fasi e delle relazioni che in questo si sviluppano in un contesto che necessariamente deve

¹⁹ A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove diseguaglianze*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 197, ss., il quale evidenzia anche che, essendo stata l'applicazione delle modalità di lavoro agile obbligatoria per i datori di lavoro pubblici e facoltativa per i datori privati, l'impatto della digitalizzazione del lavoro è stato molto diverso tra i due settori.

²⁰ Art. 1 d.P.C.M. del 26 aprile 2020.

²¹ Relazione *La digitalizzazione nella pubblica amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano* della Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione del 26 ottobre 2017, https://teni.camera.it/leg18/post/pl18_la_commissione_di_inchiesta_sulla_digitalizzazione_delle_pubbliche_amministrazioni.html, 102 ss.

²² *Ibidem*.

²³ D.A. LIMONE, *L'Amministrazione digitale: semplificazione, accessibilità, trasparenza totale*, in *Rivista elettronica di diritto, economia, management*, 2/2014, 124 ss.

²⁴ E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2015, 148, il quale rileva altresì che «non è immaginabile che la relazione con l'esterno si sviluppi mediante Ict se le dinamiche interne restano legate a paradigmi “cartacei”».

essere interoperabile»²⁵, e dunque implica un notevole sforzo riorganizzativo che dovrebbe essere affidato a figure con competenze anche manageriali, in grado di riconoscere e di trarre i benefici insiti nell'impiego delle tecnologie, intervenendo a tal fine in modo organico sulle modalità di svolgimento dei procedimenti.

Al contrario, è stata stigmatizzata la mancanza di interventi strutturati in tal senso sia a livello legislativo che applicativo²⁶, avendo le singole amministrazioni adottato un approccio "episodico", connotato sovente da notevoli ritardi e legato ad una scarsa consapevolezza dell'importanza del digitale. Tale atteggiamento produce però il «rischio sistematico di impiego inefficiente di denaro pubblico»²⁷, rischio tanto più attuale alla luce della circostanza che, in alcuni casi, è il procedimento digitale a adattarsi a quello cartaceo e che il documento informatico talvolta costituisce una mera riproduzione digitale di quello analogico²⁸.

Un pieno ed efficiente sfruttamento dell'innovazione tecnologica, invece, richiederebbe un'adeguata e diffusa formazione dei dipendenti pubblici di ogni livello, anche dirigenziale, in considerazione del fatto che l'art. 17 CAD affida proprio agli uffici dirigenziali «la transizione alla modalità operativa digitale e i conseguenti processi di riorganizzazione»²⁹.

In questa direzione, l'art. 13 CAD³⁰ pone a carico delle p.a., oltre all'adozione di politiche di reclutamento mirate, anche obblighi di formazione del personale sia in merito all'uso, ampiamente inteso, delle ICT, sia sui «temi relativi all'accessibilità e alle tecnologie assistive», ciò al fine di garantire la conservazione del «rapporto tra l'Amministrazione e gli utenti più vulnerabili, i quali rischierebbero di rimanere estromessi dal nuovo assetto delle relazioni tra P.A. e cittadini rimodulato su base digitale»³¹.

²⁵ S. BIANCAREDDU, *Il procedimento amministrativo per fascicolo informatico: la problematica concretizzazione di un'aspirazione*, in G. CAMMAROTA – P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica*, cit., 50.

²⁶ *Ibidem*, 36.

²⁷ Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta, *La digitalizzazione*, cit.

²⁸ S. BIANCAREDDU, *Il procedimento amministrativo*, cit., 36, 50 ss.

E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 363, evoca l'immagine di «amministrazioni potenzialmente in grado di esercitare un potere formidabile grazie alla mole di dati che raccolgono e producono, ma in effetti spesso "spaventose per debolezza" più che per potenza. Per ragioni materiali, a volte per scelta o insipienza, per mancanza di competenze, ma anche di strategia e regia, non ultimo per vincoli normativi».

²⁹ La Commissione parlamentare di inchiesta nella Relazione *La digitalizzazione*, cit., 156, evidenzia che è «urgente e non più procrastinabile un adeguamento delle competenze del personale (non solo) dirigenziale della PA, sia attraverso un massiccio investimento in formazione, sia attraverso una ineludibile immissione di nuovo personale, soprattutto nei livelli apicali».

³⁰ Art. 13 CAD: «1. Le pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili, attuano politiche di reclutamento e formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nonché dei temi relativi all'accessibilità e alle tecnologie assistive, ai sensi dell'articolo 8 della legge 9 gennaio 2004, n. 4.

1-bis. Le politiche di formazione di cui al comma 1 sono altresì volte allo sviluppo delle competenze tecnologiche, di informatica giuridica e manageriali dei dirigenti, per la transizione alla modalità operativa digitale».

³¹ P. ZUDDAS, *Cultura digitale e digital divide*, in G. CAMMAROTA – P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica*, cit., 87.

Un efficace sfruttamento dell'innovazione tecnologica richiederebbe tuttavia un'adeguata formazione anche degli utenti dei servizi medesimi, i quali, come rilevato, spesso non dispongono degli strumenti o delle competenze per accedervi o sono restii ad impiegare i mezzi informatici, deponendo scarsa fiducia in essi o nell'amministrazione³². L'art. 8 CAD per far fronte a questa problematica prescrive allo Stato e alle amministrazioni di "promuovere" «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 con azioni specifiche e concrete».

Allo scopo di sanare il divario digitale "tecnico", inoltre, l'art. 8-bis CAD dispone che i medesimi soggetti pubblici "favoriscano", «in linea con gli obiettivi dell'Agenda digitale europea, la disponibilità di connettività alla rete Internet presso gli uffici pubblici e altri luoghi pubblici, in particolare nei settori scolastico, sanitario e di interesse turistico, anche prevedendo che la porzione di banda non utilizzata dagli stessi uffici sia messa a disposizione degli utenti», anche mettendo a disposizione degli utenti «connettività a banda larga per l'accesso alla rete Internet nei limiti della banda disponibile e con le modalità determinate dall'AgID».

Dette previsioni mirano, dunque, non solo a garantire ai cittadini la possibilità materiale di accedere ai mezzi informatici e alla rete fornendo loro i mezzi tecnici e le conoscenze digitali minime, ma si prefiggono l'obiettivo di porre gli stessi nelle condizioni di saper trarre vantaggi dall'utilizzo delle tecnologie, rendendoli altresì edotti dei rischi insiti nella navigazione in Internet³³ ed in grado di individuare i contenuti realmente affidabili. Come precisato anche a livello europeo³⁴, la diffusione di una "cultura digitale", pertanto, consiste proprio in un'operazione di alfabetizzazione

³² P. ZUDDAS, *Cultura digitale*, cit., 82; S. BIANCAREDDU, *Il procedimento amministrativo*, cit., 39; E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 389.

³³ P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide*, cit., 289 ss., individua a titolo esemplificativo pericoli quali il cyberbullismo, la dipendenza dal *web*, la violazione della *privacy* e della reputazione *online*.

³⁴ La Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006 relativa a competenze chiave per l'apprendimento permanente (2006/962/CE) precisa che «la competenza digitale consiste nel saper utilizzare con dimestichezza e spirito critico le tecnologie della società dell'informazione (TSI) per il lavoro, il tempo libero e la comunicazione», e presuppone «una solida consapevolezza e conoscenza della natura, del ruolo e delle opportunità delle TSI nel quotidiano: nella vita privata e sociale come anche al lavoro. In ciò rientrano le principali applicazioni informatiche (...) oltre a una consapevolezza delle opportunità e dei potenziali rischi di Internet e della comunicazione tramite i supporti elettronici (e-mail, strumenti della rete) per il lavoro, il tempo libero, la condivisione di informazioni e le reti collaborative, l'apprendimento e la ricerca. Le persone dovrebbero anche essere consapevoli di come le TSI possono coadiuvare la creatività e l'innovazione e rendersi conto delle problematiche legate alla validità e all'affidabilità delle informazioni disponibili e dei principi giuridici ed etici che si pongono nell'uso interattivo delle TSI.

Le abilità necessarie comprendono: la capacità di cercare, raccogliere e trattare le informazioni e di usarle in modo critico e sistematico, accertandone la pertinenza e distinguendo il reale dal virtuale pur riconoscendone le correlazioni. Le persone dovrebbero anche essere capaci di usare strumenti per produrre, presentare e comprendere informazioni complesse ed essere in grado di accedere ai servizi basati su Internet, farvi ricerche e usarli. Le persone dovrebbero anche essere capaci di usare le TSI a sostegno del pensiero critico, della creatività e dell'innovazione».

“critica” dei cittadini, indispensabile affinché le ICT svolgano un ruolo realmente inclusivo all’interno della società³⁵ e non aggravino, invece, disuguaglianze preesistenti.

Si tratta, tuttavia, di disposizioni estremamente generiche³⁶ che, impegnando le amministrazioni a “promuovere” e “favorire” i suddetti obiettivi, sembrano avere carattere solo programmatico³⁷; ciò, unitamente al fatto che gli interventi di alfabetizzazione *ex art. 13 CAD* possono esplicarsi solo «nell’ambito delle risorse finanziarie disponibili», pare mettere a rischio l’effettiva possibilità di conseguire i risultati auspicati.

Pertanto, ci si chiede se tale disciplina legislativa sia effettivamente idonea a tutelare i diritti di cittadinanza sottesi ai singoli servizi pubblici *online* i quali, soprattutto nell’attuale fase emergenziale, sono in costante e rapido incremento.

Inoltre, se, da un lato, appare verosimile che il grado di digitalizzazione dei servizi raggiunto in questa fase costituisca un avanzamento da cui, almeno in parte³⁸, non si tornerà indietro, dall’altro tale risultato si inserisce in un processo di riforma dell’azione amministrativa precedentemente avviato e che aveva già imposto ai cittadini un certo grado di digitalizzazione. Basti pensare all’obbligo dei cittadini, per accedere ai servizi pubblici *online*, di munirsi entro il 1° marzo 2021 di una propria identità digitale (SPID)³⁹, o al fatto che per numerosi servizi è prevista già da tempo la fruizione attraverso modalità esclusivamente digitali come, a mero titolo esemplificativo, l’iscrizione ai cicli scolastici⁴⁰, ad università e a concorsi pubblici.

Ciò induce a ritenere che ormai «a un’interazione amministrazione pubblica/cittadino-utente incentrata sul *face to face* si sostituisce un’interazione relazionale in rete»⁴¹ e che, pertanto, tra amministrazione e cittadino si sia instaurato «obbligatoriamente e per scelta del legislatore»⁴², un rapporto “di cittadinanza digitale”, relativamente al quale lo Stato dovrebbe rendere effettiva la possibilità per i cittadini di esercitare i propri diritti tramite l’impiego delle tecnologie.

Tale rapporto di cittadinanza digitale, infatti, rischierebbe di svuotarsi di contenuto qualora la digitalizzazione dei servizi pubblici, funzionali all’esercizio di diritti e all’adempimento di doveri previsti anche dalla Costituzione, come il diritto alla salute, all’istruzione, nonché il diritto-dovere al lavoro, non fosse accompagnata da interventi

³⁵ A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale*, in Liber amicorum per Pasquale Costanzo, *Consulta online*, 6 ss.

³⁶ A. VALASTRO, *Internet e social*, cit., 6.

³⁷ P. ZUDDAS, in G. CAMMAROTA – P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica*, cit., 91.

³⁸ Sebbene, come osservato da A. VALASTRO, *Internet e social*, cit., 2, sia opportuno “diffidare” dalla «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»; in tal senso anche P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide*, cit., 306.

³⁹ Art. 64 CAD.

⁴⁰ L’art. 27, co 28, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ha previsto che «A decorrere dall’anno scolastico 2012-2013, le iscrizioni alle istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado per gli anni scolastici successivi avvengono esclusivamente in modalità on line attraverso un apposito applicativo che il Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca mette a disposizione delle scuole e delle famiglie».

⁴¹ A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell’amministrazione*, cit., 124.

⁴² P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 2/2018, 13.

che rendano tale cambiamento sostenibile per tutti. In mancanza, invero, si determinerebbe una compressione delle garanzie e dei diritti, anche in termini di partecipazione al procedimento, trasparenza e accessibilità, a danno di coloro che non riescano a sostenere autonomamente gli oneri della digitalizzazione dei servizi⁴³.

Al fine di colmare il divario digitale esistente e di scongiurare il rischio che questo produca ulteriori discriminazioni, dunque, appare necessario un intervento correttivo dello Stato che renda la “transizione digitale” un momento effettivamente inclusivo⁴⁴.

3. Accesso ad Internet e Costituzione

Oltre a quanto già evidenziato, occorre considerare che ormai le ICT svolgono un ruolo di primaria importanza nella società odierna, atteso che esse vengono utilizzate per molteplici scopi, dalla comunicazione all’informazione, dalle relazioni sociali alla cultura⁴⁵ nonché, negli ultimi anni, anche per l’esercizio di diritti democratici, come, ad esempio, la partecipazione a consultazioni pubbliche⁴⁶. Allo stesso modo, Internet è

⁴³ Anche il Consiglio di Stato nel parere 11995/04 si è espresso in tal senso «L’abbandono delle modalità tradizionali di azione amministrativa va necessariamente accompagnato da misure concrete – che richiedono una consona copertura finanziaria e amministrativa – che prevedano azioni adeguate per l’implementazione dei nuovi processi, sia dal punto di vista tecnico che da quello umano (anche con riferimento ad appositi processi formativi e di “alfabetizzazione informatica avanzata” degli attuali dipendenti pubblici), nonché da norme transitorie e di raccordo».

⁴⁴ Ciò emerge in particolare riguardo alle richieste di prestazioni assistenziali, relativamente alle quali le categorie cui il servizio *online* è destinato sono le stesse le quali, paradossalmente, a causa del divario digitale, hanno maggiori difficoltà ad accedervi. Come sottolineato da D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN – D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell’Amministrazione Pubblica digitale*, 2020, 92, «in uno scenario di amministrazione digitalizzata che fornisce i suoi servizi anche e soprattutto *online*, il diritto ad una buona amministrazione rischia di tragicamente infrangersi contro l’ostacolo rappresentato dall’assenza di strumenti ed abilità digitali proprio da parte di quei cittadini che più necessitano dei servizi erogati da parte delle Pubbliche Amministrazioni e che più dipendono dal rapporto con essa in termini non solo di benessere (inteso come miglioramento delle proprie condizioni di vita [...]) ma, sovente, anche di vera e propria sopravvivenza».

⁴⁵ Ciò soprattutto durante la fase emergenziale, in cui la connessione alla rete ha giocato un ruolo ancora più rilevante: oltre a consentire la fruizione di servizi che, altrimenti, avrebbero dovuto essere del tutto sospesi a causa delle misure di distanziamento, ha costituito un importantissimo mezzo di informazione, consentendo agli individui di consultare, tra l’altro, i numerosi atti governativi in vigore nei singoli territori.

⁴⁶ Il portale *Consultazione.gov.it* e la piattaforma *ParteciPa.gov.it*, ad esempio, costituiscono strumenti di consultazione istituiti al fine di consentire ai cittadini di partecipare alle decisioni amministrative fornendo commenti, idee e ogni altro tipo di informazioni utili ad arricchire e migliorare una decisione da prendere o un provvedimento da adottare; al termine della consultazione l’amministrazione assumerà la decisione ritenuta più opportuna dando conto pubblicamente delle osservazioni ricevute e di quelle accolte. Inoltre, anche forze politiche, come il Movimento 5 Stelle, hanno utilizzato una piattaforma digitale (piattaforma “Rousseau”) quale sistema di consultazione elettronica; tuttavia, come opportunamente sottolineato da P.I. D’ANDREA, *Pubblica Amministrazione, servizi pubblici e social network: minimi appunti a partire da alcuni casi giurisprudenziali e di amministrazione contenziosa*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, 2019, 148, i *social network* potrebbero essere impiegati solo per «promuovere consultazioni» popolari, non per celebrarle, in quanto «l’impiego della rete da parte della pubblica Amministrazione deve tendere all’efficienza e all’accessibilità delle funzioni e dei servizi pubblici, abbandonando ogni velleità di “sostituzione” dei classici meccanismi di partecipazione, rappresentanza e decisione politica».

diventato ormai una delle sedi ove si svolge la personalità umana⁴⁷, si esercitano diritti e si adempiono doveri di cittadinanza, previsti anche a livello costituzionale, nonché luogo di partecipazione attiva alla vita democratica del Paese, tanto da indurre a ritenere che «chi non ha accesso alla rete, oggi, è irrimediabilmente danneggiato nel godimento dei propri diritti fondamentali»⁴⁸ e che il *digital divide* «rappresenta una delle cause più significative di esclusione sociale»⁴⁹.

Per questo motivo, parte della dottrina ritiene opportuno enucleare un vero e proprio diritto fondamentale di accesso ad Internet, meritevole di essere inserito in Costituzione: una proposta in tal senso è stata avanzata nel 2010 da Rodotà, secondo il quale il diritto di accesso a Internet, «inteso non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete», bensì come «sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete», meriterebbe di essere costituzionalizzato⁵⁰. In tal modo, infatti, secondo Rodotà si consentirebbe allo Stato di intervenire, senza essere percepito come un'interferenza indebita, a garanzia della libertà della rete e dei soggetti che agiscono in essa e, allo stesso tempo, si limiterebbe il potere censorio dei pubblici poteri incidenti sulla possibilità in sé di utilizzare la rete.

Altra parte della dottrina ritiene invece che quello di accesso ad Internet sia configurabile come diritto sociale, o come «*pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza»⁵¹, in quanto attraverso esso i soggetti si relazionano con i poteri pubblici ed esercitano i propri diritti di cittadinanza.

Tali impostazioni sono state tuttavia criticate da altra parte della dottrina secondo la quale se, da un lato, la costituzionalizzazione in sé del diritto di accesso ad Internet o la sua qualificazione quale diritto sociale non sono idonee a garantire l'effettività di tale diritto né il superamento del divario digitale⁵², dall'altro paradossalmente si potrebbe

⁴⁷ P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso a internet – Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010 (Roma, 30 novembre 2010)*, Napoli, 2011, 59 ss.; 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*, 2013, 517 ss.

⁴⁸ G. SARACENI, *Digital Divide e Povertà*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2019, 14, rileva altresì che «la mancanza di strumenti digitali, di accesso alla rete e di competenze informatiche può essere considerata come una forma particolarmente grave della povertà» e che «essere esclusi da internet – o non saperlo utilizzare – significa trovarsi ai margini della società, senza poter in alcun modo sperare di migliorare la propria condizione economica ed esistenziale».

⁴⁹ P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide*, cit., 287; A. VALASTRO, *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione. Atti del Convegno, Pisa 21 e 22 novembre 2013*, Torino, 2014, 247, «se la rete è una prosecuzione dei luoghi ove ciascuno è quotidianamente sfidato a sperimentare la cittadinanza, l'accesso ad essa è – con sempre maggiore evidenza – strumento di evoluzione dei modi di esercizio di diritti e di doveri, di comprensione e realizzazione di bisogni e di libertà».

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 384 ss.; l'A. aveva proposto di inserire in Costituzione l'art. 21-bis, in base al quale «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla Rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».

⁵¹ T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 8.

⁵² P. TANZARELLA, *Accesso a Internet*, cit., evidenzia il «rischio di operare una mera aggiunta a un elenco già nutrito di diritti, senza che ciò porti a dei risultati, almeno nel breve periodo» e sottolinea la difficoltà di un eventuale bilanciamento di tale nuovo diritto con altri diritti sociali già consolidati; in tal senso anche L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie*, cit., il quale rileva l'inutilità

determinare una diminuzione delle garanzie poiché il legislatore, a fronte del rapido evolversi delle tecnologie, interverrebbe inevitabilmente in ritardo; pertanto, «una volta ipoteticamente inserito in Costituzione un riferimento esplicito ad *Internet*, ciò che non vi trovasse protezione rischierebbe di venire, se non negletto, almeno ridimensionato, a prescindere dal fatto che il mancato riferimento fosse da imputarsi ad una scelta politica, ad una scarsa lungimiranza del legislatore costituzionale o all'impossibilità oggettiva di previsione»⁵³.

Inoltre, per lo meno nei casi in cui il canale digitale non sia previsto come esclusivo⁵⁴, il diritto di accesso ad *Internet* non potrebbe essere qualificato come diritto sociale, essendo comunque salvaguardata la possibilità di esercitare il diritto, benché con altre modalità⁵⁵.

Pertanto, secondo detta parte della dottrina pare preferibile piuttosto concentrare l'attenzione sul carattere strumentale di *Internet*, quale mezzo funzionale allo svolgimento di ulteriori e diversi diritti e all'adempimento di doveri, anche costituzionalmente previsti, e non quale oggetto di un autonomo diritto⁵⁶. La tutela del diritto di accesso alla rete, infatti, si giustificerebbe solo in considerazione del diritto finale in funzione del quale si accede ad *Internet*, e avrebbe intensità variabile a seconda di tale «*diritto-scopo*»⁵⁷.

Inoltre, non vi sarebbe neanche la necessità di una costituzionalizzazione del diritto di accesso alla rete atteso che l'art. 3, secondo comma, Cost., già pone a carico della

dell'«ampliamento smisurato» del catalogo dei diritti sociali, «sull'evidente presupposto che individuare un diritto senza che possa esserne realmente garantita l'effettività renderebbe l'intera operazione del tutto inutile».

⁵³ P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 4 dicembre 2013. Secondo l'A., pertanto, «nonostante le difficoltà che è normale che insorgano allorché si chiede ad un testo normativo adottato alla fine del 1947 di porre i principi che guidino la disciplina di *Internet*, pare di poter concludere che l'omissione di un intervento (solo) apparentemente ampliativo, come quello che si è citato dianzi, sia, in realtà, il miglior modo di mantenere una neutralità della Costituzione in merito alla selezione dei profili dell'universo *Internet* da prendere in considerazione ai fini della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, il che equivale a garantire una apertura costituzionale costante – sia pure solo per via ermeneutica – alle sfide che si pongono continuamente in tema di protezione di diritti nella rete».

⁵⁴ P. TANZARELLA, *Accesso a Internet*, cit., dopo aver distinto tra «accesso a *Internet* nell'accezione di accesso ai contenuti», pacificamente qualificabile come diritto individuale, e «accesso al mezzo», più problematicamente qualificabile come diritto, rileva che «fino a quando l'ordinamento non prevedrà come unica ed esclusiva possibilità di accesso a forme di partecipazione politica, economica e sociale la rete, non si vede come possa profilarsi una piena pretesa giuridica ad accedere al mezzo»; in tal senso anche C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e digital divide*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 69; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta Online*, 17 dicembre 2012, 13, secondo il quale solo nei casi di esclusività del digitale, essendo «la stessa fisionomia del servizio o dell'attività a presupporre di necessità l'accesso, che, dunque, perviene a costituire oggetto di una pretesa giuridica in dipendenza dell'obbligo da assolvere», il diritto di accesso ad *Internet* sarebbe attratto nella dimensione costituzionale.

⁵⁵ P. COSTANZO, *Miti e realtà*, cit., 9, «Non sembrano, tuttavia, sussistere ragioni perché, rispetto ad altri mezzi analoghi, proprio per internet, dovrebbe potersi configurare un diritto alla sua libera utilizzazione: ciò (...) colliderebbe con il paradigma, avallato dalla stessa Corte costituzionale, per cui, esemplarmente, alla libertà formale di manifestazione del pensiero non si accompagna un simile diritto sugli strumenti a prescindere dalla loro giuridica disponibilità».

⁵⁶ A. VALASTRO, *Internet e social*, cit.; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso*, cit.

⁵⁷ P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso*, cit.

Repubblica il compito di «rimuovere gli 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». Tale disposizione conterrebbe una “clausola aperta”⁵⁸ circa le cause generative delle disuguaglianze economiche e sociali, impegnando lo Stato a rimuoverle in qualsiasi forma esse evolvano e si manifestino nel tempo. Sulla base dell'art. 3 Cost., pertanto, sarebbe già ravvisabile un obbligo per lo Stato di rimuovere i fattori all'origine del divario digitale in quanto preclusivi della possibilità di svolgimento, tramite le tecnologie, della personalità individuale e dell'esercizio di diritti e doveri anche costituzionali; inoltre, il medesimo art. 3 Cost., potendo essere interpretato in senso evolutivo, potrebbe agevolmente far fronte al «dinamismo delle tecnologie e di Internet»⁵⁹ e alle conseguenti sempre nuove forme di disuguaglianza.

Sulla base di tali argomentazioni, ad avviso di chi scrive convincenti, Internet potrebbe essere qualificato come servizio pubblico che, opportunamente, potrebbe essere ascritto al servizio universale⁶⁰. Tale soluzione avrebbe infatti il pregio di garantire a tutti un minimo qualitativo nella fruizione dell'accesso alla rete quale strumento per l'esercizio di diritti ulteriori e diversi previsti dall'ordinamento, il tutto a Costituzione invariata⁶¹, fermo restando, comunque, il dovere dello Stato di intervenire per rimuovere il *digital divide* tecnico-infrastrutturale e di provvedere all'alfabetizzazione digitale della popolazione previsto dal CAD⁶².

4. Conclusioni

Come evidenziato, le innovazioni tecnologiche hanno inciso significativamente sulla configurazione del rapporto di cittadinanza, il quale non è più fondato sulla relazione diretta tra cittadino e dipendente pubblico ma “mediato” dalle tecnologie⁶³. A fronte di

⁵⁸ A. VALASTRO, *Internet e social*, cit., 13 ss.

⁵⁹ Secondo P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione*, cit., 14 ss., tale dinamismo richiede che l'art. 3.2 Cost. non possa costituire un «parametro contingente» ma debba assurgere a *Grundnorm*, essendo necessario un «impegno costante dei pubblici poteri» per contrastare il *digital divide* sia interno che tra Italia e altri Paesi; così anche A. VALASTRO, *Internet e social*, cit.: «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 parametro»; M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyber-spazio*, in *Rivista AIC*, 4/2012.

⁶⁰ P. COSTANZO, *Miti e realtà*, cit., 10 ss.; C. LOTTA, *Un nuovo diritto*, cit. 69 ss.

⁶¹ C. LOTTA, *Un nuovo diritto*, cit.

⁶² Inoltre, come osservato da M. AVVISATI, *Banda larga: politiche regolatorie e digital divide*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, cit., 107, il diritto dei cittadini-utenti a ricevere prestazioni essenziali connesse a servizi di banda larga, cui «corrisponderebbe l'obbligo da parte del decisore politico (nazionale e locale) di attivarsi, può definirsi costituzionalmente fondato – oltre che sull'art. 3, co. 2 Cost. –» anche sull'art. 117, co. 2 lett. m) Cost., 117 co. 3 Cost. e 11 Cost., quest'ultimo con riferimento alle disposizioni europee che spingono verso l'implementazione dei servizi connessi con l'uso della banda larga.

⁶³ C. LOTTA, *Un nuovo diritto*, cit.

un mutamento così complesso, però, le previsioni legislative vigenti, la cui attuazione, ancora parziale, è connotata da forti ritardi, si sono mostrate non sempre efficaci nel porre rimedio alle problematiche insite nella digitalizzazione delle amministrazioni e dei servizi pubblici, soprattutto relativamente alla necessità di colmare il *digital divide*.

Questa problematica è emersa ancor più nitidamente durante l'emergenza pandemica da Covid-19, nel corso della quale la necessità di adottare politiche di distanziamento sociale ha imposto, per significativi periodi, l'abbandono delle modalità tradizionali di erogazione di servizi anche essenziali, come quelli scolastici, e un brusco passaggio all'esclusività del canale digitale, difficilmente accessibile a coloro i quali non disponevano di strumenti informatici e di competenze informatiche adeguate.

Tuttavia, tanto la riorganizzazione del lavoro all'interno delle p.a. quanto il superamento del divario digitale richiedono, come da più parti sottolineato⁶⁴, un intervento organico che esige una adeguata copertura finanziaria e amministrativa⁶⁵. Basti pensare alla necessità di migliorare le infrastrutture di rete in modo tale da coprire finalmente le cd. zone bianche, di estendere quanto meno la banda larga a tutto il Paese o a quella di garantire l'alfabetizzazione digitale di tutta la popolazione.

Peraltro, data la frequenza sempre maggiore dei contratti conclusi *online* e dell'impiego di strumenti quali la posta elettronica certificata o la firma digitale, pare opportuno che l'alfabetizzazione dei cittadini – e dei dipendenti pubblici – vada oltre le mere conoscenze informatiche di base e li renda consapevoli anche dell'efficacia e dei principali risvolti giuridici implicati dal loro utilizzo, nonché in grado di individuare e affrontare i pericoli insiti nell'uso delle ICT⁶⁶.

In quest'ottica, la messa a disposizione dell'Italia di risorse europee con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), recentemente adottato per far fronte alla crisi economica e sociale causata dalla pandemia da Covid-19 e con l'obiettivo, tra gli altri, di realizzare «servizi sempre più performanti e universalmente accessibili», pare costituire una notevole occasione sia per concretizzare azioni di contrasto al divario digitale che per l'incremento ed il miglioramento dei servizi pubblici *online*⁶⁷.

⁶⁴ Oltre alla Dottrina citata, vd. parere n. 11995/04 del Consiglio di Stato e la Relazione *La digitalizzazione*, cit. della Commissione parlamentare di inchiesta.

⁶⁵ Il Consiglio di Stato nel parere n. 785 del 23 marzo 2016 ha stigmatizzato la necessità che «il Governo appronti, nei termini e con le modalità ritenute più opportune, un piano di formazione ed educazione digitale rivolto ai cittadini in aggiunta a quello previsto dal novellato art. 13 del CAD per i dirigenti e dipendenti pubblici», e che «l'ampiezza delle problematiche connesse con la riforma dell'amministrazione digitale», come il raggiungimento dell'obiettivo della diffusione della cultura digitale e lo sviluppo delle politiche di formazione, «potrebbero comportare la necessità di programmare delle spesa aggiuntive rispetto a quelle previste per il settore, rendendo non perseguibile l'obiettivo di procedere nell'intervento normativo *de quo* a costo zero». Il Consiglio di Stato inoltre precisa che proprio «l'importanza della riforma *de qua* può giustificare il ricorso ad un ponderato incremento di spesa, atteso che l'eventuale erogazione di denaro pubblico potrà essere compensata dai risparmi di spesa derivanti dalla concreta e tempestiva applicazione della riforma stessa».

⁶⁶ Ad esempio, come suggerito da P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione*, cit., 17, potrebbero essere organizzati corsi gratuiti, o a prezzo comunque «abbordabile», aperti a tutti, e si potrebbe inserire materie informatiche nei curricula scolastici.

⁶⁷ Il PNRR nell'ambito della Missione 1 stanziava ingenti risorse per la modernizzazione della p.a., con riferimento sia a infrastrutture, interoperabilità, piattaforme e servizi, e cybersecurity, che al miglioramento delle competenze del personale; tale missione richiede inoltre la semplificazione della burocrazia e

Tali risorse potrebbero infatti consentire allo Stato di correggere le disuguaglianze esistenti e di orientare l'«ambivalenza della rete»⁶⁸ in senso realmente inclusivo, come richiesto dal CAD, allo scopo di dare finalmente attuazione all'art. 3-*bis* CAD in base al quale «chiunque» ha il diritto di accedere ai servizi *online*⁶⁹.

Finché, infatti, non venga colmato il *digital divide* non sarà possibile abbandonare la multicanalità dei servizi, sebbene essa sia più costosa e meno efficiente per le amministrazioni, in quanto necessaria ad evitare l'emarginazione di coloro impossibilitati ad accedere ai servizi in rete⁷⁰.

In conclusione, indipendentemente dal fatto che si scelga di qualificare l'accesso ad Internet quale diritto autonomo – eventualmente anche fondamentale o sociale – o quale servizio pubblico funzionale all'esercizio di diritti diversi previsti dall'ordinamento, un intervento dello Stato a sostegno dei cittadini nella fase di “transizione digitale” appare doveroso. Ciò sia in base alle disposizioni legislative vigenti, che in considerazione del fatto che la digitalizzazione coinvolge anche principi, come quelli di buon andamento e imparzialità delle amministrazioni⁷¹, nonché diritti e doveri, come salute, istruzione, lavoro, di rilievo costituzionale e per l'esercizio dei quali la realizzazione del presupposto di uguaglianza sostanziale, affidata alla Repubblica dall'art. 3, secondo comma Cost., appare indispensabile.

La stessa Corte costituzionale, avendo stabilito nella sentenza n. 307 del 2004 che la cultura informatica «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)», sembra deporre nel senso che essa non possa essere prerogativa di pochi e fonte di discriminazione, bensì presupposto di inclusione sociale.

l'attuazione del principio del “once only”, in base al quale le informazioni sui cittadini devono essere a disposizione «una volta per tutte» per le amministrazioni in modo immediato, semplice ed efficace.

La Missione 4, poi, tra le varie misure prevede anche la «creazione di un sistema multidimensionale per la formazione continua dei docenti e del personale scolastico per la transizione digitale».

⁶⁸ A. VALASTRO, *Internet e social*, cit., 1.

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato nel parere 11995/04 sullo schema del d.lgs. contenente il CAD, che, al punto 10.1, aveva già evidenziato il rischio che «un rilevante numero di cittadini (anziani, disabili, soggetti con basse scolarità, emarginati, abitanti in aree remote o rurali, in ritardo con l'“alfabetizzazione informatica” o semplicemente diffidenti) possa risultare discriminato o addirittura socialmente emarginato da un passaggio radicale e non bilanciato ad un'amministrazione esclusivamente digitale», ravvisando la necessità di accompagnare «il cospicuo numero di previsioni generali e programmatiche presenti nel codice» con «interventi specifici di sostegno per i cittadini che non siano in grado di avvalersi delle nuove tecnologie dell'informazione».

⁶⁹ In questa direzione va il recentissimo d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che ha disposto l'inserimento nel CAD dell'art. 64-*ter*, con il quale ha istituito il Sistema di gestione deleghe e introdotto la facoltà, per chiunque, di delegare l'accesso a uno o più servizi a un soggetto titolare dell'identità digitale. Tale disposizione, dunque, opportunamente incentiva l'utilizzo di Spid consentendo, a chi non fosse nelle condizioni di utilizzarlo personalmente, di delegare un altro soggetto.

⁷⁰ M. VILLONE, *La Costituzione e il “diritto alla tecnologia”*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia*, cit., 263, l'accesso alle nuove tecnologie è «la condizione necessaria di un moderno *status activae civitatis*».

⁷¹ P. OTRANTO, *Decisione amministrativa*, cit., 13.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

SITEL E CAPTATORE INFORMATICO? DUE STRUMENTI DI INDAGINE TECNOLOGICA CON PARTICOLARI IMPLICAZIONI COSTITUZIONALI

MARÍA RUIZ DORADO

SOMMARIO: 1. I nuovi strumenti, spagnolo e italiano, di indagine tecnologica. – 2. Implicazioni dalla prospettiva formale di entrambe le procedure. – 2.1. Breve analisi della costituzionalità dal punto di vista materiale delle intercettazioni mediante l'uso del SITEL. – 2.2. Analisi sintetica della costituzionalità formale delle intercettazioni tramite Captatore informatico. – 3. Coinvolgimento di diritti fondamentali e beni o valori costituzionalmente protetti. – 3.1. Analisi della costituzionalità dalla prospettiva materiale delle procedure di intercettazione di telecomunicazioni tramite SITEL. – 3.2. Analisi della costituzionalità dalla prospettiva sostanziale della procedura di intercettazione di comunicazioni ambientali mediante Captatore informatico.

1. I nuovi strumenti, spagnolo e italiano, di indagine tecnologica

Le intercettazioni delle comunicazioni sono state una costante nella storia più recente, svolgendo un ruolo determinante, soprattutto in contesti bellici e di conflitto tra i diversi Stati.

Con la comparsa di Internet e la crescente evoluzione delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (di seguito, ICT), si verifica un cambiamento nella concezione delle forme e dei mezzi di comunicazione tra le persone. Anche se è vero che questi progressi forniscono innumerevoli vantaggi per gli utenti, non è possibile ignorare gli enormi pericoli che essi comportano. E non dobbiamo inoltre dimenticare

che Internet è nato con la filosofia di mettere in contatto persone da luoghi distinti e non per essere sicuro.

Di fronte a tali progressi tecnologici, inevitabilmente, emergono nuove forme di terrorismo, criminalità organizzata e telematica che, sia consentita l'espressione, "mettono sotto scacco" la sicurezza degli Stati.

Forse è possibile identificare gli attacchi dell'11 settembre come una pietra miliare che rompe con gli stereotipi di sicurezza esistenti all'epoca, definendo un "prima e dopo" nello spirito delle politiche di repressione e prevenzione del crimine promosse da tutti i governi; politiche che più volte sono state descritte come "politiche della paura" o "politiche del terrore", poiché sfruttano l'insicurezza e la paura dei cittadini a seguito di eventi che provocano uno "shock" nella società per limitare i loro diritti fondamentali e le libertà pubbliche nel perseguimento del benessere comune o della pace sociale¹. Tuttavia, lo sviluppo di nuovi strumenti di indagine tecnologica, come il SITEL e il Captatore informatico, era avviato già prima di questi attentati terroristici, poiché gli Stati membri dell'UE vi erano stati obbligati dalla Risoluzione COM 96/C 329/1 del Consiglio dell'Unione Europea del 17 gennaio 1995.

In termini generali, senza indugiare troppo su questioni tecniche², occorre osservare che: il SITEL è un sistema informatico avanzato, dipendente dal Ministero dell'Interno, e utilizzato congiuntamente dalle Direzioni Generali di Polizia e *Guardia Civil*, che consentono la cattura di flussi di informazioni bidirezionali che, in un certo momento, circolano attraverso il territorio spagnolo. Mentre il Captatore Informatico è un *malware* che viene "inoculato" su un dispositivo *target* tramite accesso fisico o remoto, consentendo alle forze dell'ordine di intercettare flussi unidirezionali di informazioni ricevute o emesse dal dispositivo in cui sono collocate (le cosiddette comunicazioni ambientali).

Si tratta, pertanto, di due *softwares* informatici che, nonostante presentino caratteristiche tecniche distinte, hanno la medesima finalità pratica: l'intercettazione delle telecomunicazioni per la prevenzione e la repressione di delitti che colpiscono la sicurezza degli Stati.

Anche se tali sistemi consentono indubbiamente un certo riequilibrio tra i mezzi sofisticati utilizzati dalla criminalità su larga scala e gli strumenti di rilevamento delle Forze e degli Organi di sicurezza dello Stato (in seguito FCSE), non si deve ignorare la loro incidenza sul libero esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche dei cittadini.

¹ Politiche che possono essere controproducenti nella misura in cui il libero esercizio dei diritti fondamentali è eccessivamente limitato, come sacrificio per il mantenimento della sicurezza, e successivamente si verificano eventi eclatanti (ad esempio, attentati terroristici) che mettono in discussione l'efficacia di dette misure limitative, per cui si verifica l'effetto opposto a quello desiderato, ossia un clima di insicurezza nella società.

² Per maggiori informazioni sugli aspetti tecnici e sul funzionamento di entrambi gli strumenti di indagine, si veda: M. RUIZ DORADO, *Il SITEL spagnolo e il Captatore informatico italiano: un'analisi dalla prospettiva costituzionale*, Tesi di dottorato in cotutela: UCLM e UNIPI, discussa il 14 dicembre de 2020.

Poiché si tratta di sistemi così invasivi per i diritti fondamentali e che hanno carattere criptico, la loro costituzionalità è dubbia, rendendo necessario lo studio delle discipline di utilizzo che vengono adottate per tali mezzi di indagine tecnologica. E, soprattutto, quando si sono verificati eventi (isolati), che dal nostro punto di vista devono essere stigmatizzati, in cui i Governi o le Forze di Sicurezza degli Stati, facendo un uso improprio di tali strumenti di indagine tecnologica, hanno tenuto comportamenti abusivi con il pretesto di mantenere l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. A titolo di esempio possiamo vedere: le massicce intercettazioni attraverso il sistema PRISM effettuate dai diversi *Bureaus* americani denunciate da Edward Snowden; le presunte "intercettazioni" dei casi *Villarejo* e *Kitchen* in Spagna; il caso italiano in cui i servizi segreti militari italiani, insieme a poliziotti e membri della principale compagnia telefonica nazionale, hanno monitorato illegalmente numerosi politici e persone del mondo della finanza attraverso il Captatore Informatico (ad esempio: Silvio Berlusconi e Romano Prodi sono stati oggetto di intercettazione) o il caso *Exodus*; o, più recentemente, il caso israeliano *Pegasus* che ha colpito i sistemi di sicurezza in Europa e in America.

2. Implicazioni dalla prospettiva formale di entrambe le procedure

2.1. Breve analisi della costituzionalità dal punto di vista materiale delle intercettazioni mediante l'uso del SITEL

Per procedere all'analisi delle implicazioni costituzionali dal punto di vista formale, cioè all'analisi della costituzionalità formale di qualsiasi norma avente rango di legge³, a nostro avviso, si deve partire dal cosiddetto principio di legalità⁴. In materia penale, dal principio di legalità, che a nostro avviso può essere esteso al diritto processuale penale, discendono, per la materia trattata in questa sede, due garanzie: la riserva di legge⁵ e il principio di tipicità⁶.

³ Secondo un criterio sostanziale del concetto di Legge, perché se si guardasse solo al suo aspetto formale sarebbe escluso il Decreto Legge, che ha carattere provvisorio ed è soggetto a convalida (artt. 86,2 e 3 CE). Per un recente approfondimento sul concetto di legge e sui principi generali del diritto, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 2016.

⁴ Per uno studio approfondito sul principio di legalità si veda: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10/1984, 11-13. E in materia penale: J.A. VELARDE RODRÍGUEZ, *El principio de legalidad en el Derecho Penal*, in *Revista Lex*, 13/2014, 229; L. ARROYO ZAPATERO, *El principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8/1983, 12-13, tra i tanti.

⁵ Per maggiori indicazioni sul principio della riserva di legge si veda L.M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, 2013, 99-101; J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, Segunda Edición, Madrid, 2009, 190-191, tra gli altri.

⁶ Si vedano SSTC 292/2000, 30 novembre (F.J. 13); 25/2002, 11 febbraio (FF.JJ. 4 e 5), 113/2002, 9 de mayo (FF.JJ. 3 e 4), tra le tante. E, Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Iordachi e altri vs Moldavia*.

Un altro dei principi da tenere in considerazione per procedere all'analisi della costituzionalità formale della disciplina della procedura delle intercettazioni di telecomunicazioni tramite SÍTEL è il principio di certezza del diritto⁷.

Una volta stabilite queste linee guida, è opportuno partire dal presupposto che la disciplina giuridica di SÍTEL, fin dalla sua origine, è stata una questione molto controversa e dibattuta, oggetto, infine, di numerose riforme.

In ogni caso, e posto che siamo nell'ambito delle intercettazioni di comunicazioni, occorre partire dall'art. 18.3 della Costituzione spagnola del 1978, dove si consacra il diritto alla segretezza delle comunicazioni⁸. L'attuazione legislativa di questo articolo della Costituzione lo troviamo nell'art. 579.2 del Real Decreto del 14 settembre 1882, di approvazione del Codice di procedura penale⁹, secondo il quale: "Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa".

Tuttavia, per avere un'idea approssimativa di come dovrebbe funzionare questa nuova e invasiva modalità di intercettazione delle comunicazioni, dovremmo fare riferimento all'art. 33 della Legge 32/2003, del 3 novembre, sulle Telecomunicazioni Generali e del Regio Decreto 424/2005, del 15 aprile, che approva il Regolamento sulle condizioni per la fornitura dei servizi di comunicazione elettronica, il servizio universale e la tutela degli utenti (comunemente noto come Regolamento della legge generale sulle telecomunicazioni)¹⁰.

Pertanto, dal punto di vista della costituzionalità formale, si può comprendere che tale norma precedente soffriva di vizi di incostituzionalità in quanto contravveniva al principio di legalità, nel suo duplice aspetto di principio di riserva di legge e di tipicità; nonché al principio della certezza del diritto. In quanto, a nostro avviso, sarebbe molto "forzato" intendere che la riserva di legge organica (art. 81,1 CE) sarebbe coperta dall'art. 579 del Codice di procedura penale¹¹ e, pertanto, ritenere legittimo lo sviluppo di tale

⁷ Per maggiori indicazioni sul principio di certezza del diritto si veda: M.I., ÁLVAREZ VÉLEZ (Coord.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quarta edizione, Valencia, 2014, 53. E, in giurisprudenza: SSTC 126/1987, 16 luglio (F.J. 11); STC 15/1986, 31 gennaio (F.J. 2); STC 46/1990, 15 marzo (F.J. 4); STC 325/1994, 12 dicembre (F.J. 2); STC 165/1999, 27 settembre (F.J. 2); etc.

⁸ Come vedremo in seguito, occorre tener conto anche dell'art. 18.4 CE (diritto alla protezione dei dati personali) che è indirettamente interessato dalla presente misura investigativa, in particolare per quanto riguarda le c.d. "informazioni alleggiate alla comunicazione", che, pur non potendo considerarsi tutelate nel nucleo duro del diritto alla segretezza di comunicazioni, sarebbe inquadrabile, a nostro avviso, nell'ambito del diritto alla protezione dei dati personali, nella misura in cui tali dati sono idonei ad identificare le persone interessate da detto intervento.

⁹ Nella formulazione precedente a quella introdotta dall'articolo unico della LO 13/2015, del 5 ottobre, recante modifica del Codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie procedurali e la disciplina delle misure di indagine tecnologica, che disciplinava le intercettazioni di comunicazione. E il cui tenore letterale è stato introdotto dall'art. 2 della LO 4/1998, del 25 maggio, di riforma del Codice di procedura penale.

¹⁰ Regio decreto 242/2005, del 15 aprile, nel cui processo di preparazione e promulgazione ha avuto le relazioni favorevoli, tra le altre, della *Agencia Española de Protección de Datos* e del *Consejo General del Poder Judicial*. Per maggiori informazioni si consultino: Informe della AEPD del 27 settembre 2002 e Informe del CGPJ del 24 ottobre 2002.

¹¹ Che è stato introdotto dall'art. 2 della L.O. 4/1998, del 25 maggio, di Riforma del Codice di procedura penale).

precetto operato dalla Legge 32/2003, del 3 novembre, Telecomunicazioni generali (legge ordinaria) e dal Capo II del Titolo V del RD 424/2005, 15 aprile. E per tutte le carenze che il regolamento pativa (e che sono state evidenziate anche dalla stessa CEDU)¹², che implicano una mancanza di predeterminazione della legge, la quale a sua volta genera mancanza di certezza e, di conseguenza, insicurezza giuridica per i cittadini.

Data l'obsolescenza della disciplina delle intercettazioni prevista dal Codice di procedura penale, le condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ammonizioni di interventi di adeguamento, sia di detta Corte¹³ che delle Alte Corti nazionali, il legislatore ha preso coscienza di tali circostanze e ha promulgato¹⁴, nel 2015, la Legge Organica 13/2015, del 5 ottobre, recante modifica del Codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie procedurali e la regolamentazione delle misure di indagine tecnologica.

È innegabile che la riforma oggetto di analisi ha implicato un grande passo avanti per quanto riguarda l'adeguamento del nostro regolamento al testo fondamentale; nonostante questo, dal nostro punto di vista, diventa insufficiente.

Sebbene sia vero che sono stati compiuti progressi nelle suddette misure di sicurezza, è inquietante che sia consentita la conservazione di una copia dei dati raccolti, senza alcuna precauzione se non quella di affidare tali dati alla custodia del Segretario Giudiziario, per la durata prevista dalla norma. Nulla viene detto, quindi, sulle cautele da adottare per evitare la rottura della catena di custodia¹⁵ e le fughe di informazioni, né vengono stabiliti parametri per la sua conservazione oltre il termine stabilito (tale decisione essendo lasciata alla discrezionalità del giudice).

Per tutto questo, nonostante le numerose lacune giuridiche colmate dalla LO 13/2015, del 5 ottobre, che modifica il Codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie procedurali e la regolamentazione delle misure di indagine tecnologica, in relazione alla procedura di intercettazione delle telecomunicazioni tramite SITEL, tale

¹² Carenze quali: assenza di regolamentazione delle telecomunicazioni tramite Internet e dati esterni dalle e-mail; l'indeterminatezza dei reati che possono dar luogo ad intercettazioni; la mancata fissazione di un limite alla durata dell'esecuzione del provvedimento; la scarsità di condizioni per stabilire i verbali sommari che registrano le conversazioni intervenute; la carenza nella determinazione delle cautele da adottare per trasmettere integre e complete le registrazioni effettuate, per il loro eventuale controllo da parte del Giudice e della difesa. Corte EDU, 30 luglio 1998, *Valenzuela Contreras vs España*; Corte EDU, 18 febbraio 2003, *Prado Burgallo vs España*, tra le altre. Sebbene sia vero che la Corte di Strasburgo riconosce che la maggior parte delle lacune mostrate dalla normativa in questione erano state colmate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola e della Corte suprema spagnola.

¹³ Corte EDU, 26 settembre 2006, *Abdulkadir Coban vs España*; Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Alony Kate vs España*; tra le altre.

¹⁴ SSTC 70/2002, del 25 aprile, 123/2002, del 20 maggio; 230/2007, del 5 novembre, 249/2008, del 20 maggio, 776/2008, del 18 novembre; 688/2009, del 18 giugno, 142/2012, del 2 luglio, tra le varie. SSTS 1040/2005, del 20 settembre; 209/2007, del 9 marzo; 1273/2009, del 17 dicembre; 1397/2009, del 22 dicembre; 695/2013, del 22 luglio; tra le varie.

¹⁵ Si consideri, ad esempio, che se le informazioni provenienti dal centro di raccolta vengono distrutte, viene impedita la possibilità di confrontare le informazioni conservate in custodia del Segretario Giudiziario con quelle originali presso il centro di raccolta, vendendo interrotta la catena di custodia dati raccolti, in relazione all'utilizzo delle informazioni intercettate per un diverso processo (violando così il principio di contraddizione della prova). J.L. RODRÍGUEZ LAINS, *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 2016, 206.

norma continua a presentare carenze in quanto non «esprime con precisione tutti e ciascuno dei presupposti della misura restrittiva»¹⁶; il che sembra poco compatibile con il principio di tipicità.

Infine, in relazione al principio di certezza del diritto, si osserva che le lacune giuridiche richiamate rispetto al principio di tipicità, non colmate con la riforma del codice di procedura penale attuata con LO 13/2015, del 5 ottobre, di modifica del codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie processuali e la disciplina delle misure di indagine tecnologica, sono indicative per sospettare che la norma oggetto di analisi di costituzionalità formale leda il principio di certezza del diritto. Tale possibile violazione è dovuta al fatto che l'attuale Codice di Procedura Penale non prevede, in merito alla conservazione di una copia dei dati intercettati, precauzioni per evitare l'interruzione della catena di custodia e la fuga di informazioni; così come non stabilisce parametri per la sua conservazione oltre il periodo stabilito da detto testo giuridico, lasciando tali decisioni alla discrezionalità del giudice. E, per tale ragione, rileviamo una violazione del principio di non arbitrarietà che integra il principio della certezza del diritto.

In conclusione, come abbiamo già avvertito in altra occasione¹⁷, si sospetta che la norma contenuta nel Codice di procedura penale, dopo la Riforma del 2015, non sia conforme alla Costituzione spagnola del 1978, in particolare, a nostro avviso, ci sono fondati motivi per ritenere che essa violi il principio di certezza del diritto, il principio di tipicità e, quindi, il principio di legalità in quanto il primo è una garanzia derivata dal secondo.

2.2. Analisi sintetica della costituzionalità formale delle intercettazioni tramite Captatore informatico

Per procedere all'analisi delle implicazioni costituzionali dal punto di vista formale di qualsiasi legge o atto avente forza di legge, come avveniva nell'ordinamento spagnolo, bisogna partire dal principio di legalità; principio di legalità che, come vedremo, nell'ordinamento italiano presenta somiglianze rispetto al principio di legalità nella prospettiva spagnola, ma, a sua volta, presenta sfumature distintive di particolare rilevanza.

Il principio di legalità in Italia, con riguardo ai pubblici poteri e ai loro rapporti con i cittadini, rappresenta, nelle parole di Federico Sorrentino¹⁸, «una garanzia per i cittadini che implica il divieto per i pubblici poteri di agire contro i cittadini a margine di disposizioni legislative o, per essere più precisi, in assenza di autorizzazione legislativa».

¹⁶ STC 292/2000, del 30 novembre.

¹⁷ M. RUIZ DORADO e T. VIDAL MARÍN, *Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9/2016.

¹⁸ F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2000, 4.

La Costituzione italiana non fa espressa menzione di questo principio, ma può essere implicitamente estrapolato da diversi precetti costituzionali. Nel nostro caso è particolarmente rilevante l'art. 25.2 CI, in virtù del quale: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Da questo precetto deriva il cosiddetto "principio di legalità penale", che, lungi dall'essere una questione innovativa del costituente italiano del 1948¹⁹, si pone come caposaldo del sistema penale e, quindi, del sistema processuale penale.

Il principio di legalità penale si fonda sul fatto che, in materia penale, avendosi a che fare con provvedimenti che ledono o incidono sulla libertà delle persone, l'unica fonte autorizzata ad intervenire è la legge, intesa come atto normativo emanato dal Parlamento²⁰. Tale principio assume principalmente due profili: il principio di legalità "stretta" o il principio di riserva di legge²¹ e il principio di determinatezza o tassatività²².

Soffermandoci sulla disciplina della procedura oggetto di questo contributo, si deve rilevare che, in Italia, l'origine delle intercettazioni di comunicazioni tramite Captatore Informatico è una questione relativamente recente. La prima regolamentazione della procedura per le intercettazioni ambientali mediante Captatore Informatico la ritroviamo nella c.d. *Riforma Orlando*; vale a dire, nella Legge di delega 103/2017, del 23 giugno, rubricata "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario" e nel suo correlativo Decreto Legislativo 216/2017, del 29 dicembre, "Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82,83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103".

Per ciò che riguarda le implicazioni costituzionali del primo corpo normativo che comprende la disciplina introdotta con la *Riforma Orlando* (Legge di delega 103/2017, del 23 giugno), possiamo concludere che:

È conforme al principio di legalità in senso stretto o principio di riserva di legge, a differenza dell'ordinamento spagnolo che impone la disciplina della materia con legge organica in virtù delle disposizioni dell'art. 81,1 CE, poiché la Legge di delega in questione è una legge ordinaria emanata dal Parlamento dello Stato italiano (ai sensi dell'art. 70 CI), che prevede, nell'esercizio del potere di delega ad esso attribuito dall'art.

¹⁹ Il principio di legalità penale, espresso dalla parola latina coniata nel s. XIX di P.J.A. Von Feuerbach: *nullum crime, nulla poena sine lege*, nell'ordinamento italiano appare riconosciuto nel codice penale italiano del 1930, promulgato in epoca precostituzionale (durante il fascismo), il quale stabilisce che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

²⁰ Si consideri che il Parlamento è l'organo più rappresentativo della sovranità popolare.

²¹ Per maggiori indicazioni sul principio di stretta legalità e sulla riserva di legge si vedano: R. ROMBOLI (dir.), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, vol. II, Torino, 2015, 28 ss.; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVIII, Roma, 1990, 347; F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, commi secondo e terzo*, in G. BRANCA (dir.), *Commentario della costituzione* (Art. 24-26), Bologna-Roma, 1981, 538; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2016, 20.

In giurisprudenza: SSCC 487/1989; 51/1985; 22/2012. E ordinanze 134/2003 e 34/2013.

²² Per uno studio sul principio di determinatezza si rinvia, tra gli altri, a: G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 119 ss.; V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1987, 125 ss.

In giurisprudenza: SSCC 191/1970; 188/1975; 96/1981; 79/1982; 247/1989; 327/2008.

76 CI, la delega specifica di una materia (regime di intercettazione delle comunicazioni e delle conversazioni: art. 1.82), i criteri e i principi direttivi della delega (art. 1.84) e il periodo di validità della delega (art. 1.83). Inoltre, per quanto riguarda la prevista doppia delega, potrebbe essere chiaramente distinta una delega principale (che attribuisce al Governo la facoltà di emanare decreti legislativi per stabilire il regime di intercettazione delle comunicazioni e delle conversazioni, secondo quanto previsto dall'art. 1.83 e dai criteri guida dell'art. 1.84: articolo 1.82) e una delega accessoria (che delega al Governo la promulgazione dei decreti legislativi che contengono disposizioni complementari, correttive e transitorie); nonché la fissazione di tempi e modalità e il loro assoggettamento alle direttive previste per la delega principale (art. 1.84).

Inoltre, rispetta il principio di determinatezza in quanto i principi direttivi e i criteri previsti dall'art. 1.84 della Legge Delega, a nostro avviso, sono chiari e precisi, lasciando un ragionevole margine di apprezzamento e discrezionalità al legislatore delegato, per svolgere il lavoro che gli è stato affidato. Ed è conforme al principio della riserva di giurisdizione, visto che la Legge 103/2017, del 23 giugno, in relazione alla misura di intercettazione mediante l'utilizzo del Captatore Informatico che intacca i diritti inviolabili riconosciuti dagli artt. 13-15 CI, stabilisce che il decreto di autorizzazione del giudice deve indicare i motivi per cui tale specifica modalità di intercettazione è necessaria ai fini dell'indagine (art. 1.84. e) 3 Legge 103/2017, del 23 giugno). Da ciò consegue che il legislatore delegante nelle sue direttive stabilisce il dovere di intervento giudiziario nelle materie in cui possono essere violati diritti fondamentali; tale dovere deve essere rispettato dal Governo (e, di fatto, dal Ministro della giustizia) nell'esercizio della potestà legislativa ad esso delegata, affinché il decreto legislativo possa essere costituzionalmente legittimo.

In sintesi, da tutto quanto precede risulta che, a nostro avviso, non sussistono motivi fondati per mettere in discussione la legittimità costituzionale della Legge Delega 103/2017, del 23 giugno, "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", dal punto di vista formale.

In merito alle implicazioni costituzionali del secondo corpo normativo che integra il regime giuridico stabilito con la *Riforma Orlando* (D.lgs. 216/2017, del 29 dicembre) si ritiene che:

Si conforma al principio della riserva legale, visto che il decreto legislativo in analisi risponde chiaramente alla delega legislativa effettuata dalla legge di delega 103/2017, 23 giugno, in quanto: si tratta di un decreto legislativo emanato su proposta del Ministero della Giustizia in virtù di quanto disposto dall'art. 1.82 della Legge di delega; nel rispetto della procedura e dei termini previsti dall'art. 1.83 della Legge 103/2017, del 23 giugno (emanata nei 5 mesi successivi all'entrata in vigore della citata Legge, avvalendosi della proroga di 60 giorni del periodo iniziale di 3 mesi, prevista nel caso in cui il parere delle commissioni parlamentari competenti è inviato entro 30 giorni prima della scadenza del termine di 3 mesi); e si attiene scrupolosamente ai criteri direttivi contenuti nell'art. 1.84 a)-e) della Legge Delega 103/2017, del 23 giugno.

Le modifiche all'art. 267 e 268. 2-bis Codice di procedura penale, operate dal decreto legislativo 216/2017, del 29 dicembre, sono conformi al principio di

determinatezza poiché: nel primo caso, l'art. 267 CPP prevede, in modo chiaro e preciso, i soggetti legittimati a richiedere l'autorizzazione giudiziale, nonché i requisiti che devono essere soddisfatti sia dalla richiesta della Procura sia dall'autorizzazione giudiziale abilitante. Nello stesso senso, detta precisione impedisce il ricorso all'analogia, specie con riguardo ai soggetti autorizzati sia a richiedere che ad autorizzare detto provvedimento. Inoltre, senza dubbio, stabilisce termini sufficientemente precisi che consentono di collegare la previsione dei casi alla loro eventuale verifica ai fini probatori. E, soprattutto, quando con l'introduzione all'art. 267.4 del Codice di Procedura Penale ultimo comma, operato dall'art. 2.1.c) del D.Lgs. 216/2017, del 29 dicembre, si specifica in cosa consiste la collaborazione dell'ufficiale di polizia giudiziaria con la Procura, genericamente prevista nella precedente formulazione del Codice di procedura penale. Pertanto, in ossequio al principio di determinatezza, la nuova formulazione del citato articolo, a nostro avviso, consente di valutare con precisione l'operato che deve essere svolto da detti operatori, non dando luogo a diversa interpretazione o applicazione analogica.

L'emendamento all'art. 269 CPP e l'introduzione degli artt. 89 e 89-bis al CPP in virtù di quanto disposto dall'art. 3.1.c) del decreto 216/2017, del 29 dicembre, potrebbe essere, *a priori*, suscettibile di violare il principio di determinatezza poiché tali precetti sono ambigui e poco precisi, soprattutto in relazione all'accesso e alla consultazione del c.d. archivio riservato.

Tuttavia, tali imperfezioni e le possibili lacune normative che esse comportavano sono state corrette con la promulgazione del Decreto Ministeriale del 20 aprile 2018, "Disposizioni di attuazioni per le intercettazioni mediante inserimento del captatore informatizzato e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'articolo 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216", frutto della delega contenuta nell'art. 7.3 del D.lgs. 216/2017, del 29 dicembre.

Il Codice di procedura penale, modificato dal decreto legislativo 216/2017, del 29 dicembre, fa mere allusioni ai requisiti tecnici dei programmi informatici utilizzati (Captatore Informatico), ma non definisce con certezza quali debbano essere; pertanto, potrebbe essere inteso come sintomo di violazione del principio di determinatezza, mettendo in discussione la legittimità costituzionale della norma in esame. Tali condizioni sono state però inserite nel decreto ministeriale 20 aprile 2018, frutto di una delega o di un rinvio operato dall'art. 7.1 del D.lgs. 216/2017, del 29 dicembre; tuttavia, a nostro avviso, il citato DM soffre di alcune carenze (necessità di specificare con maggior dettaglio i *software* utilizzabili; mancanza di adeguate garanzie per evitare che, per le sue straordinarie potenzialità intrusive, tale strumento degeneri in un mezzo di sorveglianza di massa; insufficienze nella determinazione dei *server* utilizzabili, e dei livelli di protezione prevedibili per le società preposte, ecc.).

In conclusione, nonostante la *Riforma Orlando* sia generalmente conforme a Costituzione dal punto di vista formale, sono state rilevate alcune lacune che potrebbero essere sintomo di una possibile lesione del principio di determinatezza e, quindi, del principio di legalità in materia penale applicato al processo penale.

Di recente, tra la fine dell'anno 2019 e l'inizio dell'anno 2020, come è stato evidenziato, è stata attuata una riforma della disciplina delle intercettazioni tra presenti tramite Captatore Informatico. In tal senso è stato promulgato il decreto-legge 161/2019, del 30 dicembre, "Modifica le urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni", successivamente convertito in legge (con modificazioni) dalla legge 7/2020, del 28 febbraio. "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, che modifica urgentemente la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazione".

In osservanza del principio di legalità penale e del principio di riserva di giurisdizione, si è giunti alla conclusione che la riforma 2019-2020 potrebbe soffrire di illegittimità costituzionale perché non conforme al principio di legalità sotto il versante della riserva di legge dato che, nonostante sia evidente che vengano introdotte modifiche che – o influenzate dalla promulgazione di leggi o come conseguenza delle carenze della precedente disciplina, correggono i vizi costituzionali della *Riforma Orlando* – a nostro avviso, non vi sono ragioni per apprezzare la straordinaria necessità e urgenza di tali modifiche apportate a quasi due anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 216/2017, del 29 dicembre.

Ciò soprattutto quando la legge delega 103/2017, del 23 giugno, nel suo art. 87, ha istituito una delega (delega correttiva) affinché entro il termine di un anno dall'entrata in vigore del D.Lgs. 216/2017, del 29 dicembre, fossero effettuate le rettifiche; delega correttiva che non è stata esercitata dal Governo²³.

3. Coinvolgimento di diritti fondamentali e beni o valori costituzionalmente protetti

3.1. Analisi della costituzionalità dalla prospettiva materiale delle procedure di intercettazione di telecomunicazioni tramite SITEL

È evidente che SITEL è un software informatico che consente la cattura non solo delle comunicazioni tradizionali, ma anche delle cosiddette telecomunicazioni che avvengono nel territorio spagnolo. Questione che evidenzia l'ampiezza della portata delle indagini che possono essere svolte utilizzando questo strumento di ricerca delle prove; ledendo, in sostanza, il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 18 CE²⁴.

²³ Per maggiori informazioni sulla motivazione di tali affermazioni: M. RUIZ DORADO, *Il SITEL spagnolo e il Captatore informatico italiano: un'analisi dalla prospettiva costituzionale*, Tesi di dottorato in cotutela: UCLM e UNIPI, discussa il 14 dicembre de 2020.

²⁴ Per uno studio più approfondito del diritto al rispetto della vita privata e familiare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo si consulti: X. ARZOZ SANTISTEBAN, Art. 8. *El derecho al respeto de la vida privada y familiar*, in I. LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio europeo de derechos humanos - comentario sistemático*, Madrid, 2009, 293 ss.

In España: M. MEDINA GUERRERO, *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valencia, 2005, 13-16.

In concreto, trattandosi di un processo di intercettazione delle telecomunicazioni, incide direttamente sul diritto fondamentale alla riservatezza delle comunicazioni (art. 18.3 CE)²⁵. Va comunque sottolineato che il procedimento oggetto di analisi in questo contributo comporta un trattamento dei dati che identifica o consente l'identificazione del titolare, quindi pregiudicherebbe in via secondaria anche il diritto alla protezione dei dati personali²⁶. E, dato che tale procedimento si colloca all'interno di un processo penale, potrebbe essere suscettibile di ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e il diritto a un procedimento con tutte le garanzie dell'art. 24 CE (e, in particolare tali profili: il diritto a un fondamento in diritto e alla motivazione delle decisioni giudiziarie, il diritto a non essere privati della difesa, il diritto a un processo senza ingiusto ritardo e il divieto di valutare le prove ottenute in violazione dei diritti fondamentali)²⁷.

Per altro verso, lo scopo perseguito da questo mezzo di indagine è la ricerca di prove per la repressione di fatti classificati come crimini che minacciano la pace sociale e il normale funzionamento della società; in altre parole, l'obiettivo pubblico perseguito

²⁵ Sul diritto alla segretezza della comunicazioni in Spagna: M.J. RIDURA MARTÍNEZ, *El legislador ausente del art. 18.3 de la Constitución (La reconstrucción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)*, in UNED. *Revista de Derecho Político*, 2017, 347 ss.; M.G. MONTAÑES PARDO, *La intervención de las comunicaciones: doctrina jurisprudencial*, in *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1999; A.E. PERALES, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid, 2007; P. MURILLO DE LA CUEVA, *Notas sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*, in L. AGUIAR DE LUQUE (Coord.), *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional: (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Valencia, 2005; J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Madrid, 2004; F.J. DÍAZ REVORIO, *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*, in *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2006; tra gli altri.

In giurisprudenza: SSTC 114/1984, 29 novembre (F.J. 7), 70/2002, 3 aprile (F.J. 9), 56/2003, 24 marzo (F.J. 2), 281/2006, 9 ottobre (F.J. 2); 170/2013, 7 ottobre (F.J. 4); 145/2014, 22 settembre (F.J. 4); SSTS 342/2013, 17 aprile, 786/2015, 4 dicembre, tra le varie.

²⁶ In materia di protezione dei dati personali: AA.VV., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes por Jürgen Schwabe*, México, 2009; M. HEREDERO HIGUERAS, *La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población de 1983*, in *Documentación Administrativa*, 1983, 139 ss.; P.L. MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, 2004; P.L. MURILLO DE LA CUEVA e J.L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 2010; tra gli altri.

In giurisprudenza: STC 202/1999, 8 novembre (F.J.2 in fine); 292/2000, 30 novembre; tra le altre.

²⁷ Sui diritti dell'art. 6 CEDU: C. MILONE, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 2015.

In Spagna, sui diritti dell'art. 24 CE: D. ORTEGA GUITIERREZ e A. GONZÁLEZ ESCUDERO, *Título I. De los derechos y los deberes fundamentales. Sinopsis del artículo 24*, www.elcongreso.es, aggiornato a gennaio 2011; J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2008; M.J. CARAZO LIÉABANO e G. RUIZ-RICO RUIZ, *Derecho al proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas*, in G. RUIZ-RICO RUIZ, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, 2013; tra gli altri.

In giurisprudenza: SSTC 199/2006, 3 luglio (F.J. 4); 88/1999, 26 maggio (F.J. 4); 118/2001, 21 maggio (F.J. 2); 146/2003, 14 luglio (F.J. 3.); e 185/2003, 27 ottobre (F.J. 4), 24/1990, 15 febbraio (F.J. 4), 114/2005, 9 maggio (F.J. 3), 157/2006, 22 maggio (F.J. 3). E ATC 204/1996, 15 luglio (F.J. 3); tra le altre.

sarebbe la protezione dell'ordine pubblico²⁸, della pubblica sicurezza²⁹, della sicurezza dei cittadini³⁰ e, in ultima analisi, la protezione della sicurezza nazionale³¹.

In caso di conflitto tra i suddetti diritti fondamentali interessati e i beni o valori costituzionali che si intendono tutelare diventa essenziale bilanciarli, al fine di analizzarne la legittimità costituzionale dal punto di vista materiale.

Si precisa che si è optato per il bilanciamento attraverso il giudizio di proporzionalità³² come metodo di risoluzione di detto conflitto in quanto riteniamo che sia il metodo più equo e che meglio si adatta alle circostanze che danno origine al conflitto tra i diritti fondamentali coinvolti e i beni o i valori costituzionali oggetto di tutela; pertanto, l'utilizzo del cosiddetto metodo di sussunzione supporrebbe³³, a nostro avviso, un'oggettivazione e una regolamentazione dei diritti fondamentali. In questo senso, possiamo arrivare alle seguenti deduzioni:

1. Lo stesso SITEL, in quanto software informatico, non è suscettibile di essere oggetto di analisi di legittimità costituzionale materiale, ma occorre prestare attenzione all'uso che se ne fa.

2. Perché l'intercettazione delle telecomunicazioni mediante SITEL sia conforme alla Legge e alla Costituzione, deve soddisfare una serie di requisiti procedurali che sono stati definiti con precisione nelle sezioni 1.1.1, 1.1.2, 1.2.1 e 1.2.2 del Capitolo II.

²⁸ Si intende per ordine pubblico: «el conjunto de principios, pautas, normas y parámetros no formalizados que rigen un Estado, en un momento histórico determinado y de conformidad con el ordenamiento jurídico existente, en aras a preservar el pacífico y correcto funcionamiento de la sociedad». M. RUIZ DORADO e T. VIDAL MARÍN, *Análisis de la constitucionalidad del SITEL*, cit., 5.

²⁹ Per maggiori indicazioni sulla sicurezza pubblica: J.L. FERNÁNDEZ VALMAYOR, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*, in *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 1990, 17.

³⁰ Per uno studio sul concetto di sicurezza cittadina: F. LLÓPEZ-NIETO Y MALLO, *Seguridad ciudadana y orden público*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1992, 18.; F. ALONSO PÉREZ, *Seguridad ciudadana: la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana*, Madrid, 1994, 14-15.

³¹ Al riguardo si veda: STC 184/2016, 3 novembre.

³² Per uno studio sul giudizio di proporzionalità si veda: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1993. Si vedano anche L. CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, 2009; M. GASCÓN ABELLÁN, *Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los Jueces?*, in *Revista Teoreder*, 2016, 204-205; B. FASSBENDER, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 5/1998, 2; tra i tanti.

In Italia: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, celebrata presso il Palazzo della Consulta in Roma, dal 24 al 26 ottobre 2013.

³³ Per maggiori indicazioni sulla tecnica di sussunzione si rinvia a: J.A. GARCÍA AMADO, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Sobre ponderaciones y otros trucos y a propósito de dos sentencias españolas*, in *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. V, 10/2014, 9-10. Per uno studio approfondito e aggiornato sulla sussunzione come metodo di risoluzione dei conflitti tra diritti si consulti: J.A. GARCÍA AMADO, *Teoría de la decisión judicial: subsunción, argumentación, ponderación*, Bogotá, 2018.

Nel caso dell'Italia, potrebbe segnalarsi come rappresentante della sussunzione la teoria di Luigi Ferrajoli che considera i diritti fondamentali non come principi ma come regole (L. FERRAJOLI, *Teoria assiomatica del diritto*, Milano, 1970). Per uno studio più aggiornato: L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, 2007.

3. Per quanto riguarda il superamento del cosiddetto giudizio di proporzionalità, se ci è consentita una metafora, mettendo da una parte della bilancia i diritti che possono essere lesi (diritto alla riservatezza delle comunicazioni, diritto alla protezione dei dati personali, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e il diritto a un processo con tutte le garanzie) e dall'altro i beni o valori costituzionali che protegge (ordine pubblico, sicurezza pubblica, sicurezza dei cittadini e sicurezza nazionale), si può affermare che l'intercettazione delle telecomunicazioni tramite SITEL sarebbe costituzionalmente conforme purché siano rispettati i predetti requisiti procedurali e tale procedimento sia svolto, nel rispetto dei principi di proporzionalità, necessità e adeguatezza.

In considerazione di ciò e nel rispetto dei principi di proporzionalità, necessità e adeguatezza (e dei suddetti requisiti procedurali), riteniamo che per essere conforme a Costituzione l'intercettazione delle telecomunicazioni tramite SITEL dovrebbe essere prevedibile solo rispetto a reati intenzionali gravi, la cui pena è superiore a cinque anni o puniti con l'ergastolo rivedibile, ai reati di terrorismo o criminalità organizzata e reati commessi con le nuove tecnologie (contrariamente ai criteri di cui all'art. 588 ter. a. LECrim, in relazione all'art. 579.1 del citato testo normativo, che lo prevede per sanzioni superiori a 3 anni); essendo SITEL un sistema molto invasivo dei diritti fondamentali e dato che l'indagine sui suddetti reati è molto complessa a causa delle grandi infrastrutture, mezzi e risorse a disposizione dei reati, tale misura sarebbe proporzionata, necessaria per le indagini dei predetti reati e adeguata (non esiste altro provvedimento meno gravoso per i diritti fondamentali con il quale si possano ottenere tali informazioni).

E, quindi, nei reati minori, a nostro avviso, sarebbe una misura sproporzionata e non necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo pubblico perseguito (indagine sulla verità nella commissione di un reato tipizzato dal codice penale); oltre che perché i danni che ciò comporterebbe (siamo di fronte ad una lesione dei diritti fondamentali citati), che sarebbero superiori ai benefici che avrebbe conseguito (ottenendo informazioni che avrebbero potuto essere ottenute con altri mezzi meno onerosi dei diritti fondamentali).

In definitiva, riteniamo che l'attuale disciplina delle intercettazioni delle telecomunicazioni tramite SITEL, sarebbe di dubbia costituzionalità in quanto i reati per i quali tale procedimento può essere attivato, previsti dall'art. 588b. per. LECrim, in relazione all'art. 579.1 del predetto testo normativo, sono i reati la cui pena è superiore a 3 anni di reclusione; non identificandolo con i reati gravi poiché il codice penale spagnolo (art. 13.1 CP in relazione all'art. 33.2 CP) qualifica come reati gravi, tra gli altri, quelli con una pena superiore a 5 anni di reclusione. Ecco perché, dal nostro punto di vista, il legislatore dovrebbe modificare tali disposizioni elevando a 5 anni la pena minima per i reati suscettibili di intercettazione, in modo che siano coerenti con il codice penale e, inoltre, conformi alla costituzione.

3.1. *Analisi della costituzionalità dalla prospettiva sostanziale della procedura di intercettazione di comunicazioni ambientali mediante Captatore informatico*

Analogamente al SITEL, il Captatore Informatico è un software (nello specifico un *Trojan*) che consente l'acquisizione di vari tipi di informazioni, oltre alle comunicazioni tradizionali. Tuttavia, a differenza di quanto accade nell'ordinamento spagnolo, nell'ordinamento italiano è previsto il suo utilizzo solo per la cattura delle comunicazioni tra presenti (le cosiddette comunicazioni ambientali).

Questo strumento incide indubbiamente sulla *privacy*³⁴ che, a differenza della Spagna, gode di una garanzia costituzionale nella veste della riservatezza³⁵. Al di là dell'ampio diritto alla riservatezza, i diritti fondamentali che possono essere violati con questo mezzo di raccolta delle prove sarebbero principalmente: il diritto alla riservatezza delle comunicazioni riconosciuto dall'art. 15 della CI³⁶ e il diritto all'invulnerabilità del domicilio sancito dall'art. 14 CI (nei casi in cui le intercettazioni di comunicazioni ambientali avvengano in luoghi che consideriamo domicilio)³⁷.

Indirettamente o secondariamente, a causa del fatto che ci troviamo di fronte a uno strumento molto invasivo, il diritto alla protezione dei dati personali³⁸ potrebbe essere

³⁴ Il diritto alla *privacy* o "diritto a non essere disturbato" nasce alla fine del XIX secolo sulla base dell'opera "The Right to Privacy", pubblicata nel 1890, da Samuel Warren y Louis Brandeis, contro la stampa gialla degli Stati Uniti dedicata alla pubblicazione di scandali dei politici e dei loro familiari, con il fine di proteggere l'intimità familiare e personale. S.D. WARREN e L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, vol. 4, 5/1890, 193-220.

³⁵ Per uno studio approfondito sul diritto alla riservatezza si consulti: A. PIZZORUSSO, *Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana*, in *Prassi e Teoria*, 1976; F. DALCANTO, *Il diritto alla riservatezza*, in R. ROMBOLI (Dir.), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, vol. II, Torino, 2015. P. 223; G. BUSSIA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Leggi D'Italia Legale*, 2000, 4; tra i vari.

³⁶ Per maggiori indicazioni sul diritto alla segretezza della corrispondenza si rinvia a: A. SPERTI, *La libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni tra vecchie e nuove prospettive di tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 88; P. CARETTI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, 201-202. Per una versione più recente si veda: P. CARETTI e G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 375 ss.; P. BARILE ed E. CHELI, voce *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, 744 ss.; V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 96; F. DONATI, *Commento all'art. 15*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (Dir.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 369.

In giurisprudenza: SSCC 1030/1988; 81/1993; 390/2007; 114/2010; e 74/2013, tra le altre.

³⁷ Per uno studio sul diritto alla inviolabilità del domicilio si vedano: G.P. MEUCCI, *La libertà domiciliare*, in P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, vol. II, Vicenza, 1967, 181 ss.; G. AMATO, *Commento all'art. 14*, in G. BRANCA (Dir.), *Commento della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 57 ss.; A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 61-62; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali: lezioni*, vol. II (Parte speciale), Padova, 1992, 212 ss.; P. BARILE ed E. CHELI, voce *Domicilio (Libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, 861-861. In aggiunta si è pervenuti a parlare di "domicilio informatico": C. DOMENICALI, *Tutela della persona negli spazi virtuali: la strada del "domicilio informatico"*, in *Federalismi.it*, 7/2018.

In giurisprudenza: SSCC 88/1987 e 135/2002.

³⁸ Sul diritto alla protezione dei dati personali: S. RODOTÀ e P. CONTI, *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005; G. CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in AA.VV., *Il trattamento dei dati personali e tutela della persona*, Milano, 1999, 653 ss.; U. RESCIGNO, voce *Personalità (Diritto della)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXII, Roma, 1991, 5 ss.; A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in AA.VV., *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, 225 ss.; M. GAMBINI, *La protezione dei dati personali come*

compromesso, come vedremo, e, per il fatto di svolgersi nell'ambito di un procedimento penale, il diritto alla tutela giudiziaria effettiva, denominata principio del giusto processo³⁹, riconosciuta negli artt. 24, e 111 CI (e precisamente nei profili di: dovere di motivazione delle decisioni giudiziarie, facoltà di controesame e contestazione delle parti in sede probatoria, ragionevole durata del procedimento) e, infine, il diritto a un giudice imparziale (art. 25 CI in relazione all'art. 111 CI).

Tuttavia, allo stesso modo in cui abbiamo messo in guardia in relazione alla finalità della procedura di intercettazione delle telecomunicazioni tramite SITEL, il fine ultimo perseguito è l'indagine sui fatti qualificabili come reati che alterano il libero esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini e, quindi, nel caso italiano, la salvaguardia dell'ordine pubblico⁴⁰ e della pubblica sicurezza⁴¹.

Facendo riferimento alle opinioni espresse circa lo strumento più idoneo per risolvere i conflitti tra diritti fondamentali e beni o valori costituzionali, nel caso italiano si opta ancora una volta per il bilanciamento attraverso il giudizio di proporzionalità quale parametro, a sua volta, di analisi della costituzionalità dello strumento oggetto del presente contributo. In questo senso, possiamo giungere alle seguenti conclusioni:

1. Come abbiamo dimostrato nel caso spagnolo del SITEL, lo stesso Captatore Informatico, in quanto strumento tecnico, non può essere costituzionale o incostituzionale, ma dobbiamo prestare attenzione all'uso che ne viene fatto.

2. È necessario verificare l'esistenza di determinati requisiti procedurali, simili a quelli prevedibili per le intercettazioni tramite SITEL anche se con qualche sfumatura idiosincratia del sistema processuale penale italiano, affinché l'intercettazione delle comunicazioni ambientali tramite Captatore Informatico risulti conforme alla legge e alla Costituzione italiana del 1948.

3. In relazione alle intercettazioni delle comunicazioni ambientali in genere attraverso l'utilizzo del Captatore Informatico bisogna segnalare che, riprendendo la metafora della bilancia, mettendo da una parte della bilancia i diritti che possono essere

diritto fondamentale della persona: meccanismi di tutela, in *Revista Espaço Jurídico*, 1/2013, 154; tra i vari.

³⁹ In materia di giusto processo si vedano: F.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 155 ss.; V. ANDRIOLI, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2007, 17 ss.; M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6 CEDU*, in S. BARTOLE e altri, *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 154 ss.; E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, 1977, 194; e, F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 7; tra i molti.

In giurisprudenza: SSCC 62/1980; 282/1984; 41/1985; 120/1986; 220/1986; 131/1996; 201/1993; 307/1997; 290/1998; 105/199, tra le tante. E, l'ordinanza della CC 395/2004.

⁴⁰ Sul concetto di ordine pubblico in Italia: C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e Diritto*, 1967, 361; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico*, 1963, 113; C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 50 ss.; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, 1965, 132 ss.; tra i vari.

In giurisprudenza SCC 19/1962.

⁴¹ In materia di sicurezza pubblica: T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010; T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in S. VIDA (Dir.) *Diritti umani. Teorie, analisi, applicazione*, Bologna, 2008; S. FOÀ, *Sicurezza pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, 127 ss.; tra i vari.

In giurisprudenza SCC 2/1956.

lesi (principalmente, il diritto alla riservatezza delle comunicazioni e, secondariamente o indirettamente, il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto al giusto processo nei diversi profili studiati in relazione al diritto a un giudice imparziale predeterminato dalla legge e alla difesa) e, dall'altro, i beni o valori costituzionali da essa tutelati (ordine pubblico e pubblica sicurezza), si può affermare che l'intercettazione di comunicazioni ambientali tramite il Captatore Informatico sarebbe rispettosa della Costituzione purché siano osservati i predetti requisiti procedurali e il procedimento si svolga nel rispetto dei principi di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

In considerazione di ciò, e nel rispetto dei principi di proporzionalità, necessità e idoneità (e dei suddetti requisiti procedurali), riteniamo che per essere conforme a Costituzione l'intercettazione di comunicazioni ambientali attraverso il Captatore Informatico, dovrebbe essere prevedibile solo rispetto ai reati dolosi gravi la cui pena è superiore a cinque anni, delitti di terrorismo o della criminalità organizzata e dei reati commessi con le nuove tecnologie (come previsto dall'art. 266 del Codice di Procedura Penale nella formulazione prevista dal DL 161/2019, del 30 dicembre, convertito in legge con modificazioni dalla Legge 7/2020, del 28 febbraio).

Tutto ciò per il fatto che il Captatore Informatico è un mezzo di indagine molto invasivo dei diritti fondamentali e dato che l'indagine sui suddetti reati è molto complessa a causa delle grandi infrastrutture, mezzi e risorse a disposizione dei soggetti offensivi, tale provvedimento sarebbe proporzionato, necessario per l'accertamento dei predetti reati ed idoneo (non esiste altro mezzo meno gravoso per i diritti fondamentali mediante i quali ottenere tali informazioni).

E, quindi, nei reati minori, a nostro avviso, sarebbe una misura sproporzionata e non necessaria per il raggiungimento dello scopo pubblico perseguito (indagine sulla verità nella commissione di un delitto tipizzato dal Codice Penale); anche perché i pregiudizi che ciò comporterebbe (siamo di fronte a una violazione dei diritti fondamentali richiamati) sarebbero superiori ai benefici che si potrebbero ottenere (raccogliendo informazioni che avrebbero potuto essere ottenute con altri mezzi meno gravosi per i diritti fondamentali).

4. Per quanto riguarda le intercettazioni di comunicazioni ambientali in luoghi considerati domicilio mediante l'utilizzo del Captatore Informatico, a nostro avviso, ai fini della loro legittimazione costituzionale, sarebbero utilizzabili solo nei casi di criminalità organizzata e reati similari (es. delitti di tipo mafioso) e per reati di terrorismo; mentre per il resto dei reati sarebbe necessario avere motivati e fondati indizi che il reato perseguito possa essere commesso in tali luoghi. In tal senso, tale procedimento è previsto dall'art. 266.2 Codice di Procedura Penale nella formulazione prevista dal Decreto Legge 161/2019, del 30 dicembre, convertito con modificazioni dalla Legge 7/2020, del 28 febbraio.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

L'AUTONOMIA DELLA PRETESA ALLA SEGRETEZZA DELLE
COMUNICAZIONI DIGITALI FRA NUOVI DIRITTI ED EQUO
CONTEMPERAMENTO DI INTERESSI DIVERGENTI

DAVIDE ZECCA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'autonomia del diritto alla segretezza della corrispondenza oggi. – 3. Le ipotesi lecite di limitazione del diritto. – 4. Alla ricerca dell'equilibrio: il criterio di ragionevolezza come panacea?

1. Introduzione

Il rapporto fra diritto e tecnologia si caratterizza per un'inevitabile asincronia, dovuta al fatto che il progresso della tecnica e le invenzioni umane precorrono l'intervento normativo, la cui necessità emerge solo dopo che un uso più o meno prolungato dei nuovi strumenti abbia dato luogo a problematiche non risolvibili in via di interpretazione sulla base degli strumenti giuridici già esistenti. Peraltro, se è pur vero che tali avanzamenti tecnologici offrono uno straordinario novero di possibilità, in particolare sotto il profilo comunicativo, inimmaginabile soltanto qualche decennio fa, non si può ignorare come uno degli effetti del progresso tecnologico sia l'accrescimento dei poteri delle organizzazioni statali a scapito di quelli dei singoli individui o gruppi, potenziandone le capacità di monitoraggio e sorveglianza anche senza una presenza capillare sul territorio. Una delle tendenze identificate dalla riflessione a proposito dei mutamenti ingenerati dalla tecnica scientifica sulla società, d'altronde, è la progressiva

concentrazione di un potere sempre maggiore in un numero sempre più ristretto di soggetti¹.

Non si tratta, d'altronde, dell'unica trasformazione associata al mutamento tecnologico, poiché un portato della transizione dal mondo analogico a quello digitale è altresì lo spostamento dei centri di potere dalle organizzazioni statali a soggetti e organizzazioni private che, in quanto detentori o sviluppatori di innovazioni particolarmente ambite divengono intermediari e negoziano con gli ordinamenti statali in una posizione non dissimile dalla parità. Costoro assumono dunque un ruolo quasi pubblicistico², in quanto molto spesso sono gli unici a possedere l'*expertise* per operare determinati strumenti, pur per conto e su commissione di Stati sovrani. Peraltro, la mancata regolazione da parte statale del ricorso a tali strumenti a fini investigativi può persino derivare dall'esistenza di un paradossale interesse politico alla non regolazione, come dimostrato altresì dalle vicende relative all'uso improprio e abusivo che del *software* israeliano *Pegasus* hanno fatto alcuni governi e che tanto risalto mediatico hanno avuto nel corso del 2021.

A questa ipotizzata negligenza spesso si deve dunque far fronte utilizzando gli strumenti normativi già a disposizione nell'ordinamento giuridico di riferimento. La lettura del dettato legislativo e costituzionale in senso più o meno ampio e aperto si dimostra così particolarmente significativa per poter tempestivamente fare fronte alle questioni che l'interprete trova dinanzi a sé. In questo contesto, si palesano le virtù di un dialogo fecondo fra i vari formanti³, in particolare in considerazione del fatto che l'autorità giudiziaria si trova prima o poi a dover rendere una decisione sui casi devoluti alla sua cognizione e, a differenza del legislatore, non può rimanere inerte e limitarsi a rispondere "non liquet".

L'operazione sussuntiva sottostante a ogni applicazione di regole astratte a fattispecie concrete è resa vieppiù complicata in ambito costituzionale dal fatto che i testi sono spesso ben più statici nella loro formulazione di quanto non siano le disposizioni legislative, almeno per quanto riguarda la disciplina dei diritti individuali. Questa situazione può rivelarsi favorevole ai singoli, poiché una parcellizzazione della tutela in tante situazioni giuridiche soggettive l'una distinta dall'altra offre, in ipotesi, una maggior possibilità di trovare il corretto inquadramento della prerogativa difesa e ottenerne una protezione sicura. D'altro canto, la particolarizzazione della garanzia dei diritti in una pluralità di posizioni giuridiche ne determina inevitabilmente una differenziazione sotto il profilo della tutela, che può essere associata sia a una scelta esplicita del testo costituzionale (la previsione – o meno – di una riserva di legge o di giurisdizione per esempio), sia a un'opzione adottata in una fonte legislativa nell'esercizio della

¹ B. RUSSELL, *L'impatto della scienza sulla società*, [1952], trad. it. di G. Meineri, Roma, 2005, 49 ss.

² Un esempio, fuorché l'unico, è quello rappresentato dalle grandi piattaforme di *social networking* e non solo, v. a questo proposito G. DE GREGORIO, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, in 11 *Eur. J. Legal Stud.*, 65-103, 79 ss. (2018-2019).

³ Sulla teoria dei formanti v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; l'autore ha ripreso il tema, tra l'altro, in ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1. (Winter, 1991), 1-34, spec. 21 ss.

discrezionalità che contraddistingue l'operato del decisore politico, sia infine all'interpretazione che le corti ne danno in sede di applicazione concreta⁴.

Sotto il profilo della tutela costituzionale dei diritti, quanto premesso giustifica un interesse per la disciplina processuale in sede penale, con particolare riferimento all'espansione dei confini delle attività consentite all'autorità inquirente ai fini di ricerca della prova. D'altronde, il processo penale, che prevede come sanzione massima la privazione della libertà (in determinati sistemi politici, persino della vita) della persona appare come l'esempio più lampante di attività in cui si manifesta la potestà punitiva dello Stato.

L'angolo visuale prescelto è quello di due ordinamenti dell'Europa continentale accomunati dall'adozione di una Carta all'interno dello stesso ciclo costituzionale⁵, seppur lo sviluppo concreto abbia divaricato col volgere del tempo le forme di tutela del diritto in questione nei due casi, e dall'adesione a organizzazioni sovranazionali quali il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, l'efficacia dei cui atti è simile in Italia e Germania in ragione della comune impostazione dualista nei confronti della penetrazione del diritto internazionale⁶.

L'altro esempio preso in considerazione è quello statunitense, che si distingue marcatamente dai due precedenti in quanto storicamente lontano sotto il profilo della redazione del catalogo dei diritti, risalente a oltre un secolo e mezzo prima, nonché tributario di una tradizione giuridica differente; tuttavia, tramite una meno evidente particolarizzazione della tutela dei diritti sanciti nel *Bill of rights*⁷, il caso degli USA può fornire un esempio interessante da discutere ai fini di un eventuale ripensamento odierno del quadro dei diritti della persona nel costituzionalismo europeo continentale.

Ciò che ci si prefigge è offrire alcune osservazioni di sintesi che si interrogano sull'adeguatezza di una concezione che, distinguendo puntualmente i profili di segretezza delle comunicazioni da quelli di riservatezza della vita privata ad ampio spettro, preserva una tutela frammentata dei diritti della personalità. L'invito che si formula è quello di tenere in considerazione la particolare commistione di questi interessi nel caso dell'interferenza del potere pubblico sui dispositivi digitali e informatici che hanno oggi una diffusione capillare e un uso quotidiano.

A ciò, si affiancano alcune considerazioni sui criteri di giudizio adottati dai giudici in sede interpretativa, sottolineando come l'inerzia del legislatore o la scarsa qualità del *drafting* legislativo rischino di rendere assai precario quel bilanciamento fra interessi collettivi di prevenzione e persecuzione dei reati e interessi individuali di tutela della segretezza delle proprie comunicazioni e riservatezza delle relazioni sociali. La

⁴ Sulla formulazione analitica della Carta costituzionale repubblicana in opposizione all'eccessiva genericità della tutela dei diritti nelle costituzioni di epoca liberale v. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 86-87.

⁵ G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, 211.

⁶ L. MONTANARI, *Le tecniche di adattamento alla Cedu come strumento di garanzia dei diritti: un'analisi comparata delle soluzioni adottate negli ordinamenti nazionali*, in Atti del Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato tenutosi a Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 522-557.

⁷ Sulla semplicità del linguaggio e l'avversione all'astrazione da parte degli estensori del *Bill of rights* v. G.F. FERRARI, *Le libertà*, cit., 85.

constatazione che si ritiene di dover evidenziare è che, laddove il dato normativo difetti delle garanzie di cui si dirà, spetterà inevitabilmente al giudice il compito di valutare in concreto la legittimità delle misure di limitazione delle prerogative in oggetto, ricorrendo al criterio della ragionevolezza delle stesse per il perseguimento dei fini prefissati nel sistema CEDU e a quello della ragionevolezza delle aspettative personali e collettive sulla riservatezza delle informazioni e dei dati nell'ordinamento statunitense.

2. *L'autonomia del diritto alla segretezza della corrispondenza oggi*

Nello schema del costituzionalismo europeo liberale e della prima metà del Novecento la tutela della segretezza del contenuto di una comunicazione si è progressivamente emancipata dalla garanzia della libertà personale e dalla protezione della sfera domiciliare, andando ad assumere una posizione autonoma e ben distinta dalle altre due prerogative, tanto che la sua disciplina è in parte diversa da quella della libertà personale e domiciliare sia nella Costituzione italiana del 1948⁸ che nella Legge Fondamentale tedesca del 1949⁹.

Tale differenza, curiosamente, si declina in direzioni opposte, poiché apparentemente nel caso italiano è una distinzione più garantista, nel senso che vige un divieto tassativo e assoluto di deroga, anche temporanea, al segreto delle comunicazioni senza l'autorizzazione del giudice, laddove nel caso della libertà personale e del domicilio sono ammesse restrizioni anche in mancanza di provvedimento giurisdizionale, seppur debbano poi essere tempestivamente convalidate¹⁰. Nel caso tedesco, invece, la tutela del segreto epistolare ha subito una significativa *deminutio* in corrispondenza della revisione della Legge Fondamentale che ha introdotto la cd. Costituzione d'emergenza nel 1968¹¹, tanto che la protezione assai ampia e generale del testo originale è stata 'oscurata' dall'apertura a possibili limitazioni di questo diritto, pur temperata da una riserva di legge rinforzata per contenuto, e dalla previsione della possibilità di derogare al diritto alla tutela giurisdizionale altrimenti riconosciuto per tutte le altre posizioni giuridiche¹².

⁸ Art. 15 Cost. It., «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

⁹ Art. 10 *Grundgesetz*, «Il segreto epistolare, come il segreto delle comunicazioni postali telegrafiche e telefoniche, è inviolabile» (la versione originaria della disposizione contemplava un solo comma).

¹⁰ A. PACE, *Art. 15*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, 86; analogamente, ID., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 264; in precedenza, di diverso avviso era stato V. ITALIA, *Libertà e segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza*, Milano, 1963, 134, a parer del quale l'assenza nel dettato dell'art. 15 Cost. di un espresso riferimento al potere di polizia di cui all'art. 13 Cost. non avrebbe ostato alla configurabilità di analoga possibilità degli agenti di forza pubblica di intervenire in deroga al diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza.

¹¹ Cd. *Notstandverfassung*, 17esima l. rev. Cost. 26 giugno 1968 (BGBl. I, S. 709).

¹² Il secondo comma dell'art. 10 GG, introdotto in questa circostanza, recita infatti «Limitazioni possono essere disposte solo in base ad una legge. Se la limitazione è finalizzata a salvaguardare l'ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia o la stabilità o la sicurezza dello Stato federale o di un Land, la legge può disporre che essa non sia resa nota all'interessato e che al rimedio giurisdizionale subentri un controllo di organi, e di ausiliari di questi ultimi, designati dal parlamento».

Diverso è il caso statunitense, ove il testo costituzionale è assai più risalente nonché molto complicato da modificare, ragion per cui il dato testuale con il quale i giudici si devono confrontare tendenzialmente non muta nel tempo, ma si arricchisce dell'elaborazione giurisprudenziale precedente, integrato dal corpus di principi del sistema di *common law*. In particolare, la protezione del segreto delle comunicazioni dall'interferenza del potere pubblico si è potuta affermare in modo chiaro e inequivoco quando l'interpretazione delle garanzie del IV Emendamento ha virato da un'ottica meramente reale, orientata alla protezione di determinati beni¹³, a una prospettiva personale, che tutela la sfera immateriale e morale della persona sia nella sua manifestazione concreta che in astratto¹⁴.

Da questo punto di vista, nel caso statunitense si può ravvisare un esempio di sostanziale coincidenza fra le due posizioni giuridiche, tale per cui la tutela della segretezza del contenuto delle comunicazioni si inserisce in un più ampio diritto alla riservatezza della vita privata (che si potrebbe intendere come quel *right to be let alone* invocato da Warren e Brandeis, seppur allora desunto non dalla disposizione costituzionale bensì dalla tradizione di *common law*¹⁵). Questa posizione giuridica soggettiva gode di una tutela variabile, i cui limiti non sempre si palesano chiaramente e possono oscillare sulla base della valutazione caso per caso delle corti, che vagliano la ragionevolezza dell'esistenza di un'aspettativa di riservatezza che sia soggettivamente genuina e oggettivamente legittima e tollerata. La principale critica levata contro questa lettura della disposizione è connessa all'incertezza che la stessa cagiona nell'esercizio concreto della funzione giurisdizionale, come dimostra il tentativo della Corte Suprema di tracciarne un perimetro più preciso negli anni successivi, in particolare con il riconoscimento della cd. dottrina della *third party exception*, che fa decadere dalla tutela del segreto riconosciuta dal IV Emendamento quelle informazioni trasmesse a terzi anche per meri fini commerciali o contrattuali¹⁶.

Anche negli altri due Paesi considerati il quadro costituzionale postbellico originario è stato innovato in via di interpretazione tramite l'azione di due giudici costituzionali invero particolarmente attivi e vivaci. L'apertura alla tutela di 'nuovi diritti', che possono venire alla luce come risultato della lettura in combinato disposto di disposizioni esistenti del testo costituzionale (è questo il caso del diritto alla riservatezza della vita privata in Italia¹⁷), è una delle vie tramite le quali un ordinamento può offrire un'adeguata protezione a interessi ritenuti meritevoli di tutela che siano emersi in un momento successivo a quello della

¹³ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886); sull'evoluzione del concetto di *privacy* nel contesto statunitense a partire dell'epoca coloniale e fino alla svolta degli anni '60 v. A. BALDASSARRE, *Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974.

¹⁴ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); in particolare, il concetto di *reasonable expectation of privacy*, che è divenuto il test privilegiato per valutare l'applicabilità delle garanzie del IV Emendamento, va ricondotto alla *concurring opinion* di Justice Harlan (389 U.S. 361).

¹⁵ S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), 193-220; Louis Brandeis, una volta nominato alla Corte Suprema, fu altresì autore di una celebre *dissenting opinion* nella quale argomentò in favore della specialità dell'esercizio interpretativo del testo costituzionale, sottolineando la meritevolezza della tutela dei profili immateriali desumibili dal IV Emendamento, v. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 472-486 (1928).

¹⁶ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

¹⁷ Corte cost., sent. n. 38/1973, desunto dagli artt. 2, 3, c.2 e 13, c.1 Cost.

redazione di un catalogo di diritti. Tuttavia, il rischio della proliferazione di diritti a copertura costituzionale ma differenziati, per quanto in modo limitato, nella natura (si pensi al diritto all'autodeterminazione informatica¹⁸ e al diritto all'integrità e confidenzialità dei sistemi informatici in Germania¹⁹) corre il rischio di rendere più incerto il quadro giuridico anziché garantire una tutela efficace ai singoli.

Una possibile alternativa a tale approdo potrebbe consistere nel 'rispolverare' la categoria omnicomprensiva dei diritti della personalità²⁰, limitandosi a una definizione più generale delle garanzie che presiedono alle posizioni giuridiche soggettive che attengono alla sfera della persona e lasciando all'apprezzamento dell'interprete nel caso concreto il vaglio sull'esistenza di un legittimo interesse al mantenimento della segretezza di una determinata informazione o fatto. Ciò non significa che il diritto a mantenere riservato il contenuto di una comunicazione privata non debba avere una sua piena autonomia con riferimento a quelle forme di comunicazione tradizionale che siano poste sotto sorveglianza con strumenti non in grado di avere pieno accesso ai dispositivi *target*, poiché in questi casi non viene minacciata la personalità della persona in senso più ampio, ma la potenziale lesione rimane circoscritta all'ambito della cognizione del contenuto delle conversazioni da parte di soggetti ai quali il destinatario non voleva che esso fosse noto.

Peraltro, questa ipotetica convergenza verso una fonte comune delle prerogative attinenti alla sfera della personalità avrebbe il merito di consentire di adottare standard analoghi per informazioni e dati che, pur diversi, potrebbero essere astrattamente considerati meritevoli di analoga protezione (si pensi, pur nell'intrinseca differenza, ai dati archiviati su un dispositivo elettronico e al contenuto di una comunicazione telematica). Si tenga a mente come la concentrazione del fascio dei diritti della personalità entro una matrice comune e unitaria potrebbe trarre ispirazione dall'approccio generale adottato dalla giurisprudenza della Corte EDU, in forza del contenuto dell'art. 8 della Convenzione che tutela espressamente la vita privata e familiare accanto al domicilio e alla corrispondenza, facendoli soggiacere a una medesima regolazione e sottoponendoli agli stessi limiti²¹.

Questa impostazione sembra poter essere maggiormente appropriata a proteggere in modo efficace la sfera della personalità individuale, in quanto gli strumenti insidiosi di ricerca della prova a disposizione delle autorità investigative hanno un potenziale ben più

¹⁸ BVerfG, 1 BvR 209/83, Primo Senato, 15 dicembre 1983.

¹⁹ BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Primo Senato, 27 febbraio 2008, v. R. FLOR, *La sentenza del BundesVerfassungsgericht del 27 febbraio 2008 sulla cd. online durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2009, 679-694, con nota di ID., *Brevi riflessioni a margine della sentenza del BundesVerfassungsgericht sulla cd. online durchsuchung*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 3/2009, 695-716.

²⁰ Sulla riconducibilità della libertà e segretezza della corrispondenza a un unico disegno sistematico del Costituente italiano attinente ai diritti della persona v. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., 375.

²¹ Art. 8 Conv. EDU, «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Per una disamina approfondita della giurisprudenza CEDU relativa a questa disposizione si rinvia a *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, disponibile all'url: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf (ultimo accesso: 30 luglio 2021).

penetrante di quelli che i costituenti europei potevano avere in mente a metà del secolo scorso (per non parlare dei *Founding Fathers* statunitensi). In particolare, i *software* spia possono prestarsi a due tipi di intrusione²²: si parla di *online search* con riferimento all'attività meramente passiva o di trasmissione dei dati archiviati, che funziona tutto sommato come le intercettazioni telefoniche o telematiche, captando tutto ciò che venga digitato sulla tastiera del dispositivo *target* (cd. programmi *key-logger*). In realtà, anche in questo primo caso esiste la possibilità di estrarre copia di dati creati in un momento precedente l'inoculazione (fisica o digitale che sia), con ciò in parte alterando il paradigma che presiede all'attività di ricerca della prova per mezzo di strumenti occulti quali le intercettazioni.

Ancor più significativa è la minaccia posta dai metodi cd. di *online surveillance*, che si distinguono dai precedenti per la capacità, una volta penetrato il sistema informatico bersaglio, di attivare autonomamente delle funzioni e, quindi, di ampliare la possibilità di sorveglianza sul soggetto, per esempio utilizzando a sua insaputa le periferiche quali microfono e fotocamera per raccogliere elementi di prova utili alle indagini.

Se si legge quanto illustrato sopra insieme all'evidente dato sociale del sempre maggior affidamento che gli individui fanno su dispositivi elettronici di varia natura per l'intero spettro – o quasi – delle proprie attività quotidiane, si apprezza immediatamente il potenziale lesivo di questi strumenti d'indagine, specie in ragione della capacità degli stessi di operare in modalità occulta e quindi all'insaputa del destinatario. L'accesso indiscriminato a questi strumenti informatici da parte delle autorità inquirenti rende l'intera vita privata della persona suscettibile di essere svelata, non limitandosi a operare come una normale intercettazione che capta le sole comunicazioni orali (o scritte) pro-futuro. Al contrario, le preoccupazioni manifestate dal *BundesVerfassungsgericht* sull'accesso indiscriminato alle informazioni e ai dati che su un dispositivo di questo genere siano archiviati²³ mostrano i limiti della tutela del segreto delle comunicazioni, rendendo quantomeno legittimo interrogarsi sull'opportunità di concepire tale diritto in una cornice più unitaria, così da non parcellizzarne il godimento tramite la sottoposizione a regimi diversi, con la conseguenza di penalizzare il cittadino dinanzi alla potenziale interferenza statale.

3. Le ipotesi lecite di limitazione del diritto

Accanto all'identificazione della più appropriata qualificazione dell'interesse di respiro costituzionale sotteso alle attività in questione, diviene di primaria importanza la riflessione sulle ipotesi entro le quali la deroga al principio generale possa essere disposta. Se alle garanzie idonee da predisporre in caso di eccezione alla regola si accennerà *infra*,

²² F. PALMIOTTO, *Le indagini informatiche e la tutela della riservatezza informatica*, in *La legislazione penale*, 1 luglio 2019, 3; sui *remote forensics software* in generale v. A. WIEBKE, *Agents, Trojans and tags: The next generation of investigators*, in *23 International Review of Law, Computers & Technology*, 1-2, 2009, 99-108, 100.

²³ BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Primo Senato, 27 febbraio 2008, § 188.

è di indubbio interesse lo sforzo di tracciare un perimetro delle circostanze di fatto che giustificano interventi limitativi del godimento del diritto a mantenere riservato il contenuto delle proprie comunicazioni.

In tutti i casi presi in esame l'interferenza statale con il segreto delle comunicazioni è ammessa con riferimento a un catalogo chiuso, per quanto esteso, di fattispecie di reato, richiedendo quindi il raggiungimento di una soglia di gravità tale da esigere un sacrificio tanto significativo sotto il profilo costituzionale. L'identificazione dei fini perseguiti, che coincide in buona sostanza con la protezione di altri interessi a rilevanza costituzionale, si pone quindi come presupposto alla definizione delle modalità con le quali la limitazione viene posta in essere in concreto.

Uno sforzo lodevole in questa direzione emerge dalla giurisprudenza costituzionale tedesca: il Tribunale di Karlsruhe ha ritenuto che la restrizione dei diritti protetti dalla Legge Fondamentale sia ammessa solo in presenza di elementi di fatto che testimonino un pericolo concreto a beni giuridici che abbiano una rilevanza fondamentale nell'architettura costituzionale, indicando specificamente la vita, l'integrità fisica e la libertà personale. Accanto a questi, tuttavia, lo stesso giudice ha argomentato che vi sono altresì ulteriori interessi la cui protezione può essere legittimamente perseguita per mezzo di una compressione del diritto al segreto della corrispondenza, che sono quelli che presiedono al buon funzionamento delle strutture pubbliche che assicurano un sostegno alla vita dei cittadini²⁴.

La giurisprudenza del *BundesVerfassungsgericht* è senz'altro influenzata dalla ricca elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU in materia, che poggia sull'interpretazione del requisito della necessità di una misura, nel contesto di una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla sicurezza pubblica, al benessere economico collettivo, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati, alla tutela della salute, della morale o di diritti e libertà di altri soggetti. Il requisito della necessità poggia sul doppio accertamento dell'esistenza di un'esigenza sociale di perseguimento di un determinato interesse (fra quelli menzionati dalla disposizione) e della strumentalità e proporzionalità della limitazione del diritto adottata ad assicurare il godimento del suddetto interesse²⁵. Il dominio di fini astrattamente perseguibili delineato dal testo della Convenzione è al contempo ampio e stringente. Ampio perché si fa menzione di un novero di circostanze e finalità consistente, che non si limita alla mera tutela della vita e dell'integrità fisica dei cittadini ma si spinge a menzionare anche il perseguimento del benessere economico e della tutela della morale. Si tratta quindi di uno spazio assai esteso e variegato entro il quale le autorità pubbliche possono muoversi per addurre le opportune giustificazioni alla limitazione del diritto in questione. Stringente perché lo scrutinio che viene effettuato è rigoroso e non si accontenta dell'allegazione di rischi presunti sulla base di massime d'esperienza ma esige una dimostrazione concreta della sussistenza della minaccia caso per caso.

²⁴ BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Primo Senato, 27 febbraio 2008, § 247.

²⁵ *Dudgeon c. Regno Unito*, no. 7525/76, Corte EDU, Grande Camera, 22 ottobre 1981, §§ 51-53; analogamente *Z c. Finlandia*, no. 22009/93, Corte EDU, Sez. semplice, 25 febbraio 1997, § 94.

Se il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati firmatari della Convenzione EDU rimane di una certa ampiezza, residua in capo alla Corte di Strasburgo la supervisione sulla legislazione nazionale nonché sulla sua applicazione in concreto da parte delle autorità investigative e di pubblica sicurezza²⁶. Questo perché l'obiettivo dello scrutinio della Corte EDU è anche quello di evitare che, celandosi dietro il paravento della protezione della sicurezza nazionale, si finisca con l'indebolire o addirittura demolire il concetto stesso di sistema democratico. Infatti, se la giurisprudenza convenzionale sul punto rimarca la discrezionalità del legislatore nazionale a individuare i casi nei quali si possa procedere a limitare questo diritto, per esempio tramite la predisposizione di strumenti di sorveglianza sulle comunicazioni, essa precisa che tale potere non è illimitato, poiché quali che siano le restrizioni al godimento del diritto adottate, devono pur sempre essere predisposte garanzie procedurali che impediscano abusi del potere conferito dal legislatore alle autorità investigative²⁷.

L'unico modo per assicurare che ciò non avvenga è prescrivere che, ogni qual volta siano poste in essere misure orientate a proteggere l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini tramite la compressione del diritto alla riservatezza del contenuto delle comunicazioni, sia predisposta tutta una serie di garanzie sotto il profilo procedurale, che assicurino quello che oltreoceano chiamerebbero un *due process of law*. Risiede dunque proprio nella previsione da parte del legislatore di una rigorosa procedimentalizzazione delle operazioni di sorveglianza, che consenta alle potenziali parti lese di sottoporre a uno scrutinio di legittimità le attività di indagine occulte altrimenti del tutto sottratte a un controllo preventivo, la chiave di volta di questo complicato bilanciamento. Tanto nell'intero sistema CEDU quanto nella giurisprudenza tedesca di cui si è detto, perciò, l'accertamento dell'esistenza di un quadro normativo conforme a tale requisito si estrinseca in una verifica della ragionevolezza dell'ampiezza delle limitazioni imposte dal legislatore in rapporto ai fini perseguiti.

Negli Stati Uniti d'America la questione non si pone negli stessi termini, nel senso che la gran parte del contenzioso – e del dibattito dottrinale – dà per assodato che la discrezionalità legislativa esercitata nella determinazione dei casi e delle modalità con le quali sia consentito il ricorso a forme di interferenza del tipo delle intercettazioni delle telecomunicazioni (disciplinate nel dettaglio dal cd. *Federal Wiretap Act*²⁸) non ricada oltre i limiti previsti dalla disciplina costituzionale, concentrandosi invece sulla delimitazione delle fattispecie che siano tutelate dalla riserva di giurisdizione (*rectius*, dell'obbligo di ottenere un mandato) di cui al IV Emendamento²⁹. D'altronde, la stessa giurisprudenza della Corte Suprema federale ha tradizionalmente delineato una serie di

²⁶ *Piechowicz c. Polonia*, no. 20071/07, Corte EDU, IV Sez., 17 aprile 2012, § 212.

²⁷ Il *leading case* in materia è *Klass c. Germania*, no. 5029/71, Corte EDU, Grande Camera, 6 settembre 1978, §§ 49-50, che riguardava proprio la disciplina introdotta in Germania a seguito della revisione costituzionale del 1968; più di recente sul tema v. *Roman Zakharov c. Russia*, no. 47143/06, Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, §§ 232-234 e *Szabó e Vissy c. Ungheria*, no. 37138/14, Corte EDU, IV Sez., 12 gennaio 2016, § 73.

²⁸ 18 U.S.C. §§ 2510-22 (2000), noto anche come *Title III*, poiché parte dell'ampio intervento legislativo intitolato *Omnibus Crime Control Act of 1968* (Pub. L. 90-351, 82 Stat. 197).

²⁹ O.S. KERR, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, in 102 *Mich. L. Rev.*, 801-888, 851 (2004).

eccezioni alla regola generale, la cui ricorrenza consente di procedere alle perquisizioni e ai sequestri di cui al IV Emendamento anche senza mandato. Si tratta di ipotesi improntate pragmaticamente allo scopo di assicurare elementi di prova nei casi di intervento dell'autorità di pubblica sicurezza in flagranza di reato, nonché a proteggere la persona dell'agente che effettua il fermo o l'arresto³⁰.

Nel contesto statunitense, come anticipato, il vero tema è la determinazione dell'esistenza di quella ragionevole aspettativa di riservatezza con riferimento alle indagini che interferiscano con l'utilizzo di dispositivi digitali e l'estensione della protezione degli stessi, vale a dire la soglia oltre la quale l'autorità inquirente necessita di un mandato ben preciso per poter prendere cognizione dei dati contenuti su uno di essi.

Nel caso italiano, finora, la decisione è stata nel senso di un sacrificio senz'altro rilevante della tutela del segreto delle comunicazioni e dell'inviolabilità del domicilio dei soggetti destinatari delle attività di intercettazione e captazione occulta mediante *trojan*³¹, che trova giustificazione nei fini di persecuzione dei reati e di prevenzione delle condotte criminose. Tuttavia, ciò che contraddistingue il nostro ordinamento è l'opzione per un doppio livello di tutela avverso tali intrusioni (anche detto 'doppio binario')³². Infatti, la maggior forza lesiva potenziale dei delitti attinenti all'ambito della criminalità organizzata viene ritenuta meritevole di un trattamento meno favorevole, tale da consentire un sacrificio delle prerogative in parola non del tutto bilanciato dalle garanzie procedurali che si applicano invece alle altre fattispecie di reato.

4. Alla ricerca dell'equilibrio: il criterio di ragionevolezza come panacea?

Il perseguimento di fini legittimi secondo la Costituzione, sia esso presuntivamente integrato dal quadro legislativo o soddisfatto in quel novero di casi identificati nella prassi giurisprudenziale – come negli Stati Uniti d'America – oppure verificato caso per caso a seconda della misura posta in essere – come nel sistema del Consiglio d'Europa, non basta a dare il semaforo verde all'esperimento dell'attività di interferenza. Infatti, seppure in modo diverso, la cartina di tornasole della liceità di una misura, che serve a identificarne la legittimità nel contesto europeo e ad accertare l'obbligo di richiedere un mandato in quello statunitense, risiede in uno scrutinio orientato a indagare la ragionevolezza della limitazione (in Europa) o dell'aspettativa (negli Stati Uniti d'America).

³⁰ Per un panorama su tali ipotesi di deroga dalla generale esistenza di una *probable cause* o dall'obbligo di *warrant* a norma del IV Emendamento, v. R.W. GALLOWAY JR., *Basic Fourth Amendment Analysis*, in 32 *Santa Clara L. Rev.*, 737-782 (1992).

³¹ Evidenzia profili critici sotto il profilo costituzionale C. PINELLI, *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite "virus di stato"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017, 75-82; sui rischi sottesi all'uso investigativo del captatore informatico e i contenuti della riforma del codice di procedura penale in materia v. G. CANESCHI, *Le nuove indagini tecnologiche e la tutela dei diritti fondamentali. L'esperienza del captatore informatico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2019, 417-429.

³² M. GRIFFO, *Il captatore informatico e la filosofia del doppio binario*, Napoli, 2019.

Benché vi sia un'apparente identità terminologica fra i due casi, è bene distinguerli in quanto la natura del vaglio che si prefiggono è senz'altro diversa. Infatti, il riferimento alla ragionevolezza negli Stati Uniti d'America serve lo scopo di indagare se il soggetto possa legittimamente attendersi che i dati delle proprie comunicazioni (siano essi quelli esteriori o il contenuto vero e proprio) siano suscettibili di essere conosciuti anche senza l'ottenimento di un mandato e quindi in deroga a tutte le garanzie procedurali a esso associate. Nel contesto statunitense, pur mancando una compiuta ricostruzione in sede giurisprudenziale dei limiti degli strumenti di *online surveillance*, vale la pena segnalare come alcune corti federali inferiori si sono pronunciate, in un contenzioso riguardante la sussumibilità delle misure in questione entro la fattispecie astratta di cui al IV Emendamento, a favore dell'estensione della *third party exception* ai soli dati esteriori e non anche al contenuto della comunicazione, privando dunque tali informazioni della garanzia rappresentata dall'obbligo di previo ottenimento del mandato da parte di un giudice³³.

La Corte Suprema, che non ha ancora reso decisioni su queste moderne tecniche d'indagine, ha vissuto con un certo travaglio il progressivo affermarsi dell'uso della tecnologia a fini d'indagine e processuali, come testimonia il percorso accidentato della sua giurisprudenza nel corso dell'ultimo decennio, che oscilla fra un ripensamento della portata di *Katz* in favore della reviviscenza del criterio proprietario precedente³⁴ e un ampliamento della *reasonable expectation of privacy* anche al contenuto degli smartphone³⁵. In particolare, specie con riferimento ai dati esteriori delle comunicazioni o a quelli emessi da dispositivi utilizzati su base quotidiana e continua, la questione più spinosa riguarda i limiti alla *reasonable expectation of privacy*, cioè se essi siano sussumibili in un caso di *third party exception* o meno, come da ultimo ha sancito la Corte Suprema con la sofferta sentenza *Carpenter*³⁶.

Nel contesto europeo, diversamente, la ragionevolezza è stata intesa, specie dalla Corte EDU e dal *BundesVerfassungsgericht*, come uno scrutinio molto penetrante e severo sulla proporzionalità e adeguatezza delle limitazioni apposte ai diritti costituzionalmente sanciti. Questo ha implicato una verifica dell'idoneità dei mezzi adottati per il perseguimento dei fini di tutela dei diritti e un controllo puntiglioso sulla configurazione di tali strumenti, così da garantire che l'interferenza sia limitata a quel tanto che basta per raccogliere gli elementi sufficienti alle indagini, senza che questo vada a sopprimere del tutto il godimento del diritto in questione.

³³ *US v. Warshak*, U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, 631 F.3d 266, 14 dicembre 2010 (la *third party exception* si estende solo ai metadati delle comunicazioni via posta elettronica e non anche al contenuto); *US v. Lough*, U.S. District Court for the Northern District of West Virginia, 221 F. Supp. 3d 770, 18 novembre 2016 (rigetto dell'allegazione secondo la quale il tentativo di mascherare l'indirizzo IP da parte di un utente per mezzo di un sistema TOR valga a fondare una *reasonable expectation of privacy*).

³⁴ *US v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012); sull'evoluzione del concetto di *privacy* nel percorso fra *Katz* e *Jones*, v. R.L. WEAVER, *Privacy in an Age of Advancing Technology*, in 82 *Miss. L.J.*, 2013, 975-996.

³⁵ *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014); v. G. ROMEO, *Time is (finally) ripe: la Corte Suprema degli Stati Uniti ridefinisce il bilanciamento tra il diritto alla privacy e le nuove tecnologie*, in *diritticomparati.it*, 3 luglio 2014.

³⁶ *Carpenter v. US*, 138 S. Ct. 2206 (2018).

Quest'ultimo profilo è particolarmente rilevante nel contesto tedesco, ove la sottolineatura esplicita del testo costituzionale che impone di non sacrificare mai il nocciolo duro (*wesensgehalt*) dei diritti fondamentali (Art. 19 GG) impone una compensazione delle restrizioni alle posizioni giuridiche soggettive consistente in quelle garanzie procedurali particolarmente stringenti che il Tribunale Costituzionale Federale ha sancito in due decisioni aventi oggetto molto simile del 2008³⁷ e 2016³⁸. In queste vicende, il giudice delle leggi tedesco si è pronunciato sulle tecniche d'indagine del tipo di sorveglianza occulta di cui si è detto, riconoscendo la legittimità dei fini perseguiti e l'adeguatezza dei mezzi adoperati. Tuttavia, esso ha censurato la formulazione delle disposizioni per la carenza di precisione e ha sottolineato le deficienze della disciplina in termini di garanzie per i soggetti incisi dalle misure in questione, specie con riferimento al nucleo intangibile della sfera personale privata³⁹. Il riconoscimento di una nuova accezione del diritto della personalità, che il *BVerfG* qualifica come diritto all'integrità e confidenzialità dei sistemi informatici, viene quindi subito applicato al caso di specie per mezzo di un rigoroso scrutinio sulla proporzionalità delle previsioni legislative.

Se l'intervento autorizzatorio del giudice è considerato requisito irrinunciabile in tutti gli ordinamenti, salvo il caso, negli Stati Uniti d'America, delle circostanze in cui non sia configurabile una *reasonable expectation of privacy*, il grado di dettaglio della richiesta presentata dalle autorità precedenti al giudice e l'analiticità del provvedimento con il quale viene autorizzato l'esperimento delle operazioni diviene dirimente. In particolare, la natura intrinsecamente occulta delle attività d'indagine in questione deve essere controbilanciata dalla possibilità di sottoporre a scrutinio sulla legittimità le misure dispiegate, prevedendo una tempestiva comunicazione dell'avvenuta restrizione a carico del destinatario non appena ciò sia possibile senza pregiudizio per l'esito delle indagini⁴⁰.

In tutto ciò, l'attività di captazione occulta deve essere orientata a raggiungere solo e soltanto quelle conversazioni che siano strumentali alla ricostruzione delle fattispecie di reato perseguite, facendo in modo che sia limitata al minimo possibile l'interferenza e la registrazione di dati e comunicazioni a natura personale e riservata e curandosi di eliminarle non appena ne emerga la natura estranea alle indagini.

L'esempio italiano offre invece lo spunto per discutere del ruolo di supplenza del giudice, nel caso di specie quello di legittimità, che si trova a dover risolvere controversie che riguardano l'utilizzo di tecnologie nuove con un armamentario non aggiornato. In assenza, almeno fino a ora, di un intervento della Consulta, la Corte di cassazione ha in ogni caso assolto alla propria funzione nomofilattica, appianando le divergenze interpretative fra sezioni semplici con una pronuncia a Sezioni Unite che ha ridefinito i limiti per l'utilizzo del captatore informatico a fini di monitoraggio occulto delle conversazioni fra presenti, differenziando la tutela nel caso queste avvengano in sede domiciliare a seconda del reato perseguito⁴¹. A questa pronuncia è seguito il tentativo del

³⁷ BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Primo Senato, 27 febbraio 2008.

³⁸ BVerfG, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Primo Senato, 20 aprile 2016.

³⁹ BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Primo Senato, 27 febbraio 2008, §§ 270-285; BVerfG, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Primo Senato, 20 aprile 2016, §§ 175 ss., 196 ss. e 217 ss.

⁴⁰ BVerfG, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Primo Senato, 20 aprile 2016, §§ 136-138.

⁴¹ Cass. pen., SS. UU., sent. n. 26889/16, 28 aprile 2016 (Scurato).

legislatore di intervenire con una generale ridefinizione della disciplina delle intercettazioni, all'interno della quale ha trovato spazio una regolamentazione esplicita dello strumento del captatore informatico⁴². Tuttavia, la scelta legislativa si è risolta in buona sostanza in un recepimento della regola giurisprudenziale e, peraltro, si è caratterizzata per un ripetuto rinvio dell'efficacia, che solo di recente ha consentito alle disposizioni di cominciare a spiegare i propri effetti.

Ciò che sembra lecito concludere, in ultima istanza, è che il giudizio sul bilanciamento operato dal legislatore, quale che esso sia fra quelli di cui si è detto, fra gli interessi in gioco può difficilmente definirsi scolpito nella pietra, poiché il giudizio sull'effettiva necessità e adeguatezza delle misure predisposte ai fini della ricerca della prova ricade sovente sull'interprete principe del diritto, vale a dire il giudice, in specie quello penale. Se si tratti di una constatazione positiva, poiché nel suo apprezzamento delle circostanze del caso concreto esso è in grado di valutare se il bilanciamento del decisore politico sia stato accorto, oppure di un elemento che mette in crisi il sistema, minacciando quel requisito della prevedibilità che non può difettare a una disciplina tanto delicata, rimane questione aperta.

Se però il legislatore nazionale continuerà ad esercitare la propria discrezionalità in maniera timida o troppo generica, peccando di inerzia come quello italiano fino a prima della riforma Orlando o di vaghezza (basti pensare alla disputa sul perimetro della categoria dei reati associativi⁴³), allora la supplenza della giurisprudenza non potrà che essere il rimedio prescelto. D'altronde, la negligenza del legislatore è aggravata in questo campo dall'inevitabile obsolescenza alla quale le disposizioni eventualmente dettate in materia vanno rapidamente incontro, in forza dell'avanzamento delle conoscenze tecnologiche e dello sviluppo dei mezzi tecnici. Peraltro, se riservare al giudice la decisione può in linea generale configurare un certo *favor* nei confronti dei destinatari ipotetici delle misure limitative della libertà personale, non può non far un po' storcere il naso sotto il profilo dell'equilibrio istituzionale⁴⁴.

D'altronde, il giudice è sì deputato a riconoscere i diritti dei cittadini anche a fronte di eventuali abusi dell'autorità pubblica, ma quando deve intervenire per colmare lacune significative in merito all'ambito di applicazione di date discipline, come avvenuto nel caso dell'uso dei *trojans* in Italia con la storica sentenza Scurato, esso esorbita dalle proprie funzioni ed è costretto a vestire i panni del legislatore. Questa è, tuttavia, una mera conseguenza della patologia, che risiede altrove: se il legislatore abdica al proprio ruolo e rinuncia a dettare con sufficiente dovizia di particolari la disciplina in un ambito delicato come quello della limitazione dei diritti dei consociati, lo spazio non può rimanere vuoto e, giocoforza, dovrà essere occupato da un altro soggetto istituzionale,

⁴² D. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 (cd. Decreto Orlando).

⁴³ C. PELOSO, *La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2017, 149-161; M. GRIFFO, *Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore. Dalla sentenza Scurato alla riforma Orlando*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2018, 23-44.

⁴⁴ D'altronde, lo scetticismo nei confronti dell'eccessivo intervento giudiziale che può sfociare in una forma di *law making* si rintraccia già nei primi lavori che alludono alla cd. *counter-majoritarian difficulty*, v. A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, 1962.

che pur investito della funzione dell'esercizio della giurisdizione si ritroverà nei panni altrui a farsi legislatore.

SECONDA SESSIONE

Parte III

GIUSTIZIA E NUOVE TECNOLOGIE



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

INTRODUZIONE

PAOLO PASSAGLIA

Oggetto dei lavori dell'*atelier* è stato l'impatto che le nuove tecnologie hanno sulla «giustizia». La tematica è quanto mai ricca di sfaccettature e di implicazioni, che emergono anche alla luce del fatto che le analisi sono andate, negli ultimi anni, sviluppandosi in maniera estremamente significativa, in parallelo, peraltro, con la crescita della componente tecnologica nelle pieghe della funzione di *jus dicere*.

Questa premessa vale a dar conto, oltre che della opportunità della scelta operata dagli organizzatori di dedicare un *atelier* a questo tema, anche dell'ampiezza del fronte che si dischiudeva agli interventori e, di conseguenza, al dibattito.

Le aspettative non sono andate deluse. Anzi. In effetti, gli spunti emersi sono stati davvero molti e di livello elevato: la mia funzione di coordinatore ne è risultata così estremamente agevolata, altro non dovendo fare se non moderare un dibattito che solo esigenze di rispetto dei tempi hanno contingentato.

Derogando rispetto all'ordine alfabetico che è stato seguito nella successione degli interventi orali, per cercare di riportare in forma sintetica, non già il dibattito (ché ciò richiederebbe uno spazio ben superiore rispetto a quello riservato a questa breve introduzione), ma almeno il quadro degli argomenti che sono stati trattati, credo che si possano raggruppare i contributi in cinque gruppi, con una classificazione che implica inevitabilmente qualche forzatura, ma che complessivamente appare – lo si auspica – quanto meno indicativa. I titoli che propongo per i gruppi sono senz'altro molto opinabili: la speranza è che possano essere un minimo evocativi.

a. Law, Order e Data Protection

In questo primo gruppo inserirei gli interventi di Oscar Calavita, di Giulia Formici, di Alessandro Lauro e di Federica Paolucci. Gli argomenti trattati dai quattro interventi, pur nella loro diversità, presentano, quale elemento comune, l'analisi dell'impatto che le nuove tecnologie possono avere nel mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico, un impatto che, se da un lato si misura in termini di efficacia della risposta alle sfide della criminalità, dall'altro presenta costi non secondari relativamente alla tutela dei diritti individuali, e segnatamente di quello alla protezione dei dati personali.

Così, Oscar Calavita si concentra su un profilo nuovo della cooperazione giudiziaria penale in seno all'Unione europea, come quello degli ordini di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale: le nuove tecnologie sono quindi viste come una opportunità per favorire la cooperazione tra le autorità, non senza che ciò si riverberi in un rischio di affievolimento delle tradizionali garanzie procedurali per l'individuo.

La trasferibilità dei dati è al centro anche dell'intervento di Giulia Formici, che, nell'inquadramento di una società basata su una sorveglianza elettronica di massa, si sofferma, in particolare, sulle problematiche discendenti dal diverso approccio che in materia di protezione dei dati si rintraccia tra le due sponde dell'Atlantico, con tutto quanto ne discende, in termini di difficoltà operative, quando si provveda al trasferimento dei dati tra i due sistemi.

La protezione dei dati personali è al centro anche dell'intervento di Federica Paolucci, la quale focalizza la propria attenzione su un tema che il diritto positivo non ha – anche a mio avviso – ancora adeguatamente preso in considerazione, vale a dire il riconoscimento facciale, tecnologia dalle potenzialità assai estese in connessione all'intelligenza artificiale, ma – al contempo – foriera di possibili restrizioni per l'individuo, soggetto a una sorveglianza sempre più invasiva e pervasiva.

Un approccio incentrato in maniera più esclusiva sulla sicurezza cibernetica è quello proposto da Alessandro Lauro. Nel suo intervento, non si trascurano le compressioni almeno potenziali, in termini di garanzia dei diritti individuali, che discendono dalle esigenze di rafforzamento della sicurezza cibernetica; il fulcro della sua analisi, tuttavia, mira a ricostruire l'apparato organizzativo che è chiamato ad assicurare un adeguato livello securitario.

b. Algoritmo, intelligenza artificiale e decision-making: l'amministrazione

In questo gruppo possono essere collocati gli interventi di Emanuele Cocchiara, di Ilde Forgione e di Nannerel Fiano. Gli interventi hanno un grado di omogeneità, in termini di tematiche affrontate, sicuramente superiore rispetto a quanto constatato per il primo gruppo. In effetti, i tre contributi trattano, sia pure con accenti diversi e con differenti impostazioni, l'influenza dell'intelligenza artificiale sulle decisioni amministrative.

L'intervento di Emanuele Cocchiara propone una comparazione tra Italia, Spagna e Germania che si concentra principalmente sulla problematica compatibilità tra lo sviluppo dell'intelligenza artificiale e il rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa. La comparazione vale a mettere in luce, da un lato, le problematiche connesse alla carenza di normativa che affliggono il sistema italiano e, dall'altro, alle diverse impostazioni che *de jure condendo* possono essere adottate.

La comparazione tra l'ordinamento italiano e quello tedesco viene riproposta nell'intervento di Nannerel Fiano sulla «robotizzazione» della decisione amministrativa. L'ambito di indagine, oltre a toccare il principio di legalità, si estende ad altri principi che connotano l'azione amministrativa (partecipazione, trasparenza, obbligo di motivazione, ma anche non discriminazione). La pluralità dei principi coinvolti rende fondamentale il controllo assicurato dalla giurisdizione.

L'approccio di Ilde Forgiore è incentrato maggiormente sulla logica del *government by data*. Se è vero, infatti, che la decisione fondata sull'algoritmo si basa, appunto, sui dati, è essenziale tenere distinte due categorie di informazioni, corrispondenti a *big data* e *small data*, giacché, se i primi sono funzionali a una decisione fondata su moduli probabilistici, il grado di raffinatezza sensibilmente superiore dei secondi offre nuove prospettive di utilizzo.

c. Algoritmo, intelligenza artificiale e decision-making: la giurisdizione

Una tematica tra le più dibattute negli ultimi tempi è sicuramente quella inerente al grado di penetrazione – attuale e potenziale – dell'intelligenza artificiale nella decisione delle controversie. Come intuibile, le problematiche che si affacciano allorché si analizzi il procedimento amministrativo assumono, nel procedimento giurisdizionale, connotati di delicatezza ulteriori, oggetto di indagine negli interventi di Mattia Falduti, di Pier Giuseppe Puggioni e di Andrea Valsecchi.

L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'esercizio della giurisdizione viene affrontato in termini teorici nell'intervento di Pier Giuseppe Puggioni. L'analisi prende spunto dalla distinzione tra la tecnologia come strumento dell'esercizio del potere e la tecnologia che si sostituisce al decisore, per giungere a dimostrare come l'intelligenza artificiale possa contribuire a migliorare l'azione dei decisori umani, nella misura in cui consente di coglierne determinati caratteri.

L'intervento di Mattia Falduti si interroga sull'incidenza che le nuove tecnologie possono avere sulla prevedibilità della decisione giurisdizionale. Lo sviluppo del diritto giurisprudenziale cui si è assistito negli ultimi decenni pone, in effetti, un problema di prevedibilità che l'informatizzazione della giurisdizione, collegata alla garanzia dell'accesso alle decisioni, può contribuire in buona misura a risolvere, favorendo il consolidarsi del diritto vivente.

Una impostazione maggiormente legata al dato empirico è proposta, infine, nell'intervento di Andrea Valsecchi, il quale esamina la tematica della automazione della giustizia facendo riferimento ad alcuni ordinamenti stranieri (in particolare, si propone

una comparazione tra Stati Uniti e Francia) nei quali la giustizia predittiva è stata sperimentata. Dallo studio si coglie quanto dall'esperienza emerga l'esigenza di approntare adeguate forme di protezione dei diritti fondamentali.

d. Social media, istituzioni e società

Il peso che hanno assunto nella vita di relazione i *social media* non poteva non trovare una eco nell'ambito della discussione in seno all'*atelier*. Gli interventi di Lavinia Del Corona e di Luigi Rullo, che affrontano tematiche tra loro molto diverse, sono accumulati dall'aver posto al centro della loro indagine proprio i *social media*.

L'intervento di Lavinia Del Corona si sofferma sull'influenza dei *social media* sulla diffusione delle notizie scientifiche. Fulcro dell'analisi è, ovviamente, il fenomeno delle *fake news*, che mostra come i *social media* possano farsi veicolo di una destrutturazione del discorso scientifico, nel quale l'argomento dell'*auctoritas* si scontra con quello della mera attrattività, il quale non di rado finisce per prevalere. Alla luce di questo, interventi normativi appaiono indefettibili.

Luigi Rullo si occupa, invece, di ricostruire l'approccio che gli organi di giustizia costituzionale hanno adottato nei confronti dei *social media*. Dal tradizionale riserbo giudiziale, si è infatti progressivamente addivenuti a una apertura delle corti nei confronti dei *social media*, di cui si sono colte le potenzialità in termini di visibilità delle istituzioni da parte dell'opinione pubblica e, dunque, in ultima analisi, anche in termini di legittimazione delle istituzioni stesse.

e. Nuove tecnologie, problematiche originali

L'ultimo gruppo è costituito da due interventi, di Virginia Martínez Torres e di Philipp Rossi, che trattano di tematiche tra loro molto lontane. Non è però una logica di residualità che ha ispirato la loro associazione: un profilo di comunanza, tutt'altro che secondario, è riscontrabile nel fatto che entrambi gli interventi, più che esaminare le nuove tecnologie, approfondiscono problematiche relative a determinati istituti che si sono presentate in forme originali quando sono state associate alle nuove tecnologie.

L'intervento di Virginia Martínez Torres si inquadra nell'ambito del diritto tributario, focalizzando l'attenzione sul concetto di capacità economica, relativamente alla quale la digitalizzazione e la robotica incidono nel senso di modificare i dati tradizionali su cui fondare la pretesa fiscale. In particolare, si sottolinea l'erosione della base imponibile che discende, appunto, dal compiersi della c.d. «quarta rivoluzione industriale».

Per concludere, Philipp Rossi esamina il ruolo delle regioni e delle province autonome nell'informatica pubblica alla luce della competenza esclusiva statale in materia di «coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale», proponendo una analisi che coniuga

l'evoluzione legislativa e quella della giurisprudenza costituzionale, arricchita da spunti di comparazione con l'esperienza tedesca.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

ALGORITMI AMMINISTRATIVI E PRINCIPIO DI LEGALITÀ: RIFLESSIONI INTERNE E SPUNTI DI COMPARAZIONE

EMANUELE COCCHIARA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'utilizzo di *Automated decision making* in Italia. – 2.1. La cd. *Buona scuola* e il cammino della giurisprudenza amministrativa. – 3. Principi eurounitari a tutela dei privati. – 4. La legalità algoritmica: bastano i principi eurounitari? – 4.1. (*Segue*) La legalità algoritmica in Spagna e in Germania. Qualche riflessione in chiave comparata. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Da più di un decennio l'evoluzione nel campo delle intelligenze artificiali, dai più semplici algoritmi alle più complesse macchine di *deep learning*, passando per reti neurali e *machine learning*, ha portato ad una necessaria modernizzazione delle strutture pubbliche e private, al fine di agevolare e velocizzare l'attività umana. Nel mondo delle *Big Tech* l'automatizzazione dei processi decisionali è in uno stato avanzato anche per la necessità di accumulare e gestire enormi quantità di dati, cd. *Big Data*, al fine di aumentare i profitti che possono derivarne¹. Tale evoluzione non ha invece avuto le stesse accelerazioni nel campo dell'apparato pubblico, anche a causa di non poche resistenze degli operatori del settore. In particolare, in Italia, la sperimentazione degli algoritmi nel campo dell'azione amministrativa ha inizio molti anni dopo rispetto ad

¹ Cfr. S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism. The fight for human future at the new frontier of power*, [2019], trad. it. P. Bassotti, Roma, 2019.

applicazioni di strumenti di intelligenza artificiale nei processi giudiziari negli Stati Uniti d'America, dove si sono registrati quelli che sono diventati dei casi di scuola sull'argomento. Esempio fondamentale è il *caso Loomis*, in cui venne adoperato in un processo penale un algoritmo predittivo che avrebbe dovuto calcolare il grado di rischio di recidiva, che finiva per risultare discriminatorio per i soggetti di colore², caso non dissimile da altri causati da analoghi sistemi predittivi³. Tale esempio ha fatto comprendere le enormi potenzialità di siffatti strumenti, mettendo al contempo in guardia circa la potenziale lesione su larga scala di importanti diritti individuali, quali la parità di trattamento e la protezione dei dati personali. Su questi ultimi aspetti si fondano gran parte delle perplessità che hanno rallentato (e spesso rallentano ancora) un completo sviluppo di procedure automatizzate in un contesto culturale sovente restio al cambiamento che stravolge i canoni "tradizionali", soprattutto se questi contemplano una riduzione dell'apporto umano a favore delle macchine. Nonostante alcune resistenze, l'evoluzione in questa direzione pare ineluttabile ed oggetto di un vasto programma di riforma dell'ordinamento eurounitario, dal momento che l'Unione Europea, anche per recuperare terreno rispetto alle superpotenze tecnologiche statunitensi e cinesi, ha posto la digitalizzazione degli apparati pubblici e del mercato al primo posto fra le proprie priorità. Tutto ciò in un contesto in cui i diversi Stati membri, anche quelli con sistemi giuridici e amministrativi affini, hanno sviluppato un dibattito giuridico poco omogeneo, tradottosi in un più incisivo approccio verso le decisioni automatizzate sul piano legislativo, con diversi livelli di attuazione del principio di legalità, che potrebbero essere armonizzati a conclusione del processo di digitalizzazione dell'ordinamento eurounitario.

2. L'utilizzo di Automated Decision Making in Italia

In Italia, nonostante le riforme volte alla digitalizzazione della enorme, e obsoleta, macchina amministrativa nazionale in nome del principio noto come *Digital First*⁴, una evoluzione in tale direzione tarda ad arrivare per differenti motivi. Ciò si concretizza paradossalmente non su un piano materiale di sperimentazione di nuovi sistemi automatizzati, bensì su un piano legislativo e regolatorio, in quanto pur in assenza di una chiara disciplina *ad hoc* si sta facendo un uso sempre più diffuso di *Adm* (*Automated Decision Making*)⁵. Secondo molteplici studi, l'Italia dal 2019 ha iniziato a collocarsi fra

² S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis della Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 4/2019; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione della società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019, 7.

³ Sui sistemi di "giustizia predittiva" v. E. BASSOLI, *La ciber-etica: luci ed ombre della predittività algoritmizzata*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, vol. 1, 17 Aprile 2020, 401 ss.; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2019, 401 ss.

⁴ L. 7 Agosto 2015, n.124, cd. Riforma Madia. L'art.1 della Legge Delega, rubricato *Carta della cittadinanza digitale*, al comma 1, lett c), introduce il principio «innanzitutto digitale» (*digital first*).

⁵ Secondo E. TROISI, *AI e GDPR: l'automated decision making, la protezione dei dati e il diritto all'intelligibilità dell'algoritmo*, in *European Journal of Privacy Law & Technology*, 2019, 41 ss., l'ADM è «quel fenomeno per cui un sistema informatico programmato per assolvere a una specifica funzione o

i primi posti nelle classifiche dei paesi che adoperano maggiormente procedure robotizzate nell'area europea⁶. Il più recente e dibattuto utilizzo di algoritmi in decisioni pubbliche riguarda la ripartizione del territorio nazionale in fasce di colore sulla base di dati relativi alla pandemia da Covid-19, dalla quale discendono enormi conseguenze sociali ed economiche. La ripartizione è, infatti, frutto di una decisione formalmente automatica, basata su ventuno indicatori⁷, processati con i dati ricevuti dalle regioni, da due distinti algoritmi: un algoritmo di valutazione di probabilità di propagazione del virus e un *algoritmo d'impatto*, che valuta i potenziali danni della diffusione. Tuttavia non pochi dubbi sono stati mossi circa la legittimità di tali scelte, principalmente per l'assenza di trasparenza sulla individuazione dei suddetti criteri e, in secondo luogo, circa alcune specifiche decisioni che sembrano essere state connotate da discrezionalità, sfuggendo ai parametri adottati⁸.

Se questo esempio pone perplessità sulla trasparenza, ve ne sono altri che destano preoccupazioni sotto un aspetto più direttamente collegato ai diritti dei cittadini: l'esperimento del *Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini* (SARI) è emblematico e sembra contrastare fortemente con la tutela della *privacy*. Non è altro che uno dei tanti strumenti di riconoscimento facciale, divenuti famosi dopo il *data breach* subito dall'applicazione *ClearView*, sistema che accumula milioni di immagini attingendo dai *social network*, che si è scoperto essere utilizzato anche dalla polizia USA per la lotta alla criminalità⁹. Il "nostro" SARI, inizialmente adoperato con finalità di antiterrorismo, è stato sperimentato sia per individuare casi di razzismo negli spalti degli stadi del campionato di calcio¹⁰, sia per individuare soggetti indagati a seguito di crimini. Le problematiche che discendono da questo sistema sono numerose e tutte legate al fatto che non vi è una specifica regolamentazione in materia che disciplini ogni singola fase dell'azione dell'algoritmo, a partire dalle modalità di acquisizione delle immagini e dei cittadini potenzialmente coinvolti¹¹. La questione è stata, infatti, oggetto di un severo parere negativo reso recentemente dal Garante della Privacy, il quale ha evidenziato

erogare un certo servizio della società dell'informazione è in grado di assumere, grazie ad un meccanismo inferenziale algoritmizzato – e perciò senza coinvolgimento umano – una decisione rilevante per i soggetti interessati dalla stessa e basandosi a tal fine unicamente su una valutazione automatizzata dei loro dati personali o una profilazione degli utenti».

⁶ Il Report annuale *Automating Society 2020* di *AlgorithmWatch*, che annualmente monitora l'utilizzo di algoritmi in ogni stato del globo, ha evidenziato come dal 2019 l'Italia ha incrementato l'uso di ADM in vari aspetti della vita pubblica, dal fisco alla salute (cfr. <https://automatingsociety.algorithmwatch.org>). Sul Report v. anche A. MASCOLO, *Quanta automazione il welfare state può tollerare per non smarrire se stesso?*, in *Irpa.eu*, 15 dicembre 2020.

⁷ Allegato n. 10 del DPCM 26 aprile 2020 e parte integrante del Decreto Ministero della Salute, 30 Aprile 2020.

⁸ Sul punto C. COTTARELLI, G.GOTTARDO, S.OLIVARI, *Come fa una regione a finire in zona rossa? Chiariamo i 21 indicatori*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 16 novembre 2020; F. FUGA, *Colori delle regioni, non fidiamoci dell'algoritmo: ecco perché*, in *agendadigitale.eu*, 20 novembre 2020.

⁹ C. RAMOTTI, *Clearview in USA e privacy: un cambio di paradigma?*, in *Irpa.eu*, 15 Maggio 2020; F. PAOLUCCI, *Clearview AI: tra ban e adozione della discussa app di riconoscimento facciale*, in *IusInItinere*, 9 Aprile 2021.

¹⁰ Cfr. *AlgorithmWatch*, Report annuale *Automating Society 2020*, cit., 39 ss.

¹¹ M.R. CARBONE, *SARI, il riconoscimento facciale nella pubblica sicurezza: servono regole e trasparenza*, in *AgendaDigitale.eu*, 23 Marzo 2021.

l'assenza di una base giuridica, specificando che «Al riguardo è da osservare che tale base giuridica, in esito alla ponderazione di tutti i diritti e le libertà coinvolti, dovrà, tra l'altro, rendere adeguatamente prevedibile l'uso di tali sistemi, senza conferire una discrezionalità così ampia che il suo utilizzo dipenda in pratica da coloro che saranno chiamati a disporlo, anziché dalla emananda previsione normativa»¹².

Ad accomunare questi due casi è la mancanza di regolamentazione, e ciò non fa altro che alimentare dubbi e perplessità circa l'utilizzo di questi, e molti altri, strumenti che vengono inevitabilmente adoperati e sperimentati continuamente. Gli aspetti controversi e le possibili soluzioni sono state ampiamente discussi nel complesso giurisprudenziale sul caso della cd. *Buona Scuola*.

2.1 La c.d. Buona scuola e il cammino della giurisprudenza amministrativa

Tutte le problematiche giuridiche derivanti dall'utilizzo di procedure automatizzate nei procedimenti amministrativi sono chiaramente evidenziate nel susseguirsi di decisioni giurisprudenziali relative all'ormai famoso caso della cd. *Buona Scuola*¹³, le quali hanno dato nuovo spunto per far riaccendere un dibattito dottrinale sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale, evidenziando i diversi *vulnus* normativi sull'*Adm*. È, infatti, una graduatoria per la mobilità del personale docente scolastico, interamente elaborata da un semplice algoritmo e ritenuta errata¹⁴, ad aver innescato un procedimento giurisdizionale complesso, nato da innumerevoli ricorsi al TAR Lazio, con il quale si è finalmente provato a delineare, seppur non definitivamente, un sottile perimetro per le procedure automatizzate.

Una prima evidente lacuna nel nostro ordinamento è l'assenza di una definizione di decisione automatizzata. Il Codice dell'Amministrazione Digitale si limita infatti a definire il documento informatico¹⁵, ad allo stesso modo il Testo unico sulla Documentazione Amministrativa fornisce soltanto la definizione di documento amministrativo informatico¹⁶; entrambi i testi normativi, pertanto, contemplano solamente quegli atti frutto di procedimenti "tradizionali" resi in forma informatica, non definendo gli atti emanati a seguito di un procedimento svolto in tutto o in parte da uno strumento informatico. Tale assenza ostacola la riconduzione all'interno di una

¹² GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere sul sistema Sari Real Time*, 25 Marzo 202 in *garanteprivacy.it*.

¹³ Legge delega 13 Luglio 2015, n. 107 e D.lgs. 13 aprile 2017, n. 59.

¹⁴ I.A. NICOTRA - V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 86, 88: i destinatari della procedura concorsuale, «pur avendo espresso nella domanda preferenza per la scuola superiore di secondo grado, sono risultati destinatari di proposte di assunzione negli istituti di primo grado e, al contempo, in province lontane rispetto a quella di provenienza. Peraltro nella graduatoria definitiva, i soggetti posizionati meglio si sono visti scavalcati da docenti con punteggi inferiori che hanno beneficiato dell'assunzione a tempo indeterminato nella classe di concorso prescelta e nella provincia di residenza».

¹⁵ Il D.lgs. 7 Marzo 2005, n. 82, modificato e integrato con D.lgs.179/2016, all'art.1 lo definisce come il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti.

¹⁶ DPR 8 dicembre 2000, n. 445, aggiornato al 1° febbraio 2021.

collocazione normativa dei provvedimenti frutto di elaborazione informatica, come la suddetta graduatoria. Non a caso il TAR Lazio, in una delle prime pronunce riguardanti la graduatoria di mobilità stilata dall'algoritmo¹⁷, ha fatto riferimento alla figura dell'«atto amministrativo informatico» partendo dalla definizione di documento amministrativo di cui all'art. 22 della l. 241/90¹⁸. L'unica definizione che prevede una distinzione fra un atto automatizzato ed uno meramente reso informatico, è quella elaborata dalla dottrina e richiamata da quella stessa pronuncia dei giudici amministrativi, ossia quella fra «atto a forma elettronica», dove rileva la forma finale dell'atto, ed «atto ad elaborazione elettronica o informatica»¹⁹. La questione relativa alla riconducibilità dell'atto frutto di procedura devoluta ad un *software* ad una o ad altra definizione è stata posta in evidenza nella pronuncia del giudice amministrativo riguardante la concessione o meno del diritto di accesso all'algoritmo. Questo è stato, infatti, il primo nodo problematico, in quanto in assenza di una regolamentazione a livello normativo, il giudice di merito ha dovuto effettuare un bilanciamento tra il diritto di accesso in capo ai soggetti destinatari del procedimento e le opposizioni del Ministero che negava tale diritto basandosi sulla tutela dell'opera di ingegno costituita dal *software* e dei codici sorgente e sulla presunta impossibilità di sussumerlo nella categoria di documento amministrativo. Per quanto attiene all'opera di ingegno, il TAR ha dovuto semplicemente chiarire come tale tutela mira ad impedire non già una mera riproduzione del *software*, bensì una riproduzione al fine di ottenerne un vantaggio economico, escluso dalla natura stessa del diritto di accesso volto a garantire i soggetti destinatari dei procedimenti. Per quanto attiene al rilievo principale, fondato sull'assenza di una definizione che comprenda quegli atti frutto di un procedimento privo di apporto umano, nonché sulla presunta sufficienza della spiegazione fornita sulle modalità di azione del *software*, il TAR Lazio ha sviluppato un ragionamento di grande presa anche per la giurisprudenza successiva. L'algoritmo, cioè, non è un mero strumento utilizzato al fine di aiutare la PA a svolgere il proprio compito, ma è stato esso stesso a determinare di fatto il contenuto dell'atto di assegnazione e trasferimento che ha concretizzato l'atto amministrativo²⁰; in altre parole è lo stesso strumento informatico il mezzo con cui prende forma la volontà finale dell'amministrazione che modifica le situazioni giuridiche individuali.

Successivamente a questa importante sentenza, i giudici amministrativi di primo grado e di appello hanno iniziato un dibattito circa i limiti di utilizzo di siffatti strumenti nei procedimenti amministrativi, denotando non lievi, e non ancora totalmente risolte, differenze di vedute. Punto dirimente tra le opinioni più restrittive del TAR Lazio e quelle più aperte del Consiglio di Stato è l'estensibilità o meno delle procedure automatizzate agli atti amministrativi connotati da discrezionalità, andando oltre la *comfort zone* dell'attività vincolata. Se qualche lustro fa sembrava essere quasi pacifica la concezione

¹⁷ TAR Lazio, sez. III bis, 21 marzo 2017, n. 3796.

¹⁸ I.A. NICOTRA - V. VARONE, *L'algoritmo*, cit., 99. Sull'atto amministrativo informatico v. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993.

¹⁹ L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 7 novembre 2018, 2 ss.

²⁰ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali dell'amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2019, 1149 ss., 1156.

secondo la quale l'automazione non potesse varcare il confine degli atti vincolati, considerata anche l'evoluzione tecnologica del tempo, allo stato dell'arte e alla luce della sperimentazione avviata in più campi, essa oggi appare inadeguata²¹. Posto che l'attività svolta dal Ministero nell'elaborazione della graduatoria di mobilità scolastica attraverso l'algoritmo sia parte di una attività vincolata, e che su essa non si pongono obiezioni sulla utilità derivante dall'utilizzo di strumenti che agevolano l'azione amministrativa in nome di efficienza, efficacia ed economicità, è stato grazie ad essa che si è potuto discutere sulle potenzialità ed eventuali limitazioni. Ciò tuttavia non deve indurre a ritenere che in tali casi venga meno la volontà della PA, in quanto in assenza di un obbligo che impone l'automatizzazione della procedura, essa si sostanzia nella decisione di trasferire i dettami della norma da applicare in *input* per un *software*²².

La differenza di vedute tra giudici amministrativi prende avvio con la sentenza del TAR Lazio n. 9227 del 10 settembre 2018, secondo la quale la devoluzione completa della decisione amministrativa ad un algoritmo avrebbe assunto contorni lesivi di alcuni principi costituzionali, con ciò escludendo, pertanto, in linea teorica, l'ADM finanche nell'attività vincolata²³. Siffatte argomentazioni erano state ribadite dalla stessa Corte un anno dopo, nel settembre 2019²⁴, nonostante fosse intervenuta nelle more, e con una argomentazione sicuramente meno restrittiva, una sentenza del Consiglio di Stato dell'aprile 2019²⁵. I giudizi di Palazzo Spada, pur anch'essi annullando quella graduatoria, avevano pochi mesi prima evidenziato come l'utilizzo dell'ADM possa essere utile soprattutto in procedimenti caratterizzati da un gran numero di dati da processare, comportando la riduzione delle tempistiche di conclusione del procedimento e l'esclusione di eventuali interferenze dovute a negligenze e dolo o assenza di imparzialità dei funzionari, in ottemperanza al principio di buon andamento della PA²⁶. Tale pronuncia ha, inoltre, avuto il pregio di enucleare una serie di «regole algoritmiche», quali la piena conoscibilità dell'algoritmo, l'obbligo per la PA di monitorare e modificare il *software* in *itinere* e l'assenza di margini di discrezionalità dell'azione amministrativa

²¹ Cfr. Cass., I sez. Civile, 28 dicembre 2000, n. 16204. La Suprema Corte precisava che l'automazione poteva essere ammessa come mezzo di documentazione e non per procedimenti richiedenti valutazioni e motivazioni diverse. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione invisibile nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La Tecnificazione*, Firenze, 2017, 155 ss., 164.

²² Cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della PA*, in *Federalismi.it*, 2/2018; Nello stesso senso R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto amministrativo*, 4/2019, 785 ss., secondo cui «la regola che governa l'algoritmo è comunque pur sempre una regola giuridica in senso proprio. Il che significa che è nel momento alto e definitorio nel quale la regola tecnica viene concretamente elaborata e messa in campo che il potere discrezionale dell'amministrazione si manifesta in tutta la sua persistente attualità e rilevanza».

²³ TAR Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, specificando il ruolo che devono avere i *software*: «giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo, ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli articoli 3, 24, 97 Cost e nell'art. 6 CEDU».

²⁴ TAR Lazio, sez. III bis, 213 settembre 2019, n. 10694.

²⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 2019, n. 2270.

²⁶ L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *MediaLaws* 1/2020, 18 ss., 25.

in questione²⁷. La novità rispetto alle due sentenze del TAR citate consiste nell'apertura a procedimenti automatizzati, quando non sia in questione l'adozione di atti discrezionali. A chiudere la vicenda relativa al "se" adoperare algoritmi nei procedimenti amministrativi, oltre che a porre ulteriori basi sul "come" adoperarli, date le resistenze del TAR Lazio, è stato un successivo intervento del Consiglio di Stato con due sentenze gemelle²⁸ che sono ora alla base del dibattito giuridico in materia.

L'apertura dei giudici di Palazzo Spada verso l'ADM dimostrata con la precedente pronuncia e con alcune dichiarazioni del proprio Presidente²⁹, è stata ampiamente confermata e ampliata con la quasi rivoluzionaria affermazione per cui «*nulla vieta che i medesimi fini predetti (accertamento e verifica della scelta) perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità*». La portata di questa affermazione, pur essendo confermata da altre sentenze dello stesso organo³⁰, sembra però essere oggetto di passi indietro ove si vadano ad esaminare concrete fattispecie di attività discrezionali. Lo stesso Consiglio di Stato, in occasione del parere reso in composizione consultiva al Ministero per la Pubblica Amministrazione sullo schema di regolamento in materia di *e-procurement*³¹, ha ridimensionato l'uso di strumenti informatizzati, ritenendoli legittimi solo quale strumento di calcolo dell'offerta economicamente più bassa e non dell'offerta più vantaggiosa, in quanto atto discrezionale che richiede una valutazione «umana»³². Ciò a dimostrazione del fatto che, in assenza di una disciplina normativa puntuale sull'Adm, sarà il giudice, di volta in volta, a doverne definire legittimità e limiti, ingenerando uno stato di incertezza giuridica.

3. Principi eurounitari a tutela dei privati

Le citate sentenze gemelle del dicembre 2019, oltre ad estendere agli atti discrezionali il possibile utilizzo di strumenti automatizzati, individuano i principi applicabili a tutela dei soggetti destinatari dei procedimenti amministrativi, attuando ciò che è stato definito *technological due process*³³. Al fine di enucleare un *corpus* di principi applicabili all'Adm nella PA, o APAD (*Automated Public Administration Decision*

²⁷ A.L. RUM, *Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel procedimento decisionale della PA*, in *Il Diritto amministrativo*, 7/2021.

²⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474.

²⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, Intervento al Convegno «Decisione Robotica», Roma, Accademia dei Lincei, 5 luglio 2018, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 17 giugno 2021, n. 1206, a commento della quale cfr. A.L. RUM, *Il provvedimento*, cit.

³¹ Consiglio di Stato, sez. atti normativi, 26 novembre 2020, n. 1940, *Parere sullo schema di regolamento recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, in riferimento all'art. 44 del d.lgs. 50/2016* al Ministero per la PA.

³² E. SCHNEIDER, *Il Consiglio di Stato bocchia lo schema di Regolamento sull'e-procurement*, in *Irpa.it*, 4 marzo 2021.

³³ Definito da D. KEATS CITRON, *Technological due process*, in *Washington Law Review*, 85/2008, 1249, 1251, come «*a framework of mechanism capable of enhancing the transparency, the transparency, accountability, and accuracy of rules embedded in automated decision making system*».

making)³⁴, i giudici amministrativi hanno dovuto attingere, in assenza di fonti dell'ordinamento italiano direttamente qui applicabili, a varie fonti eurounitarie e, in particolare, come già anticipato da autorevole dottrina³⁵, ai principi desumibili dal Regolamento sulla Protezione dei Dati Personali (cd. GDPR)³⁶ che si pongono come garanzie irrinunciabili³⁷. Essi sono essenzialmente tre: piena conoscibilità, piena imputabilità e non discriminazione.

Il primo tra questi, quello di «piena conoscibilità», ricavabile dal combinato disposto degli artt. 13, 14 e 15 del GDPR, facenti parte della sezione «*Informazione e accesso ai dati personali*», è evidentemente un corollario in chiave algoritmica del principio di trasparenza della PA³⁸. Il Consiglio di Stato ha qui evidenziato che ai fini di ottemperare a questo principio non è sufficiente rendere accessibile e conoscibile l'algoritmo in sé, in quanto essendo uno strumento tecnico informatico potrebbe non essere sufficiente a garantire il diritto del soggetto destinatario del procedimento; servirà, piuttosto, «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». In altre parole, appare necessario poter riuscire a risalire al fondamento giuridico della procedura automatizzata, innalzando la mera “conoscibilità” alla “comprensibilità” che deriva a sua volta dalla “spiegabilità” dello strumento informatico³⁹. Inoltre, dato che il principio di trasparenza è volto anche a tutelare il diritto alla tutela giurisdizionale, per esservi un effettivo sindacato giurisdizionale, il giudice amministrativo deve essere messo nelle condizioni di valutare il processo informatico e la ragionevolezza della decisione amministrativa⁴⁰.

Il secondo principio, come detto, è quello della «piena imputabilità» della decisione, intesa come scelta del titolare del potere autoritativo, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa PA che dei soggetti coinvolti dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo⁴¹.

³⁴ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public administration algorithm decision making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, vol. 27, 1/2021, 103 ss., 104.

³⁵ A. SIMONCINI, *Profili Costituzionali*, cit., 19; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano, troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 5 ss., 23.

³⁶ Regolamento (UE) 2016/679, 27 aprile 2016.

³⁷ D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo*, in *Questionegiustizia.it*, 13 gennaio 2020.

³⁸ Catalogato da A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, 206, fra i principi dell'azione amministrativa volti al rispetto degli interessi dei privati coinvolti nell'esercizio del potere, esplicandosi nel diritto ad essere informati e nel diritto di difesa.

³⁹ G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione, tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 11/2019, 239 ss.; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica*, cit. 18; L. SANTORO, *L'utilizzo dell'algoritmo nel procedimento amministrativo*, in *Andig.it*, 2 ottobre 2020; M. ZALNIERUTE, L. BENNET MOSES, G. WILLIAMS, *The Rule of Law and Automation of Government Decisions making*, in *The Modern law review*, 25 febbraio 2019; E. TROISI, *AI e GDPR: l'Automated Decision Making, la protezione dei dati e il diritto alla intellegibilità dell'algoritmo*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2019, 41 ss., 56.

⁴⁰ C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 319 ss.

⁴¹ E. MICETTI, *Rivoluzione digitale 4.0: la pronuncia del Consiglio di Stato sul ricorso agli algoritmi*, in *gazzettaamministrativa.it*, 13 dicembre 2019.

Per sancire questa fondamentale tutela del cittadino nei confronti delle APAD, il Consiglio di Stato ha attinto non soltanto al GDPR ma anche alla Carta della Robotica⁴². In particolare, dalla risoluzione del Parlamento UE, che ha posto le basi per le successive tappe di regolamentazione, deriva la considerazione secondo la quale una decisione presa interamente ed autonomamente dal *robot* priverebbe il destinatario della decisione automatizzata dell'individuazione di un soggetto responsabile, violando il principio di responsabilità dei funzionari pubblici di cui all'art. 28 Cost.⁴³. Da ciò, pertanto, il fondamentale corollario della «non esclusività della decisione algoritmica» sancito dall'art. 22 del GDPR.

Terzo ed ultimo principio è quello di «non discriminazione algoritmica», sancito dal *considerando* 71 del GDPR. Quest'ultimo si riferisce al momento della profilazione ed immissione dei dati in modo da impedire «tra l'altro, effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, religione o convinzioni personali ... stato di salute o dell'orientamento sessuale». Semplificando, per evitare effetti discriminatori analoghi a quelli del citato *caso Loomis*, devono essere adottate *a priori* ed *in itinere* misure che evitino l'immissione di un set di dati potenzialmente discriminatorio, per impedire l'effetto definito *garbage in garbage out*⁴⁴, metafora di un *dataset* discriminatorio all'ingresso del *software* che porta inevitabilmente ad un risultato anch'esso discriminatorio o “spazzatura”.

La fondamentale individuazione dei principi fondanti di una “amministrazione algoritmica” ha evidenziato, fra l'altro, un aspetto che era stato sottovalutato, soprattutto dal legislatore. Nella stessa sentenza è stato, infatti, esplicitato, in risposta al TAR Lazio che richiamava una applicazione letterale della l. 241/1990, come la legge sul procedimento amministrativo sia stata «*concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica*».

4. La legalità algoritmica: bastano i principi eurounitari?

Il quadro appena delineato a partire dei più recenti arresti giurisprudenziali, ha evidenziato le lacune del nostro ordinamento. Al di là della statuizione del Consiglio di Stato circa l'antecedenza della l. 241/1990 rispetto all'avvento degli algoritmi, occorre capire se ed in che modo appaia opportuno un intervento normativo preciso o se sia sufficiente rispettare quel breve catalogo di principi enucleati dalla giurisprudenza. Come già rilevato⁴⁵, è proprio la norma eurounitaria richiamata dalla giurisprudenza, lo stesso art. 22 GDPR comma 2, a prevedere in deroga al principio di non esclusività della decisione algoritmica, che una procedura totalmente automatizzata possa essere «autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del

⁴² Risoluzione del Parlamento Europeo approvata il 16 febbraio 2017, 2018/C252/25.

⁴³ Cfr. M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration and Law*, vol.1, 1-2/2020, 71.

⁴⁴ Così A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 63 ss.

⁴⁵ A. SIMONCINI, *Profili Costituzionali*, cit., 19.

trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato». A tal fine ci si chiede se sia auspicabile all'interno del nostro ordinamento una esplicita *power conferring rule*, funzionale tanto ad impedire incertezze che si riversino in contenziosi giurisdizionali, quanto al rispetto del principio di legalità. È evidente che, senza una copertura legislativa in termini di generica autorizzazione e di specificazione di contenuti e limiti, lo stato dell'arte della legislazione italiana in materia non soddisfi quest'ultimo, pur in costanza dei continui utilizzi di procedure automatizzate⁴⁶. Altrettanto palese appare la violazione dell'art. 97 Cost., comma 2, lì dove esso persegue l'obiettivo di impedire che nell'azione pubblica vi siano margini di opacità che, viceversa, non possono che moltiplicarsi quando parti delle decisioni vengono informatizzate rendendo l'amministrazione "invisibile" perché nascosta dietro un algoritmo⁴⁷.

4.1. (Segue) La legalità algoritmica in Spagna e in Germania. Qualche riflessione in chiave comparata

Alla luce di quanto esposto, per comprendere al meglio il rapporto tra "amministrazione algoritmica" e *rule of law*⁴⁸, sembra utile confrontare la normativa nazionale con alcuni ordinamenti affini, anch'essi assoggettati ai principi del GDPR che costituiscono qui il nocciolo della tutela nei confronti delle decisioni pubbliche automatizzate, e, in particolare, due sistemi amministrativi che, come l'Italia, sono stati di recente riformati. L'ordinamento amministrativo iberico è stato oggetto nel 2015 di un ampio processo di riforma che ha portato alla sostituzione della legge 30/1992 con due diversi testi normativi⁴⁹, la nuova legge sul procedimento amministrativo e quella sul regime giuridico del settore pubblico, di seguito LRJSP. Nello specifico, prendendo spunto dalla legge sull'accesso elettronico nella PA del 2007⁵⁰, sono state introdotte disposizioni che hanno definito l'attività automatizzata e posto dei limiti al suo utilizzo⁵¹. Primo ed evidente punto che distingue tale normativa da quella italiana è la definizione di attività amministrativa automatizzata data dal comma 1 dell'art. 41 della LRJSP. La disposizione, infatti, disciplina l'attività amministrativa interamente realizzata attraverso

⁴⁶ In tal senso cfr. P.S. MAGLIONE, *La pubblica amministrazione al varco dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedurali in una prospettiva human oriented*, in *Amministrazione in Cammino*, 26 maggio 2020, 2; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano, troppo umano*, cit., 36.

⁴⁷ P. OTRANTO, *Decisione amministrativa*, cit. 199; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public administration*, cit.

⁴⁸ Sul concetto di *rule of law* nella duplice accezione procedurale e sostanziale nel diritto pubblico italiano v., fra gli altri, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Formal Meaning of the Ideal of the Rule of Law*, in *Italian Journal Public Law*, 1/2011, 4 ss.

⁴⁹ Ley 39/2015 rubricata «*Procedimiento Administrativo Comun de las Administraciones Publicas*»; Ley 40/2015 rubricata «*Regimen Juridico del Sector Publico*».

⁵⁰ Ley 11/2007.

⁵¹ I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L.TORCHIA (a cura di), *La Tecnificazione*, cit., 142; J. PONCE SOLÈ, *Inteligencia Artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnologico*, in *laadministracionaldia.inap.es*, 11 aprile 2019.

mezzi elettronici che non ha subito alcun intervento del dipendente pubblico, andando ben oltre la semplice distinzione, peraltro soltanto dottrinale e giurisprudenziale, fra atto a forma elettronica e atto ad elaborazione elettronica⁵². Nonostante quest'ultimo intervento legislativo non faccia chiaro riferimento alle intelligenze artificiali, non ancora adoperate in modo massiccio nella PA, è ormai pacifico che esse rientrerebbero comunque nella disposizione che fa un generale riferimento ai "mezzi elettronici"⁵³. Al di là della definizione, la previsione di certo più importante per l'attuazione della legalità amministrativa algoritmica in senso sostanziale, è il comma 2 dello stesso articolo, che non si limita ad attribuire una generica autorizzazione all'adozione di procedure automatizzate, ma impone degli obblighi in capo alle pubbliche amministrazioni da attuare preventivamente (*deberá establecerse previamente*). Dal combinato disposto dei primi due commi del citato art. 41 sembrerebbe derivare che la procedura svolta senza l'apporto umano è sempre permessa se e qualora vengano rispettati determinati obblighi⁵⁴. Questi ultimi consistono, innanzitutto, nel determinare in anticipo la definizione delle specifiche, la programmazione, la manutenzione, la supervisione e il controllo di qualità e, se del caso, l'*audit* del sistema d'informazione e del suo codice sorgente⁵⁵. In poche parole, sono imposti tutti quegli adempimenti preventivi e *in itinere* come supervisione e manutenzione, per consentire anche un facile accesso ed una facile conoscibilità della procedura tecnica ai privati cittadini coinvolti nelle procedure pubbliche, attuando il principio di piena conoscibilità dell'algoritmo richiamato dal GDPR. Inoltre, decisamente rimarchevole è la previsione che dispone la preventiva individuazione del soggetto "umano" responsabile del procedimento ai fini della contestazione (*«se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación»*), che va sicuramente nella direzione di garantire l'*accountability* imposta dal GDPR. Tuttavia, per taluni non sarebbe sufficiente a garantire la legalità in senso sostanziale⁵⁶, pur costituendo un *upgrade* rispetto alla normativa italiana.

Un altro esempio di *power conferring rule* nella legislazione sul procedimento amministrativo in un ordinamento di *civil law* anch'esso obbligato ad ottemperare al GDPR è rinvenibile nel panorama giuridico tedesco. Come accaduto in Spagna e Italia, anche in Germania si è assistito ad un recente processo di riforma dell'apparato pubblico.

⁵² Art. 41 LRJSP, comma 1: «Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público».

⁵³ A. CERRILLO Y MARTINEZ, *¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?*, in *European Review of Digital Administration*, vol.1, 1-2/2020, 17 ss., 21.

⁵⁴ J.V. TORRIJOS, *Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración*, in *Revista Catalana de dret public*, 58/2019, 82 ss., 87.

⁵⁵ Art. 41 LRJSP, comma 2: «En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación».

⁵⁶ Secondo S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano, troppo umano*, cit., 37, «una norma generale permissiva dell'uso dell'algoritmo decisionale così formulata non è sufficiente evidentemente a tipizzare una certa relazione tra un determinato provvedimento tipico (una competenza) e un certo *software*».

È da notare però come l'algorithmizzazione della PA e la relativa disciplina derivano da ciò che era già stato ampiamente sperimentato e disciplinato nell'ambito del diritto tributario⁵⁷. Nel 2017, diversamente da quanto accaduto in Spagna e Italia, dopo l'emanazione del Regolamento sulla Privacy, è stata modificata la *Verwaltungs verfahrensgesetz*, la legge sulla procedura amministrativa (*VwVfG*), introducendo il nuovo art. 35a che, insieme con l'art. 37 – che già faceva riferimento ai procedimenti adottati con l'ausilio, e non interamente, di strumenti automatici – va a completare un quadro normativo sulle decisioni automatizzate. Se quest'ultimo già prevedeva che un atto amministrativo scritto o elettronico dovesse «essere accompagnato da una dichiarazione che informi l'interessato del rimedio giuridico disponibile contro l'atto amministrativo, dell'autorità o del tribunale davanti al quale il ricorso deve essere presentato, della sede e del termine da rispettare», ottemperando all'*accountability* analogamente all'ultima parte dell'art. 41 *LRJSP*, l'art. 35a della *VwVfG* introduce dei requisiti ulteriori e stringenti. Esso, infatti, prevede che «un atto amministrativo può essere completamente adottato mediante strumentazioni informatiche, se è autorizzato da una previsione normativa e non comporta l'esercizio del potere discrezionale o di concetti giuridici indeterminati». Per quanto attiene al primo requisito, con la parola *Rechtsvorschrift*, letteralmente “legislazione”, il legislatore tedesco intende non soltanto la legge federale, bensì anche regolamenti e norme statutarie. Ciò significa non soltanto limitare i casi di APAD a quelli determinati da fonti primarie o secondarie ma, come sottolineato da alcuni autori, va a spezzare quel rapporto fra norma che conferisce il potere e soggetto umano, sancendo quindi la legittimazione nella realtà giuridica di un atto amministrativo riferibile esclusivamente alla intelligenza artificiale⁵⁸. Questo assunto interpretativo attribuirebbe alla disposizione una portata quasi rivoluzionaria. Il secondo requisito è invece frutto di una visione certamente più antropocentrica. Esso, infatti, prevede che le procedure automatizzate possano esistere solo qualora non riguardino attività discrezionali, ridimensionandone l'utilizzo agli atti vincolati ovvero a quelli in partenza discrezionali ma nei quali la PA si autolimita in modo che non possa che derivarne una sola scelta⁵⁹. Tuttavia tale scelta non può che essere orientata, seppur controcorrente rispetto all'evoluzione in atto, ad una maggiore tutela dei privati, tanto che la dottrina tedesca si divide fra chi ritiene la scelta dettata da una evoluzione nel campo delle AI che ancora non permette di andare “oltre”, e chi ritiene necessario escludere dall'automazione quegli atti che, essendo discrezionali, sono soggetti ad un più difficile e labile controllo giurisdizionale⁶⁰. In ogni caso, un obbligo a livello normativo impedisce una situazione di incertezza che porterebbe, come accaduto in Italia, a pronunce

⁵⁷ C. FRAENKEL HAEBERLE, *Fully digitalized administrative procedures in the German legal system*, in *European Review of Digital Administration and Law*, vol.1, 1-2/2021, 105 ss., 106.

⁵⁸ A. MASUCCI, *L'algorithmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento Europeo e leggi degli stati membri*, in *Diritto pubblico*, 3/2020, 943 ss., 965.

⁵⁹ Sull'utilizzo del *software* come autolimita della PA, v. D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un pre software in lingua italiana*, in *Diritto Amministrativo Elettronico*, quaderni del DAE luglio 2003, 1 ss.

⁶⁰ E. BUOSO, *Fully automated administrative acts in german legal system*, in *European Review of Digital Administration and Law*, vol.1, 1-2, 2021, 113 ss., 118.

giurisprudenziali di senso opposto.

5. Brevi considerazioni conclusive

I due esempi di Spagna e Germania fanno riflettere sulle diverse possibilità di attuazione del *principio di legalità amministrativa algoritmica*: uno più flessibile che fornisce dei limiti per garantirne un corretto utilizzo (quello spagnolo), l'altro più rigido per la necessità di volta in volta di una previsione normativa (quello tedesco), ma entrambi a maggiore tutela dei soggetti destinatari del procedimento rispetto ad un ordinamento, come il nostro, privo di specifiche disposizioni *ad hoc*. L'utilizzo che si è continuato a fare di algoritmi di vario tipo, dai più semplici adoperati nella mobilità scolastica ai più complessi come il riconoscimento facciale, nonostante il rallentamento della macchina statale durante la pandemia, deve inevitabilmente spingere verso una soluzione normativa. L'evoluzione nel diritto eurounitario che ha posto la digitalizzazione dell'Europa al primo posto negli obiettivi (prima della crisi economica causata dal Covid-19) è una utile base dalla quale partire. Infatti, in attesa dell'emanazione definitiva del Regolamento sull'intelligenza artificiale proposto dalla Commissione UE⁶¹, il legislatore nazionale potrebbe attingere a diverse fonti, anche di *soft law*. A tal fine vi sono molti criteri utilizzabili per formare un *corpus* di regole per tutelare i fruitori e i destinatari dell'ADM, come le *Ethics guidelines for trustworthy AI* emanate nel 2019, e quei criteri o correttivi ottenibili da uno studio comparato di quegli ordinamenti che hanno già visto i primi frutti, in negativo o in positivo, delle proprie discipline sulle procedure amministrative in chiave algoritmica.

⁶¹ Proposta di Regolamento del Parlamento UE e del Consiglio 2021/0106 del 21 aprile 2021 «che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione Europea».



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

I *SOCIAL MEDIA* E LA DISINFORMAZIONE SCIENTIFICA: SPUNTI PER UN
CAMBIAMENTO DI ROTTA ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA
STATUNITENSE ED EUROPEA

LAVINIA DEL CORONA

SOMMARIO: 1. La disinformazione *online* e i sistemi algoritmici di raccomandazione. – 2. Disinformazione scientifica e sfiducia nella scienza. – 3. I pericoli connessi alla crisi della scienza come autorità epistemica. – 4. La disinformazione scientifica durante la pandemia. – 5. L'esigenza di un cambiamento di rotta. – 6. Due diversi approcci al problema della disinformazione *online*. – 6.1. La libertà di espressione *online* negli Stati Uniti. – 6.2. La libertà di espressione *online* in Europa. – 7. Nuove prospettive di intervento.

1. La disinformazione online e i sistemi algoritmici di raccomandazione

Negli ultimi decenni i media tradizionali hanno progressivamente visto indebolirsi il loro ruolo di “guardiani” dell'informazione, ossia di controllori, tenuti a verificare la fondatezza delle notizie e delle informazioni prima della loro pubblicazione¹. Ciò perché, come è noto, nell'era digitale, le informazioni si diffondono e circolano anche, ed in modo sempre più preponderante, attraverso nuovi canali, quali in primo luogo i *social networks*².

¹ Sul tema O. O'NEILL, *Trust and Accountability in a Digital Age*, Cambridge, 2019.

² M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 110.

Si tratta di canali rispetto a cui non è ancora chiaro fino a che punto l'autorità pubblica sia effettivamente legittimata ad intervenire per garantire una certa qualità dell'informazione e in cui finora sono stati adottati, dagli Stati o su iniziativa spontanea delle stesse piattaforme digitali, solo embrionali tentativi di disciplina, incapaci di porre un effettivo argine al fenomeno della disinformazione *online*.

Il problema risulta peraltro aggravato dai meccanismi tramite cui le informazioni circolano e sono rese disponibili nelle piattaforme digitali. Il fenomeno della disinformazione non è infatti certamente nuovo, ma i meccanismi di funzionamento delle piattaforme *online* ne aumenta fortemente la pericolosità.

In particolare, il problema principale della disinformazione *online* pare in gran parte legato all'utilizzo dei c.d. "sistemi algoritmici di raccomandazione"³. Tali sistemi, originariamente utilizzati per fini commerciali, sono infatti ormai impiegati dai motori di ricerca e dai *social networks* anche per la selezione delle informazioni da sottoporre all'utente: tra la miriade di contenuti disponibili l'algoritmo seleziona e offre all'utente quelli che potrebbero suscitare maggiore interesse e interazione. I dati relativi all'utente, i c.d. *big data*, vengono cioè utilizzati per elaborare un profilo, sulla cui base avviene la selezione delle informazioni.

Come ormai noto, i sistemi di raccomandazione portano alla formazione delle c.d. "bolle informative", o "camere dell'eco"⁴, ossia spazi virtuali chiusi all'interno dei quali gli utenti rimbalzano e auto-confermano le medesime credenze e idee. Le camere dell'eco fanno infatti leva sui *bias* confermativi delle persone: non stimolano il confronto, ma amplificano e rafforzano il pensiero di un gruppo che la pensa allo stesso modo⁵ portando quindi alla polarizzazione delle idee e a forme di vera e propria distorsione della realtà. In molte di tali "bolle" a circolare non sono solo opinioni ma notizie false o distorte, che vengono suggerite agli utenti senza che gli stessi siano messi effettivamente nella condizione di accedere a fonti che forniscano una diversa ricostruzione dei fatti. Si comprende dunque come il confine tra il "vero" ed il "falso", che è già di per sé fisiologicamente impreciso, rischi in tal modo di diventare completamente indeterminato.

³ *Ex multis* si v. M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, 1/2017, 39; R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *MediaLaws*, 1/2020, 224.

⁴ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1/2018, 28 ss.; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 22 ss.; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo*, cit., 109.

⁵ Sul tema, *ex multis*, si v. C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, 13 ss.; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 27 ss.; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1/2018, 1 ss.; A. PERUZZI-F. ZOLLO-A.L. SCHMIDT-W. QUATTROCIOCCI, *From Confirmation Bias to Echo-Chambers: a data-driven approach*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 3/2018, 54; G.D. HOOKE PEARSON-S. KNOBLOCH-WESTERWICK, *Is the Confirmation Bias Bubble Larger Online? Pre-Election Confirmation Bias in Selective Exposure to Online versus Print Political Information*, in *Mass Communication and Society*, 4/2019, 467.

2. Disinformazione scientifica e sfiducia nella scienza

Il fenomeno della diffusione, intenzionale o meno, di notizie, in tutto o in parte, false – le c.d. *fake news* – o fuorvianti sta avendo un effetto particolarmente negativo sull'informazione scientifica. Un aspetto caratterizzante l'era digitale è infatti proprio la diffusione e il successo di teorie pseudoscientifiche e notizie false, capaci di mettere in discussione anche le più basilari acquisizioni del sapere scientifico. Per assurdo, dunque, proprio nell'epoca in cui la quantità di informazioni a disposizione dei cittadini è maggiore, i livelli di disinformazione scientifica continuano a rimanere decisamente alti.

In ambito scientifico, in particolare, la profilazione *online* può far sì che venga completamente a mancare quella possibilità di raffronto tra tesi contrapposte che è fondamentale nella comunicazione scientifica. All'interno delle *echo chambers*, infatti, l'utente che abbia mostrato interesse per tesi pseudoscientifiche si trova nella sostanza nell'impossibilità di raffrontare tali tesi con quelle che sono invece le posizioni prevalenti nella comunità scientifica. È anzi, probabile che a tale utente continueranno ad essere suggerite notizie e informazioni di tipo confermativo, che rafforzeranno la sua convinzione circa la fondatezza di quanto letto o ascoltato.

Tutto ciò incide sul rapporto tra scienza e società, in particolare riducendo il livello di fiducia nella scienza, o meglio nella “scienza tradizionale”, come autorità epistemica. Viene cioè messo in discussione il principio per cui il sapere scientifico sarebbe un sapere dotato di particolare valore conoscitivo⁶, ossia di una particolare capacità di descrivere i fatti e di predirne l'evolversi.

Si tratta di un'idea, quella del particolare valore conoscitivo della scienza, massimamente esaltata dai positivisti, che è stata poi ridimensionata nella seconda metà del secolo scorso dal pensiero relativistico⁷, senza però per questo crollare. Benché infatti sia ormai acquisito che il sapere scientifico si distingue dalla verità assoluta e immutabile, il fatto che il sapere qualificabile come “scientifico” abbia un superiore valore conoscitivo rispetto ad altre forme di conoscenza continua a rimanere generalmente riconosciuto. D'altronde, di tale particolare valore conoscitivo si ha una quotidiana conferma in via “indiretta”, posto che il funzionamento delle applicazioni tecnologiche del sapere scientifico altro non è che una quotidiana dimostrazione del fatto che le teorie su cui tali tecnologie si fondano sono, quantomeno in una certa misura, fondate⁸.

Siffatto generale riconoscimento della scienza come autorità epistemica è tuttavia messo in crisi dai fenomeni distorsivi della realtà di cui si è detto sopra. Ciò almeno in un duplice senso.

⁶ G. BISTAGNINO, *Sono irragionevoli? Liberalismo politico e negazionismo scientifico*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 47.

⁷ Sull'evoluzione della concezione della scienza nella storia della filosofia della scienza e la c.d. “svolta relativistica” si v. S. OKASHA, *Il primo libro di filosofia della scienza*, Torino, 2006; D. GILLES-G. GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Roma, 2006; C. PIZZI, *Diritto, abduzione e prove*, Milano, 2009.

⁸ M. DORATO, *Disinformazione scientifica e democrazia. La competenza dell'esperto e l'autonomia del cittadino*, Milano, 2019, 80 ss.

Da un lato, la convinzione circa la fondatezza di *fake news* e teorie pseudoscientifiche può far nascere sentimenti di avversione e scetticismo verso il sapere scientifico “tradizionale”, che respinge e non riconosce la validità di tali teorie.

D’altro lato, i media tradizionali, ma soprattutto, in forza del loro peculiare modo di funzionamento, i *social media*, possono incidere sulla fiducia nella scienza creando la falsa percezione che nella comunità scientifica vi siano divisioni, invece inesistenti. Ciò avviene, in particolare, allorché sia dato spazio e visibilità ad esperti che dal punto di vista scientifico non dovrebbero invece avere particolare rilievo – perché, ad esempio, si esprimono rispetto ad argomenti che fuoriescono della loro area di *expertise* o perché sostengono tesi che non hanno trovato validazione in studi condotti sulla base delle regole proprie del metodo scientifico. Si tratta cioè di soggetti che per ragioni di vario tipo si trovano a sostenere tesi empiricamente infondate e che, pur essendo una piccola minoranza nella comunità scientifica, se posti al centro dell’attenzione mediatica possono far sorgere l’impressione che la comunità scientifica sia divisa.

Tale impressione può incidere fortemente sulla fiducia nella scienza, che, è stato osservato, tende a crescere laddove vi sia una percezione di coesione e unanimità all’interno della comunità scientifica, riducendosi invece se, all’opposto, sono percepite divisioni all’interno della stessa⁹.

3. I pericoli connessi alla crisi della scienza come autorità epistemica

La crisi della scienza come autorità epistemica può avere conseguenze molto gravi in termini di tutela dei diritti, specie se si considera che alcune delle discussioni globali più accese del nostro tempo, quale quella relativa al cambiamento climatico, vertono sulla rivendicazione della validità di conoscenze scientifiche.

Il particolare valore conoscitivo della scienza risulta anzitutto il presupposto logico dell’idea della scienza come “limite” alla discrezionalità politica, ossia del principio per cui nell’assunzione di certe scelte pubbliche, implicanti lo svolgimento di valutazioni scientifiche, il decisore politico sarebbe vincolato a scegliere tenendo in considerazione le indicazioni provenienti dalla comunità scientifica.

Si comprende quindi come un diffuso senso di sfiducia nella scienza, o addirittura di avversione per la scienza “tradizionale”, potrebbe creare problemi sotto il profilo del rapporto tra decisore politico e scienza.

In primo luogo, infatti, il potere politico potrebbe sfruttare la sfiducia nel valore conoscitivo della scienza per svincolarsi dai limiti che l’osservanza delle risultanze del sapere scientifico pone alla sua discrezionalità e decidere, quindi, prescindendo dal ricorso agli esperti.

In secondo luogo, anche laddove, almeno formalmente, non si contestasse il particolare valore conoscitivo della scienza, la confusione circa i confini tra ciò che è qualificabile come scientifico e ciò che non lo è, potrebbe dare luogo a pericolose forme

⁹ M. DORATO, *Disinformazione scientifica*, cit., 81.

di manipolazione del sapere scientifico da parte del potere politico. Per cui, in una società che ignori le caratteristiche fondamentali del sapere scientifico e del suo modo di funzionare e procedere, il decisore politico potrebbe senza particolari difficoltà sostenere il valore scientifico di tesi pseudoscientifiche, prive di un effettivo valore conoscitivo, scelte in realtà solo perché coerenti con posizioni di tipo prettamente politico.

Si tratta di pericoli che certamente interessano l'ordinamento italiano, in cui la svalutazione del valore conoscitivo della scienza è un fenomeno tutt'altro che sconosciuto e in cui, infatti, nel corso degli anni si sono verificati casi eclatanti di legittimazione della pseudoscienza da parte delle stesse istituzioni pubbliche. Si pensi, ad esempio, al noto, e ormai risalente, "caso Di Bella"; al "caso Stamina"; alle decisioni assunte dallo Stato italiano in tema di OGM; o, ancora, a come è stata gestita l'epidemia di Xylella¹⁰.

Bisogna inoltre considerare come la sfiducia della società nella scienza, oltre a facilitare distorsioni nel rapporto tra politica e scienza, possa incidere sul modo in cui la società accoglie decisioni pubbliche che si basano su indicazioni provenienti dalla comunità scientifica. In particolare, alla sfiducia nella scienza sono legati episodi di inosservanza di decisioni e raccomandazioni pubbliche *science based*. Esempi particolarmente emblematici di tale fenomeno si hanno in materia di vaccinazioni: basti pensare a come il diffondersi di tesi scientificamente infondate relative ai rischi connessi a talune fondamentali e raccomandate vaccinazioni abbia portato molti genitori a decidere di non vaccinare i propri figli, creando così le condizioni perché in Italia tornassero a diffondersi malattie, quale il morbillo, che si ritenevano ormai del tutto superate. Di qui l'adozione del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, recante "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale", che ha introdotto l'obbligo di vaccinazione per i minori da zero a sedici anni rispetto a dodici tipologie di vaccini, poi divenute dieci a seguito delle modificazioni apportate dalla legge di conversione n. 119 del 2017¹¹.

Attualmente, in modo del tutto analogo, il dilagare di informazioni false e fuorvianti sta mettendo a dura prova la campagna vaccinale contro il Covid-19, portando all'adozione in Italia e all'estero di provvedimenti volti a spingere i cittadini ad aderire alle raccomandazioni *science based* provenienti dalle autorità politiche.

Secondo alcuni autori la svalutazione del valore conoscitivo della scienza potrebbe addirittura far venire meno alcune delle condizioni di esistenza delle democrazie liberali. Vi è chi ritiene infatti che la connessione che da tempo si riconosce esistente tra scienza e democrazia¹² consisterebbe in un vero e proprio rapporto di presupposizione, per cui sarebbe stata proprio la nascita delle scienze moderne ad aver creato le condizioni necessarie, o almeno alcune di esse, perché le democrazie potessero affermarsi in Occidente.

Si è osservato in particolare come nei sistemi democratici, in cui è fondamentale il rispetto del pluralismo delle opinioni e dei punti di vista, è altresì fondamentale, così

¹⁰ Sul tema si v. G. CORBELLINI, *Nel Paese della pseudoscienza*, Milano, 2019.

¹¹ A commento della disciplina si v. AA. V.V., *Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2017, 15 ss.

¹² Sul punto si v. S. JASANOFF, *The essential Parallel Between Science and Democracy*, in *See Magazine*, Febbraio 2009.

come lo è nella comunità scientifica, che le decisioni pubbliche siano prese sulla base di fatti accertati con una metodologia condivisa, su cui tutti possono convenire. Sul punto l'educazione scientifica avrebbe giocato un ruolo cruciale, insegnando ai cittadini a pensare liberamente, abituandoli alla presenza di punti di vista diversi, ma anche inducendoli a scegliere tra le diverse opinioni sulla base dei risultati conseguiti e della loro plausibilità¹³.

Si comprende, quindi, come, laddove, sotto l'influsso di derive post-positivistiche, si abbandonasse il principio secondo cui il metodo scientifico garantisce una conoscenza dei fatti che, per quanto incerta e migliorabile, è comunque superiore a quella che qualsiasi altra forma di sapere potrebbe garantire, e che, dunque, sussiste una realtà su cui tutti possono convenire e rispetto a cui, pur nel pluralismo delle idee, si deve rendere conto, le democrazie liberali potrebbero cessare di essere tali.

4. La disinformazione scientifica durante la pandemia

Allo scoppiare della pandemia da CoVid-19 la società ha sin dal principio reagito guardando alla comunità scientifica e cercando in essa aiuto. Anche da parte dei decisori pubblici c'è stata una evidente ricerca di dialogo con la comunità scientifica, al fine di garantire la fondatezza scientifica delle decisioni assunte. Vi è chi suppone quindi che la pandemia determinerà una "svolta epocale" nei rapporti tra società e scienza, nel senso di un incremento dell'importanza e della considerazione di quest'ultima nell'ambito della prima.

Tuttavia, una serie di elementi stanno rendendo tale processo più difficile e lungo di quanto potesse sembrare in origine. Col passare dei mesi, infatti, un senso di diffidenza e avversione nei confronti degli esponenti della comunità scientifica ha iniziato a farsi strada nella società, in parallelo con il diffondersi sul *web* di tesi pseudoscientifiche e negazioniste.

Ultimamente il problema della disinformazione scientifica sul *web* è quindi esploso, facendosi sempre più evidente. Forse mai come negli ultimi mesi, infatti, è stato chiaro quanto pericolosa possa essere la circolazione di *fake-news* volte a minare la fiducia nelle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica e confondere in tal modo il confine tra ciò che ha valore scientifico e ciò che invece ne è completamente privo.

In particolare, il rafforzarsi di tesi negazioniste, ossia che negano l'esistenza stessa del virus, e pseudoscientifiche ha indotto parte della popolazione mondiale a comportamenti pericolosi, che hanno incrementato la diffusione del virus e il numero di morti.

La diffusione di tali tesi è stata facilitata dal forte tasso di incertezza che sussisteva, e tutt'ora esiste, in tema di CoVid-19. Si tratta infatti di un virus nuovo rispetto al quale molti aspetti non erano mai stati oggetto di studio. La comunità scientifica, quindi, si è

¹³ In tal senso G. CORBELLINI, *Scienza, quindi democrazia*, Torino, 2011, 45.

trovata divisa su alcune questioni e non è stata sempre in grado di dare pronta risposta a talune delle domande che la società le ha posto.

L'incertezza, d'altronde, è un tratto caratterizzante il sapere scientifico¹⁴ e, pertanto, tutto ciò non dovrebbe stupire. Tuttavia, come si è visto sopra, la fiducia nella scienza è tendenzialmente tanto maggiore quanto più forte è l'idea che su un certo argomento nella comunità scientifica sussista consenso unanime.

La capacità dei *social media* di esacerbare i contrasti presenti nella comunità scientifica, oltre che di far sorgere l'impressione che esistano contrasti in realtà inesistenti, ha poi esponenzialmente aumentato la percezione dell'incertezza scientifica e la conseguente sfiducia della società nella scienza.

L'obiettivo di contrastare la disinformazione scientifica è così divenuto prioritario per molti Stati, posto che, come dichiarato dalla vicepresidente della Commissione Europea per i valori e la trasparenza, Věra Jourová, «durante un'emergenza sanitaria globale, le informazioni possono salvare vite umane»¹⁵.

5. L'esigenza di un cambiamento di rotta

Proprio l'esigenza, che si è visto essere sempre più avvertita, di combattere anche sul *web* la disinformazione scientifica potrebbe costituire un'importante spinta per l'adozione di misure volte a rendere le modalità di funzionamento dei *social media* effettivamente compatibili con la tutela dei diritti e dei valori che caratterizzano le democrazie liberali.

Si tratta peraltro di un'esigenza che si farà sempre più forte in una società che sta divenendo sempre più scientifica ed in cui non a caso si sta facendo strada un nuovo diritto: il "diritto alla scienza"¹⁶.

La strumentalità sussistente tra la scienza e la tutela di alcuni fondamentali diritti ha portato infatti al riconoscimento a livello internazionale del diritto a poter godere dei benefici che derivano dal progresso scientifico. In particolare l'art. 27 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948 prevede che «ogni individuo ha il diritto di partecipare liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici» e l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966 riconosce il diritto di tutti di «prendere parte alla vita culturale, godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni, beneficiare della protezione degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica, letteraria o artistica di cui è autore».

¹⁴ Sulla falsificabilità come elemento caratterizzante il sapere scientifico K. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1963), trad. it. di G. Pancaldi, Bologna, 2009.

¹⁵ F. BACCINI, *Disinformazione online, Commissione UE pubblica nuovo report delle piattaforme digitali sulla lotta al COVID-19*, in *Eunews.it*, 25 febbraio 2021.

¹⁶ Sul diritto alla scienza si v. G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in *Diritti fondamentali*, 2/2019; M. GRECO, *La scienza, diritto universale dell'uomo*, in *Rivistamicron.it*, 10 marzo 2019; M. PERDUCA, *Il diritto universale alla scienza*, in *Nature.com*, 10 febbraio 2021.

Tale “nuovo diritto” viene normalmente inteso in senso ampio, non solo quindi come diritto a godere dei benefici che derivano dalla applicazione pratica delle nuove conoscenze scientifiche, in termini ad esempio di innovazioni tecniche e tecnologiche, ma come diritto che implica anche la pretesa alla “corretta informazione e formazione scientifica”¹⁷. In questo senso si è, ad esempio, espresso il Commento generale sulla scienza, approvato nell’aprile del 2020 da un comitato di esperti presso le Nazioni Unite. Si legge infatti nel documento che il termine *benefits* di cui all’art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti economici si riferisce «*first to the material results of the applications of scientific research, such as vaccinations, fertilizers, technological instruments and the like*», in secondo luogo «*to the scientific knowledge and information directly deriving from scientific activity, as science provides benefits through the development and dissemination of the knowledge itself*», e, infine, «*to the role of science in forming critical and responsible citizens who are able to participate fully in a democratic society*»¹⁸. Non quindi solo benefici di carattere materiale ma anche benefici in termini di accrescimento delle conoscenze e delle capacità di pensiero critico anche di chi non è membro della comunità scientifica.

Se inteso in questi termini è chiaro che per l’effettiva garanzia del diritto alla scienza si rende necessaria l’adozione di efficaci strumenti di lotta alla disinformazione scientifica *online*.

In particolare, a fronte dei gravi rischi cui in tempi di pandemia la disinformazione scientifica in rete può dare luogo, non è da escludersi che proprio l’esigenza di garantire il diritto alla scienza, nell’ampia accezione di cui sopra, possa trainare quella rivoluzione della disciplina dello statuto delle piattaforme digitali che molti da tempo auspicano.

L’esigenza di contrastare la disinformazione *online* si inserisce infatti nell’ambito del più ampio problema di far sì che il diritto di manifestazione del pensiero in rete sia in qualche modo temperato con altri diritti fondamentali che rischiano di essere altrimenti lesi. Sotto tale profilo la tutela del diritto alla corretta informazione scientifica in rete risulta connessa ad altre rilevanti esigenze, quale, ad esempio, quella di limitare la circolazione *online* dei discorsi d’odio.

6. Due diversi approcci al problema della disinformazione online

Pare importante porre in evidenza come lo statuto costituzionale della libertà di espressione fortemente influisca sulla possibilità che, ed eventualmente sui margini entro cui, la libertà di manifestazione del pensiero in rete possa essere limitata e il suo esercizio temperato con esigenze di tutela relative ad altri diritti e libertà fondamentali. Si tratta infatti di un aspetto che aiuta a comprendere il perché delle profonde differenze di

¹⁷ G. D’AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, cit., 8 ss.

¹⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 25 (2020) No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, aprile 2020.

approccio che si registrano nell'ambito delle stesse democrazie occidentali rispetto al tema del contrasto alla disinformazione scientifica.

In Europa la libertà di manifestazione del pensiero è nata sin dall'origine¹⁹ con un tratto di cedevolezza, come diritto di libertà sottoposto alle regole del bilanciamento. In particolare, limitazioni di tale libertà sono ammissibili, purché al ricorrere di alcune condizioni: devono essere previste dalla legge; devono essere volte alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti; e devono essere proporzionate al fine perseguito.

Su tale paradigma è attualmente modellata la disciplina della libertà di manifestazione del pensiero nei singoli Stati europei, in cui infatti è riconosciuta l'esigenza che l'esercizio della libertà di espressione non vada a detrimento di altri diritti fondamentali.

Ma, inoltre, all'art. 10 della Cedu, così come all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la libertà di espressione è configurata come libertà dal contenuto ampio e complesso, che non si esaurisce nella mera libertà di manifestazione del pensiero, ma che comprende anche un profilo "passivo", ossia quello della libertà-diritto di essere informato e di accedere alle informazioni in modo trasparente, plurale e completo²⁰.

In Europa, dunque, la libertà di espressione, per quanto fondamentale "cartina di tornasole" del livello di democrazia di un paese, non è assoluta, ma deve essere temperata con altri diritti e libertà fondamentali e funzionalizzata al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati.

Con l'avvento di *Internet* l'impostazione non è cambiata, anzi, tanto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che la Corte di Giustizia hanno rilevato e tenuto conto nelle loro decisioni di come l'esercizio della libertà di espressione nel nuovo contesto tecnologico porti ad un moltiplicarsi delle ipotesi di pericolo, mostrandosi aperte all'introduzione di particolari forme di limitazioni della libertà di espressione in rete²¹.

Ben diverso è invece lo statuto costituzionale della libertà di espressione nell'ordinamento statunitense, dove il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti riconosce a tale libertà una tutela rafforzata, vietando in modo pressoché assoluto ai poteri pubblici di interferire con il suo esercizio²².

Limitazioni alla libertà di espressione sono ammissibili solo nei ristretti spazi dati dalla dottrina del "*clear and present danger*", così come precisata dalla Corte Suprema

¹⁹ Già all'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 era ravvisabile un riferimento al carattere non assoluto della libertà di manifestazione del pensiero. Si affermava infatti nell'articolo che «la libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge».

²⁰ Sul tema si v. G.E. VIGEVANI-O. POLLICINO-C. MELZI D'ERIL-M. CUNIBERTI-M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 10.

²¹ Si v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*.

²² Ai sensi del I Emendamento della Costituzione statunitense «*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*».

in *Brandenburg v. Ohio*. In particolare, la Corte Suprema ha stabilito che atti volti a regolare l'esercizio della libertà di parola sono ammissibili solo al ricorrere di talune stringenti condizioni, ossia solo se volti a limitare la libertà di parola di chi eserciti tale libertà nell'intento di portare altri a commettere condotte illecite, e purché il realizzarsi di tali condotte sia altamente probabile e imminente²³.

Un paradigma che non è parso mutare neppure dinnanzi alle inedite implicazioni legate all'utilizzo di *Internet*. La Corte Suprema, infatti, ben lungi dal riconoscere margini per una tutela meno stringente della libertà di manifestazione del pensiero *online*, ha piuttosto posto l'accento sulle positive potenzialità dei nuovi mezzi di comunicazione, idonei ad accrescere la libertà di parola e il *free marketplace of ideas*²⁴.

Tale profonda diversità nel modo di concepire lo statuto costituzionale della libertà di espressione ha avuto, e continua ad avere, forti ripercussioni sulla reazione degli Stati Uniti, da un lato, e degli Stati europei, dall'altro, al fenomeno della circolazione in rete di *fake news* o discorsi d'odio²⁵. Si tratta a ben vedere di un grosso ostacolo all'elaborazione di discipline e livelli di tutela uniformi, che pur sarebbe oltremodo auspicabile, data la capacità di espansione, anche oltre i confini nazionali, che è propria della comunicazione su *Internet*.

6.1. La libertà di espressione online negli Stati Uniti

Alla luce del valore, quasi sacrale, che la libertà di espressione riveste negli Stati Uniti si possono comprendere le ragioni per cui fino ad ora sono sostanzialmente mancate iniziative statali volte a introdurre forme particolari di limitazione della libertà di espressione in rete. Negli Stati Uniti, quindi, il contrasto della disinformazione e dei discorsi d'odio è un'attività rimessa all'autonomia, e del tutto eventuale, iniziativa delle piattaforme digitali, le quali a partire dalla metà degli anni 2000 hanno effettivamente iniziato a sviluppare varie modalità di censura dei contenuti degli utenti e *policies* sui contenuti diffondibili.

Anche durante la pandemia le cose non sono cambiate di molto. Anzi, sotto la vecchia amministrazione, l'allora Presidente Donald Trump, ben lungi dal porre in essere azioni volte a limitare il fenomeno della disinformazione in tema di Covid-19, ha piuttosto in più occasione dato pubblico sostegno a tesi pseudoscientifiche che stavano avendo ampia circolazione sul *web*.

Ma soprattutto, il Presidente Trump ha adottato una politica di totale ostilità verso la censura *de facto* posta in essere di spontanea iniziativa dalle piattaforme digitali a fronte del dilagare di notizie false e ingannevoli. Politica culminata con l'adozione, il 28 maggio 2020, dell'*Executive Order on Preventing Online Censorship*, ossia un atto che avrebbe

²³ Per uno studio onnicomprensivo della *freedom of speech* nell'ordinamento statunitense, si veda C.R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1995.

²⁴ Sul tema O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Medialaws*, 1/2018, 21.

²⁵ Sul tema O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale*, cit., 1 ss.

dovuto incidere, riducendola, sull'immunità da responsabilità editoriale che la Sezione 230 del *Communications Decency Act* garantisce anche agli intermediari che abbiano vigilato e controllato i contenuti pubblicati dagli utenti²⁶.

Si è trattato di un'iniziativa scaturita da ragioni di natura prettamente personale, in risposta a una serie di episodi di censura privata delle *Internet platforms* che avevano colpito i *post* dell'allora Presidente Trump²⁷. L'ultimo atto, quindi, di una lunga *querelle* che ha visto il Presidente Trump per anni accusare le *Internet platforms* di inquinare, promuovendo posizioni politiche contrarie ai conservatori, il *free marketplace of ideas*. Tuttavia, bisogna riconoscere come tale decreto fosse volto a intervenire su di una disciplina che effettivamente ormai da tempo stava suscitando preoccupazioni in modo trasversale nei diversi schieramenti politici²⁸.

Così come interpretate, infatti, le disposizioni della Sezione 230 del *Communications Decency Act* possono creare non pochi problemi in termini di tutela dei diritti fondamentali nel mondo digitale: l'assoluta tutela di cui gode la libertà di espressione fa sì che le attività di censura e moderazione dei contenuti in rete siano sostanzialmente riservate al monopolio delle piattaforme digitali, le quali si trovano in tal modo investite di un enorme potere, non controbilanciato da alcuna forma di responsabilità, posto che la Sezione 230 del *Communications Decency Act* è interpretata dalla giurisprudenza in modo estensivo e copre di immunità anche le piattaforme digitali che esercitino forme di censura privata.

La questione della revisione della Sezione 230 è stata tuttavia, almeno al momento, chiusa, posto che il Presidente Biden appena entrato in carica ha provveduto a revocare l'*Executive Order on Preventing Online Censorship*.

6.2. La libertà di espressione online in Europa

Nell'Unione Europea la situazione pare ben diversa: interventi, tanto a livello unionale che a livello nazionale, di limitazione della libertà di espressione *online* sono ammessi con maggiore tolleranza, sebbene entro certi limiti. Pertanto, a forme di censura privata, spontaneamente posta in essere dalle piattaforme digitali, se ne affiancano altre previste e disciplinate a livello statale²⁹. Nel caso di collaborazione tra autorità pubblica e piattaforma privata, può accadere che il controllo della liceità dei contenuti rimanga di competenza statale e alle piattaforme digitali sia delegata la sola esecuzione della

²⁶ M. MONTI-A. VENANZONI, *Il tramonto della frontiera digitale? Note a prima lettura dell'executive order del 28 maggio 2020 emanato per prevenire la censura online da parte dei social media*, in *Diritti Comparati*, 2020.

²⁷ In particolare *casus belli* fu il *fact-checking* eseguito da Twitter, che aveva contrassegnato un *tweet* del Presidente americano sul voto via posta come fuorviante, rimandando per approfondimenti ad un contenuto della CNN.

²⁸ G.M. LOUER-M. MAROTTA, *Beyond the Headlines: Analysis of the Executive Order on Preventing Online Censorship and the Potential Impact on Section 230 Policy*, in *Arnoldporter.com*, 23 giugno 2020.

²⁹ Sulle diverse forme di censura M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2019, 35 ss.

rimozione dei contenuti illeciti³⁰, oppure, invece, che la delega alle piattaforme digitali sia ben più ampia e includa la stessa valutazione sostanziale dei contenuti³¹.

In Europa, quindi, all'autoregolamentazione dei privati si affiancano forme di co-regolamentazione. In particolare, una prima importante tappa nel senso dell'elaborazione di una disciplina condivisa si è avuta con la sottoscrizione del *Code of practice on Disinformation*³², che ha riunito su base volontaria alcuni dei più importanti attori del mondo digitale e tentato di delineare una serie di principi comuni volti ad orientare l'azione di tali soggetti nel contrasto alla diffusione di *fake news*.

Siffatto percorso verso la co-regolamentazione ha subito una forte accelerazione con lo scoppiare della pandemia, che ha portato l'Unione Europea e i singoli Stati membri ad aumentare il proprio impegno rispetto al problema della disinformazione, con particolare attenzione, visto il momento storico, alla disinformazione scientifica³³. In particolare, nell'ambito della collaborazione già avviata con il *Code of practice on Disinformation*, il 10 giugno 2020, i sei "giganti del web" (Facebook, Google, Microsoft, Twitter, TikTok e Mozilla) si sono impegnati con la Commissione Europea a rispettare un programma mensile di rendicontazione dei livelli di diffusione sul web di notizie false in tema di pandemia e delle iniziative assunte per il contenimento degli stessi.

Sempre nel senso della sussistenza di una trasformazione, o quantomeno di un tentativo di trasformazione, è andata la presentazione da parte della Commissione Europea al Parlamento Europeo del *Digital Service Act*³⁴, ossia di una proposta di regolamento sui servizi digitali, volto a vincolare le piattaforme digitali al rispetto di taluni principi fondamentali e ad implementare le forme di collaborazione già in corso.

Il testo del *Digital Service Act* potrà essere oggetto di profonde modifiche e potrebbe non essere approvato in tempi brevi, tuttavia, tale proposta segna un ulteriore passo nel senso della transazione dalla logica del "mercato unico digitale" a quella della "democrazia digitale"³⁵. La Commissione Europea sta infatti facendo intendere sempre

³⁰ Si pensi, ad esempio, agli artt. 16 e 17 del d. lgs. 70/2003, attuativi degli artt. 14 e 15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in cui è previsto che l'obbligo delle piattaforme digitali di rimuovere un contenuto scatti solo in presenza di un ordine dell'autorità.

³¹ Nel senso della delega alle *Internet platforms* dei poteri censori è andata la recente legge sul cyberbullismo, l. n. 71/2017, che, all'art. 2, prevede una procedura di *notice and takedown*, che delega alle *Internet platforms* l'individuazione dei comportamenti rientranti nella dizione di cyberbullismo.

³² Tra gli obiettivi fissati nel *Code of practice on disinformation* vi era: la garanzia della trasparenza delle informazioni ricevute dagli utenti in relazione alla loro affidabilità e all'identità delle fonti da cui provengono; il disincentivo della disinformazione rispetto all'informazione affidabile; l'aumento delle possibilità e della capacità degli utenti di trovare informazioni con diversi orientamenti e punti di vista.

³³ Europea Commission, *Coronavirus: EU strengthens action to tackle disinformation*, Press release, Bruxelles, 10 giugno 2020.

³⁴ Per un primo commento alla proposta di regolamento, *ex multis*, si v. O. POLLICINO-G. DE GREGORIO, *L'alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Services Act*, in *Agendadigitale.eu*, 15 dicembre 2020; G. FINOCCHIARO, *Digital Services Act: la ridefinizione della limitata responsabilità del provider e il ruolo dell'anonimato*, in *Medialaws.eu*, 12 gennaio 2021; P. CESARINI, *The Digital Services Act: a Silver Bullet to Fight Disinformation?*, in *Medialaws.eu*, 8 febbraio 2021; C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biodiritto.org*, 24 agosto 2021.

³⁵ In tal senso R. CONTI-F. DE STEFANO, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)? Conversando con Oreste Pollicino*, in *Giustizia insieme*, 15 aprile 2021.

più chiaramente di non voler lasciare che un compito prettamente statale, quale quello del bilanciamento tra diritti, possa essere completamente rimesso alle *Internet platforms*, ossia a soggetti privati, e di voler, dunque, svolgere un ruolo attivo nella tutela dei diritti fondamentali anche nel mondo digitale.

7. Nuove prospettive di intervento

Posto quindi che gli spazi per un intervento pubblico volto a garantire il pluralismo informativo anche nel mondo digitale sono estremamente diversi a seconda dell'ordinamento costituzionale di riferimento, pare importante porre in evidenza un aspetto: quello della disinformazione *online*, in particolar modo scientifica, è un fenomeno specifico, alle cui peculiarità andrebbero adattate le modalità di intervento.

La rimozione dei contenuti, ad esempio, è una tecnica di censura molto utilizzata ma che mal sia adatta al contrasto della disinformazione *online*. Oltre, infatti, alle difficoltà pratiche di individuare e riconoscere informazioni qualificabili come “false”, si pongono non pochi problemi di ordine giuridico, posto che si tratta di utilizzare la forma più invasiva di censura *online* avverso qualcosa, l'informazione falsa, che normalmente non è di per sé considerabile come un fatto illecito³⁶.

Anche l'attività di *fact checking* pone problemi di non poco conto. Innanzitutto, non è semplice stabilire quali soggetti possano essere investiti del potere di decretare ciò che è vero e ciò che è falso, e soprattutto quali competenze dovrebbero avere per lo svolgimento di valutazioni così complesse, specie se relative a materie scientifiche. Inoltre, bisogna tener conto di come sussistano sempre “aree grigie”, in cui il confine tra il vero e il falso si fa labile e di come in questi casi un intervento di *fact checking* potrebbe portare a reazioni controproducenti, rafforzando derive relativistiche. Infine, dal punto di vista pratico sottoporre ad un tal tipo di scrutinio la miriade di informazioni che quotidianamente circolano sul *web* è compito che pare al momento tecnicamente difficile, se non impossibile, realizzazione. Il *fact checking* non può quindi che portare ad un controllo di tipo parziale, pena lo svolgimento di una attività del tutto arbitraria e sommaria.

Viste dunque le problematiche sottese alle principali tecniche utilizzate dalle piattaforme digitali per la moderazione dei contenuti, pare interessante che durante la pandemia la necessità di far fronte al dilagare della disinformazione scientifica abbia portato all'elaborazione di nuovi meccanismi di contrasto alle *fake news*.

Si pensi ad esempio alla scelta operata da alcune piattaforme, come Instagram e Facebook, di suggerire agli utenti che entrano in contatto con contenuti in qualche modo connessi al tema dei vaccini, ossia a un tema rispetto a cui la diffusione di *fake news* è

³⁶ In tal senso M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 34.

particolarmente elevata e allarmante, pagine in cui sono riportati dati aggiornati sul tema, tratti dai siti di organi istituzionali, oltre che i *link* di collegamento a tali siti³⁷.

Così è interessante anche il fatto che, a seguito delle elezioni presidenziali statunitensi, per contrastare il dilagare della disinformazione *online*, Facebook abbia deciso di intervenire direttamente sull'algoritmo su cui si basa la raccomandazione dei contenuti agli utenti, in particolare aumentando il peso del “*news ecosystem quality*”, ossia del punteggio che viene assegnato agli organi di informazione in base a criteri indicativi della qualità del loro giornalismo³⁸.

Si tratta di nuove strategie la cui forza pare risiedere nel fatto di incidere direttamente sui sistemi algoritmici di raccomandazione, ossia su quella che è la principale causa delle distorsioni informative sul *web*.

Mentre, infatti, il *fact checking* e la rimozione dei contenuti agiscono *ex post*, su quello che è il risultato dell'applicazione dei sistemi algoritmici di raccomandazione, tali inedite politiche di contrasto alla disinformazione intervengono invece direttamente sulla modalità di funzionamento dei sistemi di raccomandazione. Si tratta di un'ottica di intervento che, concentrandosi maggiormente su quella che è la principale causa delle distorsioni informative *online*, potrebbe rilevarsi maggiormente efficace per la garanzia del pluralismo informativo sulle piattaforme digitali. Come si è visto sopra, infatti, la sussistenza di pluralismo delle informazioni, e quindi di un effettivo *free marketplace of ideas*, è messa a repentaglio sul *web* non tanto dal fatto che non sussista varietà tra le informazioni, né dal fatto che alcune di esse siano false o fuorvianti, ma principalmente dal fatto che queste ultime, in forza dei sistemi algoritmici di raccomandazione, si diffondono in modo frammentato e polarizzato³⁹.

A ben vedere tramite i sistemi algoritmici di raccomandazione le piattaforme digitali pongono in essere una forma di “censura indiretta”, per cui certi contenuti, in base all'algoritmo elaborato e utilizzato dalla piattaforma digitale, nei fatti non potranno essere visualizzati da determinate categorie di utenti. In tema di disinformazione, allora, la creazione di una collaborazione tra pubblico e privato nella definizione dei criteri e dei meccanismi sulla cui base tale iniziale censura debba effettuarsi potrebbe essere ben più efficace rispetto a interventi successivi, che non possono che limitarsi a cercare di porre rimedio alle storture cagionate dall'iniziale applicazione dei filtri informativi.

Da tale punto di vista pare molto interessante che la Commissione Europea abbia manifestato l'intento di costruire le basi della “democrazia digitale” proprio partendo dalla trasparenza della decisione algoritmica. Il *Digital Service Act* prevede infatti in materia di raccomandazioni il diritto degli utenti a una maggiore trasparenza sulle modalità di funzionamento degli algoritmi su cui si basa la profilazione. In particolare, all'art. 29 è previsto che «le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi che si

³⁷ Analogo meccanismo è stato previsto in un accordo concluso Ministero della Salute con Twitter, sul tema si v. Ministero della Salute, *Coronavirus, Speranza: “Accordo con Twitter per contrasto alle fake news”*, Notizie, in www.ministerodellasalute.it, 4 febbraio 2021.

³⁸ C. ROSSI, *Perché l'algoritmo di Facebook esalta Cnn e New York Times*, in *Startmag.it*, 26 novembre 2020; K. ROOSE-M. ISAAC-S. FRENKEL, *Facebook Struggles to Balance Civility and Growth*, in *Nytimes.com*, 7 gennaio 2021.

³⁹ In tal senso M. CUNIBERTI, *Il contrasto della disinformazione*, cit., 38.

avvalgono di sistemi di raccomandazione specificano nelle loro condizioni generali, in modo chiaro, accessibile e facilmente comprensibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione che possano avere messo a disposizione dei destinatari del servizio per consentire loro di modificare o influenzare tali parametri principali, compresa almeno un'opzione non basata sulla profilazione ai sensi dell'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679)».

L'idea sembra dunque quella di partire dal diritto alla trasparenza della regola algoritmica per poi costruire forme di cooperazione tra utenti, piattaforme digitali e autorità pubblica nella definizione delle modalità di funzionamento dei sistemi di raccomandazione, ossia nella definizione dei termini del bilanciamento tra interessi economici ed esigenze di tutela dei diritti fondamentali che sono sottesi alla regola algoritmica.

Una linea di intervento tanto più interessante se si considera che quella della trasparenza della regola algoritmica è una politica su cui la tradizione europea e quella statunitense potrebbero trovare un punto di incontro, poiché non tanto basata su una logica di limitazione della libertà di espressione, quanto piuttosto su quella della garanzia delle condizioni indispensabile per l'effettiva esistenza di un *free marketplace of ideas*.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

L'IMPREVEDIBILITÀ DEL DIRITTO VIVENTE: ACCESSO E ANALISI DEL DATO GIUDIZIARIO

MATTIA FALDUTI

SOMMARIO: 1. L'età della giurisdizione. - 2. L'età del dato. - 3. Formalizzare la conoscenza giuridica. - 4. Sistemi in grado di interagire con l'indeterminatezza della legge. - 5. Sistemi in grado di estrarre conoscenza dalle sentenze. - 6. Accesso al dato giudiziario. - 7. Una panoramica internazionale sull'accesso al dato giudiziario. - 8. Una possibile soluzione: *Caselaw Access Project (CAP)*. - 9. Considerazioni conclusive.

1. *L'età della giurisdizione*

Il tema della giurisprudenza normativa si presenta ciclicamente sotto varie forme. Alcuni autori sostengono che stiamo attraversando un fenomeno profondo, che investe tutti, giuristi, teorici e pratici, istituzioni e pubblici amministratori, imprenditori e consumatori, ma anche semplici cittadini: «*la centralità della giurisdizione*»¹. Altri, invece, sostengono che le valutazioni del giudice siano «*libere di svolgersi secondo convinzioni personali*», piuttosto che vincolate ai criteri fissati dal legislatore². Non mancano, inoltre, riferimenti alla progressiva «*giurisdizionalizzazione*»

¹ A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. CARLEO (a cura di) *Calcolabilità Giuridica*, il Mulino, 2017, 119 ss., sul punto v., anche G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 77 ss.

² R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014, 7.

dell'ordinamento³, ad evidenziare l'espansione della discrezionalità del giudice. Più recentemente, vi è stato chi ha ammesso che, in realtà, sia l'applicazione giurisprudenziale a produrre la norma e il giudice sia ora, pertanto, «protagonista nella formazione del diritto»⁴.

L'attribuzione di un ruolo normativo alla giurisprudenza turba il riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione, con importanti effetti sotto il profilo costituzionale. Dapprima, in relazione al principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge (art. 3 Cost.) che, alla luce della «giurisdizionalizzazione» dell'ordinamento, dovrebbe essere esteso anche all'uguaglianza dei cittadini davanti all'applicazione della legge. Sono numerosi i casi in cui le interpretazioni estensive del dato normativo possono essere tra di loro disomogenee. Tale concetto, espresso dal brocardo «*tot capita, tot sententiae*» si pone in netto contrasto con la parità di trattamento di casi simili⁵.

Anche il principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.) risente delle incertezze del diritto vivente. La fiducia del cittadino nella legge parlamentare, intesa quale sufficiente garanzia di prevedibilità della decisione giudiziaria è oggi svanita⁶. Il diritto penale, seppur governato dal principio di precisione, presenta nel proprio tessuto normativo precetti astratti «geneticamente» indeterminati⁷, che devono essere concretizzati dal giudice di merito, con esiti diversi a seconda dei casi.

L'ineludibile disomogeneità degli approdi giurisprudenziali grava inevitabilmente sulla prevedibilità in concreto delle conseguenze penali delle proprie azioni. Da ultimo, anche il principio di colpevolezza (art. 27 co. 1 e 3, Cost.) viene raggiunto dalla giurisprudenza sostanzialmente creativa⁸. Con il principio in parola, viene consacrato quale presupposto della responsabilità penale la conoscibilità della norma, che sarebbe opportuno, allo stato, estendere anche alla fonte giurisprudenziale. Tale estensione si renderebbe necessaria, non soltanto alla luce del riconoscimento della produzione normativa da parte del giudice ma soprattutto in virtù della lettura convenzionale e giurisprudenziale dell'art. 7 CEDU, la quale riconosce alla giurisprudenza un ruolo conformativo dei precetti penali (legali). Questi ultimi, infatti, pur trovando origine in una legge statale, necessitano sempre, secondo la (realistica) considerazione dei giudici di Strasburgo, di essere precisati nei loro contorni applicativi. Più semplicemente, «è il

³ M. Nuzzo, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in A. CARLEO (a cura di) *Calcolabilità Giuridica*, Bologna, 2017, 137.

⁴ G. LATTANZI, *Il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale*, intervento del Presidente della Scuola Superiore della Magistratura all'incontro del Presidente della Repubblica con i magistrati ordinari in tirocinio nominati con d.m. 12 febbraio 2019, Roma, 28 febbraio 2020.

⁵ In tema di *forum shopping* penale cfr. Cass. pen., sez. III, n. 27606/2020, in *Giurisprudenzapenale.com*, 10/2020. <https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/10/09/reati-tributari-dichiarativi-competenza-per-territorio-e-forum-shopping-la-parola-della-cassazione/>.

⁶ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI e L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, 2016.

⁷ Tra questi il concetto di: lieve entità di cui all'art. 73 d.p.r. 309/1900; danno patrimoniale di rilevante gravità di cui all'art. 61 n. 7 c.p.; danno patrimoniale di speciale tenuità di cui all'art. 62 n. 4 c.p. ed esiguità del danno [...] offesa di particolare tenuità di cui all'art. 131 bis c.p.

⁸ A. CHIBELLI, *La ingente quantità di stupefacenti: la storia senza fine di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017.

law in action, e non il law in the books, a orientare la condotta dei consociati»⁹. Basti pensare alle applicazioni sanzionatorie territorialmente diverse per la stessa ipotesi di reato¹⁰. La centralità della giurisdizione e la crisi del riparto di competenza non sembra essersi risolto da un punto di vista sistematico. Nell'attesa che il legislatore riconquisti lo spazio ceduto o che la giurisprudenza riconsideri il valore del precedente, ipotizzerei una soluzione pratica. Se la prevedibilità si basa sulla conoscenza, allora, la prevedibilità dell'esito giudiziario si basa sulla conoscenza della giurisprudenza.

2. L'età del dato

In questo periodo storico, l'età della giurisdizione coincide con l'età del dato. Mai prima d'ora è stato possibile disporre di così tanto dato testuale pubblicato e disponibile *online* tra leggi, atti amministrativi, atti politici, articoli dottrinali e altre pubblicazioni¹¹. Tuttavia, le stesse considerazioni non possono essere estese anche al dato giudiziario. Invero, per poter avere una conoscenza completa degli approdi giurisprudenziali sarebbe necessario rendere accessibile al pubblico tutte le sentenze, anche quelle di merito, non solo una parziale selezione di quelle ritenute particolarmente rilevanti dallo stesso potere giudiziario. Ciò nonostante, il semplice accesso a tutte le sentenze di merito, seppur già di per sé auspicabile, rappresenterebbe comunque un risultato soltanto parziale. La lettura manuale di un così vasto insieme di documenti richiederebbe ingenti quantità di tempo e profonde conoscenze giuridiche. Un approccio tradizionale, basato sulla lettura del dato cartolare, renderebbe altresì l'analisi obsoleta. Infatti, considerando l'inarrestabile attività giudiziaria, la lenta lettura delle sentenze parrebbe utile per lo più agli storici del diritto. Per questo motivo, sarebbe necessario poter accedere al dato giudiziario in forma digitale e processabile, quale raccolta di dati testuali creati, conservati e resi pubblici anche per finalità di analisi. Questo approccio potrebbe risolvere due importanti ostacoli presenti nell'analisi dei *big data* giudiziari. Il primo, che pochi – o nessun – *database* è in grado oggi di fornire un *corpus* completo, strutturato, pubblico e gratuito, direttamente scaricabile e processabile. Il secondo, che i risultati dell'analisi giudiziaria necessitano di essere reinterpretati da esperti affinché i risultati esprimano il loro potenziale

⁹ F. VIGANÒ, cit.

¹⁰ Sul punto v. l'analisi dei dati condotta dalla Corte d'Appello di Venezia per l'elaborazione di linee-guida nell'applicazione della pena in materia di stupefacenti, con l'espreso auspicio che «*delle linee che in definitiva consentano, pur nella eterogeneità dei casi, una certa omogeneità dei criteri di giudizio o almeno la individuazione di un'area condivisa [...] all'interno della quale operare poi tutti con maggiore serenità ed equità*», in L. MAIAZZI, *Determinazione della pena in materia di stupefacenti: è possibile elaborare delle linee-guida?*, Testo rivisto della relazione svolta all'incontro di formazione dal titolo *Testo Unico sugli stupefacenti: la difficile ricostruzione del tessuto normativo dopo la sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale e il D.L. n. 146/2013*, Verona, 2014.

¹¹ «*Never before has so much text been so readily available on such a wide variety of topics that concern our discipline. Legislative debates, party manifestos, committee transcripts, candidate and other political speeches, lobbying documents, court opinions, laws — all are not only recorded and published today, but many in readily available form that is easily converted into structured data for systematic analysis*». K. BENOIT, *Text as data: an overview*. 2019.

informativo¹². Infatti, solo un giurista esperto è in grado di identificare e reinterpretare gli approdi giurisprudenziali estraibili delle raccolte di giurisprudenza. Per questo motivo, alcuni autori hanno tentato di fornire un ausilio tecnologico al giurista impegnato in questa particolare attività.

3. Formalizzare la conoscenza giuridica

Tradizionalmente, per fornire alla macchina una base di conoscenza, si è cercato di rappresentare la realtà attraverso delle ontologie¹³. Una definizione di ontologia comunemente accettata non è ancora stata elaborata, tuttavia, diversi autori hanno tentato di riassumerne gli aspetti essenziali. Nel 1991 si intendeva l'ontologia come l'insieme dei termini basilari e delle relazioni che costituiscono il vocabolario di una specifica area e delle regole per combinare termini e relazioni¹⁴. Nel 1993 l'ontologia è stata definita come una specificazione esplicita e formale di una «concettualizzazione» di un dominio¹⁵. Ancora, nel 1996 si definiva l'ontologia come il modello che chiarisce una esplicita specificazione di una percezione astratta e semplificata delle realtà che si desidera rappresentare¹⁶. Solo nel 1997 è stata introdotta la visione di una struttura gerarchica e l'ontologia è stata definita come un insieme di termini descrittivi un dominio strutturato in maniera gerarchica che può essere usato come fondamento di una base di conoscenza¹⁷. Negli stessi anni, nell'ambito dell'ingegneria del *software* è nata

¹² «Big data caselaw research is often hindered by two primary obstacles. First, only a few repositories hold a corpus of easily extractable caselaw. Second, even if cases could be easily extracted, their interpretation is limited by modeling that can translate machine analysis into intuitive visualizations». F. CHANG et al., *Mining the Harvard Caselaw Access Project*, in Faculty Articles and Other Publications, 382/2020. https://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/382.

¹³ Negli anni '90 le ontologie erano considerate particolarmente rilevanti in ambito informatico. Si riteneva che la strada verso l'intelligenza artificiale fosse quella di dotare le macchine di una base di conoscenza capace di descrivere in maniera dichiarativa le caratteristiche di interesse di un dominio applicativo. Queste basi di conoscenza, oltre che espandibili e riusabili, potevano essere usate per inferire ulteriore conoscenza. S. CASTANO et al., *Informazione, conoscenza e web*, Milano, 2009.

¹⁴ «An ontology defines the basic terms and relations comprising the vocabulary of a topic area as well as the rules for combining terms and relations to define extensions to the vocabulary». R. NECHES et al., *Enabling Technology for Knowledge Sharing and Reuse*, in *AI Magazine*, 12/1991, 36-56 e ss. Traduzione di G. CANFORA et al., *Ontologie e Linguaggi Ontologici per il Web Semantico*, CNR Istituto di Calcolo e Reti ad Alte Prestazioni, <https://intranet.icar.cnr.it/wp-content/uploads/2016/11/TechReport-04-06.pdf>.

¹⁵ «An ontology as an explicit specification of a conceptualization». T. R. GRUBER. *A Translation Approach to Portable Ontologies*. *Knowledge Acquisition*, [1993], trad. di F. SCORZA, *Il progetto di un'ontologia della pianificazione come strumento di supporto alla programmazione dello sviluppo regionale europeo*, XXX Conferenza Italiana di Scienze Regionali, Firenze, 2009.

¹⁶ «An ontology may take a variety of forms, but necessarily it will include a vocabulary of terms and some specification of their meaning». M. USHOLD et al. *Ontologies: Principles, Methods and Applications*, in *Knowledge Engineering Review*, [1996], trad. di F. SCORZA, *Le ontologie della programmazione regionale, strumenti di valutazione e riordino concettuale*, Tesi di dottorato, Università della Basilicata, 2011. <https://core.ac.uk/download/pdf/14703335.pdf>.

¹⁷ «An ontology is a hierarchically structured set of terms for describing a domain that can be used as a skeletal foundation for a knowledge base». W. SWARTOUT et al., *Toward Distributed Use of Large Scale Ontologies*, in *Ontological Engineering*, [1997], trad. di C. VENINATA, *Linked open data e ontologie per la descrizione del patrimonio culturale: criteri per la progettazione di un registro ragionato*. Tesi di dottorato, Università Sapienza di Roma, 2019.

l'esigenza di ridurre i costi di implementazione e riutilizzare la conoscenza del dominio di riferimento¹⁸. Per questo motivo sono stati elaborati i concetti di *domain analysis* e *domain model*, intesi come le rappresentazioni della conoscenza rilevante, o importante, in un dato dominio di riferimento¹⁹. Più precisamente, in conformità alle esigenze di riutilizzo e comunicazione, per *domain model* si intende una rappresentazione di entità, ritenute rilevanti da un esperto del dominio di riferimento, che possono essere usate per risolvere determinati problemi pratici, o per comunicare, imparare o riutilizzare la stessa conoscenza rappresentata²⁰. Uno dei domini di riferimento dove sono state testate varie forme di modellazione della conoscenza è il dominio legale.

In letteratura sono presenti diverse ontologie legali realizzate secondo diversi livelli di astrazione e per diverse finalità²¹. Esempi applicativi si ritrovano in quasi ogni settore dell'ordinamento giuridico²². In tema di diritto commerciale è stato formalizzato il ragionamento giuridico sotteso alla risoluzione di controversie per catturare le particolarità ricorrenti e i fattori determinanti dell'argomentazione posta dal giudice a sostegno dell'esito processuale. Lo scopo della modellazione, in questo caso, è stato quello di migliorare la gestione della negoziazione preliminare all'instaurazione del processo²³. In tema di risarcimento del danno extracontrattuale, invece, per facilitare l'accesso della conoscenza giuridica a un'utenza priva di una formazione legale è stata creata una diversa ontologia dove sono stati rappresentati i soggetti (persone fisiche e giuridiche) e gli oggetti (veicoli, animali e prodotti) di particolari ipotesi di danno²⁴.

Anche l'ordinamento penale è stato oggetto di modellazione. La prima ontologia penale italiana è stata realizzata come supporto all'attività giudiziaria e rappresenta la struttura del reato, considerando soggetto attivo, condotta e pena²⁵. Tuttavia, la fase di modellazione della conoscenza giuridica ha incontrato in diversi progetti la difficoltà di

¹⁸ G. GUIZZARDI., *Ontological foundations for structural conceptual models*, Enschede, 2005.

¹⁹ «Domain Analysis is an attempt to identify objects, operations and relations that domain experts perceive as important in a given domain». J. NEIGHBORS, *Software Construction Using Components*, Tesi di dottorato, University of California, 1981.

²⁰ «The domain modelling activity is a shared representation of entities that domain experts deem relevant in a universe of discourse, which can be used to promote problem-solving, communication, learning, and reuse in a higher level of abstraction». G. ARANGO et al., *Analysis Concepts and Research Directions*. In *Workshop on Software Architecture*, Los Angeles, 1994.

²¹ C. M. DE OLIVEIRA RODRIGUES et al., *Legal ontologies over time: A systematic mapping study*, in *Expert Systems with Applications*, 1/2019, 12–30.

²² L. DI CARO LEONE et al., *Taking stock of legal ontologies: a feature-based comparative analysis*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2/2020.

²³ B. ABRAHAMS et al., *Using an OWL Ontology to Support Legal Negotiation About Owners Corporation Disputes*, in *Proc. of the 13th Int. Conf. on Artificial Intelligence and Law (ICAIL2011)*, Pittsburgh, Pennsylvania, USA, 2011, 194–198.

²⁴ R. LAARSCHOT et al., *The Legal Concepts and the Layman's Terms Bridging the Gap Through Ontology-Based Reasoning About Liability*, in *Proc. of the 18th Int. Conf. on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX2005)*, Brussels, Belgium, 2005, 115–125.

²⁵ C. ASARO et al., *A Domain Ontology: Italian Crime Ontology*, in *Proc. of the Workshop on Legal Ontologies and Web Based Legal Information Management (LegOnt 2003)*, Edinburgh, UK, 2003, 1–7.

formalizzare concetti astratti²⁶ o indeterminati²⁷. Stesse problematiche sono emerse per la formalizzazione di concetti ritenuti da altri autori valutativi e generici²⁸, o per espressioni terminologiche vaghe²⁹ o indefinite³⁰. Queste difficoltà, combinate con l'evoluzione dei sistemi di analisi testuale, hanno contribuito a diminuire gli sforzi per lo sviluppo di sistemi *knowledge-based* e a preferire approcci *data-driven*³¹, non solo in ambito legale³².

4. Sistemi in grado di interagire con l'indeterminatezza della legge

L'ostacolo della formalizzazione dei concetti astratti è stato in parte superato grazie alla realizzazione di sistemi capaci di estrarre la conoscenza giuridica di tali concetti direttamente dal dato testuale. Di recente è stato realizzato un sistema per il reperimento dei passaggi logico-giudiziari inerenti concetti giuridici indeterminati³³. Più precisamente, per concetti giuridici indeterminati l'autore intende l'insieme di previsioni astratte composte da una o più terminologie vaghe, o ancora principi e valori indeterminati³⁴. Un celebre esempio, ricorrente nella letteratura anglosassone è la semplice quanto complessa disposizione «*no vehicles in the park*». La complessità interpretativa di una disposizione apparentemente così immediata, composta da sole cinque parole, e riassumibile in due semplici criteri. Da un lato, infatti, appare chiaro che nessun veicolo, comunemente inteso, sia esso un'autovettura o un autoarticolato possa essere ammesso all'interno del parco, ma dall'altro lato non si comprende se l'ingresso nello stesso parco a biciclette o monopattini elettrici possa ritenersi consentito. Ebbene, il sistema in parola è in grado di estrarre le frasi rilevanti dal testo giuridico e di classificarle per valore informativo. I risultati dell'estrazione automatica delle argomentazioni giuridiche appaiono promettenti e hanno incoraggiato lo sviluppo di metodologie più raffinate e performanti³⁵. Un altro sistema per l'estrazione terminologica

²⁶ C. CEVENINI et al., *Development of The ALIS IP Ontology: Merging Legal and Technical Perspectives*, in *Proc. of The 2nd Topical Session on Computer-aided Innovation (CAI2008)*, Boston, Massachusetts, Usa, 2008, 169–80.

²⁷ J. SAVELKA et al., *Extracting Case Law Sentences for Argumentation About the Meaning of Statutory Terms*, in *Proc. of the 3rd Int. Workshop on Argument Mining (ArgMining2016)*, Berlin, 2016, 50–59.

²⁸ C. BARTOLINI et al., *New frontiers in artificial intelligence*, 2017, 233–248.

²⁹ M. EL GHOSH et al., *Towards a Legal Rule-Based System Grounded on the Integration of Criminal Domain Ontology and Rules*, in *Procedia Computer Science* 112/2017, 632–642.

³⁰ R. WINKELS et al., *The CLIME Ontology*, in *Proc. of the 2nd Workshop on Legal Ontologies at the 14th Int. Conf. on Legal Knowledge and Information System (JURIX2011)*, Amsterdam, The Netherlands, 2001, 37–47.

³¹ A. SANTOSUOSSO et al. *Data-driven Decision Making. Law, Ethics, Robotics, Health*, in *Law, Science and New Technologies*, 2019.

³² D. DUBOIS et al., *Knowledge-Driven versus Data-Driven Logics*, in *Journal of Logic, Language and Information*, 1/2000.

³³ J. SAVELKA et al., *Extracting Case Law Sentences for Argumentation About the Meaning of Statutory Terms*, in *Proc. of the 3rd int. Workshop on Argument Mining (ArgMining2016)*, Berlin, 2016, 50-59.

³⁴ «*The legislators use vague, open textured terms, abstract standards, principles, and values in order to deal with this uncertainty*». J. SAVELKA et al. cit.

³⁵ J. SAVELKA et al., *Legal Information Retrieval for Understanding Statutory Terms*, in *Artificial Intelligence and Law*, 1/2021.

dei concetti giuridici astratti³⁶ è stato testato sul domino penale. I risultati di questo approccio hanno consentito lo sviluppo di un sistema in grado di annotare semi-automaticamente un *corpus* di 180.000 sentenze dello stato dell'Illinois attraverso un'ontologia, successivamente arricchita con la conoscenza inferita dalle sentenze, senza ricorrere alla lettura manuale³⁷. Da ultimo, un approccio statistico è stato elaborato per confrontare le diverse interpretazioni dei concetti astratti nel corso della storia giudiziaria. In particolare, gli autori hanno messo a confronto le interpretazioni giurisdizionali relative al concetto di *commercio*, *condotta ragionevole*, *consenso*, *massima diligenza* e *buona fede*. Intorno a questi concetti è stata calcolata la differenza statistica della terminologia utilizzata nella giurisprudenza nel XXVIII e XXI secolo e della terminologia usata da esperti e non esperti legali³⁸. Ben si comprende, quindi, come il dato giudiziario costituisca una fonte ricca di informazioni, che se ampiamente analizzate e diffuse, potrebbero favorire un vantaggioso confronto sul diritto e sulla sua applicazione.

5. Sistemi in grado di estrarre la conoscenza dalle sentenze

Uno dei più importanti scopi della comunità di riferimento per l'interazione dell'intelligenza artificiale applicata al diritto è l'estrazione di conoscenza dal testo giuridico, legislativo o giudiziario. In questi casi si assiste all'elaborazione di sistemi misti, basati su rappresentazioni di conoscenza applicate a *dataset* testuali. Un primo approccio, basato su un'ontologia, risale ai primi anni '90 ed è stato testato su un *dataset* di sentenze di *Vermont*. Lo schema argomentativo giuridico in questo studio si basa sulla formalizzazione di tre concetti principali, l'*intenzione*, il *contratto* e l'*obbligazione*. Utilizzo di questa formalizzazione, combinato con tecniche di reperimento dell'informazione, ha permesso di inferire conoscenza giuridica derivata, prima sconosciuta dall'utente³⁹. Più di recente, un approccio basato su sistemi di analisi testuale è stato testato su un *dataset* di 7000 sentenze civili italiane di primo grado, comprese tra il 2008 e il 2013. L'applicazione di questa analisi ha permesso di classificare le sentenze non solo per questione giuridica sottesa al caso di specie, ma anche per fase processuale⁴⁰. Anche in tema di diritto processuale penale è stato concepito un sistema di estrazione dal testo giudiziario. In questo caso, l'estrazione di elementi di fatto dalle sentenze emanate dalla corte suprema brasiliana è stata realizzata attraverso l'ausilio di una

³⁶ S. CASTANO et al., *Crime Knowledge Extraction: an Ontology-Driven Approach for Detecting Abstract Terms in Case Law Decisions*, in *Proc. of the 17th Int. Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL19)*, Montreal, 2019, 179–183.

³⁷ S. CASTANO et al., *A Knowledge-Centered Framework for Exploration and Retrieval of Legal Documents*, in *Information Systems*, 2021.

³⁸ J. NYARKO et al., *A Statistical Test for Legal Interpretation: Theory and Applications*, in *NY: Social Science Research Network*, 2020.

³⁹ J. P. DICK, *Representation of Legal Text for Conceptual Retrieval*, in *Proc. of the 3rd Int. Conf. on Artificial Intelligence and Law (ICAIL1991)*, Oxford, England, 1991, 244–253.

⁴⁰ M.T. SAGRI et al., *Legal Keyword Extraction and Decision Categorization: a Case Study on Italian Civil Case Law*, in *Proc. of the 5th Workshop on Semantic Processing of Legal Texts (SPLeT 2014)*, Reykjavik, Iceland, 2014, 1–7.

rappresentazione di dominio, dove i concetti di *denuncia*, *assoluzione*, *condanna* e *interrogatorio* sono stati formalizzati, considerando anche le differenze terminologiche⁴¹.

Un sistema svincolato da un'applicazione giuridica empirica è stato realizzato per l'estrazione automatica dell'argomentazione giudiziaria, generalmente intesa⁴², dal testo giudiziario. Lo scopo di questo sistema è di identificare ed estrarre tutte le proposizioni del processo argomentativo, la loro struttura sintattica, retorica o argomentativa, e le relazioni tra le stesse proposizioni. Per realizzare la fase di sperimentazione è stato creato un *dataset* contenente anche le sentenze della Corte EDU, che ha imposto il coinvolgimento di tre annotatori, tra cui un giudice della Corte EDU, e un anno di marcatura manuale dei documenti⁴³. Utilizzando gli strumenti di analisi testuale disponibili, gli autori di questo studio sono riusciti non solo a identificare con successo l'argomentazione giuridica, ma anche a distinguere il dato testuale argomentativo da quello non argomentativo.

Sempre in tema di analisi del dato giudiziario, merita una menzione un sistema in grado di classificare provvedimenti decisori, considerato il primo sistema in grado di *ragionare* automaticamente partendo da il dato testuale, nel caso di studio, in tema di violazione del segreto industriale. L'algoritmo elaborato in questo lavoro è in grado di classificare i documenti sulla base di elementi di fatto determinanti per l'esito processuale e di conseguenza può valutare la fondatezza della pretesa attorea e predirne l'esito, restituendo, inoltre, una lista ordinata dei casi ritenuti più rilevanti⁴⁴. Tutti questi sistemi, anche se basati su formalizzazioni della conoscenza, analizzano *corpora* di sentenze e quindi necessitano, in ogni caso, di un preliminare accesso completo al dato giudiziario.

6. Accesso al dato giudiziario

Tutti i sistemi fin qui descritti elaborano e analizzano il dato giudiziario e non si pongono l'obiettivo di creare una sorta di giustizia predittiva. Ciò nonostante, seppur tecnicamente possibile, il dato giudiziario oggi non è ancora completamente disponibile. Escludendo le finalità analitiche o estrattive della conoscenza, si ribadisce che anche il mero accesso digitale a tutta la giurisprudenza di merito sarebbe in ogni caso strumento di garanzia, di trasparenza e di controllo⁴⁵. L'accesso al dato giudiziario digitale, allora, non soltanto garantirebbe trasparenza e prevedibilità ma renderebbe qualitativamente migliore l'intero sistema giudiziario, con evidenti benefici sia interni che in ambito europeo. Infatti, trasparenza e prevedibilità dell'azione giudiziaria appaiono come

⁴¹ D. ARAUJO et al., *Ontology-based Information Extraction for Juridical Events with Case Studies in Brazilian Legal Realm*, in *Artificial Intelligence and Law*, 4/2017, 379–396.

⁴² R. MOCHALES et al., *Argumentation Mining*, in *Artificial Intelligence and Law*, 19/2011, 1–22.

⁴³ «The overall process took more than a year and included three annotators and one judge to solve disagreements». R. MOCHALES et al., cit.

⁴⁴ K. D. ASHLEY et al., *Automatically Classifying Case Texts and Predicting Outcomes*, in *Artificial Intelligence and Law*, 17/2009, 125–65.

⁴⁵ «Il controllo sul divieto di applicazione analogica in materia penale è rimesso allo stesso potere giudiziario». F. VIGANÒ, cit.

principi di tutela, controllo e democraticità e la condivisione del dato giudiziario non si tradurrebbe, automaticamente, in un'alterazione degli equilibri di potere, o ancor peggio nell'introduzione del c.d. giudice *robot*. Piuttosto, come ribadito recentemente dal Ministero della Giustizia⁴⁶, i progetti di ricerca già avviati dal Ministero sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale applicata alla giustizia «*non mirano a realizzare processi decisionali alternativi a quelli, costituzionalmente vincolati, basati sull'autonomia ed indipendenza del giudice umano, per comprimerne, direttamente o indirettamente, la discrezionalità*». Piuttosto, le sperimentazioni avviate avrebbero lo scopo di ampliare gli strumenti di conoscenza ed analisi, in fatto e in diritto, «*a disposizione del magistrato autonomo, così da renderlo autenticamente consapevole delle proprie scelte*». Peraltro, lo stesso Ministero rappresenta l'importanza di realizzare strumenti razionali, ma adattabili alla particolarità del caso, di classificazione, organizzazione ed utilizzo dei dati rilevanti per la decisione. Non solo, un ulteriore scopo perseguito sarebbe l'identificazione di *bias* cognitivi⁴⁷ che difficilmente potrebbero essere svelati, in modo sistematico, senza le capacità elaborative dell'intelligenza artificiale. La digitalizzazione giudiziaria, allora, non si limiterebbe alla mera dematerializzazione degli atti e dei documenti tradizionalmente cartacei, ma dovrebbe garantire «*nuove e più ampie forme di conoscenza*», predisponendo quindi un prerequisito fondamentale per l'esercizio consapevole della giurisdizione. Viene quindi confermata anche dal Ministero la necessità di poter accedere al dato giudiziario in forma digitale e processabile, quale raccolta di dati testuali creati, conservati e resi pubblici anche per finalità di analisi, e non solo per finalità di trasmissione documentale. Questo risultato, che peraltro non richiederebbe grandi sforzi di carattere strutturale, permetterebbe una migliore applicazione degli strumenti di estrazione della conoscenza dal dato giudiziario e potrebbe fornire una preziosa descrizione della giurisprudenza, passata e presente.

7. Una panoramica internazionale sull'accesso al dato giudiziario

La tematica appare attuale anche fuori dai confini nazionali. Come precisato dalla Commissione Europea con il *Justice Scoreboard 2021*⁴⁸, uno studio annuale sullo stato della giustizia in Europa che valuta una serie di parametri per calcolare l'efficienza, la qualità e l'indipendenza nella giustizia nei singoli stati membri, solo quattro paesi

⁴⁶ La recente relazione del Ministero individua l'intelligenza artificiale come tecnologia abilitante nel processo giurisdizionale. Più precisamente, viene ribadito come «*la grave crisi economica che ha investito il mondo intero prima della Pandemia da COVID 19 ha visto l'Italia in ripresa e crescita minore rispetto agli altri stati dell'Unione Europea, e la pandemia da Covid-19 ha aggravato il contesto economico di riferimento. Il sistema Giustizia può dare un contributo determinante per il superamento della crisi economica e sociale che sta investendo il nostro Paese, mediante l'abbattimento dei tempi di durata dei procedimenti e l'aumento della loro prevedibilità, nonché l'incremento di efficacia dell'esecuzione delle decisioni*». Cfr. *Ricognizione della digitalizzazione del processo civile e penale e della transizione digitale del ministero della giustizia*. 2/2021. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_20_3.page#.

⁴⁷ S. ARCIERI, *Cognitive Bias and Decision of the Judge: an Experimental Investigation*, in *DPU | Diritto Penale e Uomo*, Milano, 2021.

⁴⁸ European Commission, *The 2021 Eu Justice Scoreboard*. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en.

(Estonia, Lituania, Ungheria e Slovacchia) permettono l'accesso pubblico a tutte le sentenze di ogni grado *online*. I risultati dello studio effettuato confermano che il tema del mancato accesso pubblico al dato giudiziario è presente in molti paesi europei.

Recentemente, uno studio sulla giurisprudenza americana *antitrust* ha evidenziato come le banche dati giuridiche pubbliche e gratuite abbiano cercato di rendere più democratico l'accesso all'informazione giudiziaria, nonostante le persistenti barriere tecniche e finanziarie che ancora persistono per l'analisi del dato giudiziario. La questione non pare potersi risolvere ricorrendo alle banche dati commerciali tipo *Westlaw*⁴⁹ o *Lexis*⁵⁰, che nonostante la loro ambizione di rendere la ricerca giuridica più efficace, non risolvono il tema dell'accesso all'informazione giudiziaria economicamente vantaggioso per l'accademia e per le organizzazioni *no-profit*⁵¹.

8. Una possibile soluzione: Caselaw Access Project (CAP)

La biblioteca della facoltà di giurisprudenza dell'università di Harvard nel 2018 ha lanciato il Caselaw Access Project (CAP), un portale che include un'enorme raccolta della giurisprudenza statunitense. In particolare, è possibile visionare, scaricare e analizzare le sentenze presenti in ogni volume ufficiale di rassegna della giurisprudenza realizzato dalle corti degli Stati Uniti. Sono incluse tutte le corti statali, le corti federali e le corti territoriali. Sotto il profilo temporale, le sentenze vanno dal 1658, la sentenza più vecchia presente nel database, fino a giugno 2018. Più nel dettaglio, sono disponibili 6.708.785 sentenze per un totale di 35.549.133 pagine scannerizzate tramite il sistema di Optical Character Recognition (OCR)⁵² che è in grado di riconoscere il testo da

⁴⁹ *Westlaw* è un servizio di ricerca giuridica *online* di proprietà di Thomson Reuters, multinazionale canadese che opera nel campo dei media e dell'informazione. *Westlaw* si presenta come un *database* proprietario per avvocati e professionisti. Le risorse informative sono messe a disposizione tramite piani di affiliazione temporali a pagamento e includono giurisprudenza, leggi statali e federali, codici, articoli di riviste giuridiche, registri pubblici, e trattati. <https://legal.thomsonreuters.com/en/products/westlaw>.

⁵⁰ *LexisNexis* si definisce come è un fornitore globale leader di informazioni e analisi legali, normative e aziendali. Cfr <https://www.lexisnexis.com/en-us/about-us/about-us.page>. Come precisato dalla biblioteca dell'Università di Salerno, «*LexisNexis fornisce l'accesso alle più importanti riviste internazionali restando strutturata come una grande biblioteca che presenta sue sezioni di specifici ambiti legali, normativi e commerciali. In particolare, la piattaforma per le università mette a disposizione dell'utenza, nei campi delle fonti legali, dell'economia e del business, una selezione di oltre 15.000 fonti autorevoli di notizie: giornali locali, regionali, nazionali e internazionali, periodici online, trasmissioni televisive e radiofoniche, newswires e blog. Sono accessibili, inoltre, ampi archivi di backfile: ad esempio sono consultabili sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1790, o le informazioni socioeconomiche su oltre 80 milioni di imprese statunitensi e internazionali*».

https://www.unisa.it/AREAVII/banche_dati/banche_descrizioni/lexis_nexis.

⁵¹ «*In recent years, freely available legal repositories have debuted, promising to democratize legal research. Nonetheless, technical and financial barriers to data extraction and analysis persist. Insurgent challengers to Westlaw and Lexis are pledging to harness innovations in information technology to deliver "faster and smarter" legal research. Yet it is not clear whether these gatekeepers also intend for research to be cost-effective, especially for academic and nonprofit communities*». C. MC CABE, et al., *Mining the Harvard Caselaw Access Project*, in *Faculty Articles and Other Publications*, 382/2020.

⁵² M. RAVINA et al, *Optical Character Recognition*, in *International Journal of Recent Technology and Engineering*, 2013, 72-75.

un'immagine PDF⁵³. Oltre a queste necessarie operazioni preliminare di carattere più tecnico, sono stati aggiunti metadati quali, *barcode* univoci, nomi, titoli, e indicazioni sulle giurisdizioni coinvolte, oltre alle date di pubblicazione dei provvedimenti⁵⁴.

Altri metadati, come ad esempio i nomi del caso (tipicamente i nomi delle parti), le citazioni e le date della sentenza sono state corrette manualmente, a differenza del testo della sentenza⁵⁵. Sotto il profilo qualitativo, invece, si riscontrano inevitabili errori dovuti al processo di digitalizzazione. Per mitigarne l'effetto tutti coloro che usufruiscono del servizio sono stati invitati a segnalare gli errori riscontrati. Nonostante le grandi innovazioni già implementate, merita un approfondimento il profilo dell'accesso e del *download* dei dati giudiziari disponibili. Il *Caselaw Access Project* garantisce il *download* del testo di 500 sentenze al giorno, gratuitamente a chiunque. Tuttavia, oltre a lasciare completamente libero il *download* dei metadati, permette ai ricercatori di creare un *account* e garantisce lo scaricamento libero di *dataset* completi, denominati *bulk data*, di alcuni stati. Le limitazioni sono frutto di un accordo tra la biblioteca di Harvard e *Ravel Law Inc.* (di proprietà di *Lexis-Nexis*) in vigore fino al 2024. Inoltre, quando una giurisdizione statale passa a un formato principalmente digitale sotto il profilo della creazione e condivisione dei documenti (*digital-first publishing*), le limitazioni in parola non operano⁵⁶. Il successo di CAP può essere misurato in termini di ricerca effettuata,

⁵³ «CAP includes all official, book-published United States case law — every volume designated as an official report of decisions by a court within the United States. Our scope includes all state courts, federal courts, and territorial courts for American Samoa, Dakota Territory, Guam, Native American Courts, Navajo Nation, and the Northern Mariana Islands. Our earliest case is from 1658, and our most recent cases are from 2018. Each volume has been converted into structured, case-level data broken out by majority and dissenting opinion, with human-checked metadata for party names, docket number, citation, and data». *What data do we have?*, in *The President and Fellows of Harvard University, Caselaw Access Project*, 2018, <https://case.law/about/>

⁵⁴ «We created this data by digitizing roughly 40 million pages of court decisions contained in roughly 40,000 bound volumes owned by the Harvard Law School Library. Members of our team created metadata for each volume, including a unique barcode, reporter name, title, jurisdiction, publication date and other volume-level information. [...] Key metadata fields, like case name, citation, court and decision date, were corrected for accuracy, while the text of each case was left as raw OCR output. In addition, for cases from volumes not yet in the public domain, our vendor redacted any headnotes». *Digitalization Process*, in *The President and Fellows of Harvard University, Caselaw Access Project*, 2018, <https://case.law/about/>

⁵⁵ «Our data inevitably includes countless errors as part of the digitization process. The public launch of this project is only the start of discovering errors, and we hope you will help us in finding and fixing them. Some parts of our data are higher quality than others. Case metadata, such as the party names, docket number, citation, and date, has received human review. Case text and general head matter has been generated by machine OCR and has not received human review». *Data Quality*, in *The President and Fellows of Harvard University, Caselaw Access Project*, 2018, <https://case.law/about/>

⁵⁶ «Case metadata, such as the case name, citation, court, date, etc., is freely and openly accessible without limitation. Full case text can be freely viewed or downloaded but you must register for an account to do so, and currently you may view or download no more than 500 cases per day. In addition, research scholars can qualify for bulk data access by agreeing to certain use and redistribution restrictions. Access limitations on full text and bulk data are a component of Harvard's collaboration agreement with Ravel Law, Inc. (now part of Lexis-Nexis). These limitations will end, at the latest, in March of 2024. In addition, these limitations apply only to cases from jurisdictions that continue to publish their official case law in print form. Once a jurisdiction transitions from print-first publishing to digital-first publishing, these limitations cease. Thus far, Illinois, Arkansas, New Mexico, and North Carolina have made this important and positive shift and, as a result, all historical cases from these jurisdictions are freely available to the public without restriction. We hope many other jurisdictions will follow their example soon». *Usage and*

che solo per il 2020 conta 19 ricerche pubblicate⁵⁷ che hanno utilizzato i dati giudiziari messi a disposizione dal progetto.

9. Considerazioni conclusive

L'inevitabile astrattezza della legge, da un lato, e la progressiva espansione della giurisprudenza normativa, dall'altro lato, hanno fatto sorgere un'esigenza di prevedibilità dell'esito giudiziario, già discussa in ambito civile e commerciale⁵⁸, e analizzata anche in ambito penale⁵⁹ e amministrativo⁶⁰. L'analisi dell'inarrestabile produzione giudiziaria, per essere efficace, completa e credibile sul piano metodologico, non può più fare affidamento solo sulla lettura manuale dell'esperto giurista, ma dovrebbe muoversi da un profilo quasi esclusivamente qualitativo, a uno misto, capace di combinare l'analisi qualitativa con criteri quantitativi e metodi statistici. Il rischio, altrimenti, sarebbe quello di realizzare, con uno sforzo ingente, un'analisi storica del diritto, incapace di attualizzarsi sugli approdi più recenti, inevitabilmente incompleta.

I numerosi approcci tecnologici confermano l'attualità e la maturazione del dibattito scientifico sull'interazione dell'analisi testuale, l'intelligenza artificiale e il dato giudiziario⁶¹. Tuttavia, il mancato accesso pubblico, gratuito e completo alle sentenze di ogni ordine e grado, seppur compreso e dibattuto, sia sul piano nazionale che internazionale, rimane un ostacolo attuale. Una soluzione percorribile potrebbe essere quella di mettere a disposizione delle università *corpora* di sentenze complete e processabili, così come realizzato dall'università di Harvard, dove la disponibilità di questi *dataset* ha permesso la realizzazione di una promettente produzione scientifica⁶². Concepire tale tipo di accesso e analisi, tuttavia, si ribadisce, non significa necessariamente avverare la pericolosa prospettiva del giudice *robot*, inteso come soluzione per un giudice professionale che non colga appieno il legame che lo vincola al diritto positivo⁶³. Piuttosto, significherebbe fornire alla collettività, agli studiosi e soprattutto agli operatori del diritto, una conoscenza sullo stato dell'arte giudiziario, attuale, utile e completo, sicuramente capace di stimolare un proficuo dibattito evolutivo.

access, in *The President and Fellows of Harvard University, Caselaw Access Project, 2018*, <https://case.law/about/>.

⁵⁷ <https://case.law/gallery/research-results>.

⁵⁸ G. DE NOVE, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità Giuridica*, Bologna, 2017.

⁵⁹ S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017.

⁶⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in *Giurisprudenza Amministrativa*, 2016.

⁶¹ E. FRANCESCONI, *The Winter, the Summer and the Summer Dream of AI and Law. The journey of ICAIL conference series from my perspective*. Intervento all'*International Conference for Artificial Intelligence and Law (ICAAIL2021)*, Sao Paolo, 2021.

⁶² <https://case.law/gallery/research-results>.

⁶³ M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione Giustizia*, 1/2020.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA ROBOTIZZAZIONE DELLE DECISIONI AMMINISTRATIVE E DELLA
DECISIONE GIUDIZIALE.
PROBLEMATICHE DI DIRITTO COSTITUZIONALE IN CHIAVE COMPARATA
CON LA GERMANIA

NANNEREL FIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro nazionale e sovranazionale di riferimento. – 3. Decisione amministrativa automatizzate e decisione giudiziale automatizzata. – 4. IA e Costituzione tra decisione amministrativa e decisione giudiziale. – 5. L'ordinamento tedesco: la regolamentazione dell'utilizzo degli algoritmi nella P.A. – 6. Conclusioni alla luce del diritto costituzionale italiano e tedesco.

1. Premessa

Il presente lavoro intende affrontare, in un'ottica comparata tra Italia e Germania, i più rilevanti profili di diritto costituzionale legati al procedimento di *decisione amministrativa* automatizzata, cioè quando il procedimento che conduce alla decisione amministrativa sia affidato ad uno strumento elettronico che, prendendo le mosse da dati, per il tramite di una procedura di natura computazionale, genera un provvedimento decisorio di natura amministrativa¹.

Al contempo, si intendono analizzare i profili di diritto costituzionale più rilevanti in punto di *decisione giudiziale* automatizzata.

¹ Per tale descrizione si veda C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 334.

Tanto premesso, occorre considerare che, come oramai noto, in generale, l'utilizzo degli algoritmi impatta fortemente sul diritto costituzionale.

Infatti, ciò che può essere definito come intelligenza artificiale, cioè «la simulazione di pensiero, ragionamento e comportamento umani, in modo da permettere, nella logica del *machine learning*, processi spontanei di comprensione, acquisizione e raccolta di informazioni anche dall'ambiente circostante e capacità di adattamento a situazioni impreviste»², non può non coinvolgere principi di diritto costituzionale: tutti i diritti sono coinvolti nella diffusione dell'applicazione dell'intelligenza artificiale, primo fra tutti, il principio di eguaglianza e di non discriminazione³, ma anche «il diritto di autodeterminazione individuale legato alla scelta, libera e consapevole, del singolo di fare parte ma anche di non fare parte di una formazione sociale»⁴.

A tal proposito, è evidente il rischio che i sistemi di intelligenza artificiale «elaborino informazioni o dati in modo distorto o condizionato dalle distinzioni fra esseri umani in ragione della loro razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, origine nazionale o sociale, posizione economica, nascita o qualsiasi altra condizione sociale»⁵, tanto è vero che l'utilizzo di sistemi informatizzati fondati su algoritmi nelle decisioni amministrative e giudiziarie ha portato la dottrina a riflettere sul «diritto ad una decisione umana»⁶ e sulla categoria dell'«algoritmo incostituzionale»⁷, soprattutto con riferimento alla c.d. amministrazione algoritmica⁸.

2. Il quadro nazionale e sovranazionale di riferimento

Al fine di offrire un quadro completo del contesto di riferimento, o, meglio, del punto di partenza, cioè quello della digitalizzazione dell'attività amministrativa – uno degli obiettivi delineati dal PNRR⁹ – si consideri, per quanto interessa l'ordinamento interno e come indicato dalla dottrina, la l. 7 agosto 1990, n. 241, che fornisce i principi di efficacia, economicità, trasparenza per gli interventi sull'informatizzazione pubblica, il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, che introduceva, all'art. 3, il principio della dematerializzazione e istituiva, e, all'art. 4, l'Autorità per l'informatica nelle P.A.; l'art.

² Cfr. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo Speciale, maggio 2019, 103.

³ Per un'attenta analisi del rapporto tra intelligenza artificiale e discriminazione di genere si veda M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 313-324.

⁴ Così C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione del Gruppo di Pisa "Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica", 18-19 giugno 2021, 89.

⁵ Cfr. 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*, 2019, 21.

⁶ Cfr. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., 127-129.

⁷ Così A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019.

⁸ Sull'amministrazione algoritmica v. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione*, 4/2019.

⁹ Cfr. il Piano Nazionale di Resilienza e Resistenza a 44-51. Cfr. <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>.

15, c. 2, della l. 15 marzo 1997, n. 59 e il relativo decreto attuativo d.P.R. il d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, che attribuisce valore giuridico agli atti pubblici e privati in forma elettronica; il d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 “Testo unico sulla documentazione amministrativa” e il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 “Codice dell’amministrazione digitale”, modificato da ultimo, come noto, con i d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, e d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217¹⁰.

Quando si fa riferimento, però, all’utilizzo degli algoritmi nella P.A, si intende un livello più avanzato di digitalizzazione, cioè quello della possibile sostituzione della decisione umana con quella algoritmica¹¹.

Allo stato dell’arte, nell’ordinamento italiano manca una disciplina del procedimento amministrativo automatizzato, e ciò nonostante il Regolamento UE 2016/679 (GDPR), al fine di «anteporre l’uomo alla macchina in modalità servente all’uomo»¹² prevede, con riferimento al diritto nazionale, all’art. 22, rubricato «Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione», l’onere di predisporre misure a tutela dei diritti, delle libertà e degli interessi legittimi della persona interessata¹³, e ciò nonostante sia ammessa «la possibilità per uno Stato membro di derogare al principio di non esclusività della decisione algoritmica [...]»¹⁴.

In effetti, come è stato scritto, la disposizione in questione sembra spostare l’attenzione «dal dato personale e suo trattamento» alla «liceità dei processi automatizzati di decisione tramite analisi di dati e propri esiti giuridici»¹⁵.

Si accennava al fatto che allo stato attuale non vi è quindi una disciplina di normazione di quelli che sono stati definiti i “decisori autonomi”, i quali, in casi che potrebbero essere definiti estremi, potrebbero condurre con logiche opache all’esclusione dall’esercizio di diritti o dall’accesso ai servizi¹⁶.

Ebbene, il legislatore nazionale ed europeo «fatica a trovare la cornice di regolazione più adeguata, e finisce spesso con l’adottare singole disposizioni (siano esse di autorizzazione o di divieto) che mancano, però, di una ampia visione d’insieme»¹⁷.

¹⁰ La ricostruzione normativa è dovuta a L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell’età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media Laws*, 1/2020, 22.

¹¹ In questo senso S. VERNILE, *L’adozione delle decisioni amministrative tramite formule algoritmiche*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del laboratorio di Diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, 109.

¹² Cfr. il commento di S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1/2019, 114 all’art. 22 GDPR.

¹³ C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 341.

¹⁴ Cfr. sempre C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 341.

¹⁵ Così A. GALIANO, A. LEOGRANDE, S.F. MASSARI, A. MASSARO, *I processi automatici di decisione: profili critici sui modelli di analisi e impatti nella relazione con diritti individuali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2019, 42.

¹⁶ Così A. GALIANO, A. LEOGRANDE, S.F. MASSARI, A. MASSARO, *I processi automatici di decisione: profili critici sui modelli di analisi e impatti nella relazione con diritti individuali*, cit., 42.

¹⁷ Così G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour&Law Issues*, vol. 7, 1/2021, 80.

È pur vero, però, che sul piano nazionale, anche alla luce del PNRR, nel campo dell'intelligenza artificiale la giustizia amministrativa può assumere certamente «un ruolo pilota»¹⁸.

Infine, sul piano della normativa sovranazionale, la disciplina della protezione del trattamento dei dati personali sotto l'angolo prospettico dell'automatizzazione ha conosciuto una forma di inquadramento nella Convenzione n. 108 del 1981 sul trattamento di dati automatizzati di carattere personale, «unico strumento giuridicamente vincolante in materia di protezione di dati»¹⁹, eseguita in Italia dalla l. 21 febbraio 1989, n. 98.

Sul piano del diritto europeo rileva, invece, quale principale strumento giuridico, la Direttiva 95/46/CE, recepita con la l. 31 dicembre 1996, n. 675, che tutela il diritto alla vita privata, prevede l'introduzione di autorità di controllo indipendenti e disciplina il trasferimento dei dati personali al di fuori dello Spazio Economico Europeo (SEE)²⁰.

In seguito, come noto, è stato approvato il Regolamento UE 2016/679, «al fine di assicurare una maggiore tutela di un diritto fondamentale non solo per i cittadini europei, bensì per tutti gli individui che si trovano sul territorio dell'Unione»²¹.

3. Decisione amministrativa automatizzate e decisione giudiziale automatizzata

Tanto chiarito, quando si fa riferimento alla decisione robotica nell'ambito del diritto amministrativo, occorre distinguere tra decisione amministrativa robotica e decisione giudiziale robotica: la prima offre una soluzione «sul da farsi», la seconda, invece, offre una soluzione rispetto a quello che «si sarebbe dovuto fare»²².

Nell'accogliere tale fondamentale distinzione, pare opportuno chiedersi quali siano i vantaggi e le criticità legati alla decisione amministrativa robotizzata, e, in seguito, quelli legati alla decisione giudiziale robotizzata.

Quanto alle prime, i vantaggi dell'utilizzo di procedure algoritmiche sono quelli legati all'economicità temporale e all'aumento del grado dell'imparzialità dell'azione di natura amministrativa, in particolar modo quando risulti necessario processare masse di dati²³.

¹⁸ F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, 2021, 32.

¹⁹ Cfr. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-handbook-data-protection-law-2nd-ed_it.pdf, 16.

²⁰ Cfr. <https://protezionedatipersonali.it/direttive-europee>.

²¹ Cfr. C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, 2018, 2.

²² Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, Intervento al Convegno «Decisione robotica», organizzato nell'ambito dei Seminari 'Leibniz' per la teoria e la logica del diritto – Roma, Accademia dei Lincei, 5 luglio 2018, 2.

²³ Si veda, in questo senso, P.S. MAGLIONE, *La Pubblica Amministrazione "al varco" dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedurali in una prospettiva human oriented*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020, 14. Si veda anche E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, cit., 13.

Anche la neutralizzazione della componente emotiva e degli errori umani costituisce un dato non irrilevante²⁴.

Non solo, l'intelligenza artificiale può anche rappresentare una forma di prevenzione della corruzione²⁵.

Del pari, però, sembrano essere evidenti i limiti insiti nell'automatizzazione del processo decisionale: in primo luogo, emerge il nodo problematico relativo alla dimensione del grado di sostituibilità di decisioni umane con riferimento, in particolare, alle attività di natura discrezionale²⁶; in questo senso, del tutto significativo è quanto è stato affermato di recente dalla dottrina, e cioè che uno dei rischi insiti nella digitalizzazione della giustizia – e, parallelamente, ad avviso di chi scrive, della P.A. – consiste propriamente in quello di «affidarsi in modo assoluto alla tecnica, trascurando che il digitale è per sua forza capace di impadronirsi della decisione e attraverso di essa dare un nuovo ordine di senso al mondo»²⁷.

In secondo luogo, rileva in chiave problematica la valutazione da parte del giudice della correttezza del processo automatizzato, e quindi della correttezza non solo dei dati utilizzati, ma anche e soprattutto dello stesso algoritmo.

Più in generale, gli algoritmi basati su meccanismi di *machine learning*, capaci di sviluppare e adottare decisioni altre rispetto a quelle che potrebbero essere adottate sulla base dei dati inseriti nel *software*²⁸, possono essere contraddistinti dal deficit dell'opacità del processo decisionale²⁹.

Invece, ai sensi dell'art. 97 Cost., un'amministrazione imparziale deve adottare decisioni conoscibili e trasparenti e deve fondare la propria decisione su un algoritmo che non sia, già in partenza, "parziale"³⁰: è noto, infatti, come la P.A. debba improntarsi ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità³¹.

Nelle sentenze gemelle adottate dal Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 10 settembre 2018, nn. 9224, 9225, 9226, 9227, 9228, 9229 e 9230, il giudice amministrativo ha ritenuto illegittimo l'utilizzo dell'«algoritmo preimpostato perché avrebbe finito per azzerare l'attività amministrativa, ponendosi così in contrasto con i principi sottesi all'art. 97 Cost., nonché con le garanzie procedurali apprestate dalla legge n. 241/1990»³².

²⁴ Così, in modo significativo, S. VERNILE, *L'adozione delle decisioni amministrative tramite formule algoritmiche*, cit., 111.

²⁵ Cfr. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?* in *Media Laws*, 2/2020, 5.

²⁶ Cfr. L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, cit., 20.

²⁷ Cfr. E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, cit., 3. È pur vero, però, che le macchine dotate di intelligenza artificiale sembrano essere «lontane dal replicare l'insieme complessivo delle abilità e dei comportamenti umani (*strong AI*)». Cfr. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 9.

²⁸ Cfr. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 112.

²⁹ Si veda ancora S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 112.

³⁰ Sul rapporto tra principi costituzionali e pubblicità amministrazione si veda R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *Consulta Online*, 2013.

Inoltre, sulla problematicità dell'algoritmo non parziale si veda D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una "buona scuola"*, in *Questionegiustizia.it*, 2020.

³¹ Si veda A. SOLA, *La giurisprudenza e la sfida dell'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2020.

³² Così I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 90.

Ebbene, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità: per questa ragione, l’algoritmo deve essere intellegibile secondo criteri logico-razionali³³.

La possibilità di ricostruire l’*iter* logico sulla base del quale l’atto viene adottato per mezzo di procedure automatizzate, d’altra parte, incide sulla legittimità dello stesso, come affermato dal giudice amministrativo nella decisione Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769³⁴, che rileva, inoltre, per il fatto di avere distinto tra «attività vincolata e attività discrezionale quale presupposto che legittima l’impiego di decisioni automatizzate da parte della PA»³⁵.

Non solo, come ha avuto modo di affermare il Consiglio di Stato in occasione della decisione VI sez., 8 aprile 2019, n. 2270, con cui è stata riformata la pronuncia adottata dal Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 1 dicembre 2016, n. 12026, che aveva respinto il ricorso contro l’attuazione della mobilità nazionale degli insegnanti in ottemperanza al piano straordinario assunzionale di cui alla l. n. 31 luglio 2015, n. 107, commi da 95 a 104 (Buona scuola), la struttura dell’algoritmo e la procedura informatica utilizzata devono garantire la sindacabilità della decisione amministrativa³⁶: è necessario quindi poterne verificare la correttezza, la ragionevolezza e la logicità.

La pronuncia in questione si qualifica per il fatto che il Consiglio di Stato traccia con essa «lo statuto dell’algoritmo nel procedimento»³⁷ e, pertanto, i provvedimenti *de qua* sono stati annullati per violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Inoltre, nella pronuncia in questione il Giudice amministrativo afferma, in linea con quanto affermato dalla pronuncia del TAR Lazio n. 3769/2017, che «la regola algoritmica [...] 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»³⁸.

In una pronuncia successiva, Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, è stato chiarito che l’applicazione di una formula algoritmica ai fini decisionali è ammessa a condizione che sia resa pienamente trasparente e conoscibile; vi deve inoltre essere «un controllo da parte del soggetto responsabile, escludendo che si possa prescindere del tutto dall’intervento umano, seppure ‘a valle’»³⁹. In questo senso, il

Come sottolineato dalla dottrina, in occasione di TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, sentenza del 25 maggio 2019, n. 6606, ha evidenziato “la stretta correlazione esistente tra l’obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, evidentemente da ritenersi non assolto per il tramite di decisioni automatizzate e il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost”.

Cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, versione provvisoria della Relazione al Convegno annuale dell’Associazione del Gruppo di Pisa “*Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*”, 18-19 giugno 2021, 17.

³³ Così G. PESCE, *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l’algoritmo è opaco*, in *Judicium.it*, 2020.

³⁴ Così I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L’algoritmo, intelligente ma non troppo*, cit., 99.

³⁵ Cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, cit., 16.

³⁶ F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, cit., 19.

³⁷ I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L’algoritmo, intelligente ma non troppo*, cit., 88.

³⁸ Cfr. p.to 8.

³⁹ Cfr. S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 115.

Consiglio di Stato ha fatto applicazione del principio della non esclusività della decisione algoritmica di cui all'art. 22 GDPR.

Non solo, quello che forse rileva ancora di più consiste nel fatto che il Consiglio di Stato abbia mostrato una certa apertura anche nei confronti dell'attività discrezionale, chiarendo che «né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse»⁴⁰.

È bene ricordare che il giudice amministrativo ha affrontato il processo di automazione nel procedimento amministrativo anche in occasione di Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, ove stati enucleati il principio di conoscibilità del processo automatizzato e quello di non esclusività della decisione algoritmica.

A questo punto, è possibile chiedersi quali siano i principali nodi problematici che si ravvisano nel rapporto tra utilizzo dell'intelligenza artificiale nella Pubblica Amministrazione, nel processo amministrativo e la Costituzione.

4. IA e Costituzione tra decisione amministrativa e decisione giudiziale

Il ricorso all'intelligenza artificiale impatta fortemente sugli istituti della partecipazione, della trasparenza e dell'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, in tal modo incidendo sulle garanzie processuali del diritto di azione e di difesa in giudizio di cui all'art. 24 della Cost., nonché sull'art. 111 Cost.

Il caso più "eclatante" è ravvisabile nel 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 attività»⁴¹: non vi è chi non veda, nell'utilizzo di tale tecnica, un forte vizio di legittimità costituzionale.

Per questa ragione, come afferma la dottrina, sarebbe opportuno prevedere, quale presupposto del procedimento decisionale della pubblica amministrazione, e ciò a prescindere dalle difficoltà tecniche legate al rispetto di tali principi costituzionali da parte di un algoritmo "decidente"⁴², una *disclosure* dei singoli passaggi «che compongono la sequenza procedimentale, il tutto alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento che assicurano il corretto dispiegarsi dell'azione amministrativa»⁴³; allo stesso tempo, naturalmente, anche un provvedimento giurisdizionale deve poter soddisfare il requisito della necessaria motivazione, di cui all'art. 111, sesto comma, Cost.

⁴⁰ Così S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, cit., 116.

⁴¹ Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 6.

⁴² Questo il ragionamento di C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 11.

⁴³ Cfr. N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020, 366.

Un ulteriore profilo problematico è rappresentato dal rispetto del principio di legalità: allo stato dell'arte, lo si è visto, non vi è una legge che disciplini il procedimento amministrativo automatizzato⁴⁴.

Come affermato del tutto opportunamente dalla dottrina, in armonia con quanto previsto dall'art. 22, par. 2, lett. b), è necessario un intervento normativo che preveda una disciplina avente ad oggetto il procedimento amministrativo automatizzato, le attività rispetto alle quali consentire l'automatizzazione, l'individuazione dell'organo competente a tradurre la norma giuridica in formula tecnica, l'identificazione della responsabilità e le modalità di effettiva ottemperanza all'onere motivazionale⁴⁵, tanto più che, come è stato scritto, nel momento in cui gli strumenti informatici aiutano nella conduzione di una scelta, «le tecnologie tendono ad imporre la loro architettura»⁴⁶.

Inoltre, come si accennava poc'anzi, un ruolo centrale assume il principio di non discriminazione, il quale, anche nello stesso GDPR, assume un ruolo del tutto marginale alla luce della previsione di una serie di deroghe rispetto all'assunzione di una decisione interamente automatizzata⁴⁷.

L'art. 22 dello stesso Regolamento (Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche), infatti, che sancisce «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», conosce un'eccezione nei casi in cui la decisione «sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento» e nei casi in cui «si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

Con riferimento alla prima clausola è a tutto noto come sia semplice «ottenere un consenso in cambio dell'accesso ai servizi fondati su decisioni algoritmiche»⁴⁸.

Per ovviare a tali gravose eccezioni al principio di uguaglianza, oltre che alla dignità dei singoli, in un'ottica *de jure condendo* improntata ai valori costituzionali, sarebbe possibile prevedere, a completamento e anzi a fondamento della disciplina che interverrà

⁴⁴ Diverso e altro tema è quello relativo alla legalità algoritmica, in parte enucleata dalla giurisprudenza del Giudice amministrativo: l'algoritmo deve essere trasparente, soggetto a controllo umano e non discriminatorio. Cfr. E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2020, 271 e ss. Sul principio di legalità, decisione amministrativa e giudiziaria cfr. C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 339-343.

⁴⁵ Così C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 338.

⁴⁶ Cfr. E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, cit., 5. Al fine di evitare tale forma di soggezione e per valorizzare al massimo la dignità dei singoli occorre rendere «consapevoli della natura, umana o artificiale, del proprio interlocutore». Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 11.

⁴⁷ C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, cit., 329.

⁴⁸ Così P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 16-17. Nello stesso senso anche C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 12, il quale fa riferimento alla scarsa informazione che, di fatto, caratterizza i «nostri consensi».

nel campo oggetto di studio del presente lavoro, un approccio antidiscriminatorio *by design*⁴⁹.

Infine, con riferimento alle decisioni giudiziali, è chiaro come una pronuncia giudiziale robotizzata possa rivelarsi utile nei settori contraddistinti dalla necessità di effettuare calcoli di natura statistica e probabilistica, oppure nella fase istruttoria⁵⁰.

D'altra parte, però, emerge la problematica primaria relativa all'adattamento della decisione automatizzata all'evoluzione giurisprudenziale e quella dell'impugnazione della stessa decisione⁵¹.

Ancora, viene evidenziata la criticità legata alla fisiologica indeterminatezza di alcuni canoni ermeneutici⁵².

Per queste ragioni, è opportuno distinguere la decisione robotizzata da quella, invece, umana, che può essere sorretta, in certi casi e parzialmente, da un *robot*.

D'altra parte, il diritto ad una decisione umana e la possibilità di individuare, oltre alla titolarità della funzione esercitata, anche la relativa responsabilità, sono ravvisabili nel considerando 71 del GDPR⁵³.

5. L'ordinamento tedesco: la regolamentazione dell'utilizzo degli algoritmi nella P.A.

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella Pubblica Amministrazione tedesca presenta elementi di interesse in quanto non solo essa conosce una forma di regolamentazione piuttosto dettagliata, ma anche perché, più in generale, la Germania ha investito in modo rilevante su di esso, pur essendo il settore privato quello soggetto ad una maggiore implementazione dell'intelligenza artificiale.

Nel settore pubblico, infatti, rileva la c.d. *Gesetzbindung der Verwaltung*, sancita all'art. 1 III della Legge Fondamentale, la quale obbliga l'attività amministrativa a trarre la propria legittimazione unicamente dalla legge.

In ogni caso, nell'ambito del settore pubblico, in un confronto internazionale, l'amministrazione tedesca occupa posizioni medio-alte in termini di digitalizzazione⁵⁴.

Quanto al *corpus* normativo rilevante in punto di utilizzo dei c.d. *KI Systeme*, cioè i sistemi di intelligenza artificiale, nel processo di adozione di una decisione, occorre

⁴⁹ Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 12.

⁵⁰ In questo senso C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 10.

⁵¹ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3/2020, 3384.

⁵² Cfr. ancora C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit., 3375-3376.

⁵³ Cfr. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 12.

Un tema ulteriore è quello relativo alla sicurezza dei dati utilizzati dagli algoritmi. Si profila quindi il nodo problematico del *security by design*. Cfr. M. TRESCA, *I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *Media Laws*, 2018, 249-250.

⁵⁴ L. GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2019, 844. Non è un caso, forse, che, come segnalato da N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, cit., 364, si faccia riferimento alla *Datenethikkommission*.

considerare, sul piano del diritto costituzionale, il menzionato art. 1 III della Legge fondamentale.

Dal punto di vista delle fonti primarie, bisogna prendere in considerazione alcune disposizioni che si adeguano all'art. 22, primo comma, del GDPR, ma che esistevano già prima dell'entrata in vigore del diritto eurounitario.

In primo luogo, l'art. 35 a *VwVfG* (*Verwaltungsverfahrensgesetzes*), che permette l'emissione completamente automatizzata di un atto amministrativo se questo è permesso dalla legge e qualora l'attività discrezionale e valutativa siano escluse.

Come segnalato dalla dottrina, una problematica legata alla formulazione della disposizione in commento è quella relativa alla mancata determinatezza dei sistemi di intelligenza artificiale di riferimento.

Non è chiaro, infatti, come si vedrà, se il legislatore abbia inteso riferirsi, in un'ottica maggiormente garantista, a sistemi completamente determinati oppure anche ad algoritmi di autoapprendimento, i quali risultano particolarmente problematici alla luce della loro capacità di definire quali siano i «risultati indesiderabili» e che quindi ledono la legittimità democratica dello Stato di diritto⁵⁵.

È stato affermato, infatti, che la disposizione in questione è (forse eccessivamente) aperta alla tecnologia e «non contiene ulteriori specifiche o restrizioni per quanto riguarda la struttura e il funzionamento di tali apparecchiature automatiche»⁵⁶.

Secondo altri, in ogni caso, nonostante non vi sia una previsione espressa, alla luce delle disposizioni costituzionali è deducibile, in via implicita, la necessità di un contenimento dell'intelligenza artificiale che si basi su algoritmi di apprendimento⁵⁷.

La disposizione in questione va letta insieme alla normativa prevista nell'*Abgabeordnung* e nel *Sozialgesetzbuch* (d'ora in poi *SGB*), in quanto, se lette in combinato disposto, concorrono a configurare uno sviluppo unitario delle tre normative di natura processuale, in piena armonia con i *desiderata* della *Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens*⁵⁸.

Queste disposizioni, così come lo stesso art. 35 a *VwVfG*, risalgono infatti alla appena menzionata “Legge sulla modernizzazione della procedura fiscale” del 18.7.2016, entrata in vigore il 1.1.2017, la quale ha innovato, nella generale ottica dell'implementazione degli algoritmi nel processo amministrativo, il settore del processo amministrativo generale, del *Sozialverwaltungsverfahren* e del diritto processuale tributario (*Abgabeordnung*, d'ora in poi *AO*).

A questo proposito rileva l'art. 155 IV *AO* (*Abgabeordnung*) in tema di diritto tributario, il quale pone le basi per l'automazione completa.

⁵⁵ P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS (a cura di), *VwVfG* § 35a, in *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar* 2018, edizione nona, Rn. 5-8.

⁵⁶ Cfr. BeckOK *VwVfG/Prell*, 51. Ed. 1.10.2020, *VwVfG* § 35a Rn. 5.

⁵⁷ Cfr. H. KUBE, in *VVDSTrL* 78, 2019, 289, 313 e ss.

⁵⁸ *Beschlussesempfehlung und Bericht des BT-Finanzausschusses zu Art. 19 und Art. 20*, BT-Drs. 18/8434, S. 120 und 122.

Non è un caso che l'amministrazione fiscale stia diventando pioniera nell'implementazione di procedure amministrative completamente automatizzate, soprattutto con riferimento al sollecito giudiziario (§ 689 I 2 ZPO)⁵⁹.

A differenza di quanto previsto dall'art. 35 a *VwVfG*, l'AO autorizza le autorità fiscali ad adottare decisioni amministrative completamente automatizzate, solamente, però, per l'emissione di accertamenti fiscali⁶⁰ e nel caso in cui non vi sia la necessità di «trattare il singolo caso» da parte dei pubblici ufficiali.

Analogamente l'art. 31 a *SGB X* prevede la possibilità di adottare decisioni amministrative emesse automaticamente con riferimento, in generale, alla c.d. *Leistungsverwaltung*⁶¹.

Così come previsto con riferimento all'art. 155 AO, la disposizione in questione prevede che un atto amministrativo possa essere emesso interamente da dispositivi automatici «a condizione che non ci sia motivo di trattare il singolo caso da parte dei pubblici ufficiali».

Inoltre, nel caso di decisioni amministrative completamente automatizzate, si applicano le disposizioni del *SGB X*, che garantiscono una procedura amministrativa conforme a Costituzione, in particolare attuando il principio di indagine e il diritto di essere ascoltato⁶².

Tuttavia, la disposizione in questione, così come l'art. 155 AO, non contiene alcuna previsione in merito alla previa riserva di legge, risultando così problematica con riferimento al rispetto del principio di legalità.

Un'ulteriore norma di rilievo nel panorama dell'utilizzazione dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo tedesco è rappresentata dall'art. 24 I 3 *VwVfG*.

Si consideri, innanzitutto, che la garanzia di cui all'art. 22 del GDPR in merito alla (non) sottoposizione da parte del singolo ad una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato è rintracciabile (nonché integrabile) nell'art. 35 a *VwVfG* e nell'art. 24 I 3 *VwVfG*, in quanto il combinato disposto in questione chiarisce che «le informazioni effettive fornite dalla persona interessata che sono significative per il caso individuale devono essere prese in considerazione anche nelle procedure completamente automatizzate»⁶³.

Più nello specifico, l'art. 24 I 3 *VwVfG* obbliga le autorità, quando utilizzano strutture automatizzate, a prendere in considerazione informazioni reali fornite dalla parte interessata che sono significative per il caso individuale e che non sarebbero state prese in considerazione nella procedura automatizzata⁶⁴.

⁵⁹ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 1.

⁶⁰ P. STELKENS, H. J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS, *VwVfG § 35a*, cit., Rn. 5-8.

⁶¹ Un esempio consiste nell'adeguamento automatico dell'importo delle prestazioni sociali attuali in un gran numero di casi individuali simili. Cfr. M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 3.

⁶² P. STELKENS, H. J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS, *VwVfG § 35a*, cit., Rn. 8.

⁶³ Cfr. BeckOK *VwVfG/Prell*, 51. Ed. 1.10.2020, *VwVfG § 35a* Rn. 18.

⁶⁴ Per un commento si veda A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35 VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 1263.

Tuttavia, quanto previsto dalla disposizione in questione di per sé non soddisfa i requisiti del diritto di esprimere la propria posizione, in quanto il singolo caso non può essere “tipicamente” registrato in modo definitivo in un modulo o in uno schema⁶⁵.

Pertanto, le procedure specializzate dovrebbero poter tenere conto della complessità dei casi speciali che si presentano nelle procedure automatizzate, e ciò alla luce dell’attuazione del principio di uguaglianza sancito dall’art. 3, primo comma, della Legge Fondamentale⁶⁶; non solo, con riferimento al diritto eurounitario, la trasparenza riguardo al funzionamento dei sistemi AI basati sul trattamento dei dati personali è richiesta dall’art. 5 I a GDPR⁶⁷.

Ebbene, proprio con riferimento a quest’ultimo, la dottrina tedesca ha avuto modo di evidenziare qualche problematicità in punto di compatibilità tra le disposizioni interne sul processo amministrativo generale e particolare e il GDPR.

Innanzitutto, la lettera b dell’art 22, comma secondo, del GDPR, contempla l’adozione di decisioni completamente automatizzate a condizione che vi sia un quadro procedurale «esplicitamente regolato per l’emissione completamente automatizzata di atti amministrativi»⁶⁸; tuttavia, la norma nazionale, cioè, nello specifico, l’art. 35 *VwVfG*, non contiene alcuna disposizione volta a proteggere il diritto della personalità⁶⁹ (così come le altre disposizioni rilevanti rispetto all’utilizzo dell’intelligenza artificiale nell’ambito della P.A. tedesca).

Più in generale, uno dei rischi principali dei sistemi automatizzati non è affrontato esplicitamente dal legislatore nell’art. 155 IV *AO*, nell’art. 35 a *VwVfG* e nell’art. 31 a *SGB X*: gli algoritmi informatici non sarebbero immuni dal basare i loro meccanismi di selezione su criteri di selezione discriminatori.

Gli algoritmi utilizzano infatti metodi stocastici per cercare correlazioni statistiche nel *database*, deducendo errori e rischi dalle caratteristiche del gruppo, dando così luogo al rischio di discriminazione (di gruppo). In particolare, ad esempio, nelle procedure di diritto sociale (amministrativo), «un algoritmo orientato all’efficienza baserà [...] la sua griglia decisionale sull’origine etnica o sulla religione se c’è una correlazione statisticamente significativa tra il numero di casi di frode sociale e il gruppo ‘persone con un background migratorio’ o una valida correlazione tra la frode fiscale e l’affiliazione religiosa»⁷⁰.

⁶⁵ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 8.

⁶⁶ P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, P. STELKENS, *VwVfG § 24*, cit., Rn. 57c.

⁶⁷ Per un’analisi si veda C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, cit., 20 e ss.

⁶⁸ BeckOK *VwVfG/Prell*, 51. Ed. 1.10.2020, *VwVfG § 35a* Rn. 11a.

⁶⁹ Si profila, in effetti, il problema relativo all’algoritmo quale arcano. Cfr. T. BARCZAK, *Algoritmus als Arkanum*, in *DÖV*, 2020, 997 e ss.

⁷⁰ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 9. Ancora, sul rapporto tra algoritmi e discriminazione nel raggruppamento di dati si veda C. FREYLER, *Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht*, in *NZA*, 2020, 285.

Secondo la stessa dottrina, in ogni caso, i rischi di discriminazione sarebbero controbilanciati dall'obbligo di giustificare le decisioni automatizzate, così come dai meccanismi di controllo appositamente predisposti⁷¹.

In conclusione, alla luce della disamina del panorama tedesco, risulta ancora più opportuno distinguere, sul piano dogmatico, tra l'uso dell'IA che è semplicemente di supporto al processo decisionale e l'uso dell'IA nella fase di preparazione o decisione che, di fatto, hanno un impatto esterno. Sempre alla luce dei nodi problematici evidenziati dalla dottrina tedesca, sul piano pratico, pare del tutto condivisibile la tesi che milita a favore della «non completa costituzione dell'umano con la AI, ma un'attività di assistenza»⁷².

6. Conclusioni alla luce del diritto costituzionale italiano e tedesco

Come si è avuto modo di vedere, le problematiche di diritto costituzionale tedesco correlate all'utilizzo degli algoritmi nell'ambito della pubblica amministrazione sembrano essere del tutto analoghe a quelle che interessano l'ordinamento italiano.

Se da un lato, infatti, l'utilizzo di procedure completamente automatizzate promuove il risparmio di risorse e l'accelerazione delle procedure amministrative, dall'altro, come si è messo in evidenza, sussiste il rischio che si verifichino indebite restrizioni dei diritti dei singoli in ambito processuale, così come un'eccessiva «schematizzazione» dei dati utilizzati con riferimento alle parti interessate⁷³.

Una delle sfide della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione o di quella che può essere definita la «quarta rivoluzione industriale»⁷⁴, sarà, infatti, quella di progettare l'utilizzo della robotica in modo ottimale e conforme alla Costituzione e alla tutela dei diritti fondamentali.

La dottrina ha avuto modo di affermare che, proprio alla luce dell'impossibilità di utilizzare, con riferimento all'ambito oggetto di analisi, la dottrina della precauzione costituzionale⁷⁵, occorre recepire il diritto costituzionale nella fase di progettazione delle macchine, improntando l'intelligenza artificiale ad un indirizzo costituzionalmente orientato.

Da un lato, sarà necessario agire sul piano statale, intervenendo sulla «capacità da parte statale di regolare settori economici in cui le parti private svolgono un ruolo dominante»⁷⁶; dall'altro, non si potrà non agire su un piano superiore, di natura globale, considerato, come acutamente osservato, «la mobilità del *cloud*»⁷⁷.

⁷¹ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 13.

⁷² C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 10.

⁷³ BeckOK VwVfG/Prell, 51. Ed. 1.10.2020, VwVfG § 35a Rn. 20, 21.

⁷⁴ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, Milano, 2017.

⁷⁵ Interessante la tesi di Groppi, secondo la quale sarebbe opportuno sviluppare, parallelamente a misure di tipo precauzionale, una nuova concezione della privacy. Cfr. T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 3/2020, 681.

⁷⁶ C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 13.

⁷⁷ Cfr. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 13.

Peraltro, da un punto di vista meramente pragmatico ed esterno alla dimensione prettamente costituzionalistica, se vogliamo, un controllo sui sistemi complessi di intelligenza artificiale è fondamentale anche alla luce del fatto che «le procedure automatizzate possono richiedere una programmazione dispendiosa in termini di tempo e successivi test prima di garantire la corretta esecuzione della legge»⁷⁸.

Il diritto costituzionale deve avere, in definitiva, un ruolo fondante nel momento della genesi stessa degli algoritmi, improntandoli ai «principi fondamentali di libertà, uguaglianza e giustizia»⁷⁹.

In questo senso si muove anche la dottrina tedesca, secondo la quale «la dignità umana, la validità dei diritti fondamentali e l'umanità rimangono elementi fondamentali di orientamento [...] nel rimodellamento digitale del nostro mondo come uno spazio comune condiviso»⁸⁰. Accanto al *digital first*, quindi, occorre affermare il *constitutional first*, forse prevedendo una Costituzione *ad hoc* e un «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 Digital»⁸¹.

Al momento, in un'ottica *de iure condendo*, e facendo tesoro della (certamente migliorabile) regolamentazione tedesca in punto di utilizzazione dell'intelligenza artificiale nel campo della Pubblica Amministrazione, quello che è certo è che «allorquando si applichino processi di automatizzazione nel contesto del settore pubblico, deve sempre essere garantita la supervisione dei risultati da parte di un 'funzionario persona fisica'»⁸². Non solo, deve essere implementato il principio della trasparenza algoritmica, della tracciabilità algoritmica, dell'accesso algoritmico e di lealtà dell'utilizzazione dell'algoritmo e di non discriminazione⁸³.

È quindi di fondamentale importanza scongiurare, a fronte dell'«algoritmizzazione» della Pubblica amministrazione, la progressiva destrutturazione dei principi su cui si fonda l'azione amministrativa e, in generale, del relativo orizzonte costituzionale⁸⁴.

⁷⁸ Così BeckOK VwVfG/Prell, 51. Ed. 1.10.2020, VwVfG § 35a Rn. 20, 21.

⁷⁹ Così A. GALIANO, A. LEOGRANDE, S.F. MASSARI, A. MASSARO, *I processi automatici di decisione: profili critici sui modelli di analisi e impatti nella relazione con diritti individuali*, cit., 42.

⁸⁰ Cfr. I. HÄRTEL, *Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrecht - Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren*, in *LKV*, 2019, 60.

⁸¹ Cfr. A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?* in *Liber Amicorum per Paquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 9.

⁸² Così D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 19.

⁸³ Ancora D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 2 e ss., i quali hanno enucleato i principi in questione.

⁸⁴ Cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, cit., 21.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

L'ESERCIZIO DEL POTERE TRAMITE I DATI,
TRA LOGICA *SMALL* E *BIG DATA*

ILDE FORGIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Gli *small data* e i requisiti di qualità – 3. Il fenomeno *big data* – 4. Affinità e divergenze tra il ricorso a *small* e *big data* – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Qualunque decisione si basa su qualche tipo di informazione o dato; tuttavia, non ogni tipo di dato è adatto a fondare o motivare la decisione amministrativa¹. Poiché occorre tenere conto di due paradigmi tra loro differenti: gli *small* ed i *big data*². Il quesito che ci si pone attiene all'utilizzo di questi strumenti per l'esercizio del potere pubblico.

L'esigenza di conoscere la realtà per ricostruirla ed inquadrarla nella fattispecie astratta, tipizzata dalla norma, costituisce il fondamento stesso dell'attività amministrativa. I dati costituiscono il sostrato della decisione amministrativa, attraverso

¹ Sui dati pubblici si v. U. FANTIGROSSI, *I dati pubblici tra Stato e mercato*, in *Amministrare*, 2007, 291; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2018. In generale, sulla digitalizzazione dell'attività amministrativa si v. R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020.

² La letteratura in argomento è copiosa. Per tutti si v. il volume *Big Data e concorrenza*, numero speciale di *Concorrenza e mercato*, a cura di F. DI PORTO, Milano, 2016; A. MANTELETO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 13; M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 601 ss.

cui la p.a. acquisisce una conoscenza funzionale al corretto esercizio del potere, ragione per la quale la raccolta e il possesso di informazioni è una caratteristica immanente al potere pubblico³. Essi sono quindi uno strumento dell'istruttoria procedimentale; per tale ragione, la questione dell'adeguatezza del dato rispetto alla decisione rappresenta un elemento ancora centrale rispetto all'azione amministrativa. Gli *small* e i *big data* sono l'elemento su cui si fonda la conoscenza, anche quella algoritmica⁴, ed è quindi necessario che siano di qualità, adeguati e pertinenti rispetto alla rappresentazione della realtà su cui interviene la decisione amministrativa.

Come è noto, la funzione dei dati si colloca a monte rispetto al momento della decisione; di conseguenza, la questione della possibilità di una decisione amministrativa algoritmica segue (non precede) il tema che ci occupa. L'automazione della governance dei dati è infatti la base per l'utilizzo dell'intelligenza artificiale per prendere decisioni, essendo in grado di processare enormi moli di dati, restituendo risultati in tempi rapidi e che consentono di avere una visione globale del contesto in cui la decisione si colloca. Inoltre, attraverso di essi è possibile automatizzare parzialmente il processo decisionale per quelle attività routinarie e standardizzate, con un evidente snellimento e accelerazione delle fasi del procedimento e dell'istruttoria in particolare⁵.

La logica prevalente fino ad ora – la cui disciplina era recata dal Codice dell'Amministrazione Digitale (d. lgs. n. 82/2005, CAD) fino alle modifiche del 2016, ora richiamata nelle Linee guida AGID⁶ – e che prediligeva gli *small data*, deve confrontarsi con l'emersione del fenomeno dei *big data*⁷. La crescente presenza della tecnologia digitale influenza anche la funzione amministrativa e la presenza di dati e banche dati ne sta trasformando rapidamente il funzionamento.

Il tema della selezione e dell'utilizzo dei dati, tra l'altro, appare centrale con riferimento all'utilizzo di essi per l'adozione di decisioni nei più vari ambiti, quali

³ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro italiano*, 1979, V, 289 ss. nota che «i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno».

⁴ Non si affronterà l'evoluzione della decisione algoritmica, *ex multiis* si vedano 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*, 2019; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto amministrativo*, 4/2019, 773 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 5 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2/2020, 305 ss.; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2018, 647 ss.; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021.

⁵ D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 3/2020, 501 ss.; R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *astrid-online.it*, 2017.

⁶ Linee guida per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, 2017, disponibili all'indirizzo <https://docs.italia.it/italia/daf/lg-patrimonio-pubblico/it/bozza/index.html>

⁷ Sulle diverse logiche *small* e *big data* si veda infra e, in generale, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2018, 41 ss.

ambiente, finanza, sicurezza, salute, ordine pubblico, istruzione⁸. Tali decisioni vengono prese sulla base di dati relativi al passato che, per il mezzo di istruzioni (*algoritmi*), producono delle proiezioni future.

Il modello degli *small data* muove dalla formulazione di un'ipotesi da confermare attraverso un campione di dati rappresentativi della realtà, cioè in numero ristretto e selezionati sulla base di alcuni requisiti di qualità tipizzati dalla dottrina e dal legislatore, in modo da garantirne l'affidabilità e, dunque, l'adeguatezza a fondare la decisione pubblica. I metodi di analisi tradizionali si basano su correlazioni lineari, razionali, allo scopo di ricercare rapporti causali nello studio di fenomeni complessi.

Tale modello appare oggi recessivo, in quanto l'abbondanza di dati, generati dalle fonti più disparate, rende superflua la selezione di indicatori rappresentativi e di qualità⁹. Ovvero, si sta muovendo verso una logica per cui è necessario raccogliere e analizzare tutti i dati possibili, anche se errati o non aggiornati. Ad un'indagine di tipo qualitativo se ne va sostituendo una di tipo quantitativo, nell'illusione che l'analisi della (quasi) totalità dei dati disponibili sia sufficiente ad indentificare l'indicatore migliore.

In tal senso sembra muovere anche il legislatore: vengono in rilievo l'art. 41, comma 1, primo alinea, CAD, l'art. 3-bis della l. n. 241/90 e l'art. 1, comma 1, lett. b), della c.d. legge Madia sul c.d. principio del *digital first*, il quale impone alla p.a. di svolgere l'attività mediante una disciplina basata sulla digitalizzazione dei procedimenti e dell'organizzazione. Dalla lettura del combinato disposto delle norme si evince le tecnologie informatiche, già introdotte dal CAD come strumento per realizzare efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, devono ora essere finalizzate a ridefinire i procedimenti¹⁰.

2. *Gli small data e i requisiti di qualità*

Ogni organizzazione complessa necessita di dati e informazioni di qualità per portare a compimento i propri processi decisionali e per renderli comprensibili verso l'esterno; la rilevanza della qualità dei dati aumenta inoltre al crescere della complessità

⁸ In tal senso si vedano M.F. DE TULLIO, *La "privacy" e i "big data" verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 2016, 637; N. LUGARESÌ, *Il trattamento dei dati nella pubblica amministrazione*, in J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali*, Padova, 2004, par. 1, ricollega al principio di imparzialità, di cui all'art. 97 Cost., l'esigenza dell'amministrazione di disporre «della maggiore quantità di informazioni possibili per poter esercitare al meglio le proprie attività e svolgere in maniera più efficace le proprie funzioni». Sulla necessità per l'amministrazione di decidere sulla base della «più ampia informazione», pur sempre nel limite del «vincolo della legittima acquisizione dei dati», cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 65-79.

⁹ C. ANDERSON, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, wired.com/2008/06/pb-theory/ «But faced with massive data, this approach to science — hypothesize, model, test — is becoming obsolete. Petabytes allow us to say: "Correlation is enough." We can stop looking for models. We can analyze the data without hypotheses about what it might show. We can throw the numbers into the biggest computing clusters the world has ever seen and let statistical algorithms find patterns where science cannot».

¹⁰ D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie*, cit.

della decisione da prendere e, pure, in relazione alla dimensione dei flussi di dati¹¹. Ne consegue che i requisiti di qualità dei dati e delle informazioni non sono statici, ma variano nel tempo in funzione dell'evoluzione tecnologica¹².

Il CAD, all'art. 50, rimasto immutato fin dalla sua versione originaria, dispone che i dati delle p.a. «sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento», da parte delle altre p.a. e dai privati, con ciò chiarendo che le menzionate attività si inseriscono nel processo di digitalizzazione¹³.

Nel mutato contesto – digitale e non più cartaceo – cambia anche il rapporto con la massa di informazioni detenute dalle p.a.; esse divengono indispensabili nell'istruttoria procedimentale, in quanto elementi essenziali ai fini dell'acquisizione della conoscenza pubblica¹⁴. Tale rilevanza può essere apprezzata in modo trasversale, nei vari settori dell'ordinamento, dal momento che tutta la gestione dei dati da parte delle p.a. avviene mediante dati e banche dati digitali tra loro interconnesse¹⁵. Il che ha consentito l'ingresso a nuove logiche valutative e comparative degli interessi in gioco, basate su di una maggiore capacità di acquisire informazioni.

Come accennato poc'anzi, nel modello degli *small data* si avanza tramite ipotesi, da confermare o confutare tramite una selezione di dati rappresentativi, esaminati singolarmente. Quando si hanno a disposizione pochi dati, occorre assicurarne la qualità e la pertinenza poiché ciò incide sui risultati; diversamente, si generano errori che rendono inaffidabili i risultati ottenuti. Di conseguenza, l'adeguatezza dei dati diventa centrale affinché venga garantita la corretta rappresentazione della realtà su cui la decisione – anche quella algoritmica – va ad incidere.

Rispetto all'esercizio del potere “cartaceo”, che vedeva l'istruttoria svolgersi sulla base di fonti documentali aventi alcune caratteristiche, in grado di fornire un supporto conoscitivo affidabile, poiché controllabile – dal punto di vista di chi ha formato l'atto e sulla base di quali competenze – e rivedibile grazie alla gerarchia nell'ufficio e all'esercizio di funzioni ispettive¹⁶, nel passaggio all'amministrazione che opera sulla

¹¹ E. CARLONI, *La qualità dei dati pubblici*, in B. PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, 2007, 256 ss.

¹² E. CARLONI, *op. ult. cit.*

¹³ Sul punto si veda G. ABBAMONTE, *In margine al disegno di legge*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, spec. 158; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit.

In relazione a tale fenomeno, G. DUNI, in *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. I, Milano, 2007, e ID., *L'amministrazione digitale: il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008.

¹⁴ Per una prospettiva complessiva del fenomeno del eGovernment si v. tra gli altri S. VESPERINI (a cura di), *L'e-Government*, Milano, 2004; F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'@government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005.

¹⁵ L'approccio europeo si è orientato verso una disciplina per settori come, ad esempio, l'informazione ambientale, i dati personali, la statistica e la finanza pubblica; la normativa eurounitaria rilevante condiziona direttamente gli ordinamenti degli Stati membri. Per approfondimenti, anche sul fondamento costituzionale della qualità delle informazioni, si v. E. CARLONI, *La qualità dei dati pubblici*, cit., 277 ss.

¹⁶ E. CARLONI, *La qualità dei dati pubblici*, cit., 260 ss.

base di dati e rappresentazioni di provenienza diversa, che non ha direttamente formato, occorre che questi stessi elementi di affidabilità siano preservati. Ovvero, deve essere presa in considerazione l'utilizzabilità dei dati, il modo in cui essi sono formati e organizzati, poiché ciò ha evidenti risvolti sulla qualità dell'azione amministrativa, dal punto di vista interno, e sui rapporti tra p.a. e cittadini, dal punto di vista esterno¹⁷.

L'adeguatezza a fondare la decisione pubblica viene garantita grazie ad alcuni requisiti di qualità enucleati nel corso del tempo; il CAD ha previsto delle regole di qualità per gli *small data* che, proprio perché si tratta pochi dati e ben selezionati, devono essere affidabili¹⁸. In particolare, il Codice prevede sia regole di qualità dei dati stessi, quali esattezza, disponibilità, accessibilità, integrità e riservatezza (artt. 50 e 51), sia regole riferibili all'informazione aggregata che viene diffusa attraverso i siti istituzionali, come accessibilità, elevata usabilità, interoperabilità, completezza di informazioni, chiarezza di linguaggio, reperibilità, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità (artt. 53 e 54). In sintesi, i dati contenuti nei siti delle p.a. devono rispondere ad alcuni requisiti di qualità sia singolarmente che in termini di aggregato, nella loro organizzazione¹⁹. In un'ottica generale, i meccanismi di garanzia di qualità dei dati devono operare innanzitutto nella fase di raccolta e di organizzazione, ma devono pure prevedere dei meccanismi correttivi una volta che essi inizino a circolare²⁰.

I principi posti dal Codice hanno come *ratio* quella di garantire che i dati e le informazioni utilizzate nell'esercizio dell'attività amministrativa siano adeguati a fondare la conoscenza pubblica, per far questo devono essere affidabili e pure fruibili dagli interessati. Ovvero, i dati utilizzati devono essere integri, aggiornati tempestivamente, conformi agli originali, nonché di semplice consultazione – anche in termini di accessibilità – comprensibili e riutilizzabili²¹.

La logica degli *small data* fa dunque riferimento ad una raccolta mirata e circoscritta dei dati che verranno poi elaborati e analizzati. In altri termini, i dati selezionati divengono indicatori di correlazioni, indispensabili ad individuare rapporti di causa-effetto che spieghino una realtà complessa. Per l'analisi dei fenomeni e per verificare l'ipotesi assunta, dunque, si scelgono le variabili ed i relativi indicatori per ricercare correlazioni lineari. Per tale ragione, è essenziale che le scelte siano assunte in base a dati corretti, aggiornati e attendibili e selezionati seguendo meccanismi e regole predefiniti.

In ultimo, dal momento che i dati non di qualità generano errori, allora, nell'ambito del settore pubblico il problema della qualità diventa ancora più rilevante, in quanto vengono in rilievo potenziali lesioni degli interessi pubblici e privati che rendono l'azione

¹⁷ M.P. GUERRA, *Statistica pubblica e funzione conoscitiva*, in F. MERLONI (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002, 98.

¹⁸ Sul tema della qualità si veda, seppur datato, il documento dell'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (Aipa), *I dati pubblici; linee guida per l'accesso, la comunicazione e la diffusione*, Quaderni n. 8, aprile 2002, reperibile anche in www.cnipa.gov.it.

¹⁹ E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 155.

²⁰ In questo senso, vedi M. EPPLER, U. GASSER, M. HELFERT, *Information Quality: Organizational, Technological and Legal Perspectives*, in *Studies in Communication Sciences*, 4-2/2004, 10.

²¹ M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni*, cit.

amministrativa, tra l'altro, diseconomica e inefficiente²². Al riguardo, la dottrina²³ ha messo in evidenza numerosissime caratteristiche di qualità dei dati, che è possibile enucleare intorno ai concetti di accuratezza, intesa come credibilità, obiettività e affidabilità; rilevanza, da intendersi come valore aggiunto apportato dai dati alla conoscenza, anche in termini di completezza e appropriatezza; rappresentatività, ovvero comprensibilità, consistenza e sinteticità rappresentativa; accessibilità, che include pure la sicurezza di accesso ai dati²⁴.

3. Il fenomeno big data

Il termine *big data* fa riferimento a enormi masse di dati eterogenei (strutturati, semi-strutturati e non strutturati), detenuti da soggetti pubblici e privati, aventi fonti diverse e analizzati per mezzo di algoritmi e tecniche specifiche, tra le quali spicca il *machine learning*²⁵.

La massa di dati viene alimentata continuamente dagli utenti, mediante dati forniti in modo più o meno consapevole (GPS, social media, sensori, pagine HTML, forum etc.), raccolti dai soggetti pubblici a fini istituzionali (fascicolo sanitario, anagrafe, registro automobilistico, dati meteorologici e cartografici, etc.), oppure derivanti dall'Internet of Things²⁶ (case ed elettrodomestici intelligenti e automobili autonome).

Tali dati possiedono alcune caratteristiche essenziali, enucleate intorno ai concetti di varietà, volume e velocità: la varietà riguarda l'eterogeneità della tipologia, delle fonti e dei formati dei dati (maggiori sono le fonti, maggiore è il valore del dataset); il volume si riferisce alla capacità di acquisire, memorizzare, accedere ed elaborare enormi quantità di dati; la velocità indica la capacità di acquisizione e analisi costante, in tempo reale. Inoltre, vengono ritenute rilevanti anche le dimensioni del valore e la veridicità, che include la qualità e l'accuratezza²⁷.

²² E. CARLONI, *ult. op. cit.*

²³ R.Y. WANG, D.M. STRONG, L. GUARASCIO, *An Empirical Investigation of Data Quality Dimensions. A Data Consumer's Perspective*, working paper TDQM-94-01, MIT, Cambridge (Ma), 1984; Y.W. LEE, D.M. STRONG, B.K. KAHN, R.Y. WANG, *AIMQ: A Methodology for Information Quality Assessment*, in *Information & Management*, 40/2002, 133-146.

²⁴ E. CARLONI, *La qualità dei dati pubblici*, cit., 253 s.

²⁵ 3 Cfr. S. FARO, N. LETTIERI, *Big Data: una lettura informatico-giuridica*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. I, Padova, 2016, 503 ss.

²⁶ K. ASHTON, *That Internet of things thing*, in *RFID Journal*, 2009 e Commissione europea, Staff Working Document, *Advancing the Internet of things in Europe*, SWD/2016/0110 final, 2016.

²⁷ D.L. RUBINFELD, M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona L. Rev.*, vol. 59:339, 2017, 340 ss., spec. 345 ss. sottolineano l'importanza di tali caratteristiche in base ai diversi mercati.

Per le definizioni si v. anche D. LANEY, *3-D data management: controlling data volume, velocity and variety*, *Application Delivery Strategies*, Meta Group, 2001. M. LYCETT, *Datafication: Making Sense of (Big) Data in a Complex World*, in *European Journal of Information Systems*, 2013, 381; OECD, *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, 2013.

In argomento si v. anche D.U. GALETTA, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, 663 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Medialaws*, 2/2018, 1 ss.; V. MAYER SCHOMBERGER e K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, trad. it. R. Merlini, Milano, 2013.

La disponibilità di enormi quantità di dati - da elaborare attraverso l'utilizzo di algoritmi statistici e matematici che conducono a risultati di tipo predittivo e statistico - ha imposto un cambio nel tipo di analisi svolta, che da logico-causale è diventata predittivo-probabilistica. Gli algoritmi utilizzati per l'analisi si affidano a correlazioni e inferenze, dimodoché viene meno la necessità di formulare ipotesi predeterminate e ricercare nessi di causalità²⁸. In altri termini, non occorre predefinire l'oggetto di indagine e gli obiettivi perseguiti. Tale aspetto, unitamente alla gestione digitale dei procedimenti, può avere rilevanti ricadute pratiche, anche in punto economico. Infatti, risulta agevole rilevare come la combinazione tra i dati non possa che produrre dati nuovi, i quali possiedono valore più elevato rispetto alla massa originaria, in quanto consentono di individuare correlazioni che sfuggono all'analisi umana²⁹.

Il fenomeno dei *big data* nel settore pubblico³⁰ assume particolarmente importanza, poiché gli uffici pubblici detengono una mole significativa di dati strumentali all'esercizio delle funzioni assegnate³¹. Tale circostanza è dovuta alla necessità di disporre delle informazioni strumentali all'esercizio della funzione, sia quando vengono in rilievo posizioni particolari dei privati, sia quando si renda necessaria la conoscenza di determinati elementi delle fattispecie.

La rilevanza dei dati per lo svolgimento delle funzioni pubbliche non è sfuggita al legislatore europeo il quale, nel disciplinare le modalità di riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, sottolinea che quest'ultimo «raccolge, produce, riproduce e diffonde un'ampia gamma di informazioni in molti settori di attività, ad esempio informazioni di tipo sociale, economico, geografico, climatico, turistico, informazioni in materia di affari, di brevetti e di istruzione» (direttiva 2003/98/UE, Considerando 4)³². L'ordinamento europeo non regola esplicitamente i *big data*, ma in proposito vengono in rilievo i due regolamenti di riferimento per la circolazione dei dati nell'Unione e che risultano rilevanti anche per l'azione pubblica, ovvero, il regolamento 2016/679 sulla protezione dei dati personali e il regolamento 2018/1807 sulla circolazione dei dati non personali. Di interesse, seppure priva di valore giuridico vincolante, è pure la Risoluzione del Parlamento europeo sulle implicazioni dei *big data* per i diritti fondamentali (2016/2225(INI)), con la quale si sottolineano alcune criticità che potrebbero derivare

²⁸ C.A. MANTELERO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, cit., 135-144 e A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, in *BioLaw Journal*, 1/2019.

²⁹ J. GANTZ, D. REINSEL, *Extracting value form chaos*, in *IDC iView*, 2011.

³⁰ Sull'uso nel settore pubblico, si v. M. MACIEJEWSKI, *To do more, better, faster and more cheaply: using big data in public administration*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2017, 120 ss., spec. 123, il quale elenca anche le funzioni amministrative interessate dal fenomeno.

³¹ Sul ruolo delle banche dati nella la p.a. si v. G. DUNI, *Anniversari dell'informatica amministrativa. Origini, evoluzione e prospettive*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 615; D. MARONGIU, *I dati delle pubbliche amministrazioni come patrimonio economico nella società dell'informazione*, in *Diritto dell'informatica*, 2008, 355.

³² Sul punto si v. M. CLARICH, *Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa*, in *Foro amministrativo TAR*, 12/2004, par. 1. Confermano tale prospettiva anche C. BATINI, M. SCANNAPIECO, *Qualità dei dati: Concetti, Metodi e Tecniche*, Berlino, 2008, spec. 38; C. SARTORETTI, *Il diritto alla riservatezza ed il diritto di accesso: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro amministrativo TAR*, 7-8/2007, par. 1, afferma che «l'amministrazione è ormai divenuta un soggetto capace di elaborare, trattare e diffondere quotidianamente un'enorme quantità di notizie».

dall'uso degli stessi, in particolare in tema di *privacy*, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto.

La capacità di previsione potrebbe costituire un nuovo modo di operare per la p.a. Al riguardo, si è parlato di *government by data*, vale a dire della possibilità di modulare l'azione amministrativa pianificando in maniera strategica, in quanto l'analisi dei dati permette a monte di prevedere i bisogni dei cittadini-utenti e di anticipare problemi e criticità, con una positiva ricaduta in termini di costi e di efficienza. Ci si trova quindi di fronte alla possibilità di rimodellare l'organizzazione e l'attività amministrativa attorno agli utenti, dando rilievo alla prestazione di servizi, piuttosto che all'esercizio di poteri. Ovvero, i dati vengono sempre più utilizzati per orientare l'esercizio della funzione, con la finalità di giungere alla decisione più corretta.

Dunque, se le amministrazioni pubbliche elaborano i *big data* allo scopo di ricostruire in modo autonomo un fatto complesso, spostando il ruolo dei soggetti privati verso la fase del confronto reciproco e della composizione di interessi, finalizzata alla decisione, occorre allora interrogarsi su sé e come gli strumenti che utilizzano i *big data* e i conseguenti risultati analitici possano avere un ruolo all'interno del procedimento amministrativo.

Tale questione diventa centrale in considerazione della circostanza che un dato non di qualità genera errori, i quali si traducono potenzialmente in una lesione di interessi pubblici – in quanto provocano diseconomie e rendono inefficace ed inefficiente l'azione amministrativa – e privati, sia individuali che collettivi. In altri termini, viene in rilievo una responsabilità per la diffusione o l'utilizzo di informazioni inesatte o di qualità inadeguata, sia quando essa è legata a dinamiche procedurali, sia quando non è connessa a rapporti specifici, sia, ancora, nelle fasi che precedono la stipula di accordi o contratti³³.

In particolare, la conoscenza statistico-inferenziale legata ai *big data* non può essere considerata sufficiente per fondare un ragionevole affidamento rispetto al risultato ottenuto, anche considerato il fatto che la varietà ed eterogeneità dei dati analizzati dall'algoritmo può influire significativamente sul risultato finale ottenuto. Di conseguenza, la natura probabilistica delle elaborazioni dei *big data* e la loro incertezza "statistica" fanno propendere per l'esclusione della possibilità di porli a fondamento della decisione. Ovvero, i risultati ottenuti mediante l'analisi dei *big data* non sembrano possedere quelle caratteristiche di affidabilità, adeguatezza, correttezza, fruibilità, affidabilità e trasparenza richiesti affinché possano essere posti alla base della decisione, anche a tutela dei diritti e degli interessi del privato.

L'utilizzo dei *big data* nella decisione e nell'attività amministrativa appare rilevante in quanto la capacità di vagliare la quasi totalità delle informazioni, e non più campioni statistici, rende le elaborazioni informatiche basate sugli algoritmi in grado di prendere

³³ Sul punto L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 760 ss. Per la distinzione tra macroinformazione e microinformazione, cfr. B.G. MATTARELLA, *Informazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, IV, spec. 3127-3129.

decisioni avvalendosi di proiezioni relative al futuro, attraverso dati riferiti al passato³⁴. L'osservazione delle correlazioni consente infatti di indicare probabilità e fare previsioni sulla realtà di riferimento, in prospettiva presente e futura. Ciò comporta degli indubbi vantaggi, in quanto l'individuazione di sequenze e ricorrenze tra numerosissimi dati slegati tra loro, consente di effettuare proiezioni e previsioni circa il comportamento di singoli e gruppi e di intervenire in modo adeguato. D'altra parte, come abbiamo visto, rispetto alla modalità che prevede la formulazione di un'ipotesi e la successiva conferma di essa attraverso i dati, i *big data* muovono dal percorso inverso, ovvero, l'analisi dei dati fonda previsioni che hanno alla base correlazioni ricorrenti.

L'uso delle previsioni ha indubbiamente un impatto favorevole sulle politiche pubbliche poiché consente, innanzitutto, di rendere più efficace la funzione di controllo, mediante l'integrazione e l'interoperabilità delle banche dati. In secondo luogo, permette di pianificare in modo strategico, prevedendo criticità e rischi, anticipando bisogni intervenendo in maniera mirata e, in ultima analisi, riducendo i costi³⁵ ed impiegando efficientemente risorse limitate. A tal fine, un largo utilizzo di tale approccio avviene nel campo dei servizi pubblici e nell'ambito delle *smart cities*, ove i *big data* consentono di controllare e monitorare l'uso dell'energia per i servizi di elettricità, il traffico e gli spostamenti delle persone, anche per riconfigurare orari e tratte in base alle esigenze e all'effettivo utilizzo, l'inquinamento e gli eventi meteorologici che potrebbero causare danni a persone e infrastrutture³⁶. Nell'ambito delle funzioni di regolazione, i *big data* permettono di effettuare monitoraggi accurati attraverso la raccolta e l'elaborazione di dati sui comportamenti e le preferenze dei soggetti coinvolti³⁷.

Se innegabili sono i vantaggi, dall'altra parte, la capacità di previsione derivante dall'analisi dei *big data* comporta notevoli rischi quanto ad errori di valutazione nel passaggio tra l'analisi del passato alle previsioni per il futuro, in particolare, quando si va ad incidere sui comportamenti e gli interessi di singoli o gruppi³⁸. Vi è differenza, infatti, tra le previsioni riferite alle conseguenze di un certo contesto o situazione, ad esempio in campo medico, quelle relative alle preferenze dei soggetti e, infine, quelle relative alle scelte che essi effettueranno³⁹. Queste ultime risultano le più delicate, in quanto le

³⁴ F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 43 ss.; I. KERR, J. EARLE, *Prediction, Preemption, Presumption: How Big Data Threatens Big Picture Privacy*, in *Stanford Law Review Online*, 66, 2014, 72; N. RICHARDS, W. HARTZOG, *Trusting Big Data Research*, in *DePaul Law Review*, 2017, 579.

³⁵ B. FRANKS, *Taming The Big Data Tidal Wave: Finding Opportunities in Huge Data Streams with Advanced Analytics*, New York, 2012.

³⁶ Sulla questione specifica delle *smart cities*: si v. *Istituzioni del Federalismo*, 5/2015; R. FERRARA, *The smart city and the green economy in europe: a critical approach*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2-3/2015, 63 ss.; A. CASINELLI, *Le città e le comunità intelligenti (Commento a d.l. 18 ottobre 2012, n. 179)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 240 ss.; I.A. TARGIO HASHEM e altri, *The role of big data in smart city*, in *International Journal of Information Management*, 2016, 748-758.

³⁷ Sulla regolazione attraverso l'utilizzo dei dati si v. J. MITTS, *Predictive Regulation*, 27 giugno 2014, in <https://ssrn.com/abstract=2411816>; R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008.

³⁸ F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Diritto amministrativo*, 4/2017, 799 ss.

³⁹ Si fa ricorso ai *big data* per la valutazione del quadro clinico, nella pianificazione urbana per analizzare gli spostamenti, modulare i servizi e potenziare le infrastrutture, per decidere le politiche

previsioni possono potenzialmente limitare i diritti e le libertà dei soggetti, venendo in rilievo i comportamenti individuali e collettivi.

Ciò posto, a fronte di una capacità di raccolta dei dati pressoché sconfinata, emergono non poche criticità sia in ordine all'affidabilità della raccolta stessa, sia in ordine alla leggibilità dei dati, dovuta alla loro organizzazione. Criticità che inducono a comprimere l'utilizzo di tali strumenti nei processi decisionali pubblici per ragioni di carattere tecnologico e culturale. Infatti, i modelli di intelligenza artificiale e gli algoritmi utilizzati per le previsioni sono opachi, non sono regolati e, quindi, non vi è possibilità di verificare il percorso logico e l'esattezza delle previsioni: il numero di dati utilizzato per la decisione è talmente elevato da non consentire di ricostruire l'iter logico che ha condotto alla decisione; in assenza di motivazione viene compromesso il diritto di difesa e di effettuare controdeduzioni, specialmente quando si tratta di misure sanzionatorie⁴⁰. Vi è una notevole differenza, infatti, tra il distribuire misure di welfare o sussidi facendo riferimento ad una valutazione probabilistica, rispetto all'irrogare sanzioni maggiori o all'adottare misure di prevenzione sulla base di predizioni⁴¹. In virtù di tali argomentazioni, l'analisi attraverso gli *small data* sarebbe da preferire in situazioni contingenti e quando vi sono tempi di decisione ristretti⁴².

4. Affinità e divergenze tra il ricorso a *small e big data*

Il tema dell'uso del patrimonio informativo pubblico ci pone dunque innanzi alla necessità interrogarci sul ruolo rivestito dai dati nel processo decisionale e nell'attività conoscitiva delle p.a.⁴³. Occorre domandarsi in che misura i decisori pubblici possano adoperare i *big data* nell'esercizio delle proprie funzioni e se sia necessario un approccio differente rispetto agli *small data*. La trattazione richiede una macro-distinzione preliminare connessa al ruolo della p.a., che può agire nell'esercizio di un potere ovvero nell'espletamento di un servizio⁴⁴. Nel primo caso si è in presenza di un'azione che si manifesta attraverso l'emanazione di provvedimenti unilaterali, autoritativi, che

economiche attraverso le previsioni e, infine, a scopo di prevenzione della criminalità. I. KERR, J. EARLE, *Prediction, Preemption, Presumption: How Big Data Threatens Big Picture Privacy*, cit., 66.

⁴⁰ Sul punto C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review* e in *University of Penn Law School*, n. 18-38.

⁴¹ F. COSTANTINO, *Lampi*, cit.

⁴² Si v. F. SYLOS LABINI, *Big data, complessità e metodo scientifico*, in *Aspenia*, 2013; K.C. DE SOUZA e B. JACOB, *Big Data in the public sector: lessons for practitioners and scholars*, in *Administration & Society*, 2014, 1-22.

⁴³ F.A. ROVERSI MONACO, *Prefazione*, in M. CAMELLI, M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Bologna, 1997, 13, scriveva già della «importanza crescente che la qualità dell'infrastruttura informativa riveste ai fini del recupero di efficienza, imparzialità e democraticità dell'amministrazione». Anche P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 537, sottolinea che vi è «un collegamento stretto tra semplificazione ed interazione telematica con la pubblica amministrazione».

⁴⁴ Sulla distinzione si veda G. NAPOLITANO, *Funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 23-29. Sulla nozione di servizio pubblico si v. F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, 1970; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

apportano modifiche alla sfera giuridica del destinatario anche in mancanza del suo consenso⁴⁵. Nel secondo l'azione amministrativa risulta contrassegnata dall'erogazione di prestazioni di welfare – come salute, trasporti, energia – caratterizzate dal ricorso a strumenti contrattuali, o comunque privatistici, senza uso del potere unilaterale.

Se nella logica “big” i dati vengono conservati ed utilizzati anche per finalità differenti da quelle originarie e anche se errati essi, di conseguenza, non garantiscono quei requisiti di affidabilità e qualità necessari per essere posti alla base decisioni che incidano situazioni giuridiche altrui. Tale caratteristica pone una essenziale differenza con la logica “small”, in cui i dati servono ad una determinata finalità e vengono raccolti ed utilizzati solo per essa⁴⁶. In tal senso, quindi, i *big data* sembrano venire in rilievo per l'esercizio di funzioni di controllo e di regolazione: per conoscere la realtà e analizzare l'impatto di determinate decisioni e politiche sulle comunità amministrate, ovvero nelle ricerche e nelle analisi a supporto del processo decisionale pubblico. Si tratta cioè di un macro-livello, del momento della scelta e implementazione delle politiche generali. In altri termini, lo sviluppo informatico e tecnologico viene oggi ad avere un rilevante uso per le attività di governo e nella prestazione di servizi pubblici poiché in tali campi non sorgono perplessità dal punto di vista della compatibilità con le prescrizioni portanti del procedimento, tra cui l'art. 3 della legge n. 241/1990.

Se da un lato i risultati derivanti dall'elaborazione dei *big data* possono certamente essere posti a fondamento della valutazione sull'avvio di un procedimento, dall'altro essi non possono essere posti a base della decisione, sia per il principio di veridicità dei dati che deve sempre guidare lo stesso procedimento⁴⁷, sia per la necessità di rendere intellegibili e ricostruibili i processi decisionali tramite la motivazione.

In altri termini, non si nega la grande utilità dei *big data* quali strumento supporto e analisi per decisore pubblico, dal momento che essi appaiono significativi per pianificare in maniera strategica, prevenendo rischi e criticità o anticipando bisogni⁴⁸. Infatti, l'amministrazione, sulla base di dati relativi al passato, può decidere quali politiche implementare, rafforzare o rimodulare avvalendosi delle proiezioni future prodotte dagli algoritmi e sulla base della correlazione dei dati disponibili.

Viceversa, per ciò che riguarda la singola decisione amministrativa nel caso concreto, la logica predittiva, statistica, per via dei risultati tendenzialmente incerti che produce, non sembra essere adeguata a fondare una decisione puntuale e che incide su situazioni protette. La prescrizione circa la necessità di indicare «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche» che hanno determinato la decisione non può essere rispettata in quanto verrebbero in rilievo unicamente correlazioni e *trend*, con percorsi non conoscibili né dal privato, né dalla p.a. Quest'ultima, infatti, deve essere in grado di spiegare e

⁴⁵ Sul potere si v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 108-109; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE, cit., 320 ss.

⁴⁶ M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni*, cit.

⁴⁷ Sul punto E. CARLONI, *Il principio di verità tra i principi del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, 35; ID., *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, 2011.

⁴⁸ In questo senso D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie*, cit.

giustificare in modo compiuto le proprie decisioni, come richiesto anche dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE. Di conseguenza, i *big data* possono essere un valido ausilio per la p.a. nella fase istruttoria e nelle scelte di politica pubblica, per capire dove focalizzare l'attenzione, nell'ambito di scelte discrezionali sul dove concentrare l'intervento pubblico e in che modo attuarlo⁴⁹. In altri termini, possono essere impiegati per rendere oggettiva la rilevazione dei fenomeni e allo scopo di realizzazione una conoscenza pubblica autonoma, imparziale e obiettiva.

Ad esempio, un'analisi di questo tipo è utile al fine di rilevare irregolarità amministrative, come quelle fiscali e contributive; irregolarità da verificare poi in sede di procedimento individuale, ma che avviene attraverso il ricorso agli *small data*, ovvero, facendo ricorso unicamente ai dati che riguardano il singolo soggetto. In quest'ottica, è possibile riportare a sistema le due logiche, affermando che il ricorso ai *big data* consente di effettuare un proficuo bilanciamento tra le opposte esigenze di completezza dell'istruttoria e celerità della decisione in quanto migliora la conoscenza pubblica e la rende più oggettiva, ovvero meno dipendente dai dati forniti dal privato; la logica *small data* viene recuperata poi in sede di singolo procedimento, al momento di prendere in considerazione gli elementi decisori riferibili al caso concreto e là dove si ha esercizio del potere⁵⁰.

Tale autonomia nella costruzione della conoscenza pubblica consentirebbe pure un riequilibrio tra potere pubblico e interessi privati, nell'ottica di un confronto reciproco finalizzato all'adozione della migliore decisione possibile⁵¹.

L'utilizzo delle informazioni ricavate dall'analisi dei *big data* come un elemento di fatto dell'istruttoria, da porre a fondamento (magari unico) della decisione amministrativa risulta ben più problematico in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, ossia in ragione dell'essere basate su correlazioni ricorrenti e informazioni decontestualizzate, piuttosto che su procedimenti logici di causa/effetto. E invero, il principale limite all'utilizzo di tale categoria di dati all'interno dell'azione amministrativa di adozione di provvedimenti determinati è dato primariamente dal principio di verità materiale⁵². Difatti, è dovere della p.a. porre a fondamento della decisione presupposti di fatto adeguatamente accertati, allo scopo di raggiungere una conoscenza fortemente oggettiva dalla realtà. Nell'ambito delle dinamiche procedurali relative a decisioni individuali, la scelta deve essere fondata su elementi accurati, obiettivi, rilevanti, completi,

⁴⁹ F. COSTANTINO, *Lampi*, cit.

⁵⁰ Sulle possibili interazioni tra procedimento amministrativo e *big data* si v. M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni*, cit., 620.

⁵¹ In questo senso già S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Diritto e società*, 1992, 224. Recentemente si v. F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Diritto pubblico*, 2/2013, 481-520; C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Diritto pubblico*, 1/2016, 1-36.

⁵² Sulla certezza pubblica si v. M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, 1960, 770; A. FIORITTO, *Certezza pubblica*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 851; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze private"*, Milano, 2010, 30 ss.; A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, cit., 18.

rappresentativi; tali non sono quelli che, attraverso correlazioni di dati, individuano andamenti e non fatti materiali.

Ebbene, se i dati devono essere adeguati all'utilizzo per cui sono raccolti, e se essi sono un elemento centrale nella valutazione istruttoria all'interno del procedimento e se, infine, è vero che il procedimento deve essere basato sulla veridicità degli elementi istruttori, su garanzie procedurali di partecipazione e trasparenza, allora non se ne può che ricavare la conclusione per cui *big data* e *small data* assolvono a due funzioni profondamente diverse in ambito procedimentale. I secondi, infatti, seguono un modello qualitativo che consente di includerli tra quegli elementi che la p.a. può porre alla base della motivazione nel caso specifico, anche in ragione della centralità, per il decisore pubblico, dell'esigenza che le scelte siano assunte sulla base di informazioni corrette, affidabili, aggiornate allo scopo di giungere alla decisione più corretta e quindi migliore⁵³.

D'altronde, nella decisione relativa ad un singolo procedimento, ma anche nella decisione algoritmica più classica, quella che non fa ricorso a sistemi di *machine learning*⁵⁴, vengono adoperate unicamente i dati, definiti e circoscritti, strettamente riferibili alla decisione in questione. Inoltre, i dubbi sull'attendibilità dell'analisi tramite i *big data* fanno propendere per l'esclusione dell'applicabilità nel singolo procedimento, con una conseguente collocazione in una fase precedente a quella prettamente amministrativa. Ovvero, tali dati risultano essenziali per l'analisi di quegli elementi che non sono presupposti di esercizio del potere, cioè gli elementi mediante i quali vengono stabilite *policies* e prese macro-decisioni.

A tali elementi di criticità se ne aggiunge uno ulteriore. Il fatto che le decisioni siano adottate tenendo conto di un numero talmente elevato di dati e parametri da estremamente difficile ricostruire a posteriori l'*iter* logico seguito dalla p.a., finendo con l'incidere negativamente sul diritto di difesa di chi si ritenesse pregiudicato dalla decisione. I *big data*, pertanto, piuttosto che accrescere la trasparenza e far diminuire l'arbitrarietà delle decisioni umane, rischiano di ottenere l'effetto contrario.

In ultima analisi, la conoscenza ricavabile dai *big data*, essendo il frutto di tecniche volte a mettere in evidenza correlazioni tra variabili, deve arrestarsi di fronte al procedimento amministrativo, il quale si fonda sulla certezza ed è regolato in modo da far sì che da esso segua un percorso razionale per giungere alla decisione⁵⁵. Per cui, a fronte di un quadro fenomenico o fattuale ricostruito utilizzando i *big data* quali elementi *ad adiuvandum*, a supporto delle valutazioni e argomentazioni effettuate dalla p.a., all'interno del procedimento devono poi essere presi in considerazione dati affidabili e di

⁵³ R. URSI, *La variante digitale della costruzione della decisione amministrativa*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, BG. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, in corso di pubblicazione.

⁵⁴ Sul legame tra intelligenza artificiale e decisione amministrativa, si v. D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European review of digital administration & law*, 1-2/2020, 37 ss.; F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 2017, 370, nonché l'approfondita trattazione di M. DELMASTRO e A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, 10.

⁵⁵ R. URSI, *La variante digitale della costruzione della decisione amministrativa*, cit.

qualità, gli *small data*, poiché il procedimento rimane il luogo di garanzia per eccellenza per i cittadini.

5. Osservazioni conclusive

Lo sviluppo tecnologico ha attuato il passaggio dalla conoscenza dei fenomeni agli “andamenti”, ciò che influisce sul processo decisionario delle amministrazioni stesse, anche riducendo i tempi di analisi dei decisori pubblici. Allo stesso tempo, rimangono fermi i principi generali che regolano l’esercizio del potere ed il procedimento amministrativo; tra questi, particolare rilevanza assumono la visibilità dei processi decisionali e la trasparenza sui dati e le informazioni poste a base della decisione stessa.

Diventa così possibile ipotizzare un diverso uso per le tipologie di dati, in base alle loro caratteristiche salienti e alle loro potenzialità. Ai *big data* le amministrazioni ricorrono per svolgere funzioni di controllo, di regolazione e di miglioramento dei servizi pubblici e, in generale, delle prestazioni di welfare, poiché essi permettono una capillare e continua rilevazione di informazioni su abitudini, comportamenti e preferenze dei cittadini/utenti. Gli *small data*, viceversa, vengono in rilievo al momento della decisione nell’ambito di una decisione puntuale, in relazione all’uso del potere, in grado di incidere su posizioni protette.

Se leggiamo in questa prospettiva la dinamica del patrimonio conoscitivo pubblico, ci accorgiamo che convivono due logiche tra loro differenti (small e big) e che assolvono a funzioni diverse, dal momento che il procedimento è il luogo della conoscenza, che deve fondarsi su elementi certi, mentre nelle politiche pubbliche prevale l’esigenza di avere informazioni, ricavabili dall’analisi di grandi masse di dati. In altri termini, ai *big data* si dovrebbe ricorrere nell’attività conoscitiva della p.a., e agli *small* in quella decisionale.

Tali due logiche risultano complementari e non totalmente contrapposte, dal momento che la dottrina include tra le caratteristiche dei big data quella della veridicità, ciò che li avvicina a quell’approccio qualitativo caro al CAD. Come ulteriore conseguenza di questo approccio si ha che lo studio dei *big data* non può fondarsi sul Codice, il quale è uno strumento per sviluppare l’*e-government*, ma nulla prevede in punto di attività predittiva e decisioni algoritmiche.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

SICUREZZA CIBERNETICA E ORGANIZZAZIONE DEI POTERI: SPUNTI DI COMPARAZIONE

ALESSANDRO LAURO

SOMMARIO: 1. Introduzione: la sicurezza cibernetica come problema di diritto pubblico. – 2. Cenni all’evoluzione europea della disciplina. – 3. La scelta delle autorità nazionali NIS: un panorama significativamente variegato tra tecnica, amministrazione e politica. – 4. Segue: l’altalenante legislazione italiana nella materia. – 5. Consulenza e collaborazione nella definizione dell’indirizzo politico: alleanze strategiche fra pubblico e privato. – 6. Politiche di *cybersecurity* e rapporti fra organi costituzionali. – 6.1. Organi infragovernativi. – 6.2. Il controllo parlamentare. – 6.3. Segue: ritorno sulla scelta primo-ministeriale, con particolare riferimento ai casi italiano e francese. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione: la sicurezza cibernetica come problema di diritto pubblico

Il rapporto dell’associazione CLUSIT 2021 ha messo in luce che nel 2020, *annus horribilis* della pandemia, gli attacchi informatici nel mondo hanno subito un incremento del 12% rispetto all’anno precedente¹. La guerra cibernetica è ormai una realtà che impone agli Stati di rafforzare i loro assetti interni legati alla difesa nel cyberspazio².

¹ CLUSIT, *Rapporto 2021 sulla sicurezza ICT in Italia*. Sul tema della cibersicurezza all’interno delle Pubbliche amministrazioni v. P.L. MONTESSORO, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti dell’amministrazione digitale*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2019, 783 ss.

² Estremamente significativo è l’*Executive Order on Improving the Nation’s Cybersecurity*, adottato dal Presidente statunitense Biden il 12 maggio 2021. La sez. I dell’atto dà la misura dei contenuti: «*The United States faces persistent and increasingly sophisticated malicious cyber campaigns that threaten the public sector, the private sector, and ultimately the American people’s security and privacy. The Federal*

Nel diritto internazionale solo alcuni strumenti di *soft-law* si occupano del tema (il più noto è il c.d. *Manuale di Tallin* elaborato dal Centro NATO per la Ciberdifesa³) e ciò non sorprende: esiste un'oggettiva difficoltà per lo *ius gentium* nell'applicare le categorie sue proprie ai nuovi fenomeni di belligeranza telematica: si pensi, fra tutti, al tema della riferibilità soggettiva di un atto ostile cibernetico ad uno Stato⁴.

Peraltro, nella fluidità della rete senza confini fisici, sfuma la distinzione che intercorre, semplificando, fra attività di difesa – cioè di protezione armata dalle minacce esterne – e politiche di sicurezza – cioè di polizia interna ed esterna, volta a garantire l'incolumità di persone e beni⁵. Il che rende ancora più difficile comprendere sino a che punto potrebbe spingersi il diritto internazionale senza incescipare in ambiti domestici.

A partire dagli anni 10 del 2000 si sono moltiplicati gli atti statali volti a definire le politiche di sicurezza cibernetica: si è trattato, inizialmente, di atti programmatici, non tradotti in vere e proprie modifiche legislative, sviluppati soprattutto in ambito NATO⁶.

È stato nel livello eurounitario che tale tendenza ha conosciuto un salto di qualità con il passaggio da strumenti di *soft law* a veri e propri atti legislativi che hanno disegnato la cornice fondamentale della disciplina degli Stati membri.

Il presente scritto propone di soffermarsi su alcuni aspetti di questo diritto di derivazione sovranazionale ed in particolare su come il suo recepimento nei vari Paesi offra un interessante spaccato relativo alla configurazione dei poteri pubblici in relazione ad una delle più pressanti sfide del tempo presente.

Ovviamente, non si intende (né si potrebbe) sminuire la pur centrale problematica di come debba essere conciliata l'attività di cibersicurezza con il rispetto e la garanzia dei diritti e delle libertà nell'era digitale, anche essa oggetto delle preoccupazioni del legislatore unionale⁷.

Tuttavia, si ritiene che l'analisi del versante prospettato – anche perché forse meno frequentata nella riflessione dottrinale – possa offrire qualche spunto ulteriore alla

Government must improve its efforts to identify, deter, protect against, detect, and respond to these actions and actors. The Federal Government must also carefully examine what occurred during any major cyber incident and apply lessons learned. But cybersecurity requires more than government action. Protecting our Nation from malicious cyber actors requires the Federal Government to partner with the private sector».

³ M.N. SCHMITT (a cura di), *Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, 2016.

⁴ In tema v. H. DINNIS, *Cyberwarfare and the laws of war*, New York, 2014.

⁵ Sul punto v. più ampiamente G. DEVERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e dell'emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 67 ss. L'A. in particolare osserva che «[l']endiadi sicurezza/difesa in termini militari tradizionali copre oggi una parte circoscritta del complesso ambito in cui gli interessi degli stati possono essere pregiudicati da aggressioni e ostilità di varia natura provenienti da interessi esterni. La conflittualità coinvolge l'informazione e l'attività diplomatica tradizionale, i rapporti economici, la competizione tecnologica – e in particolare i progressi dell'intelligenza artificiale e la gestione dei dati - l'attività di *intelligence*» (68-69).

⁶ Fra i vari documenti: nel Regno Unito *The UK Cyber Security Strategy: Protecting and Promoting the UK in a Digitalized World* (2011); negli Stati Uniti la *Strategy for Operating in Cyberspace* del *Department of Defense* (2011); in Canada la *Canada's Cyber Security Strategy* (2010).

⁷ Si pensi al tema dei *data breaches* e alle procedure previste dal Regolamento 2016/679 (GDPR) per contenerne gli effetti pregiudizievoli sui privati (art. 33 GDPR). Sul tema v. L. SCAFFARDI, *Nuove tecnologie, prevenzione del crimine e privacy: alla ricerca di un difficile bilanciamento*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 425 ss.

riflessione costituzionalistica sul tema⁸.

In particolare, dopo aver richiamato brevemente l'attuale disciplina europea, l'analisi si concentrerà su tre questioni nodali della sicurezza informatica: l'individuazione delle autorità nazionali competenti alla luce della normativa unionale; il rapporto di collaborazione fra pubblico e privato nelle politiche di *cybersecurity*; l'intarsio fra i nuovi assetti di poteri nella materia e i sistemi costituzionali esistenti.

È possibile già anticipare che in tutti e tre questi ambiti emergerà, in maniera ricorrente, la natura altamente deformalizzata delle modalità con cui si svolgono i rapporti istituzionali concernenti le politiche di sicurezza nel cibernazio.

2. Cenni all'evoluzione europea della disciplina

L'attenzione europea al tema della sicurezza informatica si sviluppa sostanzialmente in due macrofasi.

Una prima, agli inizi degli anni 2000, consegue alla più estesa disciplina del mercato unico digitale⁹. In questa fase, con il regolamento CE n. 460/2004, viene istituita un'apposita Agenzia dedicata alla sicurezza delle reti¹⁰.

Una seconda fase (attualmente in via di ulteriore sviluppo) segue invece la crisi economico-finanziaria del 2008-2010, e prende le mosse dalla Strategia europea elaborata dalla Commissione e presentata nel febbraio 2013. Tale atto richiede espressamente agli Stati membri di elaborare una propria strategia nazionale in accordo con le linee guida comuni.

Di lì a poco l'atto di indirizzo sarà seguito dal regolamento UE n. 526/2013 che, innovando il precedente regolamento, istituisce l'ENISA – l'Agenzia dell'Unione Europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione – riplasmando la precedente Agenzia secondo più avvedute esigenze di coordinamento delle attività in materia di sicurezza informatica e con una maggiore consapevolezza circa la natura strategica di tale materia nello sviluppo economico.

Ma nei confronti degli Stati membri – e per l'ordinamento “multilivello” dell'Unione – il passaggio fondamentale avviene con la direttiva europea 2016/1148 (c.d. Direttiva “NIS”, *Network and Information Security*), all'origine degli interventi normativi nazionali di cui ci si occuperà nel prosieguo, destinata a fissare un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi dell'Unione.

⁸ Sul tema della sicurezza nel diritto costituzionale v. G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012; T. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010; A. TORRE, *Costituzioni e sicurezza*, cit.

⁹ In questa fase vengono adottate, fra le altre, le direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica e 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata. Nel giugno 2004 il Consiglio Europeo chiede peraltro la preparazione di una Strategia globale per le infrastrutture critiche, culminata nella direttiva 2008/114/CE (si veda il Considerando n. 1 della stessa).

¹⁰ Adottata sul fondamento dell'art. 95 del trattato sulla Comunità europea (oggi art. 114 TFUE), sull'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Sull'evoluzione della disciplina europea cfr. C. CENCETTI, *Cybersecurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Roma, 2014, 21 ss.

Tale atto non è peraltro restato isolato, inserendosi in una più ampia cornice di misura dettate dal legislatore europeo per rafforzare la difesa di interessi, reti e beni strategici per gli Stati membri e per l'Unione nel suo complesso, concretizzatasi di recente con l'adozione del Regolamento 2019/881 sul potenziamento dell'ENISA e la creazione di un sistema di certificazione della cibersicurezza¹¹. Tali indirizzi sono peraltro ancora in fase di evoluzione¹².

Accanto all'emanazione di questi atti, la stessa ENISA ha fornito un volume non indifferente di linee guida e raccolta di buone prassi in materia di sicurezza cibernetica.

Il risultato ultimo della legislazione unionale segue un andamento tipico – se è concesso dire – del diritto europeo¹³: attorno all'autorità europea (l'ENISA, in questo caso) si crea una rete di autorità nazionali¹⁴ che debbono coordinarsi con questa e sono dotate di poteri di vigilanza, di sanzione e di natura talvolta mista, autorizzatoria e certificatoria. All'interno degli ordinamenti statali è possibile poi individuare delle autorità settoriali, cui è devoluta la competenza per i segmenti di attività economiche e sociali da loro presieduti. Accanto alla rete propriamente amministrativa, si costituisce anche una rete “tecnica” composta dai CSIRT nazionali (i Gruppi di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente)¹⁵.

Insomma, se vista dall'alto, l'architettura della *governance* potrebbe far assomigliare il settore secur-cibernetico al dominio di una nuova generazione di autorità indipendenti.

Si tratta, però, di un'illusione prospettica o, quanto meno, di un fotogramma che non si presta a generalizzazioni, come dimostra la grande variabilità delle discipline nazionali di attuazione della direttiva NIS.

3. La scelta delle autorità nazionali NIS: un panorama significativamente variegato tra tecnica, amministrazione e politica

La natura tipicamente “trasversale” delle politiche di cibersicurezza e la loro conseguente difficile collocazione nel quadro ordinamentale emerge nitidamente allorché ci si focalizzi sulla natura delle autorità NIS individuate dai singoli Stati.

In effetti, possiamo verificare che l'attuazione è stata estremamente variegata, in ciò rilevandosi anche specifiche scelte di indirizzo politico-amministrativo interne agli Stati, riassumibili sostanzialmente in tre ipotesi.

¹¹ Tale regolamento sostituisce il citato regolamento UE n. 526/2013.

¹² Il 16 dicembre 2020 è stata infatti presentata una nuova proposta di direttiva detta NIS-2, volta ad ampliare i settori di intervento della precedente regolazione. Essa è stata contestualmente accompagnata da un nuovo documento programmatico europeo per la cibersicurezza intitolato “*La strategia dell'UE in materia di cibersicurezza per il decennio digitale*”.

¹³ Si pensi alla rete delle Autorità per la concorrenza istituita con il regolamento n. 1/2003, nonché alle forme di “cooperazione e coerenza” previste per le Autorità di controllo in materia di dati personali dagli artt. 60 e ss. GDPR.

¹⁴ L'art. 8 della Direttiva NIS prevede, da un lato, le autorità nazionali e, dall'altro, i “punti di contatto unici”, vale a dire gli organismi di collegamento con l'Agenzia e gli altri Stati.

¹⁵ Tali gruppi sono previsti dall'art. 9 della Direttiva NIS.

La prima è consistita nell'affidamento del ruolo ad Autorità amministrative indipendenti o, comunque, ad organismi tecnici di regolazione. Così, ad esempio, è successo in Lussemburgo, dove l'autorità per le telecomunicazioni è stata investita del ruolo, affiancata dalla sola autorità per i mercati finanziari per l'ambito di competenza¹⁶. Nel Regno Unito *ante Brexit* il ruolo di autorità nazionale era invece assegnato all'*Information Commissioner*¹⁷, alle cui cure già erano affidati i compiti discendenti dalla normativa europea sulla privacy.

La seconda opzione ha invece innestato poteri, doveri e competenze derivanti dalla direttiva NIS direttamente su apparati ministeriali o enti da questi dipendenti. Si tratta, in realtà, della scelta più frequente all'interno degli ordinamenti statali¹⁸, sebbene poi l'identificazione del dicastero dipenda in buona parte dal numero di autorità settoriali individuate, ma – in fondo – anche dall'interpretazione che i legislatori nazionali danno alle politiche di cibersicurezza. Così facendo, in alcuni casi è l'aspetto infrastrutturale ad emergere (a Malta e in Irlanda il compito spetta al Ministero delle comunicazioni), in altri è il profilo prettamente legato alla sicurezza (in Germania è il Ministero degli Interni), in altri ancora è l'idea della lotta all'illegalità informatica (nei Paesi Bassi è il ministro della Giustizia).

Da ultimo, alcuni Paesi hanno scelto di conferire direttamente al capo del Governo o ad un'agenzia a questi sottoposta le funzioni di autorità nazionale NIS (così in Belgio¹⁹, Francia²⁰, Portogallo²¹, Austria²²).

Questa diversità di trasposizione rivela la natura ibrida della cibersicurezza: si tratta di una questione tecnica da lasciare ad entità esperte? È una funzione amministrativa di polizia che i pubblici poteri devono esercitare a livello virtuale come nel mondo fisico? Oppure è una questione più densamente politica, che attiene alle strategie di fondo dell'azione statale, ponendosi quindi al cuore stesso dell'indirizzo politico?

I contenuti della direttiva NIS – a ben vedere – trattano tutti e tre gli aspetti,

¹⁶ Secondo la *loi du 29 mai 2019*, Le autorità competenti sono la *Commission de surveillance du secteur financier* e l'*Institut luxembourgeois de régulation*, ciascuno per il proprio settore di regolazione (i mercati finanziari e le telecomunicazioni).

¹⁷ Cfr. *The Network and Information Systems Regulations 2018*, sez. 3.

¹⁸ Questi alcuni dei Paesi che hanno individuato l'autorità nazionale NIS in un ministero o in un apparato alle dirette dipendenze di questo: Germania (Ministero dell'Interno); Spagna (Ministero dell'Interno, Ministero dell'Economia e Ministero della difesa); Paesi Bassi (Ministero della Giustizia); Malta (Ministero delle comunicazioni); Irlanda (Ministero per la comunicazione, l'azione climatica e l'ambiente).

¹⁹ La *loi du 7 avril 2019* ha rinviato ad un *arrêté royal* l'individuazione dell'autorità nazionale. Tale atto (adottato il 18 luglio 2019) ha conferito il ruolo al *Centre pour la Cybersécurité Belgique*, che è posto alle dirette dipendenze del Primo Ministro (*arrêté royal* del 10 ottobre 2014).

²⁰ In questo caso il tema della cibersicurezza è stato integrato direttamente nel *Code de la défense* dalla *loi n. 2015-917 (loi actualisant la programmation militaire 2015-2019)*, che ha inserito l'articolo L. 1332-6-1, il quale attribuisce al Primo Ministro il potere di fissare le regole necessarie alla protezione dei sistemi informatici di interesse pubblico. L'autorità nazionale è rappresentata dall'*Agence Nationale de la sécurité des systèmes d'information*, che dipende dal Servizio generale della difesa e della sicurezza nazionale del Primo Ministro.

²¹ Si tratta del *Centro Nacional de Cibersegurança* che, ai sensi dell'art. 7 della *lei 46/2018*, opera nell'ambito del *Gabinete Nacional de Segurança*, a sua volta sotto la direzione del Primo Ministro.

²² I compiti del *Bundeskanzler* sono evidenziati dalla *Bundesgesetz zur Gewährleistung eines hohen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen* (§4). Egli è assistito dal *Büro für Strategische Netz- und Informationssysteme*.

mettendo l'accento tanto sul versante tecnico (più precisamente individuato nella rete europea e nei punti di contatto: art. 9), quanto sul versante amministrativo (con i poteri riconosciuti alle autorità nazionali: art. 8) ed anche – seppure in maniera meno incisiva – sul lato politico, domandando l'adozione di specifiche strategie nazionali (art. 7).

Tuttavia, è chiaro che l'afflusso di nuovi, significativi poteri di derivazione europea, che attingono interessi fondamentali dello Stato (la sicurezza e la difesa), non potesse lasciare indifferenti le strutture di governo²³, né si sarebbe potuta realizzare silenziosamente la fuoriuscita di queste facoltà dall'orbita di una loro titolarità politica. Sicché non sorprende che, da un lato, il ricorso alle autorità indipendenti sia stato in definitiva ridotto e, dall'altro, i vertici del potere esecutivo siano stati direttamente coinvolti nella definizione delle architetture nazionali di cibersicurezza, soprattutto ove già detenessero competenze in materia di sicurezza e servizi segreti. A questo proposito (e vi si ritornerà anche *infra*, par. 6.3) è particolarmente significativo l'esempio dell'Italia.

4. Segue: l'altalenante legislazione italiana nella materia

La recezione da parte dell'ordinamento italiano delle novità maturate a livello europeo merita una menzione a parte, se non altro per l'andamento altalenante che l'ha caratterizzata.

In effetti, la prima fonte di attuazione (o, meglio, di anticipazione) degli orientamenti europei è stata la legge 7 agosto 2012 n. 133 che, intervenendo sulla legge 3 agosto 2007 n. 124 sulla sicurezza della Repubblica, ha posto il Presidente del Consiglio al vertice delle politiche nazionali di protezione cibernetica e sicurezza informatica²⁴. In questo modo il tema della cibersicurezza veniva concretamente introiettato nella dinamica della forma di governo nel nostro Paese. A seguito della novella, e sul fondamento della nuove norme introdotte, il Presidente del Consiglio dettava una strategia nazionale sul modello di quanto da lì a poco avrebbe fatto formalmente anche l'Unione Europea²⁵.

La direttiva NIS, invece, trova applicazione in Italia con il d.lgs. 18 maggio 2018 n. 65, adottato – si noti – dal Governo Gentiloni, dimissionario a seguito delle elezioni del marzo 2018 (dunque limitato, nella sua attività, agli affari correnti): non a caso vi è stata una ricezione minimale della normativa, poi integrata nel 2019. In particolare, il decreto legislativo, pur riconoscendo al Presidente del Consiglio il potere di adozione

²³ Cfr. A. COLELLA, *Analisi comparata delle architetture decisionali in materia di sicurezza cibernetica dei paesi dell'area euro-occidentale*, in A. TORRE, *Costituzioni e sicurezza*, cit., 439 ss.

²⁴ L'art. 1, comma 3 bis, come aggiunto nel 2012 recita: «Il Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica, impartisce al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e ai servizi di informazione per la sicurezza direttive per rafforzare le attività di informazione per la protezione delle infrastrutture critiche materiali e immateriali, con particolare riguardo alla protezione cibernetica e alla sicurezza informatica nazionali». Sull'impianto generale della legge n. 124/2007 v. il commento di T. GIUPPONI, *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2004*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, Torino, 2010, 1677 ss.

²⁵ DPCM 24 gennaio 2013: “Direttiva recante indirizzi per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionale”

della strategia nazionale (art. 6), delegava a vari Ministeri la competenza settoriale in materia cibernetica (art. 7). Tale scelta di *governance* è stata in parte – e a dire il vero surrettiziamente – rivista con il successivo d.l. 21 settembre 2019 n. 105, che ha attribuito al Presidente del Consiglio in Italia importanti poteri (sia normativi²⁶, che preventivi²⁷, ma anche sanzionatori²⁸) al fine di garantire un livello elevato di sicurezza delle reti in conformità con la direttiva NIS. In particolare il decreto da ultimo citato ha creato il “perimetro di sicurezza nazionale cibernetica”, affidando al capo del Governo la vigilanza degli operatori pubblici e privati ivi inclusi e fornendogli vari poteri di difesa in caso di crisi cibernetica²⁹.

Nel 2021, il Governo Draghi ha adottato un nuovo decreto-legge (14 giugno 2021 n. 82) con cui – oltre a riaffermare l’architettura nazionale di sicurezza cibernetica con al vertice il Presidente del Consiglio – viene creata l’Agenzia Nazionale per la cibersicurezza nazionale (sotto l’egida del capo del Governo), a cui si affidano le funzioni di Autorità nazionale ai fini della direttiva NIS, superando l’assetto stabilito nel 2018 e riportando coerenza fra i vari interventi succedutisi.

5. Consulenza e collaborazione nella definizione dell’indirizzo politico: alleanze strategiche fra pubblico e privato

Il secondo punto di analisi si focalizza invece sulla collaborazione fra pubblico e privato nell’ambito delle politiche di *cybersecurity*³⁰.

Conviene qui partire da una premessa: secondo il costituzionalismo europeo³¹, nel mondo fisico la difesa e la sicurezza sono funzioni che appartengono tipicamente allo Stato (due delle c.d. *fonctions régaliennes*), come attributi della sua sovranità e dell’esercizio del suo potere sui consociati³². Sul versante interno, la sicurezza è dunque

²⁶ L’art. 1, comma 2, del decreto-legge prevede l’adozione di vari DPCM con il compito di definire un ampio spettro di nozioni, quali i soggetti da includere nel perimetro, i rischi, gli obblighi tecnici di prevenzione, le procedure di notificazione ecc. Il Consiglio di Stato, nel suo parere n. 983/2020 del 26 maggio 2020 ha affermato che a detti DPCM debba «senz’altro riconoscersi natura regolamentare».

²⁷ Art.1, comma 6, lett. c).

²⁸ Art. 1, comma 12. Sono irrogabili sanzioni anche a carico di enti pubblici. Secondo il *Dossier dell’11 novembre 2019* predisposto dai Servizi Studi di Camera e Senato per l’esame del decreto (p. 28-29), si tratta del secondo caso in cui la legislazione prevede poteri amministrativi di carattere sanzionatorio in capo alla Presidenza del Consiglio (l’altro caso è previsto dall’art. 3-bis della legge 6 marzo 2001 n. 64 in capo all’Ufficio centrale per il Servizio Civile costituito presso la Presidenza).

²⁹ L’art. 5 prevede in particolare un potere di “spegnimento”, con cui si ordina la disattivazione di prodotti, apparati o snodi infrastrutturali inseriti nel perimetro ed esposti a fragilità in caso di grave rischio nazionale: una sorta di virtuale “ponte levatoio” che si richiude per proteggere la rete nel suo complesso.

³⁰ Sul tema della compartecipazione dei privati alla definizione delle politiche pubbliche v. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2007, 13 ss.

³¹ Come è noto, la prospettiva è diversa negli Stati Uniti, dove il Secondo Emendamento stabilisce il diritto all’autodifesa tramite il possesso di armi, anche se pure sul punto si sono registrate oscillazioni dottrinali: cfr. D.B. KATES JR., *The Second Amendment and the Ideology of Self-Protection*, in *Constitutional Commentary*, 9/1992, 87 ss.

³² Cfr. la nota teoria di M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, 1922 sul monopolio della coercizione fisica in capo allo Stato, così come l’enunciazione da parte di G. JELLINEK, *Allgemeine*

appannaggio dell'autorità pubblica³³ e solo in specifici casi e a particolari condizioni essa può essere parzialmente “privatizzata”³⁴.

Nel ciberspazio non è così, per ragioni ampiamente note, a partire dal fatto che la rete internet è nata come infrastruttura privata, fino alla constatazione contemporanea della “confusione dei poteri” che si realizza nel mondo virtuale, dominato da *puissances privées* e non da istituzioni pubbliche³⁵.

Non è dunque un caso che, sin dai primi documenti programmatici nella materia, il riferimento alla collaborazione fra autorità e privati nella realizzazione delle politiche di sicurezza informatica sia sempre stato presente³⁶ e tale necessità venga ribadita e promossa negli atti europei successivi³⁷. Peraltro, il Libro verde sul partenariato pubblico-privato del 2004 arriva proprio negli anni in cui si redigevano i primi atti europei in materia di cibersicurezza.

Ed in effetti il prototipo di ibridazione fra attività d'impresa privata e interessi pubblici nella materia è rappresentato dal caso americano di In-Q-Tel, società privata che opera nel settore della difesa cibernetica ed ha come unico cliente e partner commerciale il Governo degli Stati Uniti³⁸.

La collaborazione pubblico-privata nel campo cibernetico assume varie forme e l'ENISA cura appositi atti di *soft-law* che codificano le “buone prassi”, al fine di meglio direzionare gli sforzi congiunti³⁹.

Alcune esperienze meritano particolare attenzione, anche perché si assiste non ad una semplice cooperazione – in particolare finanziaria, sul modello della *joint venture* – al fine di sviluppare nuove tecnologie (il che rappresenta la forma più classica di

Staatslehre, Berlino, 1900 dello Stato Si veda per l'Italia, da ultimo, la sent. n. 236/2020 sulla competenza regionale a disciplinare “controlli di vicinato”. Peraltro, in sede di promulgazione di una modifica al codice penale concernente la legittima difesa (legge 26 aprile 2019 n. 36), il Presidente Mattarella scrisse una lettera ai Presidenti delle Camere e del Consiglio sottolineando «la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia» come “corporazione” dotata di un potere di dominazione originario.

³³ Si veda per l'Italia, da ultimo, la sent. n. 236/2020 sulla competenza regionale a disciplinare “controlli di vicinato”. Peraltro, in sede di promulgazione di una modifica al codice penale concernente la legittima difesa (legge 26 aprile 2019 n. 36), il Presidente Mattarella scrisse una lettera ai Presidenti delle Camere e del Consiglio sottolineando «la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia».

³⁴ Si pensi al regime delle autorizzazioni di polizia in materia di armi previsto dagli artt. 40 e ss. del TULPS.

³⁵ Sui poteri privati nella rete v. da ultimo M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel ciberspazio*, in *Diritto costituzionale*, 1/2020, 117 ss.

³⁶ Cfr. i *Considerando* n. 11 e 22 del Regolamento CE n. 460/2004.

³⁷ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia dell'Unione europea per la cibersicurezza: un ciberspazio aperto e sicuro*, Bruxelles, 2013, 5; nonché il *Considerando* n. 35 della Direttiva NIS e il suo art. 7, comma 1, lett. c), il quale impone espressamente agli Stati di prevedere nelle Strategie nazionali misure di collaborazione fra settore pubblico e privato.

³⁸ In-Q-Tel è una *company* formalmente autonoma e indipendente, ma finanziata dalla CIA per sviluppare e finanziare tecnologie informatiche al di fuori del perimetro propriamente istituzionale. Cfr. J.T. REINERT, *In-Q-Tel: The Central Intelligence Agency as Venture Capitalist*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2013, 678 ss.

³⁹ Cfr. ENISA, *Good Practice Guide on Cooperative Models for Effective Public Private Partnerships*, 2011.

intervento collaborativo del pubblico), ma ad esperimenti di alta consulenza e di concertazione nell'elaborazione dell'indirizzo governativo.

A tal proposito, viene in rilievo il caso della Germania, dove è stato istituito un *National Cybersicherheitsrat* che vede la partecipazione, oltre che di vari Ministri e di rappresentanti dei *Länder*⁴⁰, di rappresentanti delle imprese tedesche. Si tratta di un organo da carattere semi-informale – la sua istituzione è infatti prevista esclusivamente dalla strategia nazionale per la cibernsicurezza del 2011⁴¹, dunque da un atto di *soft law* – con compiti di analisi, pianificazione ed indirizzo nella materia⁴². Si tratta indubbiamente di un esperimento notevole, poiché l'organo di governo si apre al raccordo con soggetti privati del mercato, confermando così la constatazione iniziale: la sicurezza delle reti non è né una questione meramente statale, né una questione privata, ma una sfida per un intero “sistema Paese”⁴³. Peraltro, è da segnalare l'esistenza di un altro organismo che coopera a stretto contatto con il Consiglio di cibernsicurezza: l'*UP Kritis*, che rappresenta un partenariato pubblico-privato per la difesa delle infrastrutture critiche⁴⁴.

Anche in Francia si è realizzato un tentativo di raccordo fra il pubblico e privato nella materia: si tratta del *Groupement d'Intérêt Public Action contre la Cybermalveillance*, entità di diritto pubblico⁴⁵ che raccoglie rappresentanti delle amministrazioni ed esponenti della società civile sia a fini di analisi e di elaborazione di proposte normative, sia per progettazione e finanziamento di attività miste nel campo della difesa cibernetica. Il gruppo, nato con la Strategia nazionale del 2015, raccoglie oggi circa 50 aderenti fra Agenzie governative e entità private di varia natura (associazioni di consumatori, sindacati, imprese)⁴⁶.

In Italia per il momento la collaborazione con i privati si concretizza nella possibilità di creare *joint venture*, ipotesi inizialmente prevista dal disegno di legge di bilancio per il 2021 con la costituzione, sotto forma di fondazione, di un Istituto italiano

⁴⁰ Nel 2009 in Germania si è infatti introdotto l'art. 91 c nella *Grundgesetz*, relativo ai sistemi di informazione e alla cooperazione fra Federazione e *Länder* in materia di tecnologie della comunicazione e loro standard di sicurezza.

⁴¹ Cfr. BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Cyber-Sicherheitsstrategie für Deutschland*, Berlino, 2011, 9.

⁴² Ivi, 10: «Der Nationale Cyber-Sicherheitsrat soll die präventiven Instrumente und die zwischen Staat und Wirtschaft übergreifenden Politikansätze für Cyber-Sicherheit koordinieren. Die Arbeit des Nationalen Cyber-Sicherheitsrates ergänzt und verzahnt die Aufgaben mit der IT-Steuerung Bund und dem IT-Planungs-rat im Bereich der Cyber-Sicherheit auf einer politisch-strategischen Ebene».

⁴³ Si riprende qui un termine che designa una delle Direzioni generali del Ministero degli Affari esteri italiano e che rappresenta l'esigenza di promuovere “tutte le componenti [del Paese]” (art. 5, comma 5, lett. A del D.P.R. 19 maggio 2010 n. 95 sulla riorganizzazione del Ministero).

⁴⁴ L'iniziativa – che veda una stretta collaborazione fra Governo ed imprese operatrici nei settori delle infrastrutture critiche – ha preso le mosse dall' *Umsetzungsplan KRITIS des Nationalen Plans zum Schutz der Informationsinfrastrukturen*, approvato nel 2007. Nel 2013 il piano è stato aggiornato con la creazione della cooperazione permanente, recepita nel documento *Öffentlich-Private Partnerschaft zum Schutz Kritischer Infrastrukturen-Grundlagen und Ziele*, disponibile all'indirizzo https://www.kritis.bund.de/SharedDocs/Downloads/Kritis/DE/UP_KRITIS_Fortschreibungsdokument.html;jsessionid=6736030FF6DEAD9F1DB8A707C7EB9FA6.1_cid355?nn=1902622.

⁴⁵ Il *groupement d'intérêt public* è una “persona morale di diritto pubblico”, creata per convenzione fra più soggetti pubblici o fra un soggetto pubblico e soggetti privati: v. l'art. 98 della legge n. 2011-525 del 17 maggio 2011.

⁴⁶ Si v. il sito <https://www.cybermalveillance.gouv.fr/tous-nos-contenus/a-propos/membres>.

per la cibersicurezza, ma poi eliminata nel corso della lettura parlamentare⁴⁷. Con il d.l. n. 82/2021, è alla nuova Agenzia per la cibersicurezza nazionale che viene devoluto il compito di interfacciarsi fattivamente anche con operatori privati⁴⁸, mentre al Comitato interministeriale pure previsto dalla nuova normativa – di cui si parlerà nel paragrafo seguente – spetta l’adozione di iniziative necessarie per favorire la collaborazione con il settore privato (art. 4, comma 2, lett. c).

Se questi esempi dimostrano come sfumi, nell’universo digitale, la garanzia della sicurezza che nel mondo fisico gli ordinamenti europei riconoscono indiscutibilmente allo Stato, non si può di certo affermare che vi sia una ritrazione dei pubblici poteri. Anzi, i singoli Paesi hanno dovuto farsi carico delle novità tecniche e giuridiche, organizzando così nuovi apparati in seno agli assetti di governo.

6. Politiche di cybersecurity e rapporti fra organi costituzionali

Come già accennato, il tema della sicurezza cibernetica ha imposto un ripensamento nella distribuzione di poteri e competenze fra vari plessi delle Amministrazioni statali. È interessante quindi osservare come questa nuova sfida ordinamentale si sia tradotta nel livello supremo dei poteri statali, cioè come essa abbia avuto impatto sull’assetto degli organi costituzionali. Ciò si rivela ancor più interessante ove si consideri la sovrapposizione e l’interazione fra gli assetti dei poteri di guerra e difesa e i nuovi poli decisionali consacrati alla vigilanza del ciberspazio.

A questo scopo, allora, sono tre i punti di osservazione che si propongono: a) la creazione di organi infragovernativi consacrati alle politiche di cibersicurezza; b) la questione del controllo parlamentare; c) una riflessione più specifica sulla scelta che potremmo definire “primo-ministeriale” attuata, in particolare, in Italia e in Francia.

6.1. Organi infragovernativi

Una tendenza che si registra in vari ordinamenti europei è la creazione di organi interni al Governo, precipuamente dedicati al tema della sicurezza cibernetica.

L’idea che comitati ristretti rispetto all’organo governativo collegiale si dedichino espressamente ai temi della cibersicurezza sembra sottintendere, in particolare, che l’attività governativa non si esplicherà tanto attraverso atti generali d’indirizzo o proposte legislative specifiche, quanto piuttosto attraverso direttive e indirizzi connotati – oltre che da un comprensibile grado di riservatezza – da un significativo tasso di informalità o, forse sarebbe meglio dire, di “informità”⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. A. DI CORINTO, *Scontro nella maggioranza blocca l’Istituto italiano di cybersecurity: tutti i retroscena*, in *Agendadigitale.eu*, 18 novembre 2020.

⁴⁸ Cfr. art. 7, comma 1, lett. s) e t).

⁴⁹ Con ciò intendendo l’assenza di atti vincolanti e la fuoriuscita degli indirizzi governativi nella materia dalle forme tipiche assunte dagli atti dell’Esecutivo.

Ad esempio, in Spagna, con la Strategia nazionale del 2013, è stato creato il *Comité especializado de Ciberseguridad* (divenuto poi *Consejo Nacional de Ciberseguridad*) presieduto dal Segretario di Stato con delega alla sicurezza informatica. Si tratta di un organo di supporto al *Consejo Nacional de Seguridad*, a sua volta “commissione delegata del Governo”⁵⁰ incaricata di assistere il Presidente del Governo nella politica di sicurezza⁵¹. Tale comitato, nato per via informale, ha trovato un’identificazione legislativa indiretta con l’atto di attuazione della direttiva NIS, il Real Decreto-Ley 12/2018⁵².

In Italia il modello della “comitologia” interministeriale⁵³ ha riscontrato un buon successo anche nell’ambito del cberspazio: prima, con la legge n. 133/2012 e in seguito con il c.d. “decreto-legge perimetro”, il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica – inserito nell’ordinamento dei servizi segreti – si è visto ampliare le sue competenze per abbracciare le sfide cibernetiche. Nel 2021, il decreto-legge n. 82 ha creato un nuovo Comitato interministeriale *ad hoc* (CIC: Comitato interministeriale per la cbersicurezza), cui sono state attribuite tutte le competenze in materia appartenenti al CISR – con una sola eccezione⁵⁴ – insieme alla definizione di un ruolo strategico di indirizzo.

Un ulteriore esempio è rappresentato dal *Conselho Superior de Segurança do Ciberespaço*, stabilito in Portogallo dall’art. 5 della legge n. 46/2018 attuativa della direttiva NIS. Si tratta di un organo a composizione esclusivamente pubblicistica, in cui oltre a Ministri ed esponenti delle Amministrazioni statali interessate, vengono coinvolti alti dirigenti di imprese pubbliche, rappresentanti dei Governi delle regioni autonome delle Azzorre e di Madeira e – è interessante sottolinearlo – da due deputati designati dall’Assemblea parlamentare. Anche in questo caso tale consiglio assiste il Primo Ministro cui sono demandati i compiti in materia di cbersicurezza e la legge indica le varie competenze dell’organo, chiamato in particolare a verificare l’attuazione della strategia nazionale, ma anche a proporre “decisione di carattere programmatico relative alla definizione ed esecuzione della Strategia Nazionale”⁵⁵. Il Consiglio deve inoltre approvare, con cadenza annuale, una relazione sull’effettiva attuazione della Strategia Nazionale, documento che deve poi essere inviato al Parlamento lusitano entro il 31 marzo di ciascun anno⁵⁶.

⁵⁰ Ai sensi dell’art. 6 della legge 50/1997 sul Governo.

⁵¹ Cfr. l’art. 17 della legge 36/2015 del 28 settembre.

⁵² In particolare, l’art. 9, comma 2, recita: «*El Consejo de Seguridad Nacional, a través de su comité especializado en materia de ciberseguridad, establecerá los mecanismos necesarios para la coordinación de las actuaciones de las autoridades competentes*».

⁵³ In tema v. D. CODUTI, *I Comitati interministeriali tra affermazione e crisi del “governo maggioritario”*, Napoli, 2012.

⁵⁴ Il d.l. 82/2021 esclude infatti la competenza prevista dall’art. 5 de d.l. n. 105/2019 (il c.d. potere di spegnimento), che rimane appannaggio del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica.

⁵⁵ Art. 6, comma 1, lett. e) della legge n. 46/2018.

⁵⁶ Art. 6, comma 2 della legge n. 46/2018.

6.2. Il controllo parlamentare

L'esempio portoghese da ultimo citato si rivela interessante nella misura in cui mette in evidenza un ulteriore profilo legato all'organizzazione dei poteri cibersecuritari: il rapporto fra l'Esecutivo (cui questi poteri appartengono) e gli organi parlamentari.

Si tratta di un tema le cui precedenti declinazioni (ad esempio sui poteri di guerra, sul controllo dei servizi segreti e sulla tutela degli interessi fondamentali dello Stato) hanno rappresentato uno snodo classico della riflessione costituzionalistica⁵⁷; oggi, però, la questione collocata nel ciberspazio richiede una certa "attualizzazione" dovuta almeno a due fattori. Da un lato, la velocità e la pervasività degli attacchi cibernetici (dall'interno o dall'esterno) richiede una prontezza che mal si attaglia alle procedure classiche di coinvolgimento delle assemblee parlamentari⁵⁸. Dall'altro lato, per garantire la sicurezza delle reti informatiche – il che, oggi, significa assicurare il buon andamento dell'economia e del mercato, l'erogazione dei servizi pubblici, lo svolgimento ordinato di vari momenti della vita sociale – è necessaria un'estesa attività di polizia, preventiva e continuativa, per la quale è impensabile un controllo puntuale da parte dei Parlamenti. Ecco che però si crea un circolo (se non "vizioso") altamente problematico: se sono necessari poteri sempre più ampi a favore degli Esecutivi per confrontarsi con le sfide del presente, occorre che questi poteri trovino dei contraltari e dei controlli nello stesso circuito democratico-rappresentativo⁵⁹.

L'interrogativo di come garantire un maggior coinvolgimento dei consessi parlamentari nella definizione delle politiche "cyber" si è posto, tant'è che l'Unione Inter-Parlamentare ha adottato il 1 aprile 2015 ad Hanoi, nel corso della sua 132ema Assemblea, una risoluzione intitolata "CYBER WARFARE: A SERIOUS THREAT TO PEACE AND GLOBAL SECURITY"⁶⁰. Fra le varie raccomandazioni dirette ai Parlamenti, si evidenziano in particolare i richiami ai poteri di controllo e di informazione delle Assemblee, per meglio comprendere il fenomeno e monitorare l'attuazione e l'avanzamento delle legislazioni nazionali. Un invito a parte è formulato nel senso di

⁵⁷ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007. Sul tema della sicurezza nazionale riconnessa in particolare ai segreti di Stato v. in prospettiva comparata D. COLE, F. FABBRINI, A. VEDASCHI (a cura di), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Londra, 2013. Per l'Italia v. E. RINALDI, *Arcana imperii. Il segreto di Stato nella forma di governo italiana*, Napoli, 2016.

⁵⁸ In un'inchiesta parlamentare della Commissione Difesa del *Bundestag* emerge netta la considerazione che "nel ciberspazio si confondono i confini fra attacco e difesa": cfr. *Protokoll der Öffentlichen Anhörung Verfassungs- und völkerrechtliche Fragen im militärischen Cyber- und Informationsraum unter besonderer Berücksichtigung des Parlamentsvorbehalts, der Zurechenbarkeit von Cyberangriffen sowie einer möglichen Anpassung nationaler und internationaler Normen*, 15 marzo 2021.

⁵⁹ Cfr. le limpide considerazioni di E. RINALDI, *Arcana imperii*, cit., 156: «Quando le condizioni di esistenza dello Stato-comunità sono minacciate si impone, del resto, una concentrazione in capo al Presidente-Ministro della (responsabilità relativa alla) direzione unitaria della vita politica dello Stato e della gestione operativa; a tale concentrazione di potere dovrebbe tuttavia essere speculare un controllo penetrante del Parlamento, ché la possibilità di demandare interamente alla responsabilità politica governativa il compito di riequilibrare il potere esercitato dovrebbe essere correlata alla possibilità che si svolga un dibattito parlamentare».

⁶⁰ Disponibile all'indirizzo <http://archive.ipu.org/conf-e/132/Res-1.htm>.

sovrintendere all’allocazione delle risorse destinate alle attività di cibersicurezza. Tuttavia, il punto che rimane parzialmente in ombra è come collocare i Parlamenti non tanto all’interno della regolazione del fenomeno (leggi nazionali o ratifiche di trattati internazionali passeranno comunque dalle Assemblee), quanto nella sorveglianza sull’attività dei pubblici poteri (riconducibili all’Esecutivo) nel ciberspazio, permettendone una almeno parziale conoscibilità al pubblico e garantendo così l’inveramento del principio di responsabilità politica nella sua forma più essenziale, cioè come *accountability*.

La risposta italiana a tale necessità è stata individuata nel Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir), creato nel 2007 dalla legge n. 124, in sostituzione del preesistente Comitato parlamentare di controllo sui servizi segreti (Copaco) voluto dalla legge n. 801/1977. Va peraltro sottolineato che il “modello Copasir” ha avuto anche un discreto successo a livello comparato: in Francia nel 2007 è stata creata una *Délegation parlementaire au renseignement* composta da membri dell’Assemblea Nazionale e del Senato⁶¹, così come in Spagna la *ley de Seguridad Nacional* del 2015 ha introdotto la *Comision Mixta Congreso-Senado de Seguridad Nacional*⁶².

Le varie normative italiane che hanno investito il tema della sicurezza non hanno mai tralasciato di citare (e dunque ampliare) le competenze del comitato bicamerale⁶³. In particolare, il decreto-legge sul perimetro di sicurezza nazionale cibernetica ha previsto il coinvolgimento preventivo del Copasir nell’adozione degli atti del Presidente del Consiglio nella materia⁶⁴. Lo stesso Comitato deve essere obbligatoriamente informato delle determinazioni del Presidente del Consiglio in caso di crisi cibernetica (art. 5, comma 1-bis).

Ancora, il decreto-legge n. 82 ha ulteriormente specificato i rapporti fra Presidente del Consiglio e Copasir, prevedendo l’informazione preventiva dell’organo per le nomine dei vertici dell’Agenzia nazionale per la cibersicurezza, di competenza del capo del Governo (art. 1, comma 3). Ancora, il Copasir può chiedere l’audizione del direttore dell’Agenzia (art. 5, comma 6) ed esprime un parere preventivo sui regolamenti che disciplinano il funzionamento dell’organismo (art. 6, comma 3), anche in materia contabile (art. 11, comma 3), di contrattualistica pubblica (art. 11, comma 4) e di personale (art. 12, comma 8). Peraltro, i fabbisogni di bilancio a favore dell’Agenzia devono anch’essi essere previamente comunicati al Comitato (art. 11, comma 1), cui perverranno in seguito il bilancio consuntivo e la relazione della Corte dei Conti (art. 11, comma 4). Infine, il Presidente del Consiglio è tenuto ad inviare una relazione annuale all’organo parlamentare sulle attività svolte dell’Agenzia (art. 14, comma 2).

⁶¹ Art. 6 nonies de l’*Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires*, introdotto dalla legge n. 2007-1443 del 9 ottobre 2007.

⁶² Art. 13, comma 2 della *ley de Seguridad Nacional*.

⁶³ Così in generale ha fatto la legge n. 133/2012, rinforzando i poteri di controllo dell’organo sull’attività del Presidente del Consiglio.

⁶⁴ Si tratta sia di atti a carattere regolamentare (DPCM previsti all’art. 1, commi 2 e 3 del decreto), sia dell’atto amministrativo generale coperto dal segreto sull’individuazione dei soggetti da inserire nel perimetro di sicurezza nazionale (comma 2-bis).

Ora, alla luce di questa trama normativa è difficile affermare che il Copasir non abbia un ruolo assolutamente rilevante nell'assetto istituzionale italiano (lo confermano peraltro alcuni fatti di cronaca recenti⁶⁵). Un dubbio però sorge: il ruolo del Copasir, pur fondamentale, non è forse troppo *limitante* rispetto alla vastità di ambiti cui ormai presiede e *limitato* tanto nella composizione che nelle forme di pubblicità assai affievolita per contribuire ad un più vasto e cosciente dibattito pubblico⁶⁶? Non v'è dubbio che il Comitato lavori a stretto contatto con i vertici del Governo; tuttavia, ricreare una "bolla" di potere separata dagli altri organi (in particolare dalle Camere) non contribuisce all'esercizio di un controllo democratico effettivo⁶⁷.

D'altra parte, nel momento in cui ricadono nell'ampio raggio della sicurezza *cyber* attività e fenomeni che nel mondo fisico sarebbero stati riconducibili alle attività di difesa – e, in ultimissima istanza, all'art. 78 Cost. – occorrerebbe forse riflettere sulla necessità che vengano affinati strumenti di controllo parlamentare ulteriori⁶⁸, pur nel delicato bilanciamento con le peculiari esigenze sottese alla difesa nazionale che giustificano una maggiore opacità rispetto agli atti del potere⁶⁹.

Certo è che se si osserva lo scivolamento dalle sedi principali e tipiche dei poteri interessati (gli organi collegiali come il Consiglio dei Ministri per il Governo o le assemblee nel caso del Parlamento) alle sedi distaccate e ristrette degli stessi (i Comitati interministeriali o le Commissioni parlamentari apposite), non si può che constatare una sorta di "diluizione" della responsabilità politica nella materia, che fugge dai suoi poli naturali per annidarsi in snodi apparentemente minori e conseguentemente meno esposti all'attenzione dell'opinione pubblica. E si badi: tale sottolineatura non deriva da un malsano desiderio di trasparenza a tutti i costi – di *voyeurismo*, avrebbe detto Guy Carcassonne⁷⁰ – ma dalla constatazione che nella rete passano oramai tutti i principali interessi, pubblici e privati, di una comunità. Dunque, senza allarmismi ed evocazioni di scenari distopici, pare comunque opportuno evidenziare che i controllori pubblici del

⁶⁵ O. CARAMASCHI, *La sicurezza della Repubblica alla prova delle regole legislative e della prassi parlamentare: il caso del COPASIR*, in *Consulta Online*, 2/2021, 431 ss.

⁶⁶ *Mutatis mutandis*, cfr. M. GUILLAUME, *Parlement et secret(s)*, in *Pouvoirs*, 97, 2001, 67: «Agora du débat public, le Parlement est le lieu d'échange démocratique. Il se veut aujourd'hui encore davantage, dans une société d'information et d'immédiateté, un lieu d'ouverture et non de confidentialité. Ces exi-gences sont contradictoires avec les impératifs qui guident le secret».

⁶⁷ Ciò sembra perpetuare la *ratio* "consociativistica" alla base della creazione del Copaco nel 1977, durante il periodo del compromesso storico in cui vennero create, come è noto, varie commissioni parlamentari volte a controllare l'attività governativa in vari ambiti, di modo che il principale partito di opposizione (il Partito comunista italiano, come è noto) potesse essere associato all'azione di governo guidata dalla Democrazia cristiana senza essere formalmente coinvolto nel ministero. Il che, si badi, non è affatto detto che sia un male (data anche la sensibilità degli interessi in gioco), ma non è scontato sia sufficiente ai fini indicati.

⁶⁸ Ad esempio, delle sedute specifiche annuali di controllo e dibattito sui temi della difesa e della sicurezza cibernetica, che vadano oltre la mera presa d'atto delle Relazioni trasmesse dalle istanze competenti (come la relazione annuale del Copasir prevista dall'art 35 della legge n. 124/2007).

⁶⁹ Si ricorderà la tranciante frase della Corte costituzionale italiana nella celebre sentenza n. 1 del 2013 sull'attività riservata del Capo dello Stato: «va ricordato come il Capo dello Stato presieda il Consiglio supremo di difesa ed abbia il comando delle Forze armate, e come sia chiamato ad intrattenere, anche nelle vesti indicate, rapporti e comunicazioni del cui carattere riservato non occorre dare particolare dimostrazione» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

⁷⁰ G. CARCASSONNE, *Le trouble de la transparence*, in *Pouvoirs*, 97, 2001, 17 ss.

cyberspazio sono, loro, meno controllati di quanto non avverrebbe (o non avveniva) nella dimensione non virtuale.

6.3. Segue: ritorno sulla scelta primo-ministeriale, con particolare riferimento ai casi italiano e francese

Alla luce delle riflessioni precedenti, conviene ritornare sulla scelta compiuta da alcuni ordinamenti, in particolare dall'Italia e dalla Francia, di affidare la competenza in materia di sicurezza cibernetica al Primo Ministro o ad agenzie a lui riferibili, scelta che definiamo appunto "primo-ministeriale".

All'apparenza, potrebbe sembrare un'opzione particolarmente favorevole ad un più stretto controllo politico del tema: allocare tale funzione al vertice dell'Esecutivo parrebbe sottintenderne non solo la fondamentale valenza di indirizzo, ma anche l'assunzione massima di responsabilità per le politiche concretamente perseguite.

In realtà, verrebbe da dire che il grande rafforzamento sul piano giuridico del capo del Governo non si accompagna ad un bilanciamento in termini di controllo.

Per l'Italia, già si è sottolineato che il rapporto privilegiato fra Presidente del Consiglio e Copasir, nell'esercizio delle competenze "securitarie" del primo, circoscrive in realtà il controllo ad una dialettica di cui si conosce poco o nulla all'esterno.

Non dissimile è in realtà il caso francese: se il codice della difesa – novellato a varie riprese a partire dal 2013 – riconosce all'autorità del Primo ministro le competenze in materia di sicurezza cibernetica (concretizzando così l'art. 21 della *Constitution* che lo vede come "*responsable de la défense nationale*"), non bisogna dimenticare che nell'ordinamento francese gli obblighi informativi dell'Esecutivo nei confronti del Parlamento sono piuttosto blandi per costante giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* (ed anzi, solo nel 2020 è stata affermata in termini generali l'esistenza di un potere parlamentare di richiedere informazioni al Governo⁷¹).

Peraltro, la scelta primo-ministeriale comporta un ulteriore profilo, ovvero il rapporto con il Capo dello Stato. Ciò si pone in particolare per quei Paesi – come Francia e Italia, appunto – che, se pur a livelli diversi, riconoscono ai Presidenti della Repubblica un ambito non indifferente di intervento nelle materie della politica estera e della difesa⁷². Dunque, l'integrazione dei poteri legati alla difesa cibernetica avrebbe dovuto

⁷¹ Cfr. la decisione n. 2020-800 DC dell'11 maggio 2020, *Loi prorogant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, cons. n. 82.

⁷² Dal punto di vista squisitamente formale, le costituzioni francese ed italiana non differiscono significativamente, riconoscendo l'una (art. 15) che il Presidente è capo dell'esercito e presiede i Consigli e comitati superiori della difesa nazionale, l'altra (art. 87) che il Presidente ha il comando delle forze armate e presiede il Consiglio supremo di difesa. In Francia si parla del c.d. *domaine réservé* del Capo dello Stato, di gauliana memoria. V. sul tema J. GUISEL, *Un domaine absolument « réservé »: la politique étrangère et la défense*, in R. FALIGOT, J. GUISEL (a cura di), *Histoire secrète de la Vè République*, Parigi, 2007, 297 ss. V. altresì G. CARCASSONNE, *Le Premier ministre et le domaine dit réservé*, in *Pouvoirs*, 83, 1997, 65 ss. Per l'Italia cfr. S. GALEOTTI, *Brevi note in tema di "potere estero" e divisione del potere nella costituzione italiana*, in ID., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione*, Milano, 1992, 271 ss.

teoricamente prendere in considerazione tale circostanza, ma così non è stato in nessuno dei due ordinamenti considerati.

In Francia si è giustamente osservato che la problematica della *cyberdéfense* è lo “specchio della complessità del potere esecutivo”⁷³ e costituisce una “giustificazione supplementare per una chiarificazione istituzionale”⁷⁴, poiché senza nulla dire del Capo dello Stato, apparentemente gli interventi normativi più recenti hanno considerevolmente dilatato i poteri del Primo ministro⁷⁵. Che ciò non crei sostanzialmente problemi di tenuta pratica è garantito dalla consonanza politica fra le “due teste” dell’Esecutivo e dalla subordinazione politica del Primo ministro che, nel regime della “captazione presidenziale” del parlamentarismo francese⁷⁶, deve la sua nomina ad un grazioso atto del Presidente.

In Italia la questione è (di norma⁷⁷) più complessa poiché la legittimazione del Presidente del Consiglio, proveniente dalla maggioranza parlamentare, non garantisce che vi sia sintonia politico-istituzionale fra Palazzo Chigi ed il Quirinale e dunque potrebbero più facilmente insorgere delle frizioni fra i due organi, anche alla luce di norme non particolarmente specifiche.

L’allocazione delle competenze in materia di sicurezza in capo al Presidente del Consiglio discende dall’interpretazione dell’art. 95 Cost. che la Corte costituzionale diede nella sent. n. 86 del 1977 in tema di segreto di Stato, conseguentemente allargata all’ambito dei servizi segreti con la legge n. 801/1977, riformata poi nel 2007. Le norme in materia di sicurezza cibernetica si sono inserite in questo filone interpretativo e così, insieme a varie altre discipline in materia di governo dell’innovazione⁷⁸, hanno costituito

⁷³ X. LATOUR, *La souveraineté numérique et la cyberdéfense en France*, in P. TURK, C. VALLAR (a cura di), *La souveraineté numérique. Le concept, les enjeux*, Parigi, 2017, 142 ss.

⁷⁴ *Ibidem*, 145.

⁷⁵ V. gli artt. L1332-6-1 e ss., introdotti a partire dalla legge 2013-1168 (*relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019*). Anche il *code de la sécurité intérieure*, modificato dalla legge n. 2018-607 diprogrammazione militare 2019-2025, prevede importanti poteri in capo al Primo Ministro, soprattutto in relazione all’accesso a dati di connessione per prevenire minacce agli interessi nazionali (artt. L. 854-2 e ss.).

⁷⁶ V. per tutti A. LE DIVELLEC, *Parlementarisme négatif et captation présidentielle. La démocratie française dans la «cage d’acier» du présidentielisme*, in D. CHAGNOLLAUD, B. MONTAY (a cura di), *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*, Parigi, 2018, 91 ss.

⁷⁷ Ci si permette di introdurre questo inciso perché in più di un’occasione recente si è assistito a nomine del Presidente del Consiglio dettate dal Capo dello Stato, sia nel caso di governi c.d. “tecnici” (pensiamo da ultimi ai Governi Monti e Draghi), sia nel caso di Esecutivi più dichiaratamente “partitici” (come nel caso del Governo Letta). In questi casi le distanze fra i due versanti delle Alpi appaiono ancora più ridotte. Sulle ultimissime vicende del 2021 sia consentito rinviare ad A. LAURO, *Note critiche sulla crisi del Governo Conte II e la formazione del Governo Draghi*, in *Consulta Online*, 2/2021, 379 ss.

⁷⁸ Così, ad esempio, il decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83, creando l’Agenzia per l’Italia digitale, ne ha affidato la vigilanza al Presidente del Consiglio (artt. 19 e ss.); la legge 11 gennaio 2018 n. 7 ha attribuito al Presidente del Consiglio l’alta direzione in materia di politica spaziale ed aerospaziale (art. 1); il decreto-legge 14 dicembre 2018 n. 135 (art. 8) ha attribuito alla Presidenza del Consiglio i compiti spettanti all’Agenzia in materia di Agenda Digitale italiana (superando così il d.lgs. 26 agosto 2016 n. 179). Questi vari compiti sono poi stati affidati al Dipartimento per la trasformazione digitale (DPCM 19 giugno 2019). Si tratta di una parabola che non può essere qui approfondita ulteriormente, ma che rimanda ad una “tecnificazione” della stessa Presidenza del Consiglio secondo un paradigma diffuso nell’amministrazione italiana (cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell’amministrazione*, in ID. (a cura), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Vol. IV La tecnificazione*, Firenze, 2016, 7 ss.), secondo un percorso tutt’altro che lineare (come dimostrato dal fallimento dell’Autorità per l’informatica

una sorta di attuazione spuria e composita dell'art. 95, primo comma, trasformando la Presidenza del Consiglio in un "super-ministero" delle nuove tecnologie e riconoscendo alla responsabilità generale del Presidente del Consiglio, predicata dalla medesima norma, una valenza di "surrogato" per altre forme di compartecipazione parlamentare a decisioni salienti nell'ordinamento costituzionale⁷⁹.

Tuttavia, le attribuzioni del Consiglio Supremo di difesa (previste dalla legge 28 luglio 1950, n. 624, poi confluita nel Codice dell'ordinamento militare) sono sufficientemente late⁸⁰ per includere – ragionevolmente – le questioni legate al ciberspazio. Col che viene dunque a crearsi una stratificazione di centri decisionali (il Consiglio supremo, il Comitato interministeriale, il Presidente del Consiglio) il cui buon funzionamento complessivo deriva sostanzialmente dalla capacità pratica di raccordo che si sviluppa fra le amministrazioni e dai rapporti (istituzionali, ma non solo) fra i due Presidenti. Dunque, è ancora nel segno dell'informalità e della riservatezza che la separazione dei poteri deve operare nel campo del ciberspazio.

7. Conclusioni

Anche il punto da ultimo esaminato conferma l'impressione che emerge dai vari aspetti analizzati nel corso del lavoro: l'ordinamento della sicurezza cibernetica presenta una natura sfuggente e sfumata che lo rende difficilmente *saisissable* in tutte le sue sfaccettature. Da un lato, esso impone di collocarsi al crocevia fra diverse discipline (questioni prettamente costituzionali incontrano tematiche amministrativistiche, senza poter prescindere dal diritto europeo e, talvolta, dal diritto internazionale, senza considerare le conoscenze tecniche extra-giuridiche). Dall'altro lato, la natura cangiante del fenomeno che deve regolare ne impedisce una costrizione in schemi normativi chiari e costanti.

Tutto questo, però, giustifica a maggior ragione l'attenzione che si è voluta dare al tema, riconoscendo che – per forza di cose – nel prossimo futuro esso assumerà sempre maggiore centralità ed imporrà ancora riflessioni circa la distribuzione e l'esercizio dei poteri connessi a questa nuova dimensione "metafisica". Tuttavia, la difficoltà delle nuove sfide non potrà far perdere di vista le preoccupazioni classiche che derivano dal costituzionalismo moderno: in particolare, la legittimazione democratica del potere ed i contro-limiti al suo utilizzo continueranno a richiedere un'attenta verifica degli equilibri giuridici ed istituzionali, pur in una dimensione dinamica come quella "cyber".

nella pubblica amministrazione- AIPA, sulla cui stessa natura non vi era chiarezza: cfr. F. ANGELINI, *L'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione: natura giuridica*, in *Informatica e diritto*, 1/1996, 133 ss.).

⁷⁹ Come sarebbe nel caso dell'art. 78 Cost.

⁸⁰ «Il Consiglio supremo di difesa, nel presente titolo denominato Consiglio, esamina i problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale e determina i criteri e fissa le direttive per l'organizzazione e il coordinamento delle attività che comunque la riguardano» (art. 2 del Codice).



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA EN LA DIGITALIZACIÓN Y LA ROBÓTICA

VIRGINIA MARTÍNEZ TORRES

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El principio de capacidad económica. – 3. El impuesto sobre determinados servicios digitales. – 4. El impuesto a la robótica. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

La tercera revolución industrial vio nacer las plataformas puramente digitales, mientras que la cuarta se caracteriza por la estrecha interconexión de éstas con el mundo físico. La cuarta revolución industrial comenzó a principios del siglo XXI, y junto a la globalización ha llevado al desarrollo del comercio electrónico, por otro lado, también se han producido avances abismales en cuanto a robótica¹ y en lo referente a sistemas de inteligencia artificial (en adelante IA). Actualmente, aún podemos percibir con intensidad el crecimiento de este fenómeno que genera innumerables beneficios y alarmantes retos, que abordaremos en este estudio. Las novedades que trae consigo la cuarta revolución industrial afectan a todos los ámbitos, tanto sociales como económicos o políticos. Los riesgos económicos tienden a transformarse en riesgos políticos, y los tecnológicos en sociales. De esta manera, el progreso de la tecnología ha creado vasos comunicantes, de

¹ Los robots con inteligencia artificial de quinta generación son aquellos que ostentan la capacidad de interactuar con su entorno, es decir, que tienen sensores que los conectan con el entorno físico y son capaces de resolver problemas tomando sus propias decisiones. *Vid.* M. CONDE CANAVIRI, *Generaciones de la Robótica*, en *Revista de Información, Tecnología y Sociedad*, Bolivia, 1/2008, 127 y 128.

forma que cada riesgo individual tiene el poder de provocar alteraciones en otros ámbitos debido a su gran interdependencia.

La economía contemporánea, elaborada y compleja, dista mucho de parecerse a la economía de los siglos precedentes. Una de las metamorfosis más poderosas de esta cuarta revolución industrial se está produciendo en el seno del sector económico. Los nuevos avances se caracterizan por hacer uso de las tecnologías y la digitalización, de forma que, una unidad de riqueza hoy puede alcanzarse a coste marginal cero gracias a los negocios digitales.² Por lo que, podemos afirmar que los proveedores de capital intelectual o físico son los grandes beneficiarios³. La implementación de la robótica, los algoritmos y la IA en los diferentes sectores de bienes y servicios, hacen que se sustituya cada vez más trabajo por capital. A esto hay que añadir que el robot es considerado por nuestro Impuesto de Sociedades (en adelante IS) un bien de inversión, es decir, un elemento del inmovilizado material, de modo que permite amortizaciones⁴ (artículo 15 LIS). Por otra parte, el trabajador representa a través de su salario un gasto para la empresa. Además, el robot no cotiza a la Seguridad Social, por lo que también esto supondrá un ahorro al evitarse tal coste en forma de gasto⁵. Esto supone que el actual sistema impositivo favorece al empresario que opta por la sustitución de trabajadores por robots, desincentivando la demanda de trabajo. Todo ello, sin tener en cuenta la difícil inclusión de los algoritmos y datos dentro del IS, donde parece que podrían ser considerados como inmovilizado inmaterial de difícil cuantificación.

En toda revolución industrial se ha podido observar cómo la innovación ha terminado por destruir empleo, que a su vez ha sido sustituido por nuevas actividades laborales. Y como en otras revoluciones ya vividas, este fenómeno se ha traducido en una mejora de las condiciones de trabajo. Sin embargo, hasta que esa nueva realidad se vea materializada, el presente necesita de ajustes que ayuden a encauzar el prometedor futuro.

Si observamos el panorama expuesto, desde la óptica del Gobierno, el avance e implementación de las tecnologías en la Administración puede ayudar a mejorar su rendimiento y eficiencia. En enero del 2021, la Agencia Tributaria anunció la implantación de una herramienta de *Big Data*⁶, consistente en un sistema automatizado de análisis de datos y riesgos en el ámbito de la fiscalidad internacional.⁷ Esta como otras implementaciones son necesarias y determinan la supervivencia de los gobiernos, puesto

² K. SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, 2016, Capítulo 1.1.2.

³ Hablamos de modelos en línea que: venden bienes, conectan compradores y vendedores a cambio de una comisión, obtienen sus ingresos a través de publicidad digital a consumidores concretos, plataformas colaborativas que comparten el acceso de activos. Algunos ejemplos de estas son: Amazon, Alibaba, Facebook, Spotify, Netflix, Blablacar...

⁴ Por otro lado, debe contemplarse a su vez la posibilidad de optar por el leasing, que según el artículo 106 de la LIS es otro concepto deducible de la carga financiera. Aunque no tiene la misma flexibilidad que la amortización que permite una planificación empresarial constante. Vid. J.A. FERNÁNDEZ AMOR, *Derecho tributario y cuarta revolución industrial: análisis jurídico sobre aspectos fiscales de la robótica*, en *Nueva Fiscalidad*, 1/2018, 55 y ss.

⁵ G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA, *La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario*, en *Quincena fiscal*, 12/2019, 2019.

⁶ También llamados datos masivos o inteligencia de datos, son grandes y complejos conjuntos de datos que necesitan de sofisticadas aplicaciones informáticas para su procesamiento.

⁷ Disponible online en el [sitio internet](#).

que las nuevas tecnologías imponen un cambio de enfoque legislativo que dote a nuestro sistema de estructuras más resistentes que aseguren la justicia y la seguridad.

Debemos ser conscientes de las interconexiones que presentan estos parámetros y cómo podría evolucionar el desarrollo de la tecnología. De un lado, un impacto deflacionario, que podría ser provocado por la reducción de demanda de trabajo y la disminución de los salarios, repercutiendo consecuentemente en el consumo, aunque esto permitiría consumir a un menor precio. De otro lado, una menor demanda de trabajo implicaría un mayor intervencionismo estatal de cara a proteger a los colectivos afectados por el desempleo, de forma que sería necesario un mayor número de prestaciones contributivas. Esto supondría una doble carga para el Estado de modo que, con una menor recaudación (ocasionada por la falta de tributación directa derivada de la reducción de la población empleada y llamada a cotizar) debería responder a dos grandes gastos, las pensiones y las prestaciones sociales. Todo ello, cuando la demografía no ayuda a mejorar el escenario, ya que los nacidos entre 1946 y 1964 (llamado *Baby boom*) alcanzan ya edades avanzadas⁸. Mientras la población en edad de trabajar decae, asistimos al inevitable aumento del porcentaje de ancianos dependientes, sin que el incremento de la edad de jubilación parezca ser la solución que ponga fin al problema⁹. En la medida en que el empleo no aporte suficientes ingresos por cotizaciones, el cuadro de financiación es limitado, por lo que habrá de estarse a nuevos ingresos a través del plano impositivo, al objeto de poder garantizar el principio de suficiencia económica¹⁰.

Un añadido a todo lo expuesto es el Covid-19, dado que la pandemia ha acelerado todos los procesos, de modo que, una situación previsiblemente alarmante a años vista podría haberse instalado ya en nuestro modelo social y económico, debido a ello, debe revisarse el impacto real que la pandemia ha tenido en las cuentas públicas y como afecta a los ámbitos sociales, económicos y jurídicos.

2. El principio de capacidad económica

La fuerte interconexión y repercusión de la tecnología en los actuales modelos sociales y de negocio, están provocando que el IS no responda eficazmente a la incorporación de robots, IA y modelos de negocio altamente digitalizados en las empresas. Esto hace necesario el desarrollo de nuevas alternativas que den respuesta al devenir económico diario. Antes de analizar las distintas esferas que son objeto de estudio en este trabajo, comenzaremos por establecer unas líneas básicas acerca del principio de

⁸ La diferencia en 2018 entre el número de nacimientos y defunciones en España fue de -56.262 personas. *Vid.* Movimiento Natural de la Población (MNP) Indicadores Demográficos Básicos (IDB) Año 2018. Datos provisionales. Notas de prensa INE. 19 de junio de 2019.

⁹ En los últimos años hemos asistido a numerosos cambios en la normativa que tratan de adaptar la edad de jubilación a las necesidades demográficas que se imponen, actualmente la edad de jubilación ronda aproximadamente y dependiendo de las circunstancias los 66 años, incrementándose progresivamente hasta los 67, edad en la que quedará fijada en el año 2027. Disponible online en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28396/28475>.

¹⁰ *Vid.* artículo 41 y 50 CE.

capacidad económica que ayudarán al desarrollo y comprensión de los siguientes apartados.

El principio de capacidad económica fue integrado en nuestro sistema jurídico como norma en el artículo 31 de la Constitución de 1978, gracias a la influencia del Derecho Comparado, especialmente la Italiana y Alemana.¹¹ Hasta ese momento, se había tenido como un concepto *parajurídico*.¹² Con posterioridad la Ley General Tributaria 58/2003 (en adelante LGT) lo incluyó¹³, quedando reflejado en su artículo 3.1¹⁴. Este principio también puede verse materializado en normas de carácter internacional como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 14) y en el Tratado de la Unión Europea (artículo 6). Dada su importancia, la capacidad económica ha llegado a considerarse principio rector de la justicia tributaria, criterio material para la distribución justa de los impuestos, criterio de unidad del concepto de tributo y fundamento, justificación y medida de los tributos¹⁵.

La importancia de este principio se debe a su relación con la solidaridad social que subyace en el sistema impositivo, ya que constituye el criterio de distribución de la carga tributaria, armonizando la desigualdad económica y permitiendo a todos tributar igual. Este principio puede ser definido como la riqueza disponible de un sujeto, y aunque se contempla en la mayoría de los sistemas tributarios de la época, no todos lo conciben estrictamente de igual forma. Para el ordenamiento alemán es un principio subsidiario de la igualdad, que manifiesta la prohibición de la arbitrariedad¹⁶ y lo relaciona estrechamente con la progresividad. Sin embargo, el ordenamiento italiano, de donde más se inspira la norma española¹⁷, vincula el principio de capacidad económica al derecho fundamental de la dignidad de la persona, por lo que todo impuesto debe responder a una capacidad contributiva, y únicamente se permite alejarse de este principio por razones

¹¹ El principio de capacidad económica puede observarse en la mayoría de textos constitucionales, aunque con diferente nomenclatura: capacidad económica para Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá o Venezuela); capacidad contributiva para: Italia, Paraguay o República Dominicana; y proporcionalidad para: Argentina, Chile, Honduras o México. En otros muchos países, aunque no forme parte de la letra constitucional, los tribunales se han encargado de desarrollarlo. Por otro lado, se aprecia una sutil diferencia entre lo que se entiende por capacidad económica o contributiva, pues la primera es usada para más aspectos además del fiscal. Cfr. M. GUERVÓS MAÍLLO, *Principio de capacidad contributiva*, en *Diccionario de Derecho Fiscal y Financiero*, México, 2007, 501.

¹² M. MONCAY I SOLER, *Aplicabilidad del principio de capacidad económica como fuente material del Derecho en la jurisprudencia*, en *Revista Española de Derecho Financiero*, 87/1995.

¹³ Para algunos autores como ESEVERRI, la letra del precepto pretende establecer un criterio de reparto de la carga fiscal, no un principio de contenido jurídico. E. ESEVERRI MARTÍNEZ, *Derecho Tributario: Parte General*, Valencia, 2006, 29.

¹⁴ 3.1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.

¹⁵ P. MASBERNAT MUÑOZ, *El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España*, en *Revista Ius et Praxis*, 1/2010, 305.

¹⁶ Cuando el poder público infringe el principio de capacidad económica, se vulneran los derechos de propiedad a través de las detracciones que afectan el mínimo existencial o tengan efectos confiscatorios o de igualdad por el tratamiento fiscal discriminatorio injustificado. G. CASADO OLLERO, *El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica*, en *Revista Española de Derecho Financiero*, 34/1982, 197 y 205.

¹⁷ P.M. HERRERA MOLINA, *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del ordenamiento alemán*, Madrid, 1998.

que no sean arbitrarias o infundadas. En España se establecen criterios de necesidad, mínima lesión y ponderación de bienes jurídicos para poder apartarse de él. Podría afirmarse que, la doctrina de cada Estado ha establecido sistemas de control de proporcionalidad al objeto de justificar cuándo es lícito alejarse de su aplicación¹⁸.

En cuanto a su estructura, puede clasificarse como absoluta o relativa¹⁹: la primera, corresponde al deber de soportar la carga tributaria mientras se tenga capacidad económica, es decir, es la capacidad económica necesaria para la realización del supuesto de hecho base del tributo, pudiendo medirse mediante índices directos²⁰ (patrimonio o renta) o indirectos²¹ (consumo o circulación de riqueza); mientras que la segunda es el grado de gravamen en función de la capacidad económica. Por otro lado, podemos referirnos a la capacidad objetiva y subjetiva: la primera, mide la carga tributaria en función de la renta neta (excluyéndose por tanto del deber de tributar aquellas cantidades destinadas a obtener ingresos); la segunda, supone una cantidad que debe ser exonerada de tributación por constituir el «mínimo existencial»²² que garantice una existencia digna (este solo es aplicable a personas físicas²³), pudiendo llegar a entenderse como el límite mínimo del principio de capacidad económica. Por lo tanto, como límite máximo podría establecerse el principio de no confiscatoriedad²⁴ que va de la mano en cuanto a la aplicación del concepto de tributación progresiva.²⁵ Lo que permite sostener que para el

¹⁸ J.R. PIZA RODRÍGUEZ, *Capacidad económica como principio del sistema tributario*, en *Revista de Derecho Fiscal*, núm. 1. Disponible online en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2668>.

¹⁹ Puede entenderse que la capacidad económica absoluta actúa como fuente de imposición y la relativa como criterios de contribución al gasto público. G. CASADO OLLERO, *El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta*, cit., 85.

²⁰ “En el caso de los impuestos directos, un sector doctrinal que heredaba las tesis italianas ostenta que se debe gravar una capacidad económica manifestada a través de la renta, que debe cumplir varias condiciones: primera, debe ser neta, es decir, se deben descontar los gastos necesarios para obtenerla; segunda, real, no puramente nominal; tercera, se debe gravar la renta actual, no rentas pasadas o futuras; y cuarta, hay que gravar la renta disponible, no aquella manifestación de la que no se dispone. G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA, *La tributación de los servicios digitales en la Unión Europea y España*, Navarra, 2020, 163.

²¹ “Los impuestos indirectos son aquellos que no ponen de manifiesto por sí una riqueza, pero hay un indicio de la misma, y por lo tanto, una manifestación indirecta de la capacidad económica, que se concreta principalmente en las transmisiones patrimoniales y en el consumo”, *ibid.*, 162.

²² “El Estado debe exonerar la renta del contribuyente en cuanto esta sea necesaria para lograr las condiciones mínimas que requieran una existencia humana digna” (sentencia de 29 de mayo de 1990). En otra sentencia, este mismo órgano constitucional ha exigido que el mínimo exento previsto por la ley -que calcula sumando reducciones fiscales y subvenciones por hijos- no puede fijarse por debajo de las cantidades previstas en los subsidios sociales para personas indigentes; y dicho mínimo exento debe garantizarse aun a aquellos individuos que obtienen rentas por encima del mínimo existencial a objeto de garantizar un trato no discriminatorio (sentencia de 12 de junio de 1990). P.M. HERRERA MOLINA, *El principio de capacidad económica en Alemania y su relevancia para el derecho español*, en *Noticias de la Unión Europea*, 150, 1997, 39.

²³ “A las personas jurídicas les caben efectos limitados, no menos relevantes, en virtud de los cuales su obligación de tributar debe recaer en su riqueza disponible conforme a la renta neta y además, que el Estado debe adoptar medidas para evitar la doble imposición. El TC ha afirmado que las personas jurídicas están formadas por personas físicas y en cuanto tales el sistema jurídico debe reconocerles derechos (STC 64/1988 FJ 1)”. P. MASBERNAT MUÑOZ, *El principio de capacidad económica*, cit., 316.

²⁴ J.F. CARRERA RAYA, *Manual de Derecho Financiero*, Vol. I, Derecho Financiero y Teoría de los Ingresos Públicos, Madrid, 1994.

²⁵ “La manifiesta interdependencia de los principios jurídicos deriva precisamente de su propio contenido y definición. La intrínseca dificultad -la imposibilidad- en aislar cada principio sin el auxilio del resto de ellos se deriva del hecho de que todos ellos conforman el ideal de la justicia tributaria, de manera

correcto cumplimiento del principio de igualdad tributaria²⁶, a niveles diferentes de riqueza corresponden distintas tributaciones.

Por último, añadir que el principio de capacidad económica en términos estrictos expresa una riqueza real, pero la interpretación jurisprudencial²⁷ de la norma ha contemplado una ampliación de este principio, haciéndolo extensible a los casos en los que el tributo grava índices potenciales o hipotéticos de riqueza.

3. El impuesto sobre determinados servicios digitales

La economía digital ha revolucionado el contexto tributario, pasando de un modelo de negocio tradicional en el que las empresas necesitaban presencia física para poder desarrollar su actividad a otros modelos en el que las empresas operan desde la nube. De esta forma, los modelos de negocio digitales han aprovechado las grietas de los obsoletos sistemas tributarios a fin de desviar los beneficios obtenidos de los servicios digitales. Esto ha potenciado las estrategias de planificación fiscal agresiva, que ha llevado consecuentemente a la erosión de bases imponibles y al traslado de beneficios, produciendo una merma de recaudación en las arcas públicas.²⁸ Ante una tributación que rompe con los principios de capacidad económica, solidaridad, generalidad e igualdad, la OCDE y la UE han abordado diferentes propuestas que no llegaron a materializarse. Frente a este escenario, algunos países como Italia, Francia o España, han adoptado soluciones provisionales unilaterales para gravar los modelos de negocio que prestan los servicios digitales, mientras se espera un consenso a nivel comunitario.

El IS parece no estar capacitado para someter a gravamen los negocios digitales, lo que está produciendo una pérdida de equidad fiscal en los sistemas tributarios. Los problemas que está generando la imposición directa en el seno de la UE se deben a que para gravar los beneficios se necesita resolver el conflicto que suscita el desfasado concepto de establecimiento permanente. Como es sabido, no se logró consenso en el

que las lecturas aisladas sólo pueden generar insuficiencias respecto del contenido y alcance”. En atención a la anterior afirmación, la capacidad económica está inexorablemente unida al principio de generalidad en cuanto a que debe contribuir al sostenimiento de los gastos públicos todas las capacidades contributivas y al principio de igualdad en cuanto a igualdad en capacidad económica procede igualdad de carga tributaria. Asimismo, “el principio de capacidad económica tiene dos límites, uno inferior que es el mínimo exento, y uno superior que es el principio de no confiscatoriedad. Si el legislador excediera cualquiera de estos dos límites, incurriría en arbitrariedad e inconstitucionalidad”. F. DE VICENTE DE LA CASA, *Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos*, en *Crónica Tributaria*, 144/2012, 153.

²⁶ “En definitiva, el legislador es libre para gravar o no determinada manifestación de riqueza siempre que pueda encontrarse cualquier motivo que lo justifique (el que el parlamento haya considerado oportuno): El tributo sólo lesionará el principio de capacidad económica si no es posible encontrar ninguna explicación para la diferencia de trato. En estos casos la inconstitucionalidad podrá salvarse por dos vías: gravando por igual todos los supuestos o exonerándolos a todos”. J.I. GOROSPE OVIEDO, P.M. HERRERA MOLINA, *La virtualidad del principio de capacidad económica en el ordenamiento tributario español*, en C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, E. GONZÁLEZ GARCÍA, J. RAMALLO MASSANET, E. LEJEUNE VALCÁRCEL, A. YÁBAR STERLING (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Madrid, 2007, 33.

²⁷ Vid. STC 27/1981, de 20 de julio, F.J. 4º; 37/1987, F.J. 10º y 150/1990, F.J. 9º.

²⁸ G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA, *La tributación de los servicios digitales*, cit., 52 a 55.

seno de la UE cuando se estudió la implementación de la propuesta sobre una Base Imponible Común Consolidada del IS (BICCIS²⁹), y por otro lado, tampoco se logró consenso sobre la propuesta del concepto de Presencia Digital Significativa (PDS³⁰). Ante estos inconvenientes, parecía más razonable considerar a los usuarios como el activo principal de las empresas de servicios digitales, de forma que si se les otorgaba valor fiscal se estaría gravando el consumo y se resolverían los problemas que generaban los tributos de naturaleza directa. Es decir, la argumentación concreta sería que: se *«toma en consideración el valor que tienen los usuarios y lo mide en función de la renta que le generan por “consumir” servicios digitales y, sobre esa base se somete a tributación... lo que anteriormente eran considerados como beneficios empresariales, ahora se podría considerar como consumo»*³¹.

A modo de abstracción, el índice directo del principio de capacidad económica que mide la obtención o posesión de renta o patrimonio, es materializado por los criterios de fuente y residencia, que son los que permiten la sujeción a los tipos impositivos de esta naturaleza. Al quedar estos últimos superados por los nuevos modelos de negocio basados en los servicios digitales, que no necesitan de establecimiento permanente, se han fomentado las estrategias de planificación fiscal agresiva que se han visto materializadas en la erosión de bases imponibles, traslado de beneficios, desfalco de las arcas públicas y crisis de la soberanía fiscal.

Tras el rechazo de la propuesta de Directiva de 21 de marzo de 2018, relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales³², el 15 de octubre de 2020, ve la luz la Ley 4/2020 del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (en adelante IDSD). Este novedoso gravamen, como su predecesor, ha sido objeto de numerosas críticas por su controvertida naturaleza y por el argumento que lleva a legitimar dicha calificación³³: la presunta falta de cómputo de la capacidad económica del prestador de los servicios digitales. Como se ha tenido la oportunidad de explicar en apartados anteriores, el principio de capacidad económica da forma al sistema tributario debiendo rechazarse los impuestos que se opongan a este principio. Los índices de

²⁹ Vid. COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva de 25 de octubre de 2016 relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades.

³⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva de 21 de marzo de 2018 relativa a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa.

³¹ G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA, *La tributación de los servicios digitales*, cit., 195.

³² Vid. COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva de 21 de marzo de 2018 relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales.

³³ “Al centrarse en los servicios prestados, sin tener en cuenta las características del prestador de los mismos, entre ellas su capacidad económica, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales no es un impuesto sobre la renta o el patrimonio, y por tanto no queda comprendido en los convenios de doble imposición, según establece el reiterado Informe intermedio del G20/OCDE sobre los retos fiscales derivados de la digitalización. Se configura, por tanto, como un tributo de carácter indirecto, que es por lo demás compatible con el Impuesto sobre el Valor Añadido”, Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios digitales, Preámbulo III.

capacidad económica parten de la existencia de una riqueza, y decir que no se parte de ella³⁴, ya sea directa o indirecta, pone en duda la legitimación de este nuevo tributo.

En un primer momento, sería relativamente sencillo llegar a la conclusión que el hecho imponible grava la prestación de determinados servicios digitales en forma de renta, por lo que esos servicios ya tienen un valor, y la empresa recoge un beneficio. Todo ello susceptible de ser medido a través de los indicadores de capacidad económica directa.³⁵ Incluso podría reforzarse esta afirmación argumentando que en el momento en el que se reconoce del sujeto pasivo del impuesto a través de determinados umbrales cuantitativos, ya se establece lo que se conoce como capacidad económica relativa. Concluyéndose que, sí existe una capacidad económica y que en base a nuestro sistema tributario actual, este tributo es más calificable de directo que de indirecto³⁶. Sin embargo, los efectos adversos que la imposición directa generaría serían: en cuanto los criterios de residencia, necesidad de aplicación de los tratados y convenios de doble imposición para aquellos tipos que gravan la renta³⁷ y vulneraría el principio de capacidad económica al gravarse el beneficio bruto y no el neto³⁸.

De afirmar que estamos ante un indicador de capacidad económica indirecta, parece más lógico que el sujeto obligado fuese el consumidor o que el impuesto se le repercutiese, ya que este índice mide el consumo o transmisión³⁹, de esta forma, tendría cabida que el tipo pudiese basarse en medidores indirectos de capacidad económica. Aún así, no cumpliría con un requisito jurisprudencial indispensable para ser considerado indirecto, y es el de la proporcionalidad⁴⁰, es decir, no hay proporcionalidad entre lo que termina pagando el consumidor final y lo que se debería devengar en las fases anteriores (ya que dichas fases no existen), lo que hace que el gravamen sea sobre el total, sin que se haya generado ningún valor añadido. Se produce un aumento del precio por parte de las empresas para compensar ese gasto, constituyendo esta eventualidad un claro indicio de la falta de neutralidad del tributo. Otro requisito establecido por la jurisprudencia⁴¹ es el de aplicación del tipo a las entregas de bienes y servicios, es decir, se gravarían las

³⁴ “Al centrarse en los servicios prestados, sin tener en cuenta las características del prestador de los mismos, entre ellas su capacidad económica”. Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales. Preámbulo III.

³⁵ G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA, *LA TRIBUTACIÓN DE LOS SERVICIOS DIGITALES*, cit., 163.

³⁶ En palabras de SANCHEZ-ARCHIDONA: “es claro que, no ya solo, obviamente, grava una manifestación de capacidad económica (de lo contrario, habría que cuestionarse su constitucionalidad), sino que grava una manifestación clara y directa, y no una manifestación indirecta en la que no se tiene en cuenta el prestador de los servicios”. *Ibid.* 163.

³⁷ J. MARTÍN Y J. RODRÍGUEZ, *Las debilidades de la futura Tasa Google*, Cinco Días, 2018. Disponible online en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/11/20/mercados/1542735168_125366.html.

³⁸ C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, *El impuesto sobre determinados servicios digitales como opción para gravar la nueva economía digitalizada*, en C. GARCÍA NOVOA, (Dir), *4ª revolución industrial: la fiscalidad de la sociedad digital y tecnológica en España y Latinoamérica*, Navarra, 2019, 118.

³⁹ Así ocurre en el ITPAJD o en el TPO, en el que se mide la capacidad económica del adquirente, o el el IVA (cuando se produce la repercusión en el consumidor). Según SÁNCHEZ-ARCHIDONA, más que no haber capacidad económica como indica el preámbulo de la ley, parece que el legislador lo haya confundido con el principio de neutralidad característico del IVA. *Ibid.*, 163.

⁴⁰ *Vid.* STJUE de 3 de octubre de 2006 (C-475/03).

⁴¹ *Vid.* STJUE de 13 de julio de 1989 (C-94/88); STJUE de 18 de enero de 2017 (C-189/15).

operaciones, en cambio, lo que se observa en la norma es que se grava el beneficio bruto de la empresa, esto es, los ingresos derivados de la operación.

Por todo lo expuesto, concluimos que es necesario adoptar medidas que lleven a soluciones duraderas y no meramente provisionales. Se deben replantear los actuales índices de capacidad económica, cuestionándonos si deben ser adaptados al nuevo paradigma, o si realmente lo apropiado sería optar por la creación de nuevos principios para estos novedosos modelos de negocio.

4. El impuesto a la robótica

Actualmente, la imposición a la robótica es un tema recurrente que ha generado abundantes discusiones entorno a sus ventajas e inconvenientes. La mayor parte de ellas se han derivado del hecho que es necesario estimular la innovación tecnológica a la par que se protege el empleo. La sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social está fuertemente vinculada al equilibrio presupuestario, y frente a un posible desajuste la doctrina ha propuesto innumerables posibilidades que abarcan prácticamente todos los escenarios que puedan llegar a preverse, esta búsqueda de nichos de riqueza ha puesto de manifiesto una creatividad fiscal sin precedentes⁴².

Tal y como ha sido puesto de manifiesto, la introducción de la robótica en el mercado laboral arroja previsiones poco halagüeñas, la sustitución de trabajadores por robots puede desencadenar una serie de efectos negativos que afecten gravemente a nuestro sistema financiero⁴³, lo que nos ha hecho plantearnos la idea de hacer tributar a los robots que reemplacen el trabajo humano⁴⁴. El desempleo implicaría una minoración de la recaudación del IRPF, falta de consumo, consecuente reducción de la recaudación por el IS, reducción de salarios por aumento de la demanda de trabajo y un aumento de la desigualdad. No son pocos los autores que han considerado que la imposición a la robótica y a la IA sería la fórmula más indicada para compensar los ingresos impositivos dejados de obtener⁴⁵ e incluso se ha previsto que podría financiar una renta básica⁴⁶.

Para Oberson, uno de los precursores de la temática que abordamos, los robots inteligentes realizan actividades susceptibles de reflejar capacidad económica, por lo que considera la posibilidad de implementar un impuesto sobre la renta asociado a la actividad

⁴² C. GARCÍA NOVOA, *La tributación de los robots en el marco de la búsqueda de nuevas formas de gravamen*, en I. CRUZ PADIAL (Dir.), *Tributos, servicios digitales y robótica*, Navarra, 2021, 113 y ss.

⁴³ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *The Artificial Intelligence; the next digital frontier*, 2017.

⁴⁴ Bill Gates manifestó lo siguiente: “si un robot reemplaza el trabajo de un humano, este robot debe pagar impuestos como un humano”. Disponible online en: <https://www.cnbc.com/2017/06/02/bill-gates-robot-tax-eu.html>.

⁴⁵ J. DAUBANIS, Y Y.P. YANNI, *La imposición óptima de los robots*, en *La Tributación de los Robots*, IEB Report 2/2019, 19.

⁴⁶ Países como Kenia, Irán, Canadá, Alemania o Finlandia se acercan a esta idea. *vid.* https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2020-03-04/renta-basica-social-alaska-finlandia-ingresos_2479827/

o uso del robot. Sin embargo, al no poder ser considerados personas físicas o jurídicas⁴⁷ y no tener capacidad financiera de pago, correspondería otorgar esta capacidad a quien los utilice⁴⁸. El que se beneficia del uso de un robot recibe la capacidad económica directa de este, de forma que modifica al alza su propia capacidad económica. Sin embargo, la dificultad se da cuando medimos dicha capacidad económica del robot, pues ¿qué valor concreto deberemos atribuir a la capacidad económica de un robot?

Por otro lado, para García Novoa, esta visión subjetiva⁴⁹ del principio de capacidad económica queda superada por la concepción objetiva, que define la capacidad económica cómo riqueza susceptible de gravamen⁵⁰ limitada por la prohibición de una carga excesiva⁵¹. Para este autor, la incorporación del robot al activo de una empresa no constituye mayor capacidad económica frente a otros elementos tecnológicos, por lo que no aprecia una singular manifestación de capacidad económica⁵². Por otro lado, este autor propone trabajar sobre la amortización con la que las empresas pueden jugar como deducción en el IS, que de quedar limitada lograría un mayor ingreso para la hacienda pública sin dañar la homogeneidad del sistema fiscal.

Por último, y para no extendernos en exceso, la siguiente de las propuestas a la que nos vamos a referir es la del profesor Miras Marín⁵³, quien desaconseja basar la tributación de los robots mediante tributos que impliquen el reconocimiento de la personalidad jurídica electrónica, en la transformación del IS para que sirva de compensación y en la imposición indirecta⁵⁴. Así las cosas, su principal propuesta trata de articular un impuesto directo extrafiscal sobre los robots. Recordemos que los impuestos extrafiscales no tienen una finalidad meramente recaudatoria sino que, persiguen un fin constitucionalmente protegido por lo que se les permite alejarse bajo ciertas condiciones del principio de capacidad económica⁵⁵. Además, como bien es sabido, este tipo de impuesto permitiría destinar lo recaudado directamente al sostenimiento de la Seguridad Social. Por su naturaleza está destinado a desaparecer y, el autor está convencido de que las circunstancias que han abocado al escenario planteado

⁴⁷ “Parece evidente que si en otras épocas históricas se les ha concedido personalidad jurídica a entes que no eran personas físicas, no habría motivo para oponerse a hacer lo mismo con los robots”. G. SÁNCHEZ-ARCHIDONA, *La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario*, Navarra, 2019, 9.

⁴⁸ X. OSBERSON, *Taxing robots? From the emergence of an electronic ability to pay to a tax on robots or the use of robots*, en *World Tax Journal*, Países Bajos, 2017, 253.

⁴⁹ El análisis subjetivo es el que enjuicia la idoneidad del sujeto para el cumplimiento de la obligación tributaria acorde a su particular capacidad económica. Cfr. F. DE VICENTE DE LA CASA, *Los principios de capacidad económica*, cit., 153.

⁵⁰ STC 26/2017 de 16 de febrero.

⁵¹ STEDH de 14 de mayo de 2013, asunto NKM contra Hungría.

⁵² C. GARCÍA NOVOA, *La tributación de los robots*, cit., 323.

⁵³ N. MIRAS MARÍN, *¿Sueñan los androides con impuestos finalistas?*, en *Tributos, servicios digitales*, cit., Capítulo 10. VI.

⁵⁴ Las máquinas, inexpressivas de capacidad económica, no son sujetos del derecho constitucional a contribuir. Esto sería aplicable tanto a impuestos directos, como indirectos, en estos últimos, a diferencia de lo que ha mantenido por OSBERSON, la mera independencia o autonomía en la prestación de un servicio o suministro de bienes no es suficiente para calificar a una entidad como sujeto pasivo a los efectos del IVA”, *Ibid.* Capítulo 10, VI.1. Modelos de imposición que no consideramos aplicables.

⁵⁵ *Vid.* 45 y ss.

en líneas anteriores será meramente transitorio de modo que, una vez regularizada la situación de desempleo el impuesto debería desaparecer⁵⁶. Lo que aquí se pretende, no es desincentivar la implementación de la robótica sino, proteger el derecho al trabajo mediante la recaudación de fondos suplementarios. No obstante, a nuestro parecer, sí se estaría disuadiendo a las empresas a la implementación de esta tecnología, pues no debemos olvidar que una de las principales ventajas que lleva a la empresa optar por la sustitución del trabajador humano es la rentabilidad económica de la implementación de la robótica.

5. Conclusiones

En el presente estudio se han abordado temas de gran complejidad en lo referente a la tributación de los servicios digitales y la robótica. Estamos lejos de aplicar soluciones jurídicas viables, sin embargo, no era el objeto de este estudio abordar de forma completa y exhaustiva todas las aristas de esta amplia temática, sino poner de manifiesto una realidad social y económica que condiciona la viabilidad de los sistemas jurídico tributarios. Habiendo dicho esto, precisaremos las consideraciones más relevantes a continuación.

Primera. Los efectos de la cuarta revolución industrial en el sistema financiero y tributario. La cuarta revolución industrial, caracterizada por su alto grado de interdependencia e interconexión entre todos sus parámetros, plantea la necesidad de adecuar las normas jurídicas a los cambios económicos y sociales. La innovación de las nuevas tecnologías, tanto en la vertiente de los servicios digitales como en la robótica, puede tener el efecto de reducir la demanda de trabajo y la disminución de los salarios, lo que podría provocar un impacto deflacionario y la consecuente reducción del consumo, ello generaría la necesidad de un mayor intervencionismo estatal para proteger a los colectivos afectados por el desempleo. Esto para el Estado, se traduce en una necesidad de mayor financiación para hacer frente a los gastos ya soportados, como las pensiones y los generados por el desempleo, ahora concebidos en la forma de un posible mínimo existencial. Todo ello en un hipotético escenario en el que las cotizaciones y los ingresos por imposición directa (IRPF e IS), considerados la base de la financiación estatal para el mantenimiento del Estado Social, descienden irremediabilmente. Esta financiación pretende extraerse de la imposición a los servicios digitales, tratando la problemática de

⁵⁶ “(...) si estas brechas financieras se convierten en permanentes, el cierre de las mismas sólo estaría permitida a través de impuestos (permanentes) pero no a través del mantenimiento de un gravamen complementario. Por todo ello, no sería acorde con la Constitución una vigencia indefinida o ilimitada, de iure o de facto, de estos impuestos extraordinarios ni sería legítimo mantener el impuesto de solidaridad si se han producido reducciones de impuestos ordinarios que no justificarían el mantenimiento del impuesto extraordinario” en C. GARCÍA NOVOA, *4ª Revolución industrial*, cit., 1. La fiscalidad de excepción. Un nuevo para sigma tributario en el escenario post COVID-19, IV. Los tributos y las medidas fiscales basadas en la solidaridad.

la erosión de las bases imponibles y traslado de beneficios y, mediante la creación de un tipo impositivo sobre la robótica.

Segunda. La capacidad económica, la piedra angular de la mayoría de los sistemas tributarios. El estudio del derecho comparado y de la evolución del principio de capacidad económica en algunos de los Estados más relevantes, nos permite comprender su importancia. La mayoría de los sistemas tributarios giran en torno al principio de capacidad económica. Su importancia se debe a su relación con la solidaridad social que subyace en el sistema impositivo, ya que constituye el criterio de distribución de la carga tributaria, armonizando la desigualdad económica y permitiendo a todos tributar igual. Todos los tributos deberán respetar este principio y establecer su estructura entorno a sus posibles clasificaciones y normas, lo que determinará la relación de un tributo con los demás, a nivel nacional como internacional.

Tercera. La capacidad económica en los servicios digitales. Los modelos de negocio digitales han potenciado las estrategias de planificación fiscal agresiva aprovechando las grietas de los sistemas tributarios, produciéndose una erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, con una consecuente merma de recaudación en las arcas públicas. La Ley 4/2020 del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, como su predecesora (la propuesta de Directiva de 21 de marzo de 2018), han sido objeto de numerosas críticas por su controvertida naturaleza. Mediante este estudio queda patente que el hecho imponible que grava la prestación de determinados servicios digitales en forma de renta, es susceptible de ser medido a través de los indicadores de capacidad económica directa, e incluso se establece una capacidad económica relativa al reconocer al sujeto pasivo del impuesto mediante umbrales cuantitativos. Además, el principio de capacidad económica también queda claramente vulnerado al gravarse el beneficio bruto y no el neto. Lo expuesto, nos lleva a concluir que es necesario tener en cuenta el principio de capacidad económica a la hora de articular los tributos y, que no es posible moldear un principio básico del sistema tributario al objeto de obtener una mayor cohesión tributaria, ni para garantizar su supervivencia. El IDSD no parece ser un impuesto indirecto, y tampoco parece respetar las bases del principio de capacidad económica, por lo que debería repensarse la estructura de este tributo.

Cuarta. La capacidad económica en la imposición a la robótica. Necesitamos partir de la base de un hecho imponible que pueda sustentarse en una determinada generación de capacidad económica, la estructura técnica y los elementos de cuantificación del tributo deben ir en consonancia a los principios de justicia tributaria y el tributo debe sobrepasar un análisis subjetivo de idoneidad. Estos tres niveles, básicos para cualquier tributo, parecen inconciliables cuando tratamos de armonizar un tributo a la robótica en nuestro sistema tributario actual. Un impuesto de naturaleza extrafiscal otorga la suficiente flexibilidad para poder introducir estos elementos robóticos a nuestro sistema fiscal, esta flexibilidad, sin embargo, debe ir acompañada de un nivel de coordinación suficiente que permita la implementación de un plan de recuperación y

sostenimiento de la empleabilidad humana, junto con un alto grado de exigencia académica a las generaciones futuras pues, como ya adelantábamos, los empleos del futuro requerirán de un alto grado de profesionalización. En palabras de GARCÍA NOVOA: *«Lo importante no es fijar cómo se van a gravar a los robots, sino garantizar que lo que se recaude se destine a fines concretos».*



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

IL RICONOSCIMENTO FACCIALE: UNA SFIDA DI POLICY PER IL FUTURO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

FEDERICA PAOLUCCI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Biometria e riconoscimento facciale. – 2.1 *Ubi commoda ibi et incommoda*. – 3. La sovranità statale alla prova del riconoscimento facciale. – 3.1 Profili critici della regolamentazione del riconoscimento facciale. – 3.2 Il *vulnus* ai diritti fondamentali: aspetti sostanziali e procedurali. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel 1997, Lawrence K. Grossman, noto dirigente del settore televisivo statunitense, nel libro *La Repubblica Elettronica*¹ immaginava che negli anni a venire si sarebbe realizzato un nuovo assetto dei poteri provocato dai mezzi di telecomunicazione, e che questi avrebbero fatto emergere in maniera preponderante la voce popolare. La rivoluzione a cui abbiamo però assistito negli ultimi anni è stata sicuramente una riallocazione di potere, ma non nelle mani del popolo. In quello spazio individuabile con il neologismo di *infosfera*² è apparso il governo dell' algoritmo. Indicato da Danaher con il termine *algocrazia*³, si intende «un sistema in cui gli algoritmi sono utilizzati per raccogliere, collezionare e organizzare i dati su cui vengono tipicamente prese le decisioni

¹ L. K. GROSSMAN, *La repubblica elettronica*, Roma, 1977.

² Il riferimento è, in particolare all'analisi di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione: come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

³ J. DANAHER, *The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation*, in *Philosophy & Technology*, 3/2016, 245 ss.

e per assistere nel modo in cui quei dati vengono elaborati e comunicati attraverso il relativo sistema di *governance*»⁴. Dunque, il crescente impiego di strumenti automatizzati sembrerebbe tendere verso la creazione di un nuovo paradigma, non solo tecnologico, ma anche sociale ed economico: quel *surveillance capitalism*⁵ che sembra essere la base della contemporaneità.

Tanto si è già detto sulla pericolosità di questo sistema⁶ quanto sull'occasione di sfruttarlo a pieno per creare nuovi modelli di produzione e, dunque, di business⁷. Difatti, la catena di raccolta, analisi, produzione e riproduzione basata sui dati sta permeando ogni aspetto della vita degli individui, contribuendo a digitalizzare anche il corpo umano o quanto meno parti di esso. L'effetto che rileva, anche e non solo per l'analisi giuridica della vicenda, è che, per via dell'immensa conoscenza in loro possesso⁸, gli strumenti algoritmici stanno contribuendo a destabilizzare la piramide dei poteri esacerbando la crisi in cui si trova il costituzionalismo per via della riallocazione di potere tra attori pubblici e privati⁹. A riprova di ciò, basti osservare la crescente attenzione che le istituzioni stanno dedicando alla possibilità di regolare l'intelligenza artificiale. Basti considerare che tra il 2020 e il 2021, il Consiglio d'Europa¹⁰, il Parlamento Europeo¹¹ e la Commissione Europea¹² hanno adottato delle prime forme di regolamentazione che hanno visto una *climax* nella pubblicazione della proposta di Regolamento dell'IA¹³ nell'aprile 2021. L'IA è, difatti, una tecnologia che rappresenta senza dubbio il futuro della specie umana, ma che fa emergere allo stato dell'arte una serie di preoccupazioni in quegli ambiti in cui le decisioni impattano enormemente con la libertà dei cittadini.

Avendo, dunque, tracciato le menzionate premesse, il presente contributo si pone l'obiettivo di guardare all'interazione del potere statale con un particolare tipo di tecnologia algoritmica: il riconoscimento facciale¹⁴. Tale strumento, attirando a sé tutte le criticità di riprodurre un meccanismo di sorveglianza biometrica, si presta ad essere un

⁴ *Ibidem*.

⁵ Il riferimento è allo studio socioeconomico pubblicato dalla ex Docente di Harvard S. ZUBOFF in *The Age of Surveillance Capitalism*, Cambridge MA, 2019.

⁶ *Ex multis*, C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, trad. ita. di D. Cavallini, Milano, 2017.

⁷ Si veda il progetto della Commissione Europea di istituire una *European data economy* nella quale ogni settore può concretamente beneficiare del *free flow of data*. Cfr. *Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy*, Brussels, 10.1.2017.

⁸ Del resto, «*scientia potentia est*», da T. HOBBS, *De Homine*, (1658), Bari, 1970.

⁹ Sul punto L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti: Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Bari, 2013.

¹⁰ CONSIGLIO D'EUROPA – AD HOC COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (CAHAI), *Feasibility Study*, Strasbourg, 17 dicembre 2020.

¹¹ EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Artificial intelligence: From ethics to policy*, giugno 2020.

¹² COMMISSIONE EUROPEA, *White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, Bruxelles, 2020.

¹³ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, COM (2021) 206 final.

¹⁴ Di seguito riconoscimento biometrico facciale o FRT (*facial recognition technology*).

caso d'analisi dal momento in cui ha un forte impatto sulla protezione e sull'esercizio di diritti fondamentali: ossia, le libertà di associazione ed espressione, oltre che la privacy e la protezione della sfera privata. Da un'analisi del sistema di sorveglianza algoritmica in cui il riconoscimento facciale si colloca, si arriverà a guardare al rapporto tra tale tecnologia e il potere statale osservando come, anche da una lettura della recente proposta della Commissione, sia fortemente complesso regolamentarne l'uso e garantire, al contempo, la protezione delle libertà fondamentali. Guardando, dunque, al problema in concreto, si cercherà di trarre un esempio delle difficoltà di *policy* che lo Stato sembra riscontrare su questo piano, provocando così un margine di detrimento ai diritti fondamentali, a causa della mancanza di un adeguato dialogo tra diritto e IA.

2. *Biometria e riconoscimento facciale: tra tecnica e diritti*

Il riconoscimento facciale rientra nell'immensa branca dell'IA, in particolare del *deep learning* e *multilayered deep neural network*¹⁵. Esso consiste nella raccolta di dati biometrici¹⁶. Definibili come «categorie speciali di dati personali»¹⁷ in quanto capaci di comunicare informazioni quali le origini etniche o razziali di un individuo, i dati biometrici raccolgono una moltitudine di elementi molto diversi tra loro¹⁸. Per tale ragione, sono individuabili due principali categorie: l'una afferente a dati di tipo fisiologico e l'altra a quelli di tipo comportamentale. All'interno della prima classificazione è possibile annoverare quei dispositivi che sono in grado di riconoscere le impronte digitali, la geometria delle mani, l'odore, l'iride, il DNA, e, infine, il volto. Il secondo insieme si riferisce, invece, alla raccolta di informazioni che riguardano il comportamento umano, il riconoscimento vocale, l'analisi della firma, *etc.*

Ricadendo, come è chiaro, nella prima delle due categorie, il riconoscimento facciale, essendo una tecnologia che raccoglie in sé diversi fattori, viene spesso confuso con altri strumenti, ovvero con usi parziali di esso: si pensi, preliminarmente, alla confusione tra *face detection* e *face recognition*. Difatti, accade di sovente che i media, il pubblico e anche i produttori di vari sistemi basati sulle immagini sono inclini ad utilizzare la terminologia “tecnologia di riconoscimento facciale” in modo incoerente. O

¹⁵ X. HAN E Q. DU, *Research on face recognition based on deep learning*, in 2018 Sixth International Conference on Digital Information, Networking, and Wireless Communications (DINWC), 2018, 53–58.

¹⁶ Questi nella definizione offerta dalla proposta di Regolamento sull'IA all'art. 3 co. 1 n. 33 sono individuati come «*personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of a natural person, which allow or confirm the unique identification of that natural person, such as facial images or dactyloscopic data*».

¹⁷ Oltre alla definizione contenuta nella proposta di Regolamento, i dati biometrici sono definiti *special categories of personal data* dall'art. 10, par. 1, direttiva (UE) 2016/680 (*Law Enforcement Directive*). Come si è detto, si tratta di dati in grado di identificare in maniera unica ed inequivocabile un individuo, intercettando informazioni che riguardano la sua salute o, ancora, il suo orientamento sessuale, come anche suggerito dalla lettura dell'art. 9 par. 1 del GDPR.

¹⁸ Per un approfondimento tecnico degli aspetti menzionati si consiglia la lettura dei testi che sono stati consultati sul punto, *ex multis* J. D. WOODWARD, *Biometrics: A Look at Facial Recognition, Documented Briefing Rand Corporation*, in DB-396-PSJ, 2003.

ancora, si inseriscono all'interno di questa categoria una serie di strumenti che lavorano con immagini, analizzano volti persino, ma non si spingono a identificarli o riconoscerli. Si trova, pertanto, appropriata la definizione che di riconoscimento facciale è offerta dal *focus paper* a cura della FRA, European Agency of Fundamental Rights¹⁹, che identifica il riconoscimento facciale «*as a unique biometric identifier*». Insistendo in una breve digressione tecnica, si possono precisare²⁰ generalmente cinque *step* in cui il riconoscimento facciale si sostanzia. Ciascuno di essi può essere inteso come foriero di diversi casi d'uso, così come di benefici, di rischi e di intrusività²¹.

La prima fase di utilizzo del FRT si ha con la “detenzione”, o raccolta di rappresentazioni di volti: un passaggio che consiste nella semplice richiesta alla macchina di individuare la presenza di un volto nell'inquadratura. Le immagini possono essere raccolte da archivi di fotografie di passaporti o patenti, o dal vasto numero di immagini che sono state caricate sui siti di social media e su Internet.

La seconda fase consta del “raggruppamento” di suddette immagini: tale processo comporta l'accostamento di quelle che riportano tratti simili. Occorre considerare il *dataset* di partenza come un contenitore di un certo numero di raffigurazioni, e che quelle che contengono volti rechini delle caratteristiche somiglianti. La macchina, dunque, dopo aver individuato le immagini con volti, e aver scartato quelle senza, si rivolgerà a quelle con dei punti in comune per raggrupparle, creando dei “sotto-*dataset*”.

Tale passaggio è di sostanziale importanza in quanto permette lo *step* successivo: ossia, il c.d. *match* o identificazione²². Con questa nomenclatura si intende quell'attività che consiste nell'estrarre dalle foto con delle caratteristiche comuni, quelle riferibili ad una specifica persona. La sostanziale differenza con il mero raggruppamento è da rinvenirsi nel fatto che questo passaggio consente di creare un database di volti simili senza abbinarli ad un singolo individuo. Con l'identificazione si ha, pertanto, il collegamento tra l'immagine e la persona fisica: il *match* che l'algoritmo svolge con le preesistenti fotografie relative ad uno specifico individuo²³.

¹⁹ FRA (EUROPEAN AGENCY OF FUNDAMENTAL RIGHTS), *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, Focus paper, 2019.

²⁰ Nello stilare la classificazione che segue, si è fatto riferimento ai seguenti testi: E. SELINGER e B. LEONG, *The Ethics of Facial Recognition Technology*, in C. VÉLIZ (ed.), *The Oxford Handbook of Digital Ethics*, 2021; FRA, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, cit.; FUTURE OF PRIVACY FORUM, *Privacy Principles for Facial Recognition Technology in Commercial Applications*, 2018; V. WOODWARD, *Facial Recognition: Defining Terms to Clarify Challenges*, *Ada Lovelace Institut*, 13 novembre 2019.

²¹ Sul punto si veda *The Many Faces of Facial Recognition in the EU*, in *EDRI*, 18 dicembre 2019.

²² In tema di identificazione all'interno dell'appena citato studio a cura della FRA, Fundamental Rights Agency, *ibid.*, si specifica che «*identification means that the template of a person's facial image is compared to many other templates stored in a database to find out if his or her image is stored there*».

²³ Un diverso discorso giova farlo con riferimento al *live facial recognition technology*, in quanto tale tecnologia svolge un processo di identificazione a partire da immagini ottenute tramite clip live. La problematica che emerge con questo genere di FRT è una generale imprecisione dell'algoritmo, in quanto, circa l'accuratezza del riconoscimento, molto dipende dalla posizione della telecamera o, ad esempio, dall'esposizione del volto alla luce, come specificano P. FUSSEY e D. MURRAY, in *Independent Report on the London Metropolitan Police Service's Trial of Live Facial Recognition Technology*, The Human Rights, Big Data and Technology Project - University of Sussex, 2019.

Il quarto passaggio è la verifica o autenticazione. Una volta che dal gruppo di immagini si è ricavato il collegamento con una persona fisica, si dovrà necessariamente effettuare una comparazione “*one-to-one*”. Con questa espressione si intende il processo di confrontare due profili biometrici con un’immagine che si crede possa riferirsi a sola una delle due persone. Il processo di verifica consiste nel controllare che la persona raffigurata sia effettivamente quella fisicamente individuata, mentre quello di autenticazione si estrinseca nell’affermazione che la persona raffigurata è quella che appariva. In tal modo, si potranno confrontare sul medesimo piano orizzontale due raffigurazioni appartenenti a due persone differenti.

L’ultimo passaggio consiste nella classificazione o categorizzazione²⁴: tale aspetto è senza dubbio il più cruciale di tutti. Difatti, dopo aver raccolto un’immagine, averla posta in comparazione con un database di volti, aver, conseguentemente, individuato una persona e aver compreso, attraverso un calcolo probabilistico, che è raffigurata nella foto, il passo successivo è procedere con un’analisi di quel dato. «*Today’s selfie is tomorrow biometric profile*»²⁵: ossia, il *selfie* di oggi è la profilazione biometrica di domani. Nonostante il valore iperbolico di questa frase, alla luce di quanto detto sinora, si comprende bene che una foto non è solo una semplice foto. Dalla stessa possono essere ricavate delle ulteriori informazioni preziosissime, quali l’appartenenza ad un gruppo politico, o altri aspetti personali che permettono, di converso, la creazione di categorie e classificazioni degli individui i cui volti sono stati sottoposti a riconoscimento facciale. Azione che spesso avviene nella inconsapevolezza del *data subject*: la mancanza di una solida base giuridica per consentire il trattamento di tali dati è, come si vedrà, uno degli aspetti cruciali della narrativa attorno al FRT. Sarebbe, tuttavia, riduttivo fermarsi alla distopia e produrre un elenco di ciò che preoccupa, tralasciando le posizioni affermative di questa tecnologia. Nel far ciò si creerebbe un cortocircuito oltre che logico anche giuridico, in quanto non sarebbe comprensibile il perché i governi non ricorrano al blocco totale del riconoscimento facciale, ma ne considerino applicazioni più o meno intrusive nei diritti fondamentali dei cittadini. Prima di esaminare, dunque, queste scelte di *policy*, si cercherà di presentare le possibili e vaste applicazioni del riconoscimento facciale.

2.1. Ubi commoda ibi et incommoda

Spesso biometria fa rima, non solo nella lettera, ma anche in talune ricostruzioni²⁶, con distopia. Un accostamento di questo tipo oltre che impreciso, svaluta la reale portata di strumenti come il riconoscimento facciale che, *a fortiori* in un’epoca di digitalizzazione e distanziamento sociale, possono agevolare alcune operazioni. Senza scivolare, dunque, in scenari orwelliani, la tecnologia in esame non è altro che un algoritmo impiegato per

²⁴ La terminologia riportata nel testo segue quanto adottato dalla FRA nel report citato.

²⁵ La citazione proviene dal *Think Privacy Project* dell’artista ed attivista Adam Harvey.

²⁶ Si veda, ad esempio, tra molti accostamenti di questi concetti J. BOSMAN e S. F. KOVALEVSKI che nel 2019 titolavano *Facial Recognition: Dawn of Dystopia, or Just the New Fingerprint?*, in *New York Times*, 18 maggio 2019.

riconoscere i visi umani attraverso l'uso della biometria, per l'appunto. È in grado di raccogliere informazioni a partire da video o foto, focalizzandosi sui dettagli dei volti, quali, ad esempio, la distanza degli occhi dalla fronte, il mento, per creare una c.d. "facial signature"²⁷: ovverosia, una firma del nostro viso. Dagli aeroporti²⁸ allo sblocco di uno *smartphone* di ultima generazione, il FRT raccoglie dati biometrici per i più svariati motivi. Taluni studi²⁹ riportano, difatti, interessanti utilizzi di questa tecnologia come, ad esempio, l'intercettazione delle emozioni del consumatore o la creazione di *template* da parte di social media: Facebook la applica sia per analizzare fotografie ed indentificare coloro che vi sono ritratti, sia nei programmi di cifratura per riconoscere e bloccare le immagini che recano contenuti intimi e che possono recare un grave danno agli individui che ne sono oggetto, come nei terribili casi di *revenge porn*³⁰. Occorre, inoltre, menzionare la creazione di database usati dalla polizia per ragioni di pubblica sicurezza³¹, come per identificare coloro che hanno preso parte all'attacco a Capitol Hill del 6 gennaio 2021³², per ritrovare dei minori scomparsi³³. Lo si trova, altresì, nei programmi che in tempo di COVID-19 hanno effettuato il c.d. *proctoring*: ovverosia, la sorveglianza a distanza di studenti che venivano esaminati da casa³⁴. Infine, il FRT può essere anche utilizzato nei luoghi di lavoro, ove viene applicato per prendere alcune decisioni come l'assumere o il licenziare dei lavoratori³⁵.

Il riconoscimento facciale biometrico è una delle più significative e in rapido sviluppo tecnologie di intelligenza artificiale attualmente disponibili. In paesi come il Regno Unito, gli Stati Uniti, il Canada³⁶, l'uso di questa tecnologia e la sua applicazione è stata ampiamente discussa. Anche a seguito della diffusione di un documentario targato Netflix³⁷, le tematiche legate alla sorveglianza per via del riconoscimento facciale sono

²⁷ Termine impiegato puntualmente da E. MCCLELLAN in *Facial Recognition Technology: Balancing the Benefits and Concerns*, in *Journal of Business & Technology*, 5/363, 2020.

²⁸ Guardando all'Italia, A Linate gli imbarchi hi-tech: via al riconoscimento facciale, *Il Sole 24 ore*, 2020.

²⁹ Oltre al già citato studio a cura di E. MCCLELLAN, M. GARAUS, U. WAGNER, e R. C. RAINER. *Emotional targeting using digital signage systems and facial recognition at the point-of-sale*, in *Journal of Business Research*, vol. 131, 2021, 747 ss.

³⁰ Progetto di Facebook sostenuto anche dal Garante per la Privacy italiano di cui alla pagina www.gpdp.it/revengeporn.

³¹ C. MCCARTHY, *Facial Recognition Leads cops to Alleged Rapist in Under 24 Hours*, in N.Y. Post, 5 agosto 2019.

³² A. HINES, *How Normal People Deployed Facial Recognition on Capitol Hill Protesters*, *Vice*, 2 febbraio 2021.

³³ Si veda, ad esempio, la notizia riportata da FINDBIOMETRICS in *Police Use Facial Recognition to Find Child Abducted 30 Years Ago*, 21 maggio 2020.

³⁴ Applicato in questo ambito, come in altri, il FRT ha mostrato tutta una serie di debolezze a partire dall'imprecisione nell'individuare la presenza di un volto fino al riconoscerlo. È stato il caso che ha coinvolto studenti da tutto il mondo, i quali, oltre allo stress di effettuare un test in queste modalità, hanno anche subito il mancato riconoscimento della loro identità, con la conseguenza di vedersi invalidato l'esame. Per un chiaro esempio dei *bias* che ancora contraddistinguono il FRT si veda a M. CHIN, *ExamSoft's proctoring software has a face-detection problem*, in *The Verge*, 5 gennaio 2021.

³⁵ D. GARGAO, *The Pros and Cons of Facial Recognition Technology*, in *IT Pro*, 26 marzo 2021.

³⁶ Sulle direzioni assunte da questi paesi nei confronti del riconoscimento facciale si offre una breve ricognizione in E. MCCLENNAN, *Facial Recognition Technology: Balancing the Benefits and Concerns*, in *Journal of Business*, 15/2020.

³⁷ Il riferimento è a *Coded Bias*, prodotto e distribuito da Netflix nel 2021.

divenute di dominio pubblico. Inoltre, all'inizio del 2020³⁸, è diventato noto che taluni governi stavano utilizzando l'immenso archivio di volti sviluppato dall'azienda Clearview AI³⁹. In stati autoritari come la Cina, un sistema di credito sociale è stato stabilito, facilitato anche da una vasta rete di sorveglianza biometrica, illustrando il potenziale punto d'arrivo per le democrazie liberali, se continuano sull'attuale traiettoria di adozione della tecnologia⁴⁰.

Per tali ragioni, è globalmente in corso una discussione che coinvolge i membri delle istituzioni, delle organizzazioni non governative, della società civile, e che ha ad oggetto il blocco totale del riconoscimento facciale⁴¹. Nonostante ciò, come si è detto, molti governi accolgono con favore tali strumenti e stanno investendo nelle applicazioni di questa tecnologia. In Francia, ad esempio, sono state intraprese diverse iniziative di impiego del riconoscimento biometrico, come l'introduzione di un programma applicato ai pubblici uffici che ha ad oggetto il riconoscimento automatizzato dei volti sui documenti di identità⁴². Inoltre, la pandemia da COVID-19 ha stimolato un aumento delle applicazioni di FRT per consentire l'identificazione a distanza degli individui, sia in contesti "da remoto", sia in contesti "live", come strumenti di scansione della temperatura o, persino, di *contact tracing*⁴³.

Tuttavia, il riconoscimento facciale sembra essere lo *specimen* alla base della moderna concezione di sorveglianza: si tratta di una tecnologia con un enorme potenziale, ma altamente intrusiva, che dovrebbe necessitare ancora di molto studio dati gli errori

³⁸ Sul punto il reportage curato dalla giornalista K. HILL in *The secretive company that might end privacy as we know it*, *New York Times*, 18 gennaio 2020.

³⁹ Azienda fondata da Hoan Ton-That, consta di un immenso database costituito da circa tre miliardi di immagini che l'azienda afferma di aver ottenuto sondando il web: queste sono state ricavate da Facebook, YouTube, Venmo e moltissimi altri siti web. La sua pericolosità è, dunque, da rintracciare anche nella sua opacità, nella scarsità di informazioni su come vengono raccolte e classificate le immagini nonché della mendace dichiarazione che raccoglierebbe solo "*available photos*" come recita il sito web. Un'attività altamente a limite delle violazioni di privacy e diritti umani che è stata condannata da molti paesi, tra cui il Canada dove, a seguito dell'investigazione condotta dal Federal Commissioner in collaborazione con le autorità equivalenti di Quebec, Alberta e British Columbia, è stato ordinato a Clearview di cancellare ogni immagine appartenente a cittadini canadesi dai propri archivi, come riportato da K. HILL, *Clearview AI's Facial Recognition App Called Illegal in Canada*, in *The New York Times*, 4 febbraio 2021; *Commissioners Rule Clearview's Data Collection Practices Violate Canadian Privacy Laws*, in *FindBiometrics*, 4 febbraio 2021.

⁴⁰ Si segnala nel merito uno studio comparatistico degli usi che del riconoscimento facciale sono fatti dai governi di Regno Unito, Cina, Stati Uniti e Germania e l'accettazione da parte della popolazione di tali sistemi di sorveglianza biometrica a cura di G. KOSTKA, L. STEINACKER, e M. MECKEL in *Between security and convenience: Facial recognition technology in the eyes of citizens in China, Germany, the United Kingdom, and the United States*, in *Public Understanding of Science*, 2021.

⁴¹ La campagna europea prende il nome di *Reclaim your Face* ed è stata creata dallo European Citizens' Initiative (ECI). Essa è sostenuta da vari rappresentanti della società civile nonché associazioni che agiscono a protezione dei diritti digitali dei cittadini come il network EDRI. Per quanto concerne il piano internazionale, si segnala la campagna di Amnesty International descritta nel comunicato stampa del 2020: *Amnesty International Calls for Ban on the Use of Facial Recognition Technology for Mass Surveillance*, 7 settembre 2020.

⁴² H. FOUQUET, *France set to roll out nationwide facial recognition ID program*, su *Bloomberg*, 13 ottobre 2019.

⁴³ Sul punto si veda l'applicazione prodotta dalla nota AI startup cinese, SenseTime, di cui tratta J. LI in *China's facial-recognition giant says it can crack masked faces during the coronavirus*, *Quartz*, 18 febbraio 2020.

che ancora commette sul piano decisionale, prima di favorirne la commercializzazione. In un contesto come quello che stiamo sperimentando, dove la tecnologia è una parte integrante e fondamentale della quotidianità di ogni individuo, è quanto mai cruciale riflettere sulle conseguenze giuridiche derivanti da una diffusione, tanto a livello pubblico quanto a livello privato, di un sistema che consenta la raccolta, l'analisi ed il *processing* dei dati biometrici – sia con riferimento a quelli raccolti da telecamere di sorveglianza, sia osservando quegli algoritmi che consentono a piattaforme, quali Instagram o Facebook, di riconoscere il volto umano. Dunque, *ubi commoda, ibi et incommoda*: nonostante siano stati individuati diversi ambiti in cui una sua applicazione appare utile ed interessante⁴⁴, numerose sono le criticità rintracciabili sul piano giuridico, con particolare riferimento all'ambito regolatorio, dal momento in cui non vi è un vero e proprio cuscinetto protettivo da parte del legislatore, mancando *de facto* e *iure legis* una norma che intervenga in soccorso dei diritti fondamentali. Le problematiche sono essenzialmente legate alla pervasività di un tale strumento di sorveglianza e ai suoi limiti tecnologici, *bias*, riconducibili in senso stretto alla qualità del *dataset* dal quale l'algoritmo può “apprendere” e riprodurre il ragionamento alla base del riconoscimento⁴⁵. Come si dirà, dunque, nel seguente paragrafo, la lentezza statale nel pianificare un intervento di *policy*, per ora arrestatosi alla bozza di un parziale e circoscritto blocco del riconoscimento facciale, fa trasparire un'incapacità del pubblico nel riuscire ad essere incisivo nella garanzia dei diritti e nell'esercizio dei poteri.

3. La sovranità statale alla prova del riconoscimento facciale

Il riconoscimento facciale permette, dunque, di dar voce ad una riflessione sulle difficoltà di *policy* che gli Stati sovrani sembrerebbero vivere, proiettando tali problematiche, proprio come un prisma, su vari piani. Il problema che ivi si osserva non è meramente legato all'esercizio della sovranità statale in combinato disposto con le nuove sfide tecno-globali contemporanee⁴⁶. Piuttosto, la mancanza di un paradigma regolatorio fa emergere delle domande che coinvolgono due ordini di idee: un primo piano riguarda la creazione stessa delle norme; un secondo, che discende dal primo,

⁴⁴ Per una *overview*, si faccia riferimento all'analisi di C. O'CONNOR, *Biometrics: challenges of facial recognition and the normative frameworks of the European Union and the USA*, in *BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences*, 2019.

⁴⁵ *Ex multis*, S. WACHTER, B. MITTELSTADT e C. RUSSELL, *Bias Preservation in Machine Learning: The Legality of Fairness Metrics Under EU Non-Discrimination Law*, in *West Virginia Law Review*, 1/2021.

⁴⁶ Non si ritiene, difatti, che la prospettiva possa essere quella di una dis-affermazione della sovranità statale, svuotando il concetto di ogni pervasività sostanziale. Come si spiega nelle righe che seguono, la domanda è inversa: non tanto se c'è sovranità statale ove si ha una tecnologia decisionale autonoma, quanto, piuttosto, occorre indagare se vi è un cambiamento nei suoi confini. E qualora vi sia, che effetto ciò provochi sull'esercizio dei diritti fondamentali. A tal proposito, si ritiene di non condividere l'impostazione *disruptive* di un certo filone della letteratura (che pure sconta l'impetoso giudizio del tempo, in quanto appartiene per lo più ad un'epoca “primordiale” di internet e dei problemi connessi alle c.d. nuove tecnologie), *ex multis*, D. R. JOHNSON, D. G. POST, *Law and Borders. The rise of law in the Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, 1367 e ss.

concerne, invece, l'esercizio dei diritti fondamentali e il design di nuovi meccanismi procedurali che possano essere applicati a protezione dei menzionati diritti. Tali aspetti problematici assumono una rilevanza particolare dal momento in cui possono essere rintracciati persino nella prima versione della proposta di Regolamento recentemente pubblicata dalla Commissione.

3.1. *Profili critici della regolamentazione del riconoscimento facciale*

Regolare una tecnologia che decide in autonomia potrebbe sembrare un ossimoro. Regolare una tecnologia di per sé opaca e intrusiva rappresenta una sfida che il legislatore sta combattendo ad armi impari. Dunque, un primo aspetto che viene in rilievo è, senza dubbio, la sostanziale lontananza dei giuristi dai matematici, ingegneri, tecnici, che si trovano a studiare e programmare gli strumenti innovativi in esame. Come osserva la letteratura⁴⁷, tale distanza che allo stato dell'arte permane tra le due discipline provoca degli effetti negativi sul design tanto della tecnologia, dell'IA, nello specifico, quanto sul piano delle regole. Un sodalizio effettivo tra tecnici e giuristi si configura come indispensabile nell'ottica di consentire ai primi di essere guidati dai principi direttivi studiati e individuati insieme ai secondi.

Venendo alla sovranità statale, la letteratura sulla difficoltà dello stato nel creare meccanismi di *coping* in grado di affrontare le sfide im-poste da internet, è vastissima⁴⁸. Non essendo lo scopo di questo contributo offrire una ricognizione sul tema della giurisdizione della rete, ci si limiterà a richiamare il dibattito sul tema, estrapolandovi ciò che ivi interessa. Difatti, anziché soffermarsi sulla necessità di una *lex specialis* forgiata sulle esigenze delle nuove tecnologie, il punto che si indaga con l'IA e il FRT è la tenuta (o meno) di certe regole⁴⁹: ossia, occorre verificare quali sono le conseguenze provocate da tale mutamento di paradigma⁵⁰ sulla protezione e l'esercizio dei diritti fondamentali. In secondo luogo, un ulteriore aspetto riguarda chi viene delegato a forgiare tali regole. Qualora questo "mandato" dovesse essere consegnato, anche solo nei fatti, nelle mani di altri poteri, in particolare quelli afferenti alle *tech companies* private, allora l'indebolimento in discussione sarebbe di tutta evidenza⁵¹. Dovendo fare i conti con una

⁴⁷ In particolare, il riferimento è alle intuizioni di J. BURRELL in *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms, Big Data & Society*, 2016, 1-12. Si segnala, in particolare, il passaggio che recita: «ultimately partnerships between legal scholars, social scientists, domain experts, along with computer scientists may chip away at these challenging questions of fairness in classification in light of the barrier of opacity».

⁴⁸ Giova ivi menzionare, ad esempio, B. CAROTTI, *Il sistema di governo di internet*, Milano, 2016; T. WU e J. GOLDSMITH, *Who controls the internet?*, Oxford, 2006, (in particolare) 130 e ss.; D. J. B. SVANTESSON, *Solving the internet jurisdiction puzzle*, Oxford, 2017.

⁴⁹ Sul punto si fa riferimento all'analisi di M. BASSINI in *Lo statuto costituzionale di internet*, in ID. *Internet e libertà di espressione*, Canterano, 2019, 21 e ss.

⁵⁰ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. Pizzetti (ed.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

⁵¹ Si rimanda al commento di M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *La Rivista, Gruppo di Pisa*, 2/2021.

presenza importante, quella degli *stakeholders* privati, la scelta che si dipana dinanzi al legislatore sembrerebbe attestarsi tra due strade: favorire l'autoregolamentazione orizzontale dei soggetti privati, ovvero intervenire con una regolamentazione vincolante dall'alto⁵².

Alla luce, dunque, di queste doverose premesse si guarderà all'approccio che il legislatore – *ça va sans dire*, quello europeo⁵³ – ha seguito con riferimento al riconoscimento facciale. Quest'ultimo si presta ad essere un perfetto caso di studio per testare le varie alternative normative: da un'iniziale scenario di de-regolamentazione, la Commissione sembra tentare con la proposta di Regolamento il perseguimento di una qualche vincolatività che, tuttavia, non sembra condizione necessaria e sufficiente per arrivare ad una verticalizzazione della materia. Dando uno sguardo al substrato normativo nel quale la proposta si incardina, il Regolamento per la Protezione dei dati Personali⁵⁴, in particolare nel suo art. 9, ha posto dei limiti circa l'utilizzo dei dati biometrici. Non appare, tuttavia, sufficiente indicare semplicemente delle maglie (larghe, tra l'altro) per l'utilizzo di suddetti dati⁵⁵: difatti, i rischi che il riconoscimento facciale riproduce sui diritti dei singoli prescindono dal semplice trattamento dei loro dati. Un aspetto che è nella matrice stessa dell'intelligenza artificiale, in quanto, per via della sua versatilità, si estende a tutti gli ambiti della vita online, e non, degli individui. Al quadro fin d'ora delineato, occorre aggiungere la Direttiva (UE) 2016/680⁵⁶, la quale disciplina il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche autorità in caso di crimini. Con riferimento all'uso del riconoscimento facciale in campo penale, gli stati non sono così limitati nella loro azione come quando trattano dati personali secondo il GDPR, perché la direttiva lascia agli Stati membri la libertà di scelta nel modo di applicare le norme previste da quest'ultima⁵⁷.

Sul piano della *soft law*, la Commissione Europea con il *White Paper on Artificial Intelligence*⁵⁸ poco ha aggiunto al dibattito se non la necessità di creare un ambiente *trustworthy* per l'uso di tali tecnologie. Deboli sono state, inoltre, le Linee Guida del CoE

⁵² Citazione di A. SIMONCINI in *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2021, 411 e ss., dove suggerisce che l'approccio da seguire in merito alla regolazione dell'IA sarebbe quello di favorire l'interazione tra norme in «un variopinto patchwork di *pieces of legislation* diverse».

⁵³ Per ragioni di sintesi si farà in questa sede riferimento esclusivo all'approccio europeo in materia, demandando ad altre sedi ulteriori afflitti regolatori, come, ad esempio, quelli rappresentati nel gennaio 2021 dallo US National AI Initiative Act (H.R.6216).

⁵⁴ 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). Qui di seguito GDPR.

⁵⁵ L'articolo 9 li classifica come dati sensibili il cui trattamento è consentito solo con il consenso esplicito della persona, tranne nei casi in cui il diritto dell'Unione o il diritto degli Stati membri stabiliscono che tale divieto non può essere revocato dall'interessato o nella misura in cui il trattamento di tali dati sia necessario per motivi di un interesse pubblico rilevante. Per un'ulteriore suggestione sul tema si rimanda a F. PAOLUCCI, *Riconoscimento facciale e diritti fondamentali: è la sorveglianza un giusto prezzo da pagare?*, in *Media Laws – La Rivista*, 1/2021.

⁵⁶ La c.d. *law enforcement Directive*, cit. nota n. 17.

⁵⁷ Si veda, in particolare, il Considerando n. 14.

⁵⁸ Cfr. nota n. 12.

pubblicate nel gennaio 2021, ove la distinzione tra usi “buoni” e “cattivi” del riconoscimento facciale non ha reso giustizia all’effettivo grado di intrusività di questa tecnologia⁵⁹.

Con riferimento, da ultimo, all’*hard law* per eccellenza⁶⁰, la Commissione Europea nella recente proposta di Regolamento dell’IA ha perseguito, tra gli altri, l’obiettivo di definire dei requisiti obbligatori e comuni applicabili alla progettazione e allo sviluppo di alcuni sistemi di intelligenza artificiale prima della loro immissione sul mercato⁶¹. Seguendo un approccio *risk based*⁶², considera taluni usi applicativi di tecnologie algoritmiche come rischiosi, tra cui l’identificazione biometrica a distanza *real time*⁶³ in spazi accessibili al pubblico⁶⁴. Dunque, la Commissione sta considerando di regolamentare l’uso del riconoscimento facciale classificando una sola e residuale porzione di esso come “proibito”. Poste, in ogni caso, le molte eccezioni di cui all’art. 5 par. 1 lett. d). Ivi non vengono ricompresi, ad esempio, talune applicazioni critiche del FRT, quali controlli di frontiera dalle autorità doganali o usi di software fortemente controversi, come il richiamato Clearview AI. Assenza puntualizzata anche nella *Joint Opinion* di EDPB e EDPS⁶⁵.

Tale scelta sembra essere sintomatica delle problematiche esaminare: l’esplicare appieno l’effettività della sovranità statale in un contesto altamente complesso, sia per la policy sia per la protezione dei diritti, come nel caso del riconoscimento facciale. Una tale mancanza di incisione normativa non va solo a minare il pacifico godimento dei diritti fondamentali, ma grava sull’esercizio del potere da parte delle istituzioni statali. Come si diceva, manca quell’adattamento necessario a guardare nel tempo la tenuta di principi cardine che sembrano essere dati per scontati. Il rischio è che il vuoto lasciato dall’obsolescenza normativa venga riempito da altri attori del panorama digitale frammentando, in tal maniera, lo Stato come istituzione di diritto. Tutto ciò è visibile nella proposta di Regolamento ma non si limita ad essa, in quanto è un problema visibile nel generale quadro regolatorio dedicato a usi controversi dell’IA, tra cui il FRT.

I principi ispiratori dell’ultimo lavoro della Commissione sembrano essere, dunque, da un lato, l’approccio orientato al rischio e, dall’altro, la creazione di una base di *compliance* che sia in grado di porre le basi per una regolamentazione dell’IA e, soprattutto, di taluni suoi usi controversi, tra cui il riconoscimento facciale. Tale

⁵⁹ Si veda sul punto Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, 31a Sessione Plenaria, *Creazione di una task force su TikTok, risposta ai Deputati al Parlamento europeo sull’utilizzo di Clearview AI da parte delle autorità incaricate della protezione della legge*, 10 giugno 2020.

⁶⁰ L’utilizzo della forma del “regolamento” ha attratto da subito a moltissimi paragoni con il GDPR, sebbene le differenze tra le due normative siano molte, come puntualizzato da G. FINOCCHIARO e O. POLLICINO in *IA, dal GDPR maggiore garanzia dei diritti*, *Italia Oggi*, 16 giugno 2021.

⁶¹ Si veda a tal proposito la sezione “*Legal Basis*” che introduce la proposta, pag. 7.

⁶² Nel merito, O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, F. PAOLUCCI, *L’intelligenza artificiale made in Ue è davvero “umano-centrica”? I conflitti della proposta*, in *Agenda Digitale*, 22 luglio 2021.

⁶³ Ossia, la pratica di comparare volti in tempo reale ottenuti da frammenti di video (come, ad esempio, dalle telecamere di sicurezza) con le immagini già conservate nel *database*.

⁶⁴ Cfr. art. 5 della proposta, “*prohibited artificial intelligence practices*”.

⁶⁵ EDPB-EDPS, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 18 giugno 2021.

approccio normativo non sembra, allo stato delle cose, una misura sufficiente a garantire la tenuta di certe regole. In tutto ciò, si riscontra un grande assente: un focus *human centric*⁶⁶ e la valorizzazione di quei valori non negoziabili. Due aspetti che sono sintomatici di quanto lavoro sia ancora necessario per esplicitare appieno la sovranità digitale europea nel campo dell'IA. Ciò che, in particolare, la vicenda del riconoscimento facciale testimonia è che appare necessario operare uno *shift*: abbandonare il dibattito su quale mezzo normativo applicare – *lex specialis*, *hard* o *soft law*, Regolamento o Direttiva Europea, divieto o modello *risk-based* – nell'ottica di garantire la tenuta della sovranità statale all'avanzare del governo dell'algoritmo. Come suggerisce una parte della letteratura⁶⁷, occorre un nuovo sistema di *governance* che offra un'integrazione tra diritto e tecnica, delineando probabilmente una terza strada alternativa che promuova «la costruzione di un sistema coordinato di governo delle diverse tipologie di fonti, che converga verso lo scopo di regolamentare la AI»⁶⁸, nell'intenzione di renderla sempre più compatibile con i principi fondamentali della società democratica europea.

3.2. Il vulnus ai diritti fondamentali: aspetti sostanziali e procedurali

Quanto osservato nel paragrafo precedente, produce come diretta conseguenza un vistoso *vulnus* all'esercizio dei diritti fondamentali che verrà ivi esaminato. La mancanza di un preciso piano regolatorio comporta un detrimento alla garanzia e, di converso, all'esercizio di taluni diritti fondamentali. Come si è visto in precedenza, tramite il FRT si possono effettuare operazioni di “*profiling*”⁶⁹: ovverosia, classificazione e categorizzazione dei risultati. Come è noto, l'IA produce una serie di *biases*, tecnici o sociali, per via dei quali non è in grado di garantire un'uguaglianza sostanziale quando sono coinvolti fattori come la razza o il genere⁷⁰. Questo sistema influenza il perpetuarsi di decisioni distorte all'interno e attraverso il processo decisionale algoritmico. Ad esempio, gli algoritmi basati sulla biometria hanno determinato le più alte percentuali di errore nella classificazione di genere rispetto alle donne dalla pelle scura. Questo potrebbe essere potenzialmente dannoso, soprattutto quando tali strumenti sono impiegati ai fini dell'applicazione della legge⁷¹ e a prescindere, come è chiaro, da un'applicazione *live* o *ex post* del FRT. La proposta di Regolamento sembra omettere un pericoloso aspetto: ovverosia che quando si monitorano delle aree aperte, gli obblighi previsti dalla normativa UE sulla protezione dei dati devono essere soddisfatti non solo per i sospetti, ma per tutti coloro che in pratica sono monitorati, onde instaurare pericolosi meccanismi

⁶⁶ *Ibidem*, nota n. 62.

⁶⁷ A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, cit.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. art. 4 GDPR.

⁷⁰ A tal proposito, si veda S. LOHR, *Facial Recognition Is Accurate, if You're a White Guy*, in *New York Times*, 9 febbraio 2018; M. WHITTAKER, K. CRAWFORD, R. DOBBE, *et al.*, *AI Now Report*, 2018; D. LESLIE, *Understanding bias in facial recognition technologies: an explainer*, in *The Alan Turing Institute*, 2020.

⁷¹ Nel merito si rimanda a un'estensiva ricostruzione da parte dell'INTERNATIONAL NETWORK OF CIVIL LIBERTIES ORGANIZATIONS (INCLEO) – Report, *Facial Recognition: tech stories and rights harms from around the world*, 2021.

di sorveglianza di massa. Pur riconfermando, dunque, la centralità della disciplina dei dati personali a un utilizzo discrezionale delle tecnologie biometriche, resta preoccupante la sostanziale applicazione del dettato della norma.

Il riconoscimento facciale è, difatti, in grado di provocare un *vulnus* alle libertà fondamentali di tipo, ad esempio, associativo, simbolo ed espressione di una società che vuole definirsi democratica. In particolare, si prefigura l'attuale rischio di c.d. *chilling effects*⁷²: una modificazione delle abitudini individuali per evitare di sottostare all'occhio indiscreto di una telecamera, pur di tutelare la riservatezza personale. Una preoccupazione che è tutt'altro che utopia o distopia ma che colpisce da vicino persino l'Italia ove è in discussione una proposta di *ban* del riconoscimento facciale⁷³. Un recentissimo caso di arresto nei confronti di un uomo afroamericano in New Jersey dimostra quanto appena affermato: questi è stato vittima di un errore causato dall'impiego da parte della polizia dell'*app* di riconoscimento facciale Clearview AI, come riportato dal New York Times. Esemplificando, per comprendere al meglio si pensi all'impiego dell'identificazione biometrica nell'ambito di una manifestazione politica in luoghi aperti al pubblico: la consapevolezza di essere osservati quando si prende parte a un corteo o a una protesta potrebbe provocare un pericoloso effetto raggelante sull'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, come la menzionata libertà di riunione e associazione, e dei principi fondanti della democrazia.

Tornando al problema di design normativo, l'insufficiente incisività della norma e l'incapacità di proiettare e proiettarsi sia nelle problematiche sperimentate della tecnica, sia in quelle della socialità, è di tutta evidenza nell'assordante mancanza di *ad hoc* meccanismi di *redress* nella proposta della Commissione. Vale a dire, quei meccanismi che consentono agli individui vittime di decisioni automatizzate discriminatorie, o comunque errate, di ottenere un rimedio diretto al pregiudizio subito. Non appare sufficiente nemmeno affidarsi completamente all'apporto procedurale dell'art. 22 del GDPR che, sebbene nel suo par. 3 preveda la possibilità di un intervento umano nel rivedere una decisione automatizzata, resta piuttosto ambiguo⁷⁴ e soffre di tutte le limitazioni legate all'uso degli algoritmi stessi, come, appunto, la loro natura di *black box*⁷⁵. Dunque, il problema che viene in rilievo a prescindere dalla *explainability* dell'algoritmo è il seguente: il detrimento ai diritti fondamentali si può verificare per via del fatto che l'algoritmo stesso potrebbe di per sé essere discriminatorio e, quindi,

⁷² M. BÜCHI in *Chilling Effects of Profiling Activities: Mapping the Issues*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 36, 2020.

⁷³ Il riferimento è al disegno di legge presentato dagli On.li Sensi e Borghi sulla "Sospensione dell'installazione e dell'utilizzazione di impianti di videosorveglianza con sistemi di riconoscimento facciale operanti attraverso l'uso di dati biometrici in luoghi pubblici o aperti al pubblico".

⁷⁴ S. WACHTER, B. MITTLESTADT, 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*, vol. 7, 2/2017.

⁷⁵ F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Cambridge MA, 2015. Come osserva, del resto, anche R. MESSINETTI in *Comunicare nell'infosfera. La vulnerabilità della persona digitale, Federalismi*, 18/2021, il meccanismo procedurale dell'art. 22 coniato dal GDPR è inidoneo allo scopo che sembra perseguire, ovverosia «la comunicazione efficace tra intelligenza umana e intelligenza artificiale». Un problema che sembrerebbe produrre nuova opacità in un'infosfera, il cui ecosistema è già di per sé poco trasparente, come si diceva poc'anzi.

incostituzionale⁷⁶, con l'aggravante per l'individuo di non avere un idoneo meccanismo procedurale per far valere il proprio diritto.

Un tale vuoto è preoccupante in particolare per la sovranità (digitale): la necessità di individuare nuovi strumenti giuridici, sia sostanziali che procedurali, è da rintracciarsi nell'intento di rafforzare la tutela degli individui di fronte alle nuove forme che il potere ha assunto. Il rischio, in conclusione, non è solo la violazione del diritto da parte dell'*output* decisionale, ma che a tale violazione si rimedi per il tramite di una privatizzazione dell'*enforcement* dei diritti fondamentali⁷⁷, delegando l'intervento e l'individuazione della soluzione ai soggetti privati, in mancanza di una linea di indirizzo del soggetto pubblico.

4. Conclusioni

L'applicazione di tecnologie algoritmiche, di cui il riconoscimento facciale ha ivi rappresentato uno *specimen*, sta provocando una rivisitazione dei tradizionali paradigmi del diritto (e non solo). Il ragionamento che percorre il presente contributo ha voluto indagare come la sovranità statale, esplicandosi essa in individuazione e messa in opera delle regole, stia reagendo ai mutamenti, con particolare riferimento ai diritti fondamentali. Il risultato di questa analisi è che, anche da una lettura della proposta di Regolamento sull'IA, manchi ancora un chiaro indirizzo di *policy* che sia efficace sia sul piano dell'affermazione della sovranità digitale, sia su quello della protezione dei diritti. In particolare, si è potuto constatare l'assenza di un progetto di *risk assessment* sul lungo periodo che abbia ad oggetto il salvataggio di principi non negoziabili, come la libertà di autodeterminazione, la libertà di espressione, di associazione. Con riferimento all'IA, inoltre, è cruciale che l'Europa si esprima dettando un paradigma, tramite la creazione di un modello globalmente esportabile che si faccia portatore dei principi europei e che sia in grado di provocare quella vocazione ben identificata dall'espressione «*Brussels effect*»⁷⁸. In tal senso, l'Unione potrà divenire non solo leader nel settore economico delle c.d. nuove tecnologie, ma, piuttosto e soprattutto, sarà in grado di esprimere la propria sovranità digitale attraverso il design di regole architettoniche dell'IA che codifichino i principi costitutivi europei. Tale esigenza emerge a chiare lettere dall'analisi delle difficoltà di *policy* vissute dal legislatore nel rapportarsi con il riconoscimento facciale. Difficoltà che non possono che tendere verso la scrittura e la messa in esecuzione di un *bill of rights and duties* che non sia solo imbrigliante per i produttori entro rigide regole di *compliance*, ma che favorisca l'interazione tra tecnica e diritto creando un «algoritmo costituzionale per design»⁷⁹.

⁷⁶ A. SIMONCINI e S. SUWEIS in *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 87 e ss.

⁷⁷ Sul punto M. BASSINI, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, vol. 25, 2/2019, 182 e ss.

⁷⁸ A. BRADFORD, *The Brussels effect*, in *Northwestern University Law Review*, 1/2012.

⁷⁹ G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/ 2021.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

IL GIUDICE E L'ESTRANEO. SPIGOLATURE SU INTELLIGENZA
ARTIFICIALE, GIUDIZIO E SOGGETTIVITÀ

PIER GIUSEPPE PUGGIONI

SOMMARIO: 1. La scienza giuridica e l'intelligenza artificiale: oggetto o soggetto del potere? – 2. Argomenti negativi in un caso-studio: la valutazione dell'infermità mentale in Italia e in Inghilterra. – 3. Pensiero, coscienza e riflessività. – 4. Fisionomia dei diritti umani. – 5. Il principio democratico e la 'comunità'. – 6. L'estraneità dell'IA e la risposta del diritto.

1. La scienza giuridica, il potere giudiziario e l'IA: oggetto o soggetto?

La convinzione che il progresso tecnologico incida sui rapporti fra potere e diritto pare ormai abbastanza condivisa. Tanto le «dinamiche del potere» quanto le questioni giuridiche sembrano infatti, per un verso, «destinate a ripresentarsi nonostante l'uso di risorse all'apparenza abbondanti e non rivali», come accade nel caso dei «beni informativi»¹, e tendono, per altro verso, a manifestarsi secondo forme nuove ed impreviste proprio in ragione delle 'novità' che si ravvisano nell'impiego delle tecnologie digitali. Fra le numerose questioni che la scienza giuridica affronta in relazione alle cosiddette 'nuove tecnologie', quelle relative all'impiego dell'intelligenza artificiale (IA) nell'esercizio della funzione giurisdizionale appaiono particolarmente rilevanti, se non altro perché si tratta di una delle declinazioni più problematiche del rapporto fra diritto, potere e tecnologia. Su questi temi si aprono, infatti, numerose discussioni dottrinarie,

¹ U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014, xxiii.

come quelle sulla valutazione del rischio di recidiva² e sulla tutela dei dati personali durante il trattamento ‘algoritmico’ degli stessi³.

Vi sono, però, alcuni approcci che, nel discutere la ‘legittimità’ del ricorso a tecnologie di IA in ambito giurisdizionale, tendono a sollevare il problema della loro configurabilità come ‘soggetti’ dotati di autonomia ‘morale’. Come ho cercato di mostrare altrove, le questioni relative alla capacità di *decision-making* di alcuni tipi di IA – i cosiddetti *blackbox models*⁴ – paiono strettamente connesse al tema della ‘personalità’ o della ‘libertà’ della macchina⁵. Si può sostenere, inoltre, che il modo in cui il dibattito giuridico imposta tali questioni riproponga costantemente il problema della loro *soggettività*, facendone quindi un tema pervasivo di cui sembra alquanto difficile liberarsi. A tale riguardo, è bene precisare che in questa sede il termine ‘soggetto’ non vuole necessariamente alludere ad una qualche forma di personalità *giuridica* della macchina dotata di intelligenza artificiale, questione che pur rientrando nel più generale problema della *soggettività* non lo esaurisce. Nelle pagine seguenti, ci riferirò piuttosto ad una dimensione *morale* del problema, così da includervi aspetti come la libertà e l’autonomia dell’agire.

Ora, benché la questione morale rappresenti in un certo senso il ‘presupposto’ del discorso specificamente giuridico, i testi dottrinari e i provvedimenti normativi (o programmatici) che se ne occupano non sembrano considerare le implicazioni concettuali del dibattito sull’impiego dell’IA. Il problema della *soggettività*, peraltro, è stato affrontato dalla dottrina essenzialmente dal punto di vista giuridico e ha trovato sfogo in un noto documento del CESE che si oppone «a qualunque forma di *status* giuridico per i

² Le vicende più note in questo ambito sono, per un verso, quella relativa a Vernon Prater e Brisha Borden, dei quali un computer aveva valutato la probabile commissione di reati in futuro (cfr. J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in *ProPublica.org*, 23 May 2016) e, per altro verso, il caso *Loomis*, dove il programma ‘COMPAS’ aveva indotto l’applicazione di una sanzione più aspra per un’infrazione stradale sulla base di un giudizio prognostico sulla probabilità di recidiva (Wisconsin Supreme Court, *State v. Loomis*, case 2015AP17-CR, 13 July 2016, in *Harvard Law Review*, 130/2017, 1530 ss.). Si vedano, fra gli altri, J. ANGWIN, J. LARSON, *Bias in Criminal Risk Scores Is Mathematically Inevitable*, in *ProPublica.org*, 30 December 2016; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, vol. 44, 3/2020, 3369 ss.; A. GATTI, *L’algoritmo tra volontà e rappresentazione*, in *DPCE Online*, vol. 44, 3/2020, 3457 ss.; F. G. PIZZETTI, *La Costituzione e l’uso in sede giudiziaria delle neuroscienze (e dell’intelligenza artificiale): spunti di riflessione*, in *Rivista di BioDiritto (special issue) 2/2019*, 697 ss.

³ Si vedano M. HUMMERICK, *Taking AI Personally: How the E.U. Must Learn to Balance the Interests of Personal Data Privacy & Artificial Intelligence*, in *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 34, 4/2018, 394 ss.; D. KAMARINOU, C. MILLARD, J. SINGH, *Machine Learning with Personal Data*, in R. LEENES, R. VAN BRAKEL, S. GUTWIRTH, P. DE HERT (a cura di), *Data Protection and Privacy: The Age of Intelligent Machines*, Oxford, 2017, 89 ss.; K. ISHII, *Comparative legal study on privacy and personal data protection for robots equipped with artificial intelligence: looking at functional and technological aspects*, in *AI & Soc.*, vol. 34, 2019, 509 ss.

⁴ È nota la denuncia indirizzata da Frank Pasquale all’interazione problematica fra i sistemi di intelligenza artificiale e la trasparenza che nelle società contemporanee si esige nell’assunzione di decisioni pubbliche. La *black box* caratterizzerebbe, per lui, tutti quei sistemi il cui funzionamento è misterioso: possiamo osservarne gli *input* e gli *output*, senza comprendere come gli uni producano gli altri» (F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge [MA], 2015, 3).

⁵ Mi permetto di rinviare a P. G. PUGGIONI, *Ragioni tecniche e teoriche dell’alterità. Una questione sull’attitudine ‘politica’ dell’intelligenza artificiale*, in *DPCE Online*, vol. 44, 3/2020, 3469 ss.

robot o per i sistemi di intelligenza artificiale, in quanto ciò comporterebbe il rischio inaccettabile di un azzardo morale»⁶. Tuttavia, pur ritenendo di poter ‘archiviare’ la questione considerando la personalità dell’IA «un’idea senza senso, ideologica e non pragmatica»⁷, la dottrina assume ‘normativamente’ una determinata concezione della soggettività senza tuttavia problematizzarla⁸. In altri termini, ogni volta che si revoca in dubbio la configurabilità dell’IA come soggetto, si fa (ri-)emergere il problema di come definire la ‘soggettività’ in quanto tale e, così, altri concetti ad essa variamente connessi, come l’‘autonomia’, la ‘libertà’, il ‘pensiero’ e la stessa ‘umanità’.

Occorre, a questo punto, una precisazione ulteriore. Il discorso giuridico, come ci insegna l’esperienza, può chiaramente qualificare un ‘fenomeno’ considerando rilevanti alcuni aspetti ed escludendone altri dal suo spettro normativo. Cercando però di giustificare certe tesi o decisioni, la dottrina presenta talvolta argomenti ambigui e, per certi versi, aporetici. Non appare chiaro, infatti, se l’intelligenza artificiale venga percepita dai giuristi come uno *strumento* di cui gli esseri umani possono avvalersi nell’esercizio del potere, oppure come un *soggetto* capace di esercitare a propria volta un potere. Del resto, la discussione sulla ‘soggettività’ o la ‘strumentalità’ della macchina sembra in un certo qual modo originare dalla tendenza a rivestire di personalità qualcosa che non si sia in grado di controllare completamente. Quest’ambiguità, peraltro, sembra presente nelle argomentazioni dottrinali fin dagli albori della discussione sul coinvolgimento dell’IA nella vita sociale, quando alcuni osservavano con preoccupazione che il computer, pur aiutando l’uomo a «comprendere molti aspetti dell’universo», rischiava di *schiaivizzare* la «mente» umana⁹. Può essere, dunque, utile esaminare alcune prospettazioni concettuali relative al rapporto fra essere umano e intelligenza artificiale, con particolare riguardo all’esercizio del potere giudiziario, al fine di mettere in luce la rilevata pervasività del problema della soggettività. Occorre, quindi, chiarire che in quest’intervento non si cercherà tanto di prendere posizione a favore o contro la tesi della configurazione dell’IA come ‘soggetto’, quanto piuttosto di rilevare le difficoltà a cui sembrano condurre alcune elaborazioni ampiamente frequentate dalla letteratura giuridica, domandandosi infine in che modo sarebbe possibile leggere il rapporto fra potere giudiziario e intelligenza artificiale senza cadere nelle insidie di tali argomenti. Come si vedrà, attraverso alcune categorie ispirate a Bernhard Waldenfels, tenterò di

⁶ COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO (EESC, 2017/C 288/01), parere su *Artificial intelligence. The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment, and society*, 3.33.

⁷ Così la posizione degli esperti convocati dal Parlamento europeo è riassunta da A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020 (edizione digitale), 205, il quale tuttavia si esprime in senso favorevole all’ampliamento dello spettro della personalità giuridica e, in particolare, ad un’estensione della stessa ai robot e all’IA (cfr. *ivi*, 223).

⁸ È chiaro, infatti, che al dibattito giuridico interessano per lo più le questioni immediatamente rilevanti per il diritto positivo. In alcune prospettazioni si afferma, ad esempio, che essendo l’IA un «prodotto di elaborazione umana, al momento la questione della sua autonoma qualificazione giuridica può considerarsi meno rilevante» (E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi in DPCE Online*, vol. 44, 3/2020, 3349).

⁹ J. WEIZENBAUM, *Computer Power and Human Reason. From Judgment to Calculation*, New York, 1976, 277.

proporre una lettura dell'IA come elemento *estraneo* con il quale l'umano entra in relazione attraverso la dinamica della 'risposta'.

2. Argomenti negativi in un caso-studio: la valutazione dell'infermità mentale in Italia e in Inghilterra

Gli argomenti che cercherò di esaminare a breve si esprimono, tendenzialmente, in senso contrario all'impiego dell'IA in ambito giurisdizionale, o comunque cercano di restringerne e limitarne le possibilità applicative. È importante tenere presente questo aspetto poiché, come vedremo, la questione della soggettività sembra emergere per lo più quando si abbia a che fare con argomenti *negativi* o *limitativi*. Per affrontare meglio il problema, ci si concentrerà su alcune tematiche che hanno catturato l'attenzione del dibattito giuridico, con particolare riferimento al contesto dottrinario italiano e a quello anglosassone, tra i quali paiono ravvisabili vari punti di contatto. Un caso particolarmente interessante è quello della valutazione dell'*infermità mentale*, su cui la letteratura si è concentrata in tempi recenti¹⁰. Questo tema, per molti versi, può consentirci di effettuare una sufficiente ricognizione degli argomenti più diffusi in dottrina, poiché riassume le diverse prospettive da cui la scienza giuridica solleva, pur in modo inconsapevole, il problema della soggettività. Conviene allora richiamarne alcuni caratteri utili ai fini del nostro discorso.

Com'è noto, nell'ordinamento italiano il concetto di 'infermità mentale' è una categoria rilevante sia per il diritto civile che per il diritto penale. Nel primo caso, infatti, essa entra in gioco nei procedimenti giudiziari attraverso cui si opera una limitazione della capacità di agire, mediante interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno o istituti omologhi che incidono, in generale, sulla possibilità per il soggetto di disporre dei propri diritti o di modificare il proprio patrimonio¹¹. In ambito penalistico, invece, la valutazione dell'infermità mentale (o della 'normalità' mentale) attiene al giudizio sull'imputabilità del soggetto, che forma il presupposto della sua colpevolezza¹². In entrambi i contesti rileva, inoltre, il concetto di *capacità di intendere e di volere*¹³, di cui l'infermità mentale non sembra altro che una proiezione da applicare a specifici istituti. Con riferimento all'ordinamento britannico e in particolare all'Inghilterra e al Galles, la materia è attualmente regolata dal *Mental Capacity Act 2005*, che predispone una serie di poteri giudiziari da esercitarsi quando un soggetto (*person*), nel compiere un determinato atto o nel momento di adottare una certa decisione, risulti incapace (*lacks capacity*) «a causa di un impedimento o di un disturbo funzionale nella mente o nel cervello»¹⁴. Dal

¹⁰ È importante, a tal proposito, rinviare alla lettura di un recente intervento a cui farò spesso riferimento in queste pagine: C. MARKOU, L. HANDS, 'Capacitas Ex Machina': Are Computerised Assessments of Mental Capacity a 'Red Line' or Benchmark for AI?, in C. MARKOU, S. DEAKIN (a cura di), *Is Law Computable*, Oxford, 2020, 237 ss.

¹¹ Artt. 404, 414 e 415 c.c.

¹² Artt. 88-89 c.p.

¹³ Artt. 428 c.c. e 85 c.p.

¹⁴ Mental Capacity Act 2005 (c. 9), sec. 2, par. 1 [trad. mia].

punto di vista penalistico, peraltro, la rilevanza dell'infermità mentale nel diritto britannico pare ancora oggetto di significative incertezze normativo-applicative¹⁵.

Nonostante l'apparente distanza fra i due modelli di regolazione, sembra possibile individuare alcune importanti somiglianze con riguardo al modo in cui la prassi applicativa ha interpretato le nozioni di 'infermità mentale' e di *mental capacity*. La giurisprudenza civile italiana, com'è noto, connette questa categoria ad un'«alterazione delle facoltà mentali», a prescindere dalla possibilità di diagnosticare «una tipica malattia mentale con caratteristiche patologiche ben definite»¹⁶. Anche la Cassazione penale tende ormai a interpretare 'estensivamente' il «vizio di mente» ai fini dell'imputabilità dell'imputato, in seguito ad una celebre pronuncia per la quale anche «i disturbi della personalità», quand'anche «non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica iscrivibili al più ristretto novero delle 'malattie' mentali» possono acquisire rilevanza ove siano «tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere»¹⁷. In buona sostanza, la giurisprudenza nostrana sembra ritenere che l'infermità di mente vada accertata il più possibile nel concreto, verificando in particolare il «nesso eziologico» fra il disturbo mentale e l'atto di volta in volta considerato¹⁸. Analogamente, nell'ordinamento inglese, la malattia mentale è inclusa fra i possibili casi di «mancanza di capacità» (*lack of capacity*), ma non li esaurisce¹⁹. Sembra, inoltre, pacifico che fra l'«impedimento» o il «disturbo» ai sensi del *Mental Capacity Act* e la «incapacità di prendere la decisione» debba ricorrere un nesso causale²⁰.

Questa succinta disamina del modo in cui la dottrina e la giurisprudenza concepiscono l'infermità mentale in Italia e in Inghilterra appare per il momento sufficiente ai fini del nostro discorso. Occorre, a questo punto, osservare come alcuni autori sottolineino il carattere *normativo* del concetto in esame. In tempi recenti, peraltro, si è messo in luce questo profilo con riguardo alla responsabilità penale, ricordando come in realtà «ciò che è in discussione» in tale contesto sono «i contenuti della norma in base alla quale si imputa a ciascuno la responsabilità di atti dei quali è considerato 'autore'»²¹.

¹⁵ Si veda J. PEAY, *Mental incapacity and criminal liability: Redrawing the fault lines?*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, vol 40, 2 May 2015, 25 ss.

¹⁶ Cass., sez. I civ., sent. 8 luglio 1976, n. 2553, in www.e-glossa.it/wiki/argomento+sentenze+cass_civile_sez_i.aspx. Cfr. P. CENDON, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Bologna, 1984, 11 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*³, a cura di N. Zorzi-Galgano, Vol. I, Padova, 2015, 167 ss.

¹⁷ Cass., SS. UU. penali, sent. 8 marzo 2005, n. 9163, in www.ristretti.it/areestudio/giuridici/leggi/capacita.htm, § 15. Com'è noto, peraltro, l'esito di questo famoso processo ha beneficiato del significativo apporto delle neuroscienze alla valutazione della capacità di intendere e di volere (si veda S. D'AURIA, *L'apporto delle neuroscienze e delle tecniche di neuroimaging alla psichiatria forense. Il riscontro della giurisprudenza*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2/2013, 139 ss.).

¹⁸ Cass., n. 9163/2005, cit., § 16.

¹⁹ Cfr. MCA 2005 Code of Practice, emanato dal Lord Cancelliere il 27 aprile 2007, § 4.12.

²⁰ Cfr. C. MARKOU, L. HANDS, '*Capacitas Ex Machina*', cit., 270; si veda anche A. RUCK KEENE, N. B. KANE, S. Y. H. KIM, G. S. OWEN, *Taking capacity seriously? Ten years of mental capacity disputes before England's Court of Protection*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 62, 2019, 67.

²¹ L. MILAZZO, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Torino, 2018, 87. Anche nelle conclusioni, peraltro, l'autore ribadisce che il problema del libero arbitrio ai fini della colpevolezza «è un problema di natura concettuale e normativa, la cui soluzione, e ve n'è una, non può che essere a sua volta di natura concettuale e normativa» (ivi, 145).

Così, anche in relazione alla *mental capacity*, alcuni studiosi ne hanno riaffermato la natura di «costrutto giuridico» (*legal construct*), i cui connotati mutano non solo in conseguenza delle nuove acquisizioni scientifiche (ad esempio nel campo della psichiatria), ma anche grazie alla mutata percezione ‘sociale’ e ai mutamenti nell’interpretazione giurisprudenziale²². Sulla base di questa premessa, si tende così a sostenere che l’impiego, per il momento solamente ipotetico²³, dell’intelligenza artificiale in un procedimento giurisdizionale per la valutazione dell’infermità mentale sarebbe ‘illegittimo’, giacché verrebbe meno l’«essenziale umanità» che si ritiene necessaria per apprezzare la portata di simili concetti normativi²⁴.

Per giungere a simili conclusioni, tuttavia, la dottrina italiana e britannica impiega una serie di argomenti che, come si è anticipato, coinvolgono la problematica qualificazione dell’IA come ‘soggetto’ autonomo²⁵ e che paiono riassumibili in tre categorie: in prima linea si colloca l’argomento fondato sulla necessaria *riflessività* dell’essere umano, che si oppone all’idea di un’intelligenza artificiale dotata di un vero e proprio ‘pensiero’; in secondo luogo, vi sono le obiezioni che fanno appello ai *diritti fondamentali* o diritti ‘umani’ contro le ‘entità’ artificiali; infine, pare ravvisabile anche una terza categoria di argomenti, stavolta basata sul *principio democratico* che secondo alcuni comporterebbe l’obbligo di sottoporre un essere umano al giudizio di un altro essere umano. Nei paragrafi seguenti, mi soffermerò su ciascuna di queste classi di argomenti, cercando di evidenziarne il legame con il problema della soggettività e le aporie che esso sembra presentare.

3. *Pensiero, coscienza e riflessività*

La prima tipologia di argomenti sembra voler distinguere i giudizi o le decisioni umani da quelli riconducibili all’IA, concludendo che questi ultimi non sarebbero ‘giudizi’ o ‘decisioni’ in senso proprio. Questo filone dottrinario fa leva sull’assunto che il *pensiero*, quale presupposto del giudizio e della decisione, sia in generale caratterizzato da riflessività o da ‘auto-coscienza’, sottolineando che tali caratteristiche atterrebbero esclusivamente all’umano o, comunque, non sarebbero replicabili mediante processi tecnologici. Secondo una nota osservazione di John Searle, sarebbe inappropriato applicare il concetto di ‘intelletto’ (*understanding*) ad una serie di «processi formali» che

²² Cfr. C. MARKOU, L. HANDS, ‘*Capacitas Ex Machina*’, cit., 270-271.

²³ Anche se pare che diversi passi avanti siano già stati fatti con la sperimentazione dell’IA nel campo della salute mentale, come suggerisce M. DE MALDÈ, *Salute mentale, così l’intelligenza artificiale può aiutare i pazienti e il sistema sanitario*, in *Agendadigitale.eu*, 21 febbraio 2020.

²⁴ C. MARKOU, L. HANDS, ‘*Capacitas Ex Machina*’, cit., 279-280.

²⁵ Si riconosce, del resto, che la questione relativa alla possibilità che un computer decida sulla capacità di qualcuno è un problema «filosofico nel senso che coinvolge questioni fondamentali sulla *personalità* e sull’esercizio della razionalità umana» (C. MARKOU, L. HANDS, ‘*Capacitas Ex Machina*’, cit., 241 [corsivo mio]).

tentano di riprodurre il funzionamento della mente umana²⁶, in quanto, «qualunque cosa faccia il cervello per produrre l'intenzionalità, essa non può consistere nella rappresentazione di un programma, poiché in sé nessun programma basta per generare l'intenzionalità»²⁷.

Com'è stato efficacemente notato, chiedersi se le macchine (o i programmi) 'pensano' significa interrogarsi sul significato del 'pensiero' *tout court*²⁸. È chiaro, infatti, che laddove si definisca tale concetto in modo tale da includere nel suo 'dominio' anche il funzionamento di taluni modelli di intelligenza artificiale, la risposta alla domanda non sarebbe del tutto negativa. La scienza giuridica sembra, tuttavia, procedere nel senso inverso, impostando cioè la nozione di 'pensiero' su alcune caratteristiche che si presumono proprie dell'essere umano, come appunto la necessaria consapevolezza delle operazioni attraverso cui la mente elabora le informazioni o, ancora, la 'coscienza' intesa come «sensazione di essere vivi»²⁹. Su questa linea mi pare si possa collocare anche la distinzione che alcuni istituiscono tra «fiducia» (*trust*) e «affidamento» (*reliance*), dove la prima, comportando una distribuzione delle responsabilità fra i diversi «agenti», perterrebbe solo all'interazione fra esseri umani³⁰, mentre l'interazione tra uomo e macchina dovrebbe leggersi attraverso la seconda categoria, in quanto i problemi che in tale contesto potrebbero sorgere sarebbero determinati da difetti di 'progettazione'³¹.

Sulla scorta di queste elaborazioni concettuali, la scienza giuridica elabora alcuni argomenti in ordine alla possibilità di prefigurare un 'giudizio' espresso attraverso sistemi di intelligenza artificiale. Alcuni, ad esempio, sostengono che «la coerenza logica del calcolo algoritmico va verificata in un processo d'integrazione fra le misurazioni quantitative, ricche e imponenti, da esso offerte con il percorso cognitivo e decisorio del giudice, nel rispetto dei metavalori dell'ordinamento», la cui interpretazione sarebbe «di specifica responsabilità dell'uomo»³². Con riguardo al tema dell'infermità mentale, inoltre, si osserva come ogni «costrutto sociale» o «giuridico» possa venire apprezzato solo con riguardo ai *valori* che risultano implicati nella sua stessa costruzione, la quale dunque comporterebbe il necessario riferimento al «campo dell'etica» (*ethical domain*)³³. Muovendo da questo assunto, però, alcuni sembrano suggerire che il giudice umano sarebbe in grado di padroneggiare tali valori. Si sostiene, infatti, che «chiunque valuti la *mental capacity*» debba essere «consapevole, a un tempo, dei valori della persona

²⁶ È interessante notare come proprio l'imitazione del funzionamento dei percorsi neurali biologici dell'essere umano stia alla base della ricerca sulle reti neurali artificiali, come del resto testimonia il saggio pionieristico di D. O. HEBB, *The Organization of Behavior. A Neuropsychological Theory*, New York, 1949.

²⁷ J. R. SEARLE, *Minds, brains, and programs*, in *The Behavioral and Brain Sciences*, 3/1980, 424.

²⁸ S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, 42.

²⁹ Si tratterebbe di una sensazione che un computer, per definizione, non potrebbe sperimentare (cfr. C. KOCH, *The Feeling of Life Itself. Why Consciousness Is Widespread but Can't Be Computed*, Cambridge [MA], 2019, 141 ss.).

³⁰ Cfr. F. FOSSA, «*I Don't Trust You, You Faker!*». *On Trust, Reliance, and Artificial Agency*, in *Teoria*, vol. 28, 1/2019, 63 ss; si veda anche P. PETTIT, *Trust, Reliance and the Internet*, in *Analyse & Kritik*, vol. 26, 2004, 108 ss.

³¹ F. FOSSA, «*I Don't Trust You*», cit., 76.

³² G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2021, 2.

³³ C. MARKOU, L. HANDS, «*Capacitas Ex Machina*», cit., 276.

sottoposta a giudizio e anche, riflessivamente, auto-cosciente con riguardo ai propri valori»³⁴.

Orbene, dopo aver sollevato il problema della distinzione fra un ‘pensiero’ in senso proprio e uno in senso ‘improprio’, simili considerazioni non appaiono tuttavia in grado di risolverlo. In particolare, non si vede in che misura riflessività e consapevolezza valgano a contraddistinguere l’attività cognitiva dell’essere umano, al quale per lungo tempo si è ritenuta preclusa una *piena coscienza* di tutti ‘passaggi’ e le ‘operazioni’ che comporrebbero il suo pensiero. Per fare qualche esempio, si potrebbero ricordare gli studi freudiani sull’‘inconscio’ e sul ‘rimosso’³⁵, oppure la ben più risalente immagine leibniziana dei «pensieri ciechi» (*caecae cogitationes*)³⁶, che per alcuni allude alle «percezioni di cui non si è coscienti, dei pensieri che ci guidano nella vita senza che ne siamo consapevoli»³⁷. Va detto, come alcuni hanno osservato, che Leibniz tende a ridurre il pensiero ad «una connessione di simboli o caratteri, in cui, come in qualunque tipo di calcolo, la mente addestrata procede per automatismi»³⁸, plasmando quindi una nozione apparentemente vicina all’approccio computazionale che accosta la «vita artificiale» a quella biologica³⁹. La sua intuizione, tuttavia, può servire a ricordarci che il pensiero auto-cosciente o riflessivo non esaurisce ogni possibile configurazione del concetto di ‘pensiero’ e soprattutto non caratterizza *in toto* l’esperienza dell’essere umano.

Anche l’argomento che presuppone la necessaria consapevolezza dei valori da parte del giudice umano appare, per certi versi, irrealistico. Difficilmente, infatti, un giudice valuta i concetti normativi che è chiamato ad applicare avendo piena coscienza di tutti i ‘valori’ che possono entrare in gioco in quello specifico caso. È noto, del resto, che l’immagine dworkiniana del giudice Hercules, capace di considerare tutti i principi dell’ordinamento nel momento del giudizio, costituisce in realtà un’ideale regolativo la cui realizzazione nella prassi è concretamente impossibile⁴⁰. Come si è visto, peraltro, i critici dell’*automated decision making* facevano appello anche all’auto-coscienza dei propri valori da parte dell’interprete, ma sembra difficile che il giudice problematizzi

³⁴ C. MARKOU, L. HANDS, ‘*Capacitas Ex Machina*’, cit., 277, dove si recuperano le considerazioni di A. RUCK KEENE, N. B. KANE, S. Y. H. KIM, G. S. OWEN, *Taking capacity seriously?*, cit., 70.

³⁵ Si veda in particolare S. FREUD, *Metapsicologia*, [1915], trad. it. in ID., *Opere di Sigmund Freud*, vol. VIII, Torino, 1976, 38 ss.

³⁶ Il filosofo tedesco spiegava questa nozione con il seguente esempio: «Per *uno* si intende tutto ciò che pensiamo con un solo atto dell’intelletto o simultaneamente, a quel modo, per esempio, in cui noi spesso con una sorta di pensiero cieco afferriamo simultaneamente qualche numero, grande quanto si voglia, leggendone le cifre sulla carta, mentre ad intuirlo esplicitamente non basterebbe nemmeno l’età di Matusalemme» (G. W. LEIBNIZ, *Dissertazione sull’arte combinatoria*, [1666], trad. it. in ID., *Scritti di logica*, a cura di F. Barone, Bologna, 1968, 87).

³⁷ G. MICHELETTI, *I pensieri «ciechi» e «sordi» in Leibniz e nel cartesianesimo*, in *Filosofico.net*, visitato l’ultima volta il 15 aprile 2021, 1. Si veda anche ID., *I pensieri sordi e l’inconscio. Storia di un problema filosofico*, Roma, 1991.

³⁸ R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna, 2019, 387 (edizione digitale).

³⁹ Per un esempio eloquente di quest’approccio, si veda S. KEMBER, *Cyberfeminism and Artificial Life*, London, 2003.

⁴⁰ Si veda, in merito, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge [MA], 1977, 81 ss., in particolare 116-117; cfr. ID., *Law’s Empire*, Cambridge (MA), 1986.

autonomamente i propri pregiudizi e preconcetti e non tenda, piuttosto, ad escluderli *ex ante* dallo spettro dei valori in gioco.

Convince poco, dunque, il tentativo di escludere l'IA dal campo della soggettività morale attraverso una delimitazione siffatta della nozione di 'pensiero', che anzi sembra quasi suggerire una sorprendente vicinanza fra l'essere umano e il sistema artificiale. In questo senso, si potrebbero quasi recuperare alcune riflessioni di Spinoza, che da un lato attribuisce all'uomo la capacità di «contempla[re] se stesso e la propria potenza di agire»⁴¹, ma d'altra parte afferma che «la mente umana è parte dell'intelletto infinito di Dio», del quale «percepisce una cosa in parte, ossia inadeguatamente»⁴². Potremmo, allora, sostenere che anche l'intelligenza artificiale rientri nel concetto di 'pensiero' (se si assume che così possa intendersi il riferimento spinoziano all'«intelletto di Dio»), pur presentando un «tipo di *logos*, di 'coscienza'» distinguibile da quello 'umano' in quanto «costituito da algoritmi»⁴³.

4. Fisionomia dei diritti umani

Come si è accennato, l'argomento fondato sulla preminenza dei *diritti fondamentali* o sui diritti *umani* cerca di evidenziare come l'impiego dell'IA nell'esercizio del potere giurisdizionale possa comportare la violazione di alcuni interessi, ritenuti giuridicamente o 'moralmente' pregnanti, delle persone sottoposte a giudizio. Alcuni hanno recentemente ribadito che la questione della valutazione automatizzata della *mental capacity* riguarda, «direttamente e indirettamente, numerose posizioni giuridiche soggettive (*legal rights*)»⁴⁴. Altri, invece, ricordano come la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati⁴⁵, ancora prima del GDPR (reg. UE 2016/679), prevedesse che «l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale» dovessero essere «compatibili con i diritti fondamentali», tanto che la dottrina ha addirittura prefigurato un «diritto alla *privacy* mentale» quale ulteriore specificazione della *privacy* 'generica'⁴⁶. Si tratta, quindi, di un argomento tutt'altro che confinato nel dibattito dottrinario e che trova, invece, ampio riscontro nei testi normativi.

⁴¹ B. SPINOZA, *Etica dimostrata con metodo geometrico*, [1677], trad. it. a cura di E. Giancotti, Roma, 1988, III, def. 25, 223.

⁴² B. SPINOZA, *Etica*, cit., II, prop. 11, 132.

⁴³ R. BODEI, *Dominio e sottomissione*, cit., 380. Parallelamente, si vedano anche le argomentazioni per cui, «se all'origine del tutto troviamo Dio e non il caso», si potrebbe «ipotizzare un percorso comune tra intelligenza umana e intelligenza artificiale perché non vi è che un *logos*» (S. AMATO, *Biodiritto 4.0*, cit., 68). Contro l'accostamento del pensiero umano al *machine learning* si è recentemente schierato F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 427, affermando che per superare il problema dell'opacità dei *black box models* non sarebbe «sufficiente osservare che la definizione di *black box* potrebbe essere applicata anche per certe decisioni umane, che spesso vengono adottate sulla base di emozioni o impulsi o comunque senza seguire una logica riconoscibile». Tuttavia, non sembra che a tale affermazione faccia seguito alcuna argomentazione tesa a mostrare la bontà dell'obiezione proposta.

⁴⁴ C. MARKOU, L. HANDS, '*Capacitas Ex Machina*', cit., 241.

⁴⁵ Firmata a Strasburgo il 28 gennaio 1981 sotto l'egida del Consiglio d'Europa.

⁴⁶ G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2020, 80.

Possiamo osservare, tuttavia, come anche questo tipo di ragionamento non sfugga al problema della soggettività e finisca anzi, seppur in modo inconsapevole, per riproporlo o reiterarlo. Non sembra chiaro, anzitutto, a chi tali diritti debbano opporsi. Per quanto si tratti di posizioni soggettive che, intuitivamente, gli individui potrebbero rivendicare nei confronti dello Stato per limitare l'impiego di certi strumenti nei loro confronti, alcuni testi si mostrano per certi versi ambigui al riguardo. Si ha, infatti, l'impressione che tali diritti fondamentali debbano farsi valere non tanto contro il soggetto 'umano' che faccia uso dell'intelligenza artificiale nei confronti di un altro soggetto, quanto piuttosto contro gli stessi sistemi di IA. Una simile ambiguità pare riscontrabile, ad esempio, nel noto *White paper on Artificial Intelligence* della Commissione europea, per il quale «le specifiche caratteristiche di molti sistemi di IA, quali l'opacità (*black box effect*), la complessità, l'imprevedibilità e il comportamento parzialmente autonomo» possono comportare rischi per «l'attuazione effettiva delle norme europee mirate a proteggere i diritti fondamentali»⁴⁷. Il 'libro bianco' prosegue, poi, osservando che simili difficoltà potrebbero riguardare non solo le «persone interessate», ma anche le «autorità» deputate all'attuazione dei diritti. Se dunque questi soggetti si trovano dal medesimo lato del rapporto giuridico, *qualcuno* deve trovarsi all'altro lato. Sembra quasi, cioè, che la garanzia dei diritti rivesta di 'soggettività' il sistema di IA, posto che un *diritto soggettivo*, secondo una concezione abbastanza pacifica, può essere rivendicato solo nei confronti di altri *soggetti*.

Opponendo all'intelligenza artificiale una serie di 'diritti', si rischia dunque di pensarla come un soggetto a sé stante, finendo per affermare ciò che si vorrebbe negare. Inoltre, la qualificazione di tali diritti come specificamente «umani», «intesi come quelli appartenenti all'essere umano *nei confronti delle applicazioni della AI*»⁴⁸, introduce il problema di definire l'«umano» in quanto tale. Si tratta, peraltro, di una questione che viene data per scontata sia nel dibattito sul rapporto fra diritto e intelligenza artificiale⁴⁹ che nella discussione intorno al post-umanesimo filosofico, dove si tende a rappresentare un'identità 'altra' da quella umana (il 'post-umano'), assumendo arbitrariamente una determinata concezione dell'«umano»⁵⁰.

5. Il principio democratico e la 'comunità'

All'argomento dei diritti fondamentali si lega strettamente quello basato sul principio *democratico*, che dovrebbe imporre il rispetto di alcune garanzie fondate sulla costituzione dello Stato. Si sostiene, in particolare, che nel valutare costrutti sociali come

⁴⁷ COMMISSIONE EUROPEA (COM [2020] 65), *White Paper on Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*, 19 Feb. 2020, 12.

⁴⁸ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 3386 [corsivi miei].

⁴⁹ Dove pure alcuni colgono la problematicità dell'aggettivo 'umano', proponendo di estendere a «entità parzialmente o totalmente artificiali» alcune posizioni giuridiche fondamentali, che dovrebbero quindi chiamarsi «diritti di base» (A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 223).

⁵⁰ Su questo punto si veda la critica di FL. MONCERI, *Alla ricerca dell'Eletto. Sul tipo d'uomo 'post-umano'*, in EAD. (a cura di), *Sull'orlo del futuro. Ripensare il post-umano*, Pisa, 2009, 152-153.

l'infermità mentale l'interprete debba essere «consapevole dei concetti sottesi e dei valori in gioco» affinché possa aversi in merito «un'adeguata discussione democratica»⁵¹. L'argomento 'democratico' combina, in un certo senso, quello della riflessività e quello dei diritti, suggerendo che in una società ispirata ai valori della democrazia ogni decisione dovrebbe poter essere messa in discussione pubblicamente. Si finisce, così, per sostenere che «l'essenziale umanità» del giudizio, poiché la decisione sull'infermità mentale dell'individuo riguarda anche la sua «comunità», «esige che la capacità mentale venga non solo definita, ma anche valutata e imputata da membri di quella stessa comunità»⁵². In questo gruppo di ragionamenti sembrano rientrare anche le obiezioni di coloro i quali, dinanzi alla prospettiva di un giudizio effettuato con l'ausilio di sistemi di IA, sostengono che l'art. 101, Cost., nel disporre la soggezione del giudice «soltanto alla legge», escluderebbe che egli «possa essere vincolato dall'esito di procedure algoritmiche che pongono l'operatore del diritto di fronte a pericolosi automatismi applicativi»⁵³.

Queste osservazioni suscitano perplessità almeno su due possibili fronti. Da una parte, se l'illegittimità dell'impiego dell'IA in sede giudiziaria si fonda sulle garanzie tipiche delle costituzioni democratiche, si dovrebbe immaginare che nulla osterebbe a simili applicazioni ove tali garanzie non sussistessero o non fossero applicate. Inoltre, l'affermazione per cui il rispetto del principio democratico sarebbe un requisito fondamentale dell'«essenziale umanità» del diritto e del giudizio pare suggerire che, laddove non si dia il primo, manchi anche la seconda. Ma dunque si dovrebbe concludere che gli ordinamenti non-democratici siano, a livello concettuale, meno 'umani' degli altri? Non sembrerebbe, questa, una soluzione convincente. D'altra parte, questi autori sembrano intendere il concetto stesso di 'democrazia' secondo un'accezione eccessivamente restrittiva, dalla quale deriverebbe l'esigenza che il giudizio sullo *status* soggettivo di una persona sia posto in essere da un soggetto appartenente alla stessa *comunità* (*community*). Ora, sebbene la discussione sul contenuto del principio democratico sia troppo ampia per essere qui richiamata, è forse sufficiente ricordare che l'idea 'giuridica' della democrazia come struttura di governo tesa a garantire l'autonomia degli individui si basa tradizionalmente sulla possibilità che questi ultimi decidano di prestare il *consenso* a una serie di norme prodotte secondo certi meccanismi⁵⁴.

⁵¹ C. KONG, *Mental Capacity in Relationship: Decision Making, Dialogue, and Autonomy*, Cambridge (UK), 2017, 230; cfr. C. MARKOU, L. HANDS, 'Capacitas Ex Machina', cit., 277.

⁵² C. MARKOU, L. HANDS, 'Capacitas Ex Machina', cit., 283.

⁵³ F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 429.

⁵⁴ È nota, ad esempio, l'antica tesi di Rousseau, per il quale con il contratto sociale il singolo devolve il proprio potere alla «volontà generale», affinché «ognuno unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima» (J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, [1762], trad. ita. di M. Garin, a cura di T. Magri, Roma-Bari, 1997, 21). Kelsen, peraltro, riprende l'idea rousseauiana della democrazia come forma di governo che *sorge* sull'idea di 'libertà' come consenso unanime, ma sottolinea come il suo *progresso* possa aver luogo soltanto grazie al principio di maggioranza, che permette all'ordinamento di sopravvivere conferendogli «una *validità oggettiva*, cioè [...] indipendente dalla volontà dell'individuo soggetto alla norma» (H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, [1920], trad. it. a cura di A. Carrino, Torino, 2012, 8). Infine, anche Bobbio adotta una concezione non troppo lontana da queste ultime, intendendo la democrazia come «un insieme di regole (primarie o fondamentali) che stabiliscono *chi* è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali *procedure*» (N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, [1984], Torino, 1995, 4).

Le tecnologie di IA ben potrebbero, dunque, fare ingresso nel processo se tali norme lo prevedessero, senza che il principio democratico osti a siffatta implementazione. Analogamente, risulta fuori luogo l'obiezione che richiama la soggezione del giudice soltanto alla legge, dal momento che nel nostro ordinamento il giudice si avvale – in base a norme processuali la cui legittimità non è oggetto di discussione – di esperti tecnici, consulenti e periti, dalla cui valutazione tecnica è spesso difficile discostarsi⁵⁵, senza contare che nel processo civile il giudice è comunque vincolato dalle c.d. prove legali. Come vedremo, peraltro, in tempi recenti vanno affermandosi diversi metodi per 'spiegare' le decisioni assunte da sistemi di intelligenza artificiale, sicché nel caso di un impiego in sede giurisdizionale sarebbe possibile per il giudice confrontarsi con l'esito di tali decisioni e darne conto in motivazione. Da ultimo, si può osservare come il riferimento degli studiosi alla necessaria appartenenza del soggetto alla 'comunità' induca, ancora una volta, a chiedersi se non si stia assumendo che il sistema di intelligenza artificiale possa costituire un 'soggetto', in quanto, se così non fosse, non si darebbe nemmeno il problema della sua non-appartenenza alla comunità.

6. L'estraneità dell'IA e la risposta del diritto

Gli approcci dottrinali richiamati, che tentano di leggere il rapporto fra IA e potere giudiziario, sembrano in vario modo sollevare il problema della definizione della soggettività morale, senza però riuscire a risolverlo in maniera convincente. Come si è visto, questo tema compare sotto molteplici 'vesti', ossia *sub specie* della delimitazione del concetto di 'pensiero', del concetto di 'umano', del significato dei 'diritti' e, da ultimo, nel richiamo alla 'comunità'. Il problema, dunque, appare estremamente complesso e non facile da risolvere. Tuttavia, è forse possibile tentare di metterlo 'tra parentesi' attraverso una lettura capace, in un certo senso, di prescindere dalla qualificazione dell'intelligenza artificiale come 'soggetto' o meno. Per inquadrare o, quantomeno, problematizzare l'impatto dell'IA sull'essere umano (e dunque sul diritto e sul giudizio, che possiamo considerare 'proiezioni' di quest'ultimo), può essere allora utile prendere a prestito alcune categorie dalla riflessione fenomenologica di Bernhard Waldenfels, in particolare la dicotomia tra 'proprio' ed 'estraneo', sulla base della quale l'*estraneo* «compare come ciò che non può essere integrato nell'intero» e che tende, perciò, a porsi al di fuori del «discorso» di cui il *proprio* rappresenta il «tema»⁵⁶.

La distinzione fra questi due ambiti non sembra però riposare su qualche presupposto 'essenziale' già dato, bensì sull'«autoreferenzialità dell'evento della delimitazione», sul tracciamento di un «confine»⁵⁷. Si potrebbe, del resto, sostenere che sia l'uomo stesso a definire l'ambito del discorso 'umano', cioè del *proprio*, escludendo

⁵⁵ Si veda, in merito, l'analisi di A. SCARPA, *Il ruolo delle scienze nel processo civile*, in *Giustizia civile*, 2/2017, 341 ss.

⁵⁶ Si veda B. WALDENFELS, *Estraneo, straniero, straordinario. Saggi di fenomenologia responsiva*, Torino, 2011, 59 ss.

⁵⁷ B. WALDENFELS, *Fenomenologia dell'estraneo*, [2006], trad. it. di F. G. Menga, Milano, 2008, 29.

e dunque costituendo anche l'*estraneo*, l'ambito che nel nostro caso è occupato dall'IA. Quest'ultima, del resto, pur costituendo un 'prodotto' dell'essere umano tende al contempo a sfuggire al suo controllo, per lo meno quando si abbia a che fare con sistemi che operano come *black boxes*, che quindi si rendono parzialmente autonomi rispetto alla supervisione umana. Si può, quindi, dire che sia quest'irriducibilità dell'IA al discorso 'umano' (un discorso auto-delimitato) a confinare la prima nell'estraneità, senza che l'*estraneo* in questo caso debba essere necessariamente un 'soggetto'. Ciò che pare davvero rilevante ai fini dell'estraneità sta, infatti, nella possibilità d'individuare un criterio o termine di riferimento *rispetto al quale* il 'proprio' possa distinguersi dall'*estraneo*. Altrimenti detto, dinanzi a quello che potrebbe apparirci un unico fenomeno, noi possiamo individuare alcuni elementi o 'fasce' di estraneità e altre di 'proprietà', a seconda della prospettiva da cui lo osserviamo⁵⁸.

La visione dell'intelligenza artificiale come estraneo pare in grado di spiegare alcuni atteggiamenti della dottrina nei confronti di tale fenomeno, specialmente la tendenza all'ostilità e la ricerca quasi ossessiva di un freno all'espansione tecnologica. Un simile contegno, rintracciabile – come si è visto – in molte voci della scienza giuridica contemporanea, sembra infatti potersi ricondurre ad una *paura* dell'estraneo derivante dal senso del *perturbante* che l'IA provoca nell'essere umano. Del resto, nella famosa lettura freudiana, il «perturbante» (*das Unheimliche*) corrisponde a qualcosa che, se da un lato sembra negare ciò che è «familiare» (*heimlich*)⁵⁹, dall'altro ha a che fare con esso, in quanto è il «rimosso che *ritorna*», cioè «qualcosa che avrebbe dovuto rimanere nascosto e che è affiorato»⁶⁰. Ciò che l'umano ha voluto estirpare dal proprio discorso sembra 'tornare' e incombere minacciosamente sul suo destino⁶¹, innescando il meccanismo produttivo del diritto attraverso la paura, che qui contrappone l'uomo non al proprio simile⁶², bensì a qualcosa di altro-da-sé o, meglio, di estraneo⁶³. In conseguenza di ciò, il diritto viene come impiegato alla stregua di un'arma per proteggere l'*'essenza'*

⁵⁸ Da questo punto di vista, la lettura qui adottata tende forse a 'manipolare' il pensiero di Waldenfels giacché, in primo luogo, egli non sembra concepire i «computer e robot» come estraneità (B. WALDENFELS, *Fenomenologia dell'estraneo*, cit., 53) e, in secondo luogo, tematizza il rapporto fra 'proprio' ed 'estraneo' come un rapporto fra *soggetti*, tant'è vero che si concentra molto sul c.d. dialogo interculturale (cfr. *ivi*, 129 ss.).

⁵⁹ S. FREUD, *Il perturbante*, [1919], trad. it. di S. Daniele, in *ID.*, *Saggi sull'arte, la letteratura e il linguaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 271.

⁶⁰ S. FREUD, *Il perturbante*, cit., 293-294.

⁶¹ Alcuni studi sulla 'complessità' giuridica suggeriscono, d'altra parte, che il sistema giuridico non è impermeabile, ma si lascia penetrare da altri sistemi come quello 'scientifico-tecnologico'. Si vedano U. PAGALLO, *Teoria giuridica della complessità*, Torino, 2006; A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss.; fra i più recenti, FR. MONCERI, *Complessità e semplificazione nell'azione amministrativa*, Torino, 2020.

⁶² Come invece accade nella paradigmatica rappresentazione di T. HOBBS, *Leviathan*, [1651], a cura di J. C. A. Gaskin, Oxford, 1996, 82-86.

⁶³ Non sembra un caso, peraltro, che la riflessione di Freud sul perturbante venga ricordata tanto da WALDENFELS (*Fenomenologia dell'estraneo*, cit., 141) quanto da BODEI (*Dominio e sottomissione*, cit. 393). Quest'ultimo, tuttavia, richiama il saggio freudiano associando il 'perturbante' agli «oggetti inanimati che sembrano animarsi» e, dunque, alla questione dei 'robot umanoidi', mentre a ben vedere il filosofo austriaco individua altrove l'origine del sentimento, negando che la spiegazione possa risiedere «in uno stato d'incertezza sul fatto che una determinata figura sia una persona o un automa» (S. FREUD, *Il perturbante*, cit., 277).

dell'umano dal pericolo della «singolarità giuridica», cioè dell'allontanamento del diritto stesso dall'uomo per effetto dell'automazione e dell'auto-riproduzione della tecnologia⁶⁴.

Come già taluno suggeriva diversi anni fa, sembra invece possibile sostenere che l'intelligenza artificiale abbia «molto da offrire al diritto»⁶⁵ e possa farlo attraverso la dinamica waldenfelsiana della *risposta* e il riferimento all'estraneo come «messa in discussione del proprio»⁶⁶. Rapportarsi all'IA-estraneo può servire, in altri termini, a mettere in discussione il contenuto del diritto stesso e ad elaborare una risposta che muove e attraversa l'*estraneo*, ma è sempre rimessa al *proprio*. Nemmeno sembra difficile immaginare come tale «messa in discussione» possa pensarsi: se è vero, infatti, che il diritto tende a incorporare o «riflettere» determinate ideologie, concezioni e rapporti di potere⁶⁷, ciò a ben vedere si può sostenere anche in relazione alla tecnologia, capace di divenire essa stessa *strumento del potere*⁶⁸. Oggi, peraltro, la ricerca nel campo informatico studia metodi sempre più avanzati per 'spiegare' (*explain*) il procedimento seguito dai modelli *black box* di IA e rilevare, spesso mediante tecniche inferenziali e controfattuali, le caratteristiche o *pattern* a cui il sistema avrebbe attribuito un maggior 'peso' nell'assumere la 'decisione' in *output*⁶⁹, portando così alla luce *bias* e preconcetti corrispondenti all'esito di tale operazione.

Proprio grazie all'«estraneità» da riflessioni, sentimenti, pulsioni che l'umano riconosce in se stesso, l'intelligenza artificiale potrebbe quindi costituire uno strumento assai utile per apprezzare, una volta comprese le caratteristiche che abbiano prevalso nell'ambito del 'giudizio' algoritmico, quali conseguenze deriverebbero dall'applicazione indefessa e indifferenziata dei principi normativi fondati su tali caratteristiche⁷⁰. Attraverso questo elemento 'estraneo' mi pare, infatti, che sia possibile comprendere meglio le implicazioni e delle perversioni di taluni principi giuridici consolidati, in modo da poterli 'correggere' tramite il bilanciamento con altri principi

⁶⁴ Alcuni, infatti, affermano che il diritto non sia del tutto 'computabile' proprio in virtù della connessione fra 'normatività' e 'umanità'. Si veda, ad esempio, C. MARKOU, S. DEAKIN, 'Ex Machina Lex': *The Limits of Legal Computability*, in ID. (a cura di), *Is Law Computable?*, cit., 31 ss.

⁶⁵ G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Milano, 1996, 6.

⁶⁶ B. WALDENFELS, *Fenomenologia dell'estraneo*, cit., 35.

⁶⁷ Si veda, ad esempio, il recente J. COBBE, *Legal Singularity and the Reflexivity of Law*, in S. DEAKIN, C. MARKOU (a cura di), *Is Law Computable?*, cit., 107 ss.

⁶⁸ Mi pare tutt'ora significativa la suggestione di Benjamin sull'impiego della tecnica da parte del fascismo al fine di asservire ai propri fini le masse operaie (cfr. W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, [1936], trad. it. a cura di C. Cases e P. Pullega, Torino, 1991, 46-47).

⁶⁹ Il tema è oggi diffuso nella letteratura di settore. Si vedano, ad esempio, R. GUIDOTTI, A. MONREALE, S. RUGGIERI, F. TURINI, F. GIANNOTTI, D. PEDRESCHI, *A Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, in *ACM Computing Surveys*, vol. 51, 5/2018, 93:1 ss.; T. LAUGEL, M. J. LESOT, C. MARSALA, X. RENARD, M. DERYNIECKI, *Unjustified Classification Regions and Counterfactual Explanations in Machine Learning*, in U. BREFELD, E. FROMONT, A. HOTH, A. KNOBBE, M. MAATHUIS, C. ROBARDET (a cura di), *Machine Learning and Knowledge Discovery in Databases*. Cham, 2020, 37-54.

⁷⁰ L'impiego dell'*explainable AI* viene, peraltro, criticato da chi teme che una gestione «paternalistica» ed «esclusiva» di tali tecnologie rischi di minare i diritti di «partecipazione democratica» (P. KELLER, A. DRAKE, *Exclusivity and paternalism in the public governance of explainable AI*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 40, 2021, www.sciencedirect.com). Va detto che, a differenza degli argomenti discussi in questa sede, quest'obiezione non sembra cadere nell'aporia della 'soggettività' giacché, invece di opporsi all'impiego dell'IA *tout court*, si concentra sul problema della sua «gestione» (*governance*) e sul rapporto fra il governo, il gestore e l'individuo.

normativi? Si potrebbe osservare, del resto, che l'imperativo kantiano per cui una massima dell'agire non è universale se la sua applicazione implica una contraddizione, presuppone che si abbia *contezza* di quali *conseguenze* deriverebbero da tale applicazione⁷¹: in questa direzione potrebbe, dunque, procedere un diritto che attraverso l'estraneo 'conosce' meglio se stesso, potendo così trasformarsi a partire dall'assunzione – invece che dall'occultamento – delle proprie contraddizioni⁷². In ultima analisi, dunque, l'impiego dell'intelligenza artificiale per la valutazione dei concetti 'normativi' – come appunto l'infermità mentale –, attraverso il paradigma noto come *human on* (oppure *in the loop*)⁷³, potrebbe servire alla dottrina e alla prassi giuridica per elaborare risposte «creative» a questioni 'umane', come quelle generate dalla discriminazione, dalla subordinazione, dal potere⁷⁴.

⁷¹ Cfr. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, [1785], trad. it. di V. Mathieu, Milano, 1994, 125-127.

⁷² Ad alcuni appare ormai chiara la necessità di rivedere i principi del 'diritto' moderno alla luce delle nuove tecnologie (cfr. R. BROWNSWORD, *Artificial Intelligence and Legal Singularity. The Thin End of the Wedge, the Thick End of the Wedge, and the Rule of Law*, in S. DEAKIN, C. MARKOU (a cura di), *Is Law Computable?*, cit., 149-153). Sarebbe forse possibile, in quest'ottica, tornare alle fondamenta delle nostre categorie giuridiche e problematizzarle anche grazie all'apporto delle nuove tecnologie.

⁷³ Tali modelli, com'è noto, comportano la più o meno intensa supervisione umana delle operazioni compiute autonomamente dall'IA. Cfr. M. DURANTE, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Milano, 2019, 93; cfr. S. AMATO, *Biodiritto 4.0*, cit., 88.

⁷⁴ Sulla «creatività della risposta» in una prospettiva waldenfelsiana, si vedano i contributi di F. G. MENGA, *La "passione" della risposta. Sulla fenomenologia dell'estraneo di Bernhard Waldenfels*, in *Aut-Aut*, 316-317/2003, 209 ss.; ID., *Postfazione. Né prima, né ultima parola. Il discorso dell'estraneo di Bernhard Waldenfels*, in B. WALDENFELS, *Fenomenologia dell'estraneo*, cit., 157 ss.; ID., *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Napoli, 2009. Sull'importanza della creatività e del sentimento critico nella scienza giuridica all'epoca dell'innovazione tecnologica, si veda T. GRECO, *Per un diritto che "non serve". La cultura giuridica e le sfide della tecnologia*, in *Giustizia Insieme*, 1 dicembre 2020.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

IL RUOLO DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME
NELL'INFORMATICA PUBBLICA ALLA LUCE DELLA COMPETENZA
ESCLUSIVA STATALE IN MATERIA DI «COORDINAMENTO INFORMATIVO
STATISTICO E INFORMATICO DEI DATI DELL'AMMINISTRAZIONE
STATALE, REGIONALE E LOCALE» DI CUI ALL'ART. 117, COMMA SECONDO,
LETTERA R) DELLA COSTITUZIONE

PHILIPP ROSSI

SOMMARIO: 1. Premessa. Il ruolo della digitalizzazione nella pubblica amministrazione contemporanea. – 2. Il riparto di competenze tra Stato, Regioni e Province autonome prima della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3. – 3. L'inserimento della materia *de qua* tra quelle di competenza esclusiva dello Stato e la prima giurisprudenza costituzionale. – 4. L'esercizio del potere di coordinamento da parte del legislatore statale: dal Codice dell'amministrazione digitale alle linee guida dell'Agenzia per l'Italia Digitale. – 5. L'art 91-c della Legge Fondamentale tedesca, un possibile spunto comparatistico? – 6. Digitalizzazione significa centralizzazione? Qualche spunto di riflessione. – 7. Conclusioni.

1. Premessa. Il ruolo della digitalizzazione nella pubblica amministrazione contemporanea

La rivoluzione digitale, i cui effetti sono diventati tangibili per la quasi totalità della popolazione in particolare in seguito al diffondersi dell'emergenza sanitaria da Covid-19, sta profondamente trasformando non solo l'interazione reciproca dei cittadini, ma anche il modo in cui questi ultimi si rapportano con la pubblica amministrazione (di seguito P.A.) nonché l'organizzazione della stessa P.A. L'amministrazione è infatti chiamata ad

affrontare un processo di profonda riorganizzazione¹, posto che la digitalizzazione non può essere intesa come mero svolgimento di procedimenti in precedenza espletati in forma analogica con l'ausilio delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT²), ma deve necessariamente essere accompagnata da un cambio di prospettiva generale, a cui stiamo lentamente assistendo a partire dagli anni 2000. Se, infatti, l'utilizzo di strumenti quali la posta elettronica o la predisposizione di un sito internet istituzionale possono oggi apparire scontati, neppure venti anni fa il Consiglio di Stato dovette statuire l'idoneità del fax – oramai prossimo alla dismissione – a garantire l'effettività delle comunicazioni³.

Le principali sfide che accompagnano questo necessario processo di trasformazione della P.A. concernono la garanzia di un'effettiva tutela dei dati personali del cittadino, la riorganizzazione e l'efficientamento della struttura interna dell'amministrazione e della tipologia di approccio verso soggetti esterni, l'adozione di meccanismi e procedure volti alla semplificazione del rapporto tra amministratori ed amministrati, l'eventuale impiego di algoritmi informatici nel procedimento amministrativo nonché il riparto di competenze tra centro e periferia, questione che verrà approfondita nel prosieguo del presente scritto⁴.

Particolare rilevanza assume la nozione di *e-government*, inteso fin dalle origini come strumento volto alla facilitazione, allo sviluppo ed alla messa in atto di politiche pubbliche, con l'obiettivo di offrire più servizi pubblici di qualità più elevata impiegando, al contempo, meno risorse⁵. Una definizione puntuale di *e-government* la fornisce il diritto europeo, che lo intende come «l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche»⁶.

Un aspetto spesso poco considerato nella trattazione delle sfide giuridiche che accompagnano la digitalizzazione della P.A. riguarda il riparto di competenze tra centro e periferia, in quanto alle esigenze di coordinamento unitario si oppongono le aspirazioni autonomiste dei territori. Il presente contributo si propone pertanto di analizzare il ruolo delle Regioni e delle Province autonome nell'informatica pubblica, con particolare riferimento alla digitalizzazione della P.A., sulla base della disamina della potestà

¹ Per una panoramica generale in merito all'impatto della rivoluzione informatica sui pubblici poteri si rimanda, in particolare, a L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2019, 1111-1148 e M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in *Revista Estudos Institucionais*, 6, 2/2020, 395-430.

² Acronimo in lingua inglese di *information and communications technology*.

³ Cons. di Stato, sez. quinta, 24 aprile 2002, n. 2207 in https://www.diritto.it/folder_sentenze/magistratamm/cons_stato_2270_02.html (17/07/2021).

⁴ Per un approfondimento dettagliato sull'amministrazione digitale si rimanda a G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, G. CAMMAROTA e P. ZUDDAS (a cura di), *Amministrazione elettronica. Caratteri, finalità, limiti*, Torino, 2020, G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La pubblica amministrazione nella società digitale*, Napoli, 2017 e G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018.

⁵ G. PESCE, *Digital first*, cit., 19.

⁶ Comunicazione del 26 settembre 2002 della Commissione europea, *Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*.

legislativa esclusiva statale in materia di «coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» (di seguito coordinamento informativo) ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. *r*) della Costituzione.

2. Il riparto di competenze tra Stato, Regioni e Province autonome prima della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3

Fino agli anni Ottanta del secolo scorso, l'adozione di tecnologie informatiche nella P.A. aveva come oggetto l'automazione degli uffici ed era finalizzata alla semplificazione e velocizzazione dell'attività endoprocedimentale delle amministrazioni; solo con l'avvento di tecnologie accessibili ad ampie parti della popolazione la digitalizzazione iniziò ad incidere sui rapporti tra il cittadino ed i pubblici poteri⁷. Non ci si deve quindi meravigliare che l'art. 117, nella sua formulazione precedente alla riforma contenuta nella l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3⁸ non facesse alcun cenno alle tecnologie dell'informazione.

Il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 rappresenta quindi il primo intervento normativo organico in materia di informatizzazione pubblica, le cui disposizioni disciplinano «a progettazione, lo sviluppo e la gestione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e degli enti pubblici non economici nazionali». Alle Regioni, così come agli altri enti pubblici, è riconosciuto, da un lato, un determinato grado di autonomia organizzativa, posto che, in base all'art. 2, comma secondo, «le amministrazioni provvedono di norma con proprio personale alla progettazione, allo sviluppo ed alla gestione dei propri sistemi informativi automatizzati». Al contempo, il d.lgs. n. 39/1993 istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri l'«Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione», che possiamo definire predecessore dell'Agenzia per l'Italia Digitale⁹, cui spetta, in particolare, dettare norme tecniche in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni (art. 7, comma primo, lett. *a*)), coordinare «i progetti e i principali interventi di sviluppo e gestione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni» (art. 7, comma primo, lett. *b*)) nonché verificare periodicamente i risultati ottenuti nelle singole amministrazioni (art. 7, comma primo, lett. *d*)). Inoltre, l'autorità può proporre al Presidente del Consiglio dei Ministri l'adozione di raccomandazioni e di atti d'indirizzo (art. 7, comma primo, lett. *h*)) e la stipulazione di protocolli di intesa con la Conferenza permanente (art. 7, comma secondo), che possono essere considerati rispettosi

⁷ G. CAMMAROTA e P. ZUDDAS, *Introduzione*, in EAD. (a cura di), *Amministrazione elettronica. Caratteri, finalità, limiti*, Torino, 2020, 2 s.

⁸ Per una disamina più approfondita della riforma dell'art. 117 Cost. si rinvia ad A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 2002; M. BERTOLISSI, *Identità e crisi dello stato costituzionale in Italia*, Padova, 2002; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V.*, Torino, 2002; e A. CERVATI, S. PANUNZIO e P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001.

⁹ Cfr. *infra* cap. 4.

dell'autonomia regionale, in quanto non direttamente vincolanti¹⁰. L'attività di regolamentazione dell'autorità istituita mediante il d.lgs. n. 39/1993 è proseguita per circa un decennio, finché tale soggetto non fu soppresso nel 2003¹¹.

Sul versante delle infrastrutture, con Dir.P.C.M. del 5 settembre 1995 fu istituita la «Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione»¹². Alla direttiva in oggetto sono tenute a conformarsi le amministrazioni pubbliche di cui all'art 1 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, il quale ricomprende espressamente le Regioni. La Dir.P.C.M. in oggetto fa salve le reti delle Regioni, degli enti locali e degli enti pubblici di dimensione inferiore a quella nazionale, le quali «potranno interconnettersi con la Rete unitaria, nel rispetto delle autonomie, anche finanziarie, costituzionalmente garantite». Al contempo, tuttavia, le singole amministrazioni sono tenute ad adeguare le proprie organizzazioni e procedure per renderle coerenti con il nuovo assetto.

Di particolare rilevanza per l'attività informatica della P.A. in generale, di conseguenza, per l'attività amministrativa delle Regioni e Province autonome è poi il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che impone alle amministrazioni di ispirare la propria attività *inter alia* al criterio di «collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici» (art. 2, comma primo, lett. c)).

A livello di coordinamento, pur restando in vigore le competenze attribuite all'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione dal d.lgs. n. 39/1993, con il DPCM 9 agosto 2001 furono delegate, in relazione alle amministrazioni ed agli enti pubblici, ad un neoistituito Ministro per l'innovazione e le tecnologie «le funzioni di indirizzo, coordinamento e impulso nella definizione ed attuazione dei programmi, dei progetti e dei piani di azione, nonché le funzioni di valutazione delle proposte formulate al riguardo dalle amministrazioni e di controllo sull'attuazione e sull'impiego delle relative risorse (...)» (art. 1, comma secondo, lett. a)) nonché tutte le funzioni ed i poteri spettanti al Presidente del Consiglio dei Ministri per quanto concerne l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (art. 1, comma secondo, lett. b))¹³.

Gli interventi normativi fin qui trattati rappresentano, da un lato, i primi progetti di modernizzazione in chiave telematica dell'organizzazione pubblica, finalizzati essenzialmente all'efficientamento dell'attività amministrativa e alla riduzione dei costi, in coerenza con il principio di efficacia di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241¹⁴. Il coordinamento delle politiche di informatizzazione viene affidato al potere centrale, mentre le Regioni e le Province autonome, pur mantenendo alcune proprie specificità organizzative, al pari degli enti locali, non appaiono protagoniste di quel processo di radicale trasformazione dell'apparato pubblico avviato negli anni Novanta del secolo

¹⁰ M. PIETRANGELO, *Brevi note sul "coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale"*, in *Informatica e diritto*, 13/2004, 39.

¹¹ R.M. DI GIORGI, *L'informatica nell'attività della pubblica amministrazione*, in R. BORRUSO, R.M. DI GIORGI, L. MATTIOLI e R. RAGONA, *L'informatica del diritto*, Milano, 2004, 251 ss.

¹² Cfr. M. IASELLI, *Problemi giuridici della Rete Unitaria della P.A. Intervento al Convegno di Firenze del 2-5/5/1998*, disponibile su <https://www.diritto.it/articoli/informatica/rupa.html> (6.7.2021).

¹³ Cfr. M. PIETRANGELO, *Brevi note*, cit., 41 s.

¹⁴ G. PESCE, *Digital first*, cit., 41.

scorso.

3. L'introduzione della materia de qua tra quelle di competenza esclusiva dello Stato e la prima giurisprudenza costituzionale

Se già nei primi anni successivi all'introduzione della materia in oggetto in dottrina era stata riconosciuta la strategica importanza della delimitazione del confine tra il potere centrale e l'autonomia riconosciuta alle amministrazioni territoriali, sulla base del presupposto che l'utilizzo di strumenti informatici contribuisce all'incremento dell'economia e alla realizzazione dei diritti sia sociali che individuali dei cittadini¹⁵, con l'inserimento del «coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» tra le materie di competenza esclusiva dello Stato nel «nuovo» art. 117 Cost. il coordinamento del processo di digitalizzazione dei pubblici poteri a livello centrale venne costituzionalizzato.

Ricostruire l'esatto contenuto della materia in questione e, in particolare, i limiti della competenza statale rispetto alle competenze proprie delle Regioni e Province autonome in materia di organizzazione amministrativa appare complesso in considerazione della natura stessa della potestà legislativa riconosciuta allo Stato¹⁶. Il coordinamento andrebbe infatti ricondotto ad un'attività piuttosto che ad una materia in senso stretto al pari, per esempio, della cittadinanza oppure dell'ordinamento civile¹⁷. E, di conseguenza, nonostante la giurisprudenza costituzionale su cui ci si soffermerà nel prosieguo della presente trattazione non ricomprenda espressamente il coordinamento informativo informatico e statistico tra le materie trasversali, il potere legislativo riconosciuto allo Stato in tale materia incide inevitabilmente su altri settori anche di competenza delle Regioni e Province autonome¹⁸, soprattutto in considerazione della circostanza che l'attività informatica è, nella maggioranza dei casi, funzionale allo

¹⁵ Cfr., in particolare, M. PIETRANGELO, *Brevi note*, cit., 36 s. e M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 991 ss.

¹⁶ Cfr., in particolare, M. PIETRANGELO, *Brevi note*, cit., 43, in cui l'autrice afferma altresì che «non sarebbe guastata maggiore chiarezza da parte del legislatore».

¹⁷ F.M. LAZZARO, *Coordinamento informativo e pubbliche amministrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2001, 664.

¹⁸ M. HALLER, *Südtirols Minderheitenschutzsystem. Grundlagen, Entwicklungen und aktuelle Herausforderungen aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht*, Berlino, 2021, 299. Il concetto di «materie trasversali» è stato elaborato dalla Corte costituzionale, la quale nella sentenza n. 345/2004 ha ricondotto la tutela della concorrenza nell'alveo della potestà legislativa statale affermando che «si tratta di una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale». Cfr., in particolare, F. BENELLI e R. BIN, *La «smaterializzazione delle materie». Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006; A. PICARONE, *Le materie trasversali tra problematiche interpretative e riforme mancate*, in *Astrid Rassegna*, 8/2017; e R. RIZ e E. HAPFACHER, *Grundzüge des Italienischen Verfassungsrechts unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte der Südtiroler Autonomie*, IV ed., Innsbruck, 2013, 286 ss.

svolgimento dei compiti affidati all'ente¹⁹.

In seguito all'entrata in vigore del nuovo riparto di competenze tra Stato e Regioni delineato dall'art. 117 Cost. la prima dottrina ha ritenuto che la materia in parola attribuisse allo Stato la potestà di esercitare un coordinamento di natura tecnica²⁰, analogamente a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con riferimento al coordinamento tecnico effettuato dall'ISTAT, la quale ha affermato che i poteri di tale Istituto rappresentano «una forma di coordinamento tecnico, che ha il solo scopo di unificare o di rendere omogenee le metodologie statistiche utilizzate dai vari centri pubblici di informazione statistica»²¹. Al contempo, già allora vi fu la consapevolezza che la separazione degli aspetti tecnici da quelli politico-amministrativi è operazione tutt'altro che agevole²².

In merito alla natura del coordinamento in parola la Consulta si è espressa per la prima volta nel 2004. In tale occasione, la Regione Basilicata aveva impugnato l'art. 29, comma settimo della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002), il quale attribuiva, in particolare, al Ministro per l'innovazione e le tecnologie «al fine di migliorare la qualità dei servizi e di razionalizzare la spesa per l'informatica» la definizione di «indirizzi per l'impiego ottimale dell'informatizzazione nelle pubbliche amministrazioni» e di «programmi di valutazione tecnica ed economica dei progetti». La Corte, nel ritenere costituzionalmente legittima la disposizione impugnata, ha però affermato che la disposizione censurata dalla Regione dovesse «essere intesa come attribuzione (...) di un potere limitato (per quanto riguarda le Regioni) ad un coordinamento meramente tecnico, per assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione» (sentenza n. 17/2004)²³.

Nella sentenza n. 36/2004 invece, la Corte, pur non discostandosi dall'interpretazione della materia di cui all'art. 117, comma secondo, lett. r) fornita in precedenza, propone alcune utili considerazioni per meglio definire i limiti del coordinamento informativo e, in generale, il riparto di competenze tra Stato e Regioni nell'attuazione del c.d. *e-government*²⁴. Il procedimento deriva dall'impugnazione, da parte della Regione Emilia-Romagna, di alcune disposizioni dell'art. 24 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, il cui comma decimo aveva posto a carico delle Regioni, delle Province autonome di Trento e Bolzano, delle Province e dei comuni con popolazione superiore a 60.000 abitanti l'obbligo di trasmettere periodicamente al Ministero per l'economia e le finanze (di seguito MEF) le informazioni sugli incassi e sui pagamenti effettuati. La censura della Regione non riguardava l'obbligo di per sé, bensì era limitata

¹⁹ F.M. LAZZARO, *Coordinamento informativo*, cit., 665.

²⁰ Così M. GIGANTE, *L'attribuzione allo Stato della normazione tecnica tra neutralità e attuazione vincolata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, 1744 ss. e M. PIETRANGELO, *Brevi note*, cit., 44.

²¹ Sentenza C. cost. n. 242/1989.

²² M. PIETRANGELO, *Brevi note*, cit., 44.

²³ Al contempo, la Corte aggiunge tuttavia che «certamente attengono al predetto coordinamento anche i profili della qualità dei servizi e della razionalizzazione della spesa in materia informatica, in quanto necessari al fine di garantire la omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati».

²⁴ M. PIETRANGELO, *Brevi note*, cit., 47.

al comma tredicesimo dell'art. 24, il quale prevede che il prospetto contenente le informazioni da trasmettere al MEF e le modalità di trasmissione siano definite con decreto del MEF stesso. La Corte ha ricondotto tale disposizione non al «coordinamento della finanza pubblica», materia concorrente di cui al comma terzo dell'art. 117 Cost., bensì al coordinamento informativo, sostenendo che non essendo lesivi gli obblighi informativi di per sé, non è altrettanto lesiva l'attribuzione al MEF «del compito di definirne le modalità tecniche di attuazione, che debbono necessariamente rispettare criteri di omogeneità ai fini della comparazione e del consolidamento dei dati».

In due sentenze (nn. 31/2005 e 35/2005) la Corte si è soffermata sul principio di leale collaborazione, stabilendo in quali circostanze è necessaria un'intesa tra il Governo e la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 e in quali, invece, è sufficiente un semplice parere della Conferenza. Nel primo caso, la Regione Emilia-Romagna aveva proposto ricorso avverso l'art. 26, comma terzo della l. 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), il quale prevedeva che nei casi in cui i progetti relativi al Fondo per il finanziamento di progetti di innovazione tecnologica nelle pubbliche amministrazioni e nel Paese ed alla potestà regolamentare riconosciuta al Ministro per l'innovazione e le tecnologie (commi primo e secondo) «riguardino l'organizzazione e la dotazione tecnologica delle regioni e degli enti territoriali, i provvedimenti sono adottati sentita la Conferenza unificata». La Regione aveva, in particolare, ritenuto inidoneo lo strumento del parere per le finalità in oggetto, stante la necessità di addivenire ad un'intesa in sede di Conferenza unificata. La Corte ha ritenuto la previsione di un mero parere non sufficiente per garantire il rispetto del principio di leale collaborazione e, pur riconducendo la disposizione alla materia del coordinamento informativo, ha riconosciuto che l'oggetto della stessa «presenta un contenuto precettivo idoneo a determinare una forte incidenza sull'esercizio concreto delle funzioni nella materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti locali», ritenendo, pertanto, necessario il raggiungimento di un'intesa al posto della richiesta di un parere. Nella sentenza n. 35/2005, preceduta da un ricorso della Regione Emilia-Romagna nei confronti dell'art. 28, commi quinto e sesto della l. n. 289/2002, aventi per oggetto la definizione, da parte del MEF, delle informazioni relative al comportamento degli enti ed organismi pubblici allo scopo di assicurare il perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, la Corte ha invece ritenuto sufficiente il ricorso al parere in sede di Conferenza unificata, stante la sua idoneità a garantire, nel caso in oggetto, il coinvolgimento delle Regioni.

Un eventuale intervento normativo avente per oggetto la disciplina di procedimenti afferenti al trattamento di dati²⁵ non è precluso, secondo quanto statuito dalla Consulta, al legislatore regionale, qualora lo Stato non abbia esercitato il potere di coordinamento attribuitogli dall'art. 117, comma secondo, lett. r) Cost (sentenza n. 275/2005)²⁶.

²⁵ Nel caso in oggetto si trattava degli artt. 12, 13 e 14 della l. della Regione Emilia-Romagna 24 maggio 2004, n. 11, contenenti disposizioni in materia di tutela dei dati personali e di Sistema informativo regionale (SIR).

²⁶ Nella pronuncia in oggetto la Corte ha chiarito che il coordinamento informativo è «un potere legislativo di coordinamento, il cui mancato esercizio non preclude autonome iniziative delle Regioni aventi ad oggetto la razionale ed efficace organizzazione delle basi di dati che sono nella loro disponibilità».

Ulteriori pronunce della Corte costituzionale in materia di coordinamento informativo riguardano, in particolare, il monitoraggio dei dati relativo al rispetto delle disposizioni finalizzate al contenimento della spesa (sentenza n. 169/2007), l'acquisizione di dati telematici nel settore sanitario, ricondotti dalla Consulta alla materia *de qua* utilizzando il criterio della prevalenza (sentenza n. 240/2007) e lo «sportello unico per le imprese» (sentenza n. 15/2010)²⁷.

4. L'esercizio del potere di coordinamento da parte del legislatore statale: dal Codice dell'amministrazione digitale alle linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale

Una ricostruzione puntuale di ogni singolo atto normativo con cui il legislatore statale ha esercitato il potere di coordinamento in materia informatica attribuitogli dall'art. 117, comma secondo, lett. r) Cost. richiederebbe una trattazione più ampia e non risponderebbe, oltretutto, alle finalità del presente scritto, il cui obiettivo è definire il ruolo delle Regioni e delle Province autonome nel processo di digitalizzazione della P.A. Pertanto, il presente capitolo si propone di fornire una disamina delle principali disposizioni riconducibili alla potestà legislativa statale in questione.

L'art. 3 della l. 11 febbraio 2005, n. 15 ha anzitutto aggiunto alla l. n. 241/1990 l'art. 3-bis, rubricato «Uso della telematica», il quale dispone che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

Il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale, di seguito CAD) «costituisce il primario *corpus* normativo di riferimento per la digitalizzazione e l'innovazione della pubblica amministrazione e, di riflesso, del Paese»²⁸ e disciplina all'art. 14 i rapporti tra Stato, Regioni ed autonomie locali. Il comma primo, in particolare, prevede che lo Stato disciplini il coordinamento informatico dei dati delle amministrazioni, dettando regole tecniche. La competenza statale viene quindi principalmente riconosciuta in funzione di esigenze di natura tecnica, legate all'interoperabilità dei sistemi informatici. Il comma secondo, invece, promuove l'adozione di intese e accordi tra Stato, Regioni ed autonomie locali in sede di conferenza unificata. Dal CAD discendono una serie di adempimenti per le P.A., tra i quali si richiamano in primis l'obbligo di comunicare con il cittadino esclusivamente tramite il domicilio digitale da questi dichiarato (art. 3-bis, comma quarto), di accettare pagamenti elettronici (art. 5, comma primo) nonché di fare uso del documento informatico (art. 20

ed anche il loro coordinamento paritario con le analoghe strutture degli altri enti pubblici o privati operanti sul territorio. Il problema sorgerebbe solo nel momento in cui il legislatore statale dettasse normative nei medesimi ambiti a fine di coordinamento».

²⁷ F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 227 ss., M. HALLER, *Südtirols Minderheitenschutzsystem*, cit., 300 e M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La pubblica amministrazione*, cit., 62.

²⁸ A. SAMARITANI, *Prefazione*, in C. BOCCIA, C. CONTESSA ed E. DE GIOVANNI, *Codice dell'amministrazione digitale*, Piacenza, 2018.

ss.) e delle firme elettroniche (art. 24 ss.).

Al fine di dare attuazione alla c.d. «Agenda digitale europea»²⁹, il legislatore statale ha sviluppato una strategia denominata «Agenda digitale italiana», prevista dall'art. 47 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5. Tale disposizione prevedeva altresì l'istituzione di una cabina di regia, per coordinare gli interventi adottati da parte di Regioni, Province autonome ed enti locali. Si evidenzia, in particolare, che a tale cabina non venne assegnato alcun compito di emanazione di linee guida o disposizioni comunque denominate vincolanti per l'amministrazione regionale ovvero provinciale. Al fine di realizzare gli obiettivi contenuti nell'Agenda digitale italiana, con l'art. 19 del d.l. 22 agosto 2012, n. 83 è stata istituita l'Agenzia per l'Italia digitale (di seguito AgID), cui furono attribuite le funzioni di coordinamento, di indirizzo e regolazione affidate in precedenza a DigitPA³⁰. Diverse misure finalizzate alla diffusione dei servizi digitali ed all'alfabetizzazione informatica, altresì riconducibili all'Agenda digitale Italiana, sono poi state emanate con d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, in parte modificativo del CAD.

In seguito, con l'art. 1 della l. 7 agosto 2015, n. 124 il Governo è stato delegato ad adottare diverse modifiche al CAD, nel rispetto di una serie di principi e criteri direttivi stabiliti dalla disposizione in parola stessa³¹. Tra questi ultimi figurano la ridefinizione e semplificazione dei «procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese, mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio «innanzitutto digitale» (*digital first*), nonché l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione» (lett. b), la garanzia della «disponibilità di connettività a banda larga e ultralarga e l'accesso alla rete internet presso gli uffici pubblici e altri luoghi (...)» (lett. c)) nonché «favorire l'elezione di un domicilio digitale da parte di cittadini e imprese» (lett. g)). La Regione Veneto ha impugnato le disposizioni appena menzionate unitamente ad altre norme contenute nella stessa l. n. 124/2015, asserendo, in particolare, che la potestà di ridefinire e semplificare tutti i procedimenti amministrativi riferibili all'amministrazione regionale e locale trascenderebbe la funzione di coordinamento informativo informatico di cui all'art. 117, comma secondo, lett. r) Cost., invadendo ambiti riservati alla competenza regionale, tra cui la sanità, il turismo, l'attività d'impresa e l'organizzazione amministrativa regionale. La Corte non ha, tuttavia, condiviso le doglianze regionali e stabilito nella sentenza n. 251/2016 la legittimità costituzionale dell'art. 1, comma secondo, lett. b) della l. n. 124/2015, affermando che le disposizioni

²⁹ Di cui alla comunicazione della Commissione europea COM (2010) 245 definitivo/2 del 26 agosto 2010. Cfr., a tal proposito, M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo. Testo della relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016*, Astrid Online, 2016.

³⁰ Ente istituito dall'art. 176 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Tra le funzioni affidate a tale soggetto dall'art. 3, comma secondo del d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 177 si richiamano, in particolare, «funzioni di consulenza e proposta» (lett. a)), «funzioni di emanazione di regole, standard e guide tecniche, nonché di vigilanza e controllo sul rispetto di norme» (lett. b)), «funzioni di valutazione, di monitoraggio e di coordinamento» (lett. c)) e «funzioni di predisposizione, realizzazione e gestione di interventi e progetti di innovazione» (lett. d)).

³¹ Cfr. G. PESCE, *Digital first*, cit., 49 ss.

impugnate, pur intersecando «sfere di attribuzione regionale (...) sono anzitutto strumentali per ‘assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione’ (sentenza n. 17 del 2004; nello stesso senso, fra le altre, sentenze n. 23 del 2014 e n. 46 del 2013). Assolvono, inoltre, all’esigenza primaria di offrire ai cittadini garanzie uniformi su tutto il territorio nazionale, nell’accesso ai dati personali, come pure ai servizi, esigenza che confina anche con la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni. Tanto basta per confermare la piena competenza dello Stato, coerente con l’impegno, dallo stesso assunto, di uniformarsi alle indicazioni provenienti dall’Unione europea». In dottrina è stato evidenziato che, con tale pronuncia, la Consulta ha rivisto la necessità di addivenire ad un’intesa al fine di garantire il rispetto del principio di leale collaborazione³², principio di cui la Corte, nella sentenza n. 251/2016, non ravvisa alcun profilo di violazione.

In attuazione della legge delega n. 124/2015 il Governo ha emanato il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, contenente modifiche ed integrazioni al CAD. Sono stati, in particolare, integrati all’interno del d.lgs. n. 85/2005 una serie di «diritti digitali», riconosciuti a cittadini ed imprese, alla cui osservazione sono tenute anche le Regioni e le Province autonome, tra i quali si richiamano: il diritto all’identità digitale (art. 3); il diritto alla *privacy* digitale (art. 2, comma quinto); il diritto al domicilio digitale (art. 3-bis); il diritto di effettuare pagamenti elettronici verso la P.A. (art. 5); il diritto di presentare istanze in via telematica (art. 5-bis); il diritto di utilizzare la posta elettronica certificata (art. 6); il diritto civico all’alfabetizzazione digitale (art. 8, comma primo); il diritto alla connettività alla rete (art. 8-bis); il diritto di partecipazione democratica elettronica (art. 9)³³.

In merito al ruolo degli enti territoriali è stato aggiunto al comma secondo del già citato art. 14 del d.lgs. n. 85/2015, avente per oggetto i rapporti tra Stato, Regioni ed autonomie locali, un secondo periodo finalizzato a specificare il ruolo di AgID nel processo di coordinamento. La disposizione in oggetto afferma, infatti, che «l’AgID assicura il coordinamento informatico dell’amministrazione statale, regionale e locale, con la finalità di progettare e monitorare l’evoluzione strategica del sistema informativo della pubblica amministrazione, favorendo l’adozione di infrastrutture e standard che riducano i costi sostenuti dalle amministrazioni e migliorino i servizi erogati». Da tale formulazione emerge chiaramente la volontà del legislatore statale di comprimere la potestà organizzativa dell’ente³⁴, ritenuta secondaria rispetto alle finalità di coordinamento centrale e di attuazione dei principi contenuti nella stessa l. n. 124/2015.

Il d.lgs. n. 179/2016 ha poi aggiunto al d.lgs. n. 85/2005 l’art. 14-bis che definisce il ruolo, le funzioni e competenze di AgID, il cui ruolo è ritenuto strategico per l’attuazione delle politiche di *e-government*³⁵. Il comma primo riconosce il ruolo di AgID nella realizzazione degli obiettivi dell’Agenda Digitale Italiana, «preposta alla

³² M. HALLER, *Südtirols Minderheitenschutzsystem*, cit., 300. Cfr. *supra* cap. 3.

³³ Cfr. G. PESCE, *Digital first*, cit., 58 ss.

³⁴ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La pubblica amministrazione*, cit., 64.

³⁵ C. BOCCIA, C. CONTESSA ed E. DE GIOVANNI, *Codice dell’amministrazione digitale*, cit., 96.

realizzazione degli obiettivi dell'«Agenda Digitale Italiana», mentre il comma secondo elenca le funzioni demandate all'agenzia, tra cui rientrano, in sintesi: l'emanazione di linee guida (lett. *a*)); la programmazione e coordinamento delle attività delle amministrazioni per l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (lett. *b*)); il monitoraggio delle attività svolte dalle amministrazioni (lett. *c*)); la predisposizione, realizzazione e gestione di interventi e progetti di innovazione (lett. *d*)); la promozione della cultura digitale e della ricerca (lett. *e*)); il rilascio di pareri tecnici sugli schemi di contratti e accordi quadro (lett. *f*)); il rilascio di pareri tecnici sugli elementi essenziali delle procedure di gara bandite (lett. *g*)); la definizione di criteri e modalità per il monitoraggio sull'esecuzione dei contratti (lett. *h*)); la vigilanza sui servizi fiduciari (lett. *i*)); ogni altra funzione attribuita da specifiche disposizioni di legge e dallo Statuto (lett. *l*)). In aggiunta, il «nuovo» art. 12, comma primo del d.lgs. n. 85/2005 impone alle P.A. – e quindi anche alle Regioni e Province autonome – l'obbligo di organizzare la propria attività «in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione», alla cui redazione è preposta AgID ai sensi di quanto disposto dall'art. 14-bis, comma secondo, lett. *b*) dello stesso CAD.

Premidente è pertanto il ruolo assegnato ad AgID nel processo di digitalizzazione della P.A., in quanto all'agenzia non sono attribuiti compiti di mero controllo ovvero monitoraggio, bensì funzioni regolatorie, da esplicarsi anzitutto mediante l'adozione di linee guida vincolanti anche per Regioni e Province autonome e del citato Piano triennale per l'informatica, cui devono conformarsi tutte le amministrazioni³⁶. Nel complesso, la riforma introdotta dalla l. n. 124/2015 e messa in pratica a partire dal d.lgs. n. 179/2016 è caratterizzata da una forte accentuazione dei poteri di indirizzo e coordinamento a livello centrale³⁷, anche a discapito delle autonomie territoriali.

Le citate linee guida, emanate dall'AgID ai sensi dell'art. 14-bis, comma secondo, lett. *a*) del d.lgs. n. 85/2005 disciplinano aspetti quali il fascicolo sanitario elettronico, l'adozione di sistemi *cloud* da parte della P.A., la gestione documentale e la marcatura dei documenti, le procedure da seguire per il c.d. *disaster recovery*, l'acquisizione ed il riuso di *software* da parte della P.A., la firma elettronica qualificata, lo SpID³⁸, la sicurezza informatica ed il documento informatico.

Particolare attenzione merita infine, nella disamina dell'esercizio della potestà statale di coordinamento informatico, l'adozione del c.d. sistema pagoPA. Il comma primo dell'art. 5 del d.lgs. n. 85/2005, che già dispone l'obbligo per le amministrazioni di accettare pagamenti attraverso sistemi elettronici, prevede che tali pagamenti siano accettati tramite un'apposita piattaforma di cui al comma successivo. E, infatti, il comma secondo del medesimo art. prevede che la Presidenza del Consiglio dei Ministri³⁹ metta a disposizione «una piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra

³⁶ Cfr. M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La pubblica amministrazione*, cit., 65.

³⁷ M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita*, cit., 29.

³⁸ Per SpID si intende il Sistema Pubblico di Identità Digitale, istituito ai sensi dell'art. 64 del d.lgs. n. 85/2005.

³⁹ Nella formulazione dell'art. 5, comma secondo precedente alla modifica introdotta dall'art. 42, comma terzo del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 l'espressione «la Presidenza del Consiglio dei Ministri» era sostituita dall'espressione «l'AgID».

le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati». L'adesione delle singole amministrazioni a pagoPA è resa obbligatoria a decorrere dal 28 febbraio 2021 in base all'art. 24 del d.lgs. 16 luglio 2020, n. 76. Nelle apposite linee guida AgID ha specificato le modalità di adesione delle amministrazioni, gli adempimenti a carico della singola P.A. e, stante l'obbligo di accettare pagamenti esclusivamente tramite la piattaforma in oggetto, il divieto per l'amministrazione di pubblicare in qualsiasi modo l'IBAN di accredito (art. 5).

Dall'analisi dell'esercizio della potestà di coordinamento emerge che in molti casi la legislazione statale non si limita a disciplinare aspetti tecnici, bensì contiene regole precise che in molti casi attengono al contenuto ed alla qualità dei servizi pubblici coinvolti⁴⁰ e, di conseguenza, limitano l'autonomia regionale o provinciale nelle materie di rispettiva competenza.

5. L'art. 91-c della Legge Fondamentale tedesca, un possibile spunto comparatistico?

Nella Repubblica Federale Tedesca, il sistema federale, garantito dalla c.d. «clausola di eternità» di cui all'art. 79 della Legge fondamentale (di seguito L.F.)⁴¹, attribuisce ai *Länder* un «quasi-monopolio»⁴² nelle funzioni amministrative, tra cui anche l'esecuzione delle leggi federali. Per quanto concerne le competenze legislative, l'art. 70, comma primo L.F. contiene una clausola generale a favore dei *Länder*. Le restanti competenze sono poi ripartite in competenze esclusive federali e competenze concorrenti tra *Bund* e *Länder*.

L'art. 91-c della Legge fondamentale tedesca, introdotto nel 2009 in occasione della c.d. seconda riforma del federalismo (*Föderalismusreform II*) e successivamente modificato nel 2017, disciplina il riparto di competenze tra lo Stato centrale ed i *Länder* in materia di disciplina dei sistemi informativi⁴³. Il comma primo dell'art. 91-c L.F. introduce la possibilità, per il *Bund* ed i *Länder*, di cooperare nella pianificazione, la creazione e la gestione dei sistemi informativi necessari per lo svolgimento delle relative attribuzioni, ponendo dunque al centro dell'azione normativa non il coordinamento a

⁴⁰ M. HALLER, *Südtirols Minderheitenschutzsystem*, cit., 536.

⁴¹ Cfr. J. WOELK, *Eppur si muove: la riforma del sistema federale tedesco*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2/2007, 195. Cfr. anche sul federalismo tedesco F. PALERMO, *Il ruolo delle assemblee legislative dei Länder nel sistema di governo tedesco: dall'emarginazione strutturale ai nuovi scenari della stagione delle riforme*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 10/2007, 295 ss. e D. WILLOWEIT (a cura di), *Föderalismus in Deutschland: Zu seiner wechselvollen Geschichte vom ostfränkischen Königtum bis zur Bundesrepublik*, Göttingen, 2019.

⁴² H. WOLLMANN, *L'evoluzione del federalismo tedesco. Verso un assetto più eterogeneo e concorrenziale?*, in L. VANDELLI, G. GARDINI e C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, 2017.

⁴³ Cfr. T. SIEGEL, *E-Government im Grundgesetz: Die Neuregelung des Art. 91c GG*, in H. HILL, U. SCHLIESKY, *Herausforderung e-Government*, Baden-Baden, 2009; e T. WISCHMEYER, *Artikel 91c Grundgesetz: Föderale IT-Kooperation unter dem Grundgesetz (Article 91c of the German Basic Law: The Constitution and Federal IT Cooperation)*, in H.V. MANGOLD, F. KLEIN e C. STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz: GG*, tomo III, VII ed., 2017, 609 ss.

livello centrale, bensì la cooperazione tra i soggetti interessati. A norma del comma secondo dell'articolo in oggetto gli accordi di cooperazione tra *Bund* e *Länder* possono riguardare anche la determinazione di standard e di requisiti di sicurezza; tali accordi devono essere approvati dal *Bundestag* e dalle assemblee legislative (*Volksvertretungen*) dei *Länder* interessati e non può essere escluso il diritto di recesso. I *Länder* possono, inoltre, stabilire una gestione comune dei sistemi dell'informazione (comma terzo). Allo Stato centrale compete, invece, in base al comma quarto, la gestione di una rete di collegamento finalizzata a connettere la rete propria e quelle dei *Länder*. Infine, il comma quinto dell'art. 91-c L.F., introdotto nel 2017, dispone che l'accesso informatico generalizzato ai servizi amministrativi del *Bund* e dei *Länder* venga disciplinato da una legge federale per la quale è richiesto il consenso del *Bundesrat*, ovvero la camera di rappresentanza dei *Länder*.

Sulla base dell'art. 91-c L.F. il *Bund* e i *Länder* hanno sottoscritto nel 2010 un accordo⁴⁴ per la costituzione di un «consiglio di pianificazione per l'informatica»⁴⁵ (*IT-Planungsrat*), cui compete in base all'art. 1, comma primo dell'accordo istitutivo il coordinamento tra *Bund* e *Länder* in questioni afferenti alle tecnologie dell'informazione, l'adozione di standard di interoperabilità e sicurezza indipendenti ed unitari, il coordinamento dei progetti di *e-government* assegnati al Consiglio stesso e l'esecuzione di funzioni relative alla rete informatica istituita dal *Bund* ai sensi dell'art. 91-c, comma quarto L.F. Sia il governo federale che il *Länder* dispongono di un rappresentante ciascuno all'interno del Consiglio (art. 1, comma secondo), mentre la presidenza viene assegnata su base annuale al *Bund* oppure ad uno dei *Länder* (art. 1, comma terzo)⁴⁶.

Il comma quinto dell'art. 91-c ha ampliato le competenze federali, riconoscendo al *Bund*, come già anticipato, la potestà di emanare una legge che regoli l'accesso informatico generalizzato ai servizi amministrativi. Tale competenza prevede che il *Bund* predisponga una piattaforma informatica che consenta l'accesso ai portali telematici delle diverse amministrazioni centrali e periferiche, senza, tuttavia, mettere direttamente a disposizione, sulla piattaforma stessa, servizi amministrativi⁴⁷. Questo «grande magazzino digitale», come è stato facetamente definito in dottrina⁴⁸, offre il vantaggio di permettere al cittadino di accedere ai servizi digitali predisposti dalle singole amministrazioni federali, regionali e comunali tramite un'unica porta d'accesso, senza, tuttavia, incidere sul contenuto dei singoli procedimenti di competenza dei *Länder*.

Nel complesso, il modello tedesco è caratterizzato, anche e soprattutto in considerazione dell'ordinamento costituzionale federale, da una forte cooperazione tra livello centrale e periferico, attuata in particolare nella costituzione dell'*IT-Planungsrat*.

⁴⁴ Probabilmente la definizione più corretta in lingua italiana sarebbe «trattato», in quanto l'atto in oggetto è denominato «*Vertrag*».

⁴⁵ Traduzione a cura dell'autore del presente contributo.

⁴⁶ Per approfondire il funzionamento dell'*IT-Planungsrat* cfr. M. SCHARDT, *Der IT-Planungsrat – Zentrum der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung?*, in *Verwaltung & Management*, 5/2017, 227 ss.

⁴⁷ M. MARTINI, *Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung*, in *DÖV*, 11/2017, 449 ss.

⁴⁸ «*Digitales „Kaufhaus“*»: M. MARTINI, *Transformation*, cit., 449.

6. Digitalizzazione vuol dire centralizzazione? Qualche spunto di riflessione

La valorizzazione del ruolo dell'AgID ed il conseguente aumento delle competenze dell'agenzia operato dal d.lgs. n. 179/2016, cui è attribuito «un ruolo fondamentale nella definizione di programmi e indirizzi unitari»⁴⁹ mediante l'esercizio di vere e proprie funzioni regolatorie⁵⁰, è stata giustificata dall'esigenza di una effettiva implementazione delle politiche di digitalizzazione⁵¹. Secondo parte della dottrina, infatti, il processo di informatizzazione della P.A. non può essere realizzato, in considerazione della sua complessità e dei costi da sostenere, se non «con l'imposizione di modelli organizzativi uniformi, ed una conseguente riduzione della sfera di autonomia organizzativa delle autorità locali»⁵². Di conseguenza, nonostante un coordinamento di ampio rilievo costituisca un limite all'autonomia delle singole amministrazioni, sarebbe irragionevole impedirlo, in quanto necessario per assicurare la funzionalità del processo di digitalizzazione⁵³.

Si pone quindi il problema dell'intensità del coordinamento statale, trasformatosi a vent'anni dalla riforma dell'art. 117 Cost. in un coordinamento non più tecnico, ma funzionale⁵⁴, con le conseguenti limitazioni per l'autonomia regionale e provinciale.

Pur riconoscendo che le esigenze di standardizzazione si oppongono a quelle di decentralizzazione e di diversificazione tipiche dei sistemi federali e, sebbene con diverse limitazioni, anche di uno Stato unitario decentralizzato come il nostro, si ritiene opportuno affermare che la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome potrebbe comunque essere garantita nelle sedi opportune, *in primis* all'interno della Conferenza unificata.

Il concetto di struttura statale decentrata non si ritiene, infatti, superato con l'avvento delle tecnologie digitali⁵⁵. Tra i principali vantaggi dei sistemi federali nell'ottica della digitalizzazione si richiamano la capacità di limitare le conseguenze di decisioni errate, in quanto non applicabili *sic et simpliciter* a tutti i livelli di governo, la predisposizione di servizi amministrativi più vicini al cittadino, in attuazione del principio di sussidiarietà, il confronto costruttivo tra amministrazioni finalizzato all'individuazione di soluzioni di *best practice*, la partecipazione dei cittadini e la conclusione di accordi⁵⁶. A tal proposito, nella dottrina tedesca si è affermato il concetto di cultura di collaborazione istituzionale, suggerendo la conclusione di una sorta di «patto per l'*e-government*» che consenta la realizzazione di infrastrutture digitali comuni⁵⁷.

⁴⁹ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La pubblica amministrazione*, cit., 63.

⁵⁰ Cfr. *supra* cap. 4.

⁵¹ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La pubblica amministrazione*, cit., 65.

⁵² M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita*, cit., 24.

⁵³ F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Roma, 2012, 80.

⁵⁴ M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita*, cit., 31.

⁵⁵ M. MARTINI, *Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung*, in *DÖV*, 11/2017, 448.

⁵⁶ I. HÄRTEL, *Kooperativer Föderalismus: Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung – Erfahrungen aus dem deutschen föderalen Raum*, in P. BUSSJÄGER, G. KEUSCHNIGG e C. SCHRAMEK (a cura di), *Raum neu denken. Von der Digitalisierung zur Dezentralisierung*, Vienna, 2019, 230.

⁵⁷ M. MARTINI, *Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung*, in *DÖV*, 11/2017, 448.

7. Conclusioni

Il principale interrogativo connesso all'applicazione dell'art. 117, comma secondo, lettera r) Cost. concerne l'estensione della potestà di coordinamento statale. Tale funzione risponde senz'altro ad una necessità di raccordo, per assicurare l'interoperabilità e la comunanza di linguaggi richieste dall'informatica, su cui si è soffermata anche la prima giurisprudenza costituzionale⁵⁸. In seguito, tuttavia, la produzione normativa statale ha interessato, in molti casi con l'avvallo successivo della Consulta, anche ambiti non strettamente legati all'informatizzazione in senso stretto, arrivando quindi a condizionare fortemente l'attività delle Regioni e Province autonome.

Le esigenze di standardizzazione e di omogenizzazione possono risultare confliggenti rispetto ai modelli di differenziazione tipici di uno Stato regionale. L'esperienza tedesca mostra tuttavia, pur tenendo presenti le peculiarità che distinguono un ordinamento federale dal nostro, che un bilanciamento tra i due interessi non è impossibile, coinvolgendo in maniera più incisiva gli enti territoriali⁵⁹ nella realizzazione delle politiche centrali – anzitutto in sede di Conferenza unificata – e circoscrivendo l'intervento statale a quegli ambiti in cui risulti realmente necessario dal punto di vista tecnico, in coerenza con i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui all'art. 118, comma primo Cost.

⁵⁸ Sentenza C. cost. n. 17/2004.

⁵⁹ Segnatamente, nel sistema italiano, Regioni e Province autonome.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

CORTI COSTITUZIONALI E SOCIAL MEDIA. UNA PANORAMICA EUROPEA

LUIGI RULLO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo stato dell’arte: corti e social media. – 2.1 Cosa comunicano le corti sui social media. – 2.2. La presenza delle Corti costituzionali europee sulle piattaforme social. – 3. I *tweet* della Corte costituzionale, del *Conseil Constitutionnel* e del *Tribunal Constitucional*. – 3.1. Metodologia e fonti. – 3.2. Risultati e analisi. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

L’indagine delle ramificazioni del digitale sul sistema giudiziario sta assumendo una crescente rilevanza su scala globale¹. L’utilizzo delle nuove tecnologie digitali si sta affermando come timone per l’eliminazione di barriere di natura informativa e conoscitiva al mondo della giustizia. In particolare, attraverso le piattaforme social, anche le corti costituzionali e supreme stanno allargando il proprio armamentario comunicativo andando a definire una nuova relazione con i cittadini nell’ecosistema digitale². Fino a

¹ Cfr. D. PIANA, *Legal services and digital infrastructures: A new compass for better governance*, Londra, 2021; R. SUSSKIND, *Online courts and the future of justice*, Oxford, 2019; M. BELOV (a cura di), *The IT revolution and its Impact on state, constitutionalism and public law*, New York, 2021; J. TOMLINSON, *Justice in the digital state: assessing the next revolution in administrative justice*, Bristol, 2020.

² P. LAMBERT, *Courting publicity: Twitter and television cameras in court*, Londra, 2011; P. KEYZER, J. JOHNSTON, M. PEARSON, *The courts and the media: Challenges in the era of digital and social media*,

pochi anni fa, i comunicati stampa e le conferenze annuali sull'attività giurisdizionale rappresentavano il momento di maggiore visibilità e contatto tra corti, media e pubblico³. Negli ultimi anni, le corti stanno iniziando a percorrere nuove – e autonome – strade per promuovere le loro attività, incrementare la propria legittimazione e reputazione istituzionale aprendosi a un pubblico sempre più ampio. Come evidenziato da Johnston «the uptake of [...] platforms took courts' communication one step further, introducing a proactive, dynamic and potentially conversational set of tools, inviting some degree of interaction from others»⁴. Di fatto, accanto all'incremento dei comunicati stampa⁵, l'utilizzo da parte delle Corti costituzionali dei principali social media (Facebook, Twitter, Instagram) rappresenta un fenomeno sempre più diffuso anche in Europa⁶. Si pensi, ad esempio, al caso della Corte costituzionale italiana che nel 2018 ha aperto il suo canale ufficiale Youtube, nel 2019 ha rilanciato la sua pagina Instagram, nel 2020 è approdata su Twitter e ha promosso la creazione di una *justice app*.

Se, come avrebbe ricordato Jeremy Bentham, «la pubblicità è la vera anima della giustizia»⁷, l'indagine degli scenari aperti dalla rivoluzione digitale sulla comunicazione delle Corti costituzionali apre ad un terreno d'analisi stimolante quanto inesplorato. Da un lato, si assiste al passaggio da una comunicazione indiretta ad una diretta e alla transizione dal «monologo al dialogo» tra corti e pubblico⁸. Dall'altro, i social media possono rappresentare uno strumento efficace per rafforzare il principio di «open justice»,

Canberra, 2012; R. S. SOLBERG, E. N. WALTENBURG, *The media, the court, and the misrepresentation: The new myth of the court*, Londra, 2014.

³ Cfr. P. MEYER, *Judicial public relations: Determinants of press release publication by constitutional courts*, in *Politics*, vol. 40, 4/2020, 477 ss.; G. VANBERG, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge, 2004.

⁴ J. JOHNSTON, *Three phases of courts' publicity: reconfiguring Bentham's open justice in the twenty-first century*, in *International Journal of Law in Context*, vol.14, 4/2018, 525 ss., 532.

⁵ Si pensi ad esempio al caso della Corte costituzionale italiana i cui comunicati stampa si sono sestuplicati passando da 6 a 38 tra il 2008 e il 2018, segnalando una tendenza che è maggiormente evidente a partire dal 2015. Si veda in maniera più approfondita A. SPERTI (a cura di), *I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, 358 ss.; G. SOBRINO, (2020) «Uscire dal Palazzo della Consulta»: ma a che scopo? E in che modo? La «rivoluzione comunicativa» della Corte nell'attuale fase della giustizia costituzionale, in *Federalismi*, 15/2020, 172 ss.; S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 137 ss. Inoltre, tendenze simili sono osservabili presso il *Bundesverfassungsgericht* che ha incrementato sensibilmente il numero di comunicati e *Ústavní soud* ceco. Si vedano rispettivamente: P. MEYER, *Judicial public relations: Determinants of press release publication by constitutional courts*, cit.; J. CHMEL, *Tiskové zprávy jako nástroj tvorby reputace Ústavního soudu ČR a jeho soudců*, in *Jurisprudence*, 1/2020, 1802 ss.

⁶ Pioniere di questo nuovo trend sono le corti americane e australiane. Già nel 2013, il 25% delle corti federali degli Stati Uniti (inclusa la Corte Suprema) utilizzava almeno un social media. Cfr. N.H. MEYER JR, *Social media and the courts: Innovative tools or dangerous fad? A practical guide for court administrators*, in *International Journal for Court Administration*, vol. 6, 1/2014, 1 ss. Inoltre, per il caso australiano cfr. A. BLACKHAM, G. WILLIAMS, *Australian courts and social media*, in *Alternative Law Journal*, 3/2013, 171 ss.; J. JOHNSTON, A. MCGOVERN, *Communicating justice: A comparison of courts and police use of contemporary media*, in *International Journal of Communication*, 7/2013, 21 ss.

⁷ J. BENTHAM, *An essay on political tactics*, in J. BOWRING (a cura di), *Works of Jeremy Bentham*, Vol. 2, Edimburgo, 1843, 316.

⁸ A. SPERTI, *The impact of information and communication revolution on Constitutional Courts*, in M. BELOV (a cura di), *The IT Revolution and its impact on state, constitutionalism and public Law*, cit., 179 ss.

uno dei pilastri delle democrazie contemporanee⁹. Si tratta di elementi chiave della *rule of law* secondo cui «the rule of law is not only transparent and accessible, but open to external scrutiny»¹⁰ ed un obiettivo condiviso sia a livello sovranazionale che internazionale¹¹. Allo stesso tempo, la rivoluzione della comunicazione delle corti si consuma in un contesto in cui il processo di giudiziizzazione della politica ha aperto una fase di «increasing visibility of the law and the global rise in judicial power»¹² accrescendo le frizioni tra potere governante e organi di garanzia. Di fatto, un numero crescente di issue politicamente salienti sono portate sui tavoli dei giudici costituzionali, causando una sovraesposizione politica e mediatica che ne ha messo frequentemente in discussione la legittimità delle decisioni¹³.

Questo articolo intende analizzare l'utilizzo dei social network da parte delle Corti costituzionali europee esplorandone la natura e le implicazioni. Nell'era in cui le piattaforme digitali sono diventate la nuova «infrastruttura della vita collettiva»¹⁴, l'analisi dell'utilizzo delle piattaforme da parte delle corti è un gap da colmare. Di fatto, conosciamo adeguatamente la presenza social media di leader politici¹⁵, parlamenti¹⁶ e governi¹⁷, mentre scarsa attenzione è stata posta alle modalità in cui le ICT (*Information Communication Technologies*) sono state adottate e interpretate dalle corti costituzionali, che restano tra le istituzioni meno conosciute della sfera pubblica. Per queste ragioni, l'articolo fornirà, in primo luogo, una revisione della letteratura volta a comprendere le modalità, i tempi e le potenzialità della presenza social delle Corti costituzionali. Sarà, quindi, presentata una mappa relativa alla presenza sulle principali piattaforme social delle Corti costituzionali di sedici paesi europei in modo da ottenere un primo bilancio sulla dimensione del fenomeno e comprendere se vi siano o meno delle tendenze comuni. In secondo luogo, sarà presentata un'analisi di natura esplorativa del contenuto dei Tweet pubblicati dalla Corte costituzionale italiana (@CorteCost), dal *Conseil constitutionnel* francese (@Conseil_constit), e dal *Tribunal Constitucional* spagnolo (@TConstitucionE) tra gennaio 2020 e gennaio 2021. I tweet saranno analizzati secondo le categorie elaborate

⁹ A. ALEMANNI, O. STEFAN, *Openness at the Court of Justice of the European Union: Toppling a taboo*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, 1/2014, 97 ss.

¹⁰ J. JOHNSTON, *Three phases of courts' publicity: reconfiguring Bentham's open justice in the twenty-first century*, cit., 525.

¹¹ Cfr. B. HESS (a cura di), *Open justice in modern societies: What role for courts?*, Baden-Baden, 2019, 9 ss.

¹² N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Judicial reputation: A comparative theory*, Chicago, 2015, 188 ss.

¹³ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario. L'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2017; sul caso italiano F. MUSELLA, L. RULLO, *The expansion of the Constitutional Court in Italy. Ruling the void in times of political instability*, in *Review of Constitutional studies*, vol. 25, 1/2021, 79 ss.

¹⁴ M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019, 19 ss.

¹⁵ P. BARBERÁ, T. ZEITZOFF, *The new public address system: why do world leaders adopt social media?*, in *International Studies Quarterly*, vol. 62, 1/2018, 121 ss.

¹⁶ S.G. LUQUE, I. VILLEGAS, R.C. BUGS, *¿Cómo usan los parlamentos las redes sociales? Un estudio comparado y longitudinal aplicado a países de América y Europa (2010, 2015 y 2017)*, in *Revista latina de comunicación social*, vol. 72, 2017, 1278 ss.; J. GRIFFITH, C. LESTON-BANDEIRA, *How are parliaments using new media to engage with citizens?*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 18, 3-4/2012, 496 ss.

¹⁷ S. ARSHAD, S. KHURRAM, *Can government's presence on social media stimulate citizens' online political participation? Investigating the influence of transparency, trust, and responsiveness*, in *Government Information Quarterly*, vol. 37, 3/2020, 101486.

da Mattan et al.¹⁸ e già applicate alla comunicazione Twitter delle corti canadesi. In terzo luogo, saranno discussi i risultati dell'analisi e sarà delineata una futura agenda di ricerca sulle relazioni tra giustizia costituzionale e nuove tecnologie digitali.

2. *Lo stato dell'arte: corti e social media*

La rivoluzione digitale ha radicalmente mutato la società e il contesto in cui le corti sono chiamate ad operare. Come evidenziano Calise e Musella «lo tsunami web ha cambiato in pochi anni, il Dna della nostra società [...]. Oggi nel volgere di un decennio, ci siamo trasformati in una *platform society*, in cui ogni ganglio della nostra esistenza è filtrato dai social media. I numeri del cambiamento sono quelli di un salto quantico. Negli ultimi quattro anni gli abitanti del pianeta Terra connessi – gli internauti – sono passati da 2 miliardi e 200 milioni a 4 miliardi, con tre quarti impegnati anche nei social network. Nel solo ultimo anno gli utenti della rete sono aumentati del 7 per cento, mentre l'utilizzo di Facebook & Co è incrementato del 13 per cento. In cinque anni si è superato l'ammontare di dati trasferiti nell'intera storia dell'umanità»¹⁹.

Nel nuovo ecosistema digitale si inaugura una nuova fase delle relazioni tra istituzioni giudiziarie e cittadini ed un cambio di paradigma rispetto al recente passato. In primo luogo, l'utilizzo delle piattaforme digitali contribuisce alla realizzazione di una comunicazione in grado di bypassare il ruolo dei media tradizionali. Si tratta di una vera inversione di tendenza considerato che la comunicazione delle corti è stata tradizionalmente filtrata da giornali, radio e TV. Non a caso la maggior parte degli studi sulla comunicazione delle corti si è concentrata sul coverage mediatico e le caratteristiche che lo influenzano come la salienza o la notiziabilità delle decisioni²⁰. La possibilità di gestire il flusso comunicativo in maniera autonoma permette quindi, attraverso i nuovi canali digitali, governati dall'interno delle Corti (spesso attraverso degli addetti stampa)²¹, di ottenere informazioni fruibili direttamente dalla generalità dei cittadini prive di filtri, strumentalizzazioni e/o incomprensioni nei loro contenuti²².

¹⁸ Cfr. A. MATTAN, K. PUDDISTER, T.A. SMALL, *Tweet justice: The Canadian Court's use of social media*, in *American Review of Canadian Studies*, vol. 50, 2/2020, 229 ss.

¹⁹ M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit., VII.

²⁰ Cfr. L. STROTHER, *Case salience and the influence of external constraints on the Supreme Court*, in *Journal of Law and Courts*, vol. 7, 1/2019, 129 ss.; T.A. COLLINS, C.A. COOPER, *The case salience index, public opinion, and decision making on the US Supreme Court*, in *Justice System Journal*, vol. 37, 3/2016, 232 ss.; R. L. VINING, T. WILHELM, S.E. HIERS, P. MARCIN, *Patterns of newspaper reporting on state supreme courts*, in *Justice System Journal*, vol. 31, 3/2010, 273 ss.

²¹ Si pensi ad esempio alla Corte costituzionale italiana che, a partire dal 2018, ha assunto un'ex giornalista de *IISole24Ore* come responsabile della comunicazione. Oppure al *Conseil Constitutionnel* francese che dal 2018 ha strutturato un «Service de Communication» guidato dal *Secrétariat général* e che si compone di quattro dipendenti. Sul punto si veda M. DISANT, *La communication du Conseil constitutionnel. Évolution, organisation, méthodes*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 33, 2018, 59 ss.

²² R. DAVIS, D. TARAS (a cura di), *Justices and journalists*, Cambridge, 2017.

In secondo luogo, un ulteriore aspetto che caratterizza la comunicazione delle corti nell'era digitale è la possibilità di intraprendere un dialogo diretto con i cittadini²³. In sostanza, attraverso le piattaforme social viene ad instaurarsi un rapporto più immediato con i cittadini utenti in grado di favorire la condivisione e la circolazione di informazioni sull'attività delle istituzioni giudiziarie nonché i valori della Costituzione²⁴. Le piattaforme, inoltre, possono favorire occasioni di scambio creando l'opportunità di capire come le corti sono percepiti online dal pubblico. In quest'ottica la relazione tra corti e cittadini diviene più dinamica. Mentre i siti web delle corti presentavano un carattere «statico» in quanto «rigorosamente presidiati e non modificabili dall'esterno»²⁵, la possibilità per gli utenti di rispondere o interagire contribuisce alla creazione di una nuova e più intima relazione tra l'istituzione giudiziaria e i cittadini nell'arena digitale. Di fatto, «the judicial branch, which is traditionally hierarchical, stable and impartial, becomes a closer and more accessible institution»²⁶.

In terzo luogo, la presenza delle corti sui social media contribuisce a promuovere la comprensione del funzionamento della giustizia e la sua incidenza sulla vita istituzionale, sociale e politica²⁷. Si tratta di un tema particolarmente rilevante se si considera la scarsa conoscenza del mondo della giustizia e in particolare di quella costituzionale nonché la sua centralità nell'incrementare il sostegno diffuso²⁸ all'attività giudiziaria. Basti considerare che un sondaggio commissionato dalla Corte costituzionale italiana nel 2017 aveva restituito un quadro a dir poco desolante: solo il 15% dei rispondenti era a conoscenza dell'esistenza della Corte costituzionale e/o sapeva quali fossero i suoi compiti. A livello internazionale, il tema che è stato al centro del dibattito della Commissione di Venezia che è scaturito in un incontro dal titolo evocativo «Transparency and how demystifying our justice system»²⁹. A quest'ultimo sono seguite una serie di linee guida e raccomandazioni che hanno posto l'accento sulla necessità di ampliare ed istruire i cittadini sul funzionamento della giustizia.

In quarto luogo, e strettamente connesso con il punto precedente, l'utilizzo delle piattaforme digitali contribuisce a soddisfare la trasparenza, la partecipazione e

²³ P.D. SCHULZ, A. CANNON, *Trial by tweet? Findings on Facebook? Social media innovations or degradation? The future and challenge of change for courts*, in *International Journal for Court Administration*, 5/2013, 25 ss.

²⁴ T. PROSSER, *Constitutions as communication*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, 4/2017, 1039 ss.

²⁵ Cfr. P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come "nodo" della rete*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, vol. I, 264 ss.

²⁶ M. URE, *Social media use in justice administration: Disintermediation, conversation and collaboration*, in *Global Media Journal*, vol. 17, 32/2019, 28 ss.; A. HENDERSON, *The high court and the cocktail party from hell: Can social media improve community engagement with the courts?*, in T. SOURDIN, A. ZARISKI (a cura di), *The responsive judge*, Singapore, 2018, 121 ss.

²⁷ T. OLSEN, C. O'CLOCK, *The role of social-networking tools in judicial systems*, in *Future Trends in State Courts 2010*, 164 ss.

²⁸ D. EASTON, *A systems analysis of political life*, New York, 1965; J.L. GIBSON, G.A. CALDEIRA, V.A. BAIRD, *On the legitimacy of national high courts*, in *American Political Science Review*, vol. 92, 2/1998, 343 ss.

²⁹ Il documento è accessibile al seguente link:

https://www.unodc.org/documents/ji/discussion_guides/TRANSPARENCY_AND_HOW_TO_DEMYSTIFY_THE_WORK_OF_COURTS.pdf.

l'*accountability* rendendo la giustizia più aperta e quindi una cittadinanza maggiormente consapevole dei propri diritti e delle proprie prerogative³⁰. Si tratta, quindi, degli elementi portanti del principio di *open justice* e che può rafforzare la neutralità e la fiducia del pubblico nelle istituzioni giudiziarie. In particolare, l'incremento dell'accesso alle informazioni sull'attività delle corti rappresenta un tassello fondamentale per incrementare la fiducia nel sistema giudiziario considerato che «to work effectively, it is important that society's [...] process satisfy the appearance of justice [...] and the appearance of justice can best be provided by allowing people to observe it»³¹.

2.1. Cosa comunicano le corti sui social media

Una volta considerati i benefici e le potenzialità del mutamento della relazione tra cittadini e istituzioni giudiziarie nell'era digitale, è interessante capire in che modo le corti hanno utilizzato i social media. Sul punto, tuttavia, le ricerche esistenti sono abbastanza scarse. Mentre alcuni studi si sono focalizzati sulle caratteristiche e l'etica legata al loro utilizzo da parte dei giudici³², pochissimi altri hanno esaminato i contenuti prodotti dalle corti. Si pensi, ad esempio, allo studio di Jackson e Shelly³³ che hanno indagato l'utilizzo di Twitter da parte di quattro corti australiane sia attraverso delle interviste che un'analisi manuale del contenuto dei tweet. I tweet sono stati classificati in cinque categorie: informazioni generali; informazioni relative a una sentenza/caso; link ad articoli sui media; nomina di nuovi giudici; relazioni pubbliche. L'analisi mette in luce che la piattaforma svolga un ruolo chiave per informare i cittadini sulle decisioni assunte e come essa sia in grado di ampliare l'audience che il solo sito web non permetterebbe di raggiungere. Ure, invece, considera i contenuti della comunicazione di cinque corti americane su Twitter, Facebook e YouTube³⁴. Lo studio sottolinea come la comunicazione delle corti si contraddistingua per una natura unidirezionale e riservi uno spazio «occasionale» all'interazione con i cittadini. Infine, Mattan et al.³⁵ indagano – sulla

³⁰ M. WARREN, *Open justice in the technological age*, in *Monash University Law Review*, 40, 2014, 45 ss.; I. MERGEL, *A framework for interpreting social media interactions in the public sector*, in *Government Information Quarterly*, vol. 30, 4/2013, 327 ss.

³¹ Si veda: *Open society justice initiative, Report on access to judicial information*, Marzo 2009, disponibile al seguente link: www.right2info.org/; S. GRIMMELIKHUIJSEN, A. KLJUN, *The effects of judicial transparency on public trust: Evidence from a field experiment*, in *Public Administration*, 93, 4/2015, 995 ss.

³² Cfr. M.S. KURITA, *Electronic social media: Friend or foe for judges*, in *Mary's Journal on Legal Malpractice & Ethics*, 7, 2016, 184 ss.; T. A. CURRY, M. P. FIX, *May it please the twitterverse: The use of Twitter by state high court judges*, in *Journal of Information Technology & Politics*, vol. 16, 4/2019, 379 ss.; K. LEE, *Your honor, on social media: The judicial ethics of bots and bubbles*, in *Nevada Law Journal*, vol. 19, 3/2019, 4 ss.; in ottica comparata si veda A. SCHOELLER-SCHLETTER (a cura di), *Impartiality of Judges and Social Media, Approaches, Regulations and Results*, in *Rule of Law Programme Middle East/North Africa*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2020.

³³ Cfr. M. JACKSON, M. SHELLY, *The use of Twitter by Australian courts*, in *Journal of Law Information & Science*, 24, 1/2015, 83 ss.

³⁴ M. URE, *Social media use in justice administration: Disintermediation, conversation and collaboration*, cit.

³⁵ A.MATTAN, K. PUDDISTER, T.A. SMALL, *Tweet justice: The Canadian court's use of social media*, cit., 233 ss.

base di studi improntati alla *digital politics* e alla letteratura giuridica sul principio di *open court* – l'utilizzo delle corti canadesi della piattaforma Twitter. Gli autori collezionano 2428 tweet di 20 corti canadesi da gennaio 2019 a giugno 2019 e presentano una tassonomia dei tweet pubblicati. Sono, quindi, enucleati quattro diversi tipi di tweet: 1) Informativi; 2) Interattivi; 3) Responsivi; 4) Istituzionali. Il primo tipo – informativo – include tweet di natura unidirezionale che mirano a dare informazioni sull'attività della corte (es. decisioni). Il secondo tipo – interattivo – riguarda tweet in cui la Corte pone questioni o ritwitta account che non appartengono al mondo delle istituzioni, mentre nel terzo tipo – responsivo – viene chiamata ad interagire da utenti non appartenenti alle istituzioni. Infine, i tweet «istituzionali» sono diretti o rispondono ad un'istituzione del sistema giudiziario. Gli autori sottolineano come la presenza sui social networks soddisfi almeno uno dei pilastri del principio di *open justice* ovvero la trasparenza e come la pressoché totalità dei tweet abbia natura informativa.

Questi studi sono utili per orientarci sul terreno d'analisi e hanno stimolato l'indagine del caso europeo. A nostra conoscenza non vi è alcuno studio che abbia analizzato la presenza e l'utilizzo delle Corti costituzionali europee delle piattaforme social. Di fatto, alla luce della revisione della letteratura, si può affermare che le ricerche esistenti hanno indagato principalmente paesi di *Common Law* e non si siano focalizzati esclusivamente sulle Corti costituzionali e supreme. Quest'ultimo è un punto estremamente rilevante considerata la loro posizione nello schema di divisione di poteri: alle Corti costituzionali è affidato il compito di sindacare la costituzionalità delle leggi e far rispettare la Costituzione, e allo stesso tempo quello di garantire contrappesi e controlli al potere politico. Inoltre, come notato da Gerd Roellecke³⁶ la giustizia costituzionale può essere considerata come «la parte giuridicamente istituzionalizzata del processo politico, il potere giudiziario – per così dire – nella *politics*». Per queste ragioni, prima di andare cuore della nostra analisi, sarà presentata una panoramica dell'esperienza europea volta a descrivere la crescente presenza delle Corti costituzionali sulle piattaforme social e quindi come queste ultime abbiano colto le opportunità dischiuse dall'ecosistema digitale.

2.2. La presenza delle Corti costituzionali europee sulle piattaforme social

Seguendo i passi delle Corti federali americane, australiane e canadesi, anche le Corti costituzionali europee stanno esplorando le nuove opportunità dischiuse da piattaforme social come Facebook, Twitter, Instagram e Youtube. Accanto ai media tradizionali, «the increased use of social media by courts [...] saw a shift from perceptions of a 'future' inevitability of social-media use to actual, sometimes advanced, levels of adoption»³⁷.

Lo *status* delle Corti costituzionali europee che utilizzano le piattaforme social è estremamente variegato. Si passa dalla completa assenza del *Tribunal Constitucional*

³⁶ Passo citato in E. W. BÖCKENFÖRDE, *Constitutional and political theory: selected writings*, Oxford, 2017, 173 ss.

³⁷ J. JOHNSTON, *Three phases of courts' publicity: reconfiguring Bentham's open justice in the twenty-first century*, cit., 531.

portoghese, *Ústavný súd* slovacca e della *Konstitutsionen Sud* bulgara fino alla forte presenza della Corte costituzionale italiana che utilizza tre dei quattro social media considerati (Youtube, Instagram, Twitter).

Tab. 1 Corti costituzionali europee e piattaforme social

<i>Paese</i>	<i>Corte costituzionale</i>	<i>Facebook</i>	<i>Twitter</i>	<i>Instagram</i>	<i>Youtube</i>
Austria	<i>Verfassungsgerichtshof</i>	No	No	No	Si
Belgio	<i>Cour constitutionnelle</i>	No	Si	No	No
Bulgaria	<i>Konstitutsionen Sud</i>	No	No	No	No
Rep. Ceca	<i>Ústavní soud</i>	Si	Si	No	No
Estonia	<i>Riigikohus</i>	No	No	No	Si
Francia	<i>Conseil constitutionnel</i>	Si	Si	No	No
Germania	<i>Bundesverfassungsgericht</i>	No	Si	No	Si
Italia	<i>Corte costituzionale</i>	No	Si	Si	Si
Lettonia	<i>Satversmes tiesa</i>	No	Si	No	Si
Lituania	<i>Konstitucinis Teismas</i>	Si	No	No	Si
Portogallo	<i>Tribunal Constitucional</i>	No	No	No	No
Polonia	<i>Trybunal Konstytucyjny</i>	Si	Si	No	No
Romania	<i>Curtea Constituional^o</i>	No	No	No	Si
Slovacchia	<i>Ústavný súd</i>	No	No	No	No
Slovenia	<i>Ustavno sodišče</i>	Si	No	No	Si
Spagna	<i>Tribunal Constitucional</i>	No	Si	Si	No

Fonte: elaborazione dell'autore dai siti web delle Corti costituzionali e rispettivi social [ultimo accesso 5 marzo 2021]. *Nota:* Selezione dei casi basata su Meyer (2020).

In particolare, come evidenziato dalla tabella 1, il 31,2% delle Corti costituzionali europee ha aperto un account Facebook, la metà (50%) dispone di un account ufficiale Twitter³⁸ e di un canale Youtube. Twitter, nello specifico, si attesta come il social più diffuso tra le corti costituzionali europee. Il principale bacino di utenza è per lo più dato da cittadini inclini alla partecipazione e si caratterizza per una comunicazione *media-oriented*. La caratteristica dello «short message» (280 caratteri) consente una comunicazione chiara, sintetica e diretta, lasciando la possibilità di approfondimenti tramite link alle decisioni o agli eventi. Il dato relativo alle corti costituzionali europee, dunque, collima con i risultati presentati da Meyer che ha osservato che Twitter rappresenta la piattaforma più «popolare» tra le corti americane e come «the U.S. Supreme Court has a very active Twitter account and a relatively inactive Facebook page»³⁹. Simili conclusioni sono raggiunte da Jackson e Shelly che osservano che «only

³⁸ Inoltre, dall'analisi è emerso che solo tre Corti costituzionali dispongono di un'app, ovvero quella italiana, spagnola e slovena. Per approfondimenti sul tema si veda: T. SOURDIN, J. MEREDITH, B. LI, *Digital technology and justice: Justice apps*, Londra, 2020.

³⁹ Cfr. N.H. MEYER JR, *Social media and the courts: Innovative tools or dangerous fad? A practical guide for court administrators*, cit., 7.

four out of the 37 courts in the Australian court hierarchy were using social media tools, and, the only tool adopted was Twitter»⁴⁰.

Guardando all'evoluzione temporale (Tab.2) si può notare che vi sia stato un forte incremento nell'utilizzo di almeno un social media negli ultimi dieci anni. Mentre nel 2010 erano solo 5 le Corti iscritte ad almeno una piattaforma nel 2020 si è passati a 13 con un incremento del 160%. Inoltre, vi sono grandi differenze in relazione all'anno d'iscrizione ai social media. La media temporale delle Corti costituzionali europee su Twitter è di 4,3 anni, su Facebook di 5,3 anni e su Youtube di 5,4 anni.

Tab.2 Evoluzione temporale delle Corti costituzionali sui social media (2010-2020)

<i>Paese</i>	<i>Corte costituzionale</i>	<i>2010</i>	<i>2015</i>	<i>2020</i>
Austria	<i>Verfassungsgerichtshof</i>	.	Youtube	Youtube
Belgio	<i>Cour constitutionnelle</i>	.	Twitter	Twitter
Bulgaria	<i>Konstitutsionen Sud</i>	.	.	.
Rep. Ceca	<i>Ústavní soud</i>	Twitter, Facebook	Twitter, Facebook	Twitter, Facebook
Estonia	<i>Riigikohus</i>	Youtube Twitter,	Youtube Twitter,	Youtube
Francia	<i>Conseil constitutionnel</i>	Facebook	Facebook	Twitter, Facebook
Germania	<i>Bundesverfassungsgericht</i>	Twitter	Twitter Youtube	Twitter, Youtube
Italia	<i>Corte costituzionale</i>	.	Youtube, Instagram Twitter,	Twitter, Youtube, Instagram
Lettonia	<i>Satversmes tiesa</i>	Youtube	Youtube Youtube,	Twitter, Youtube
Lituania	<i>Konstitucinis Teismas</i>	.	Facebook	Youtube, Facebook
Portogallo	<i>Tribunal Constitucional</i>	.	.	.
Polonia	<i>Trybunal Konstytucyjny</i>	.	Facebook, Twitter	Facebook, Twitter
Romania	<i>Curtea Constituional^o</i>	.	Youtube	Youtube
Slovacchia	<i>Ústavný súd</i>	.	.	.
Slovenia	<i>Ustavno sodišče</i>	Youtube	Youtube Twitter,	Facebook, Youtube
Spagna	<i>Tribunal Constitucional</i>	.	Instagram	Twitter, Instagram

Fonte: nostre elaborazioni dai siti web delle Corti e rispettivi social [ultimo accesso 5 marzo 2021].

In particolare, il *Conseil Constitutionnel* registra il primato essendo presente fin dal febbraio 2012 sulle piattaforme Facebook e Twitter, seguito da quella Ceca le cui pagine sono attive dal 2014. Più recente, invece, l'utilizzo dei social da parte della Corte

⁴⁰ M. JACKSON, M. SHELLY, *The use of Twitter by Australian courts*, cit., 97.

costituzionale italiana che, soprattutto durante le presidenze Lattanzi e Cartabia, ha inteso imprimere una svolta alla comunicazione della *Consulta*⁴¹. Come evidenziato dalla relazione sulla comunicazione tenuta dal presidente della Corte costituzionale Lattanzi nel giugno 2019 durante un incontro bilaterale a Karlsruhe con il *Bundesverfassungsgericht* «non basta rendere note le sentenze con le consuete modalità e affidarle alla divulgazione dei media, ma occorre trovare altre forme di comunicazione per raggiungere tutte le persone e far loro conoscere decisioni che possono cambiare in profondità la vita». Di fatto, la Corte costituzionale ha rimodellato la sua comunicazione, arricchendola sia in termini di contenuti che di immagini. In quest'ottica si può interpretare la scelta di rafforzare la comunicazione su Instagram e quindi l'apertura verso una piattaforma particolarmente diffusa tra le generazioni più giovani. Il trend, quindi, invita ad approfondire le modalità in cui le piattaforme possono favorire la conoscenza delle funzioni e delle decisioni giudiziarie e le caratteristiche dei contenuti diffusi.

3. I tweet della Corte costituzionale, del Conseil Constitutionnel e del Tribunal Constitucional

3.1. Metodologia e fonti

L'analisi del contenuto della comunicazione delle corti costituzionali si inserisce nel filone della letteratura sulla *digital politics*. In particolare, tenendo in considerazione la distinzione presentata da Norris sui tipi di ricerca in *digital politics* (*supply* e *demand*), il lavoro si concentra sul primo tipo ovvero sull'analisi dei contenuti digitali prodotti da attori politici o istituzioni⁴². In questa fase, quindi, non sarà presa in considerazione la risposta da parte dei cittadini-utenti (*demand*). In secondo luogo, è bene sottolineare la natura esplorativa dello studio, che intende fornire una prima comprensione del fenomeno e verificare la possibilità di svolgere ulteriori indagini più approfondite. Per queste ragioni, sono state selezionate tre corti costituzionali sudeuropee (Corte costituzionale italiana, *Conseil Constitutionnel* francese, *Tribunal Constitucional* spagnolo) ed un'unica piattaforma (Twitter). In terzo luogo, va sottolineato che l'obiettivo dell'analisi non ha finalità prescrittive: intende comprendere e descrivere, attraverso l'adozione di una prospettiva comparata, i contenuti della comunicazione digitale delle tre corti costituzionali.

⁴¹ M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, 77 ss.; D. CHINNI, P. CARNEVALE, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*, in *Consulta Online*, 2019.

⁴² Cfr. P. NORRIS, *Preaching to the converted? Pluralism, participation and party websites*, in *Party politics*, vol. 9, 1/2003, 21 ss.

A livello metodologico, l'analisi ha adoperato metodi digitali di ricerca per l'analisi dei dati digitali⁴³.

Tab. 3 Corti costituzionali e Twitter (31 gennaio 2020 – 31 gennaio 2021)

Paese	Account Twitter	Anno	N/Percentuale di tweet	Tweet giornalieri	Follower
Italia	<i>CorteCost</i>	31/01/20	287 (29,2%)	0,78	3,244
Francia	<i>Conseil_constit</i>	03/02/12	290 (29,4%)	0,79	149,654
Spagna	<i>TConstitucionE</i>	07/12/17	407 (41,4%)	1,11	18,837
Totale			984 (100%)		171,735

Fonte: elaborazioni dell'autore. Nota: numero di follower al 13 marzo 2021.

L'unità di analisi per lo studio è il tweet, ovvero un post di massimo 280 caratteri che può includere testo, *hashtags*, link, *emojis* e/o contenuti visuali. Trattandosi di contenuti prevalentemente testuali, si è ricorso alla *content analysis*, un insieme di tecniche volte all'identificazione, alla codifica e all'eventuale quantificazione dei dati, che permette di trasformare espressioni linguistiche in dati utilizzabili. In particolare, è stata effettuata un'analisi manuale del contenuto (*manual content analysis*), un tipo di analisi che prevede la codifica di qualsiasi tipo di messaggio – ovvero l'attribuzione di categorie – tramite la lettura e l'interpretazione del testo da parte di uno o più *coder*.

Per quanto concerne l'indagine, i contenuti social pubblicati sono stati scaricati attraverso lo strumento di analisi Twitonomy dagli account Twitter ufficiali della Corte costituzionale italiana (@CorteCost), del *Conseil constitutionnel* francese (@Conseil_constit), e del *Tribunal Constitucional* spagnolo (@TConstitucionE). Sono stati estratti complessivamente 984 tweet, di cui 287 (29,1%) della Corte costituzionale italiana, 407 (41,4%) spagnola, 290 (29,5%) francese, lungo un arco temporale che va dal 31 gennaio 2020 al 31 gennaio 2021 (Tab. 3). I dati, quindi, sono stati raccolti e organizzati su Excel. Le categorie scelte per l'analisi del contenuto hanno seguito il lavoro prodotto da Mattan et al. sulla comunicazione su Twitter delle corti canadesi.

3.1. Risultati e analisi

Prima di entrare nel merito dell'analisi, è interessante comprendere quale sia l'approccio delle corti all'utilizzo del social guardando al numero di tweet pubblicati durante il periodo analizzato. Mentre la media annuale dei tweet è di 328, quella

⁴³ Cfr. P. NATALE, M. AIROLDI (a cura di), *Web & social media. Le tecniche di analisi*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017; A. CALIANDRO, A. GANDINI, *Qualitative research in digital environments, a research toolkit*, New York, 2017.

giornaliera conta meno di un tweet pubblicato al giorno (0,89) e si va da un massimo di 1,11 tweet della Corte spagnola ad un minimo di 0,78 tweet quotidiani della Corte costituzionale italiana. Differenze sostanziali riguardano il numero di follower, elemento che può spiegarsi soprattutto alla luce della forte differenza nell'anno di iscrizione al social. Il *Conseil Constitutionnel*, ad esempio, utilizza la piattaforma fin dal 2012 mentre i 3244 followers della Corte sono stati raggiunti dopo appena un anno.

Passando all'analisi dei tweet si può notare che la totalità dei tweet pubblicati dalle tre corti costituzionali ha natura informativa (Tab. 4). Il dato si pone in pressoché completa continuità con l'analisi presentata da Mattan et al. in relazione ai contenuti prodotti dalle corti canadesi.

Tab. 4 Tipi di Tweet

	Corte costituzionale	Conseil constitutionnel	Tribunal Constitucional
Informativi	287 (100%)	290 (100%)	407 (100%)
Interattivi	0	0	0
Responsivi	0	0	0
Istituzionali	0	0	0

Fonte: elaborazioni dell'autore.

Come notano gli autori «the main conclusion drawn is that informational tweets dominate the way that Canadian courts use Twitter. Seventy-six percent of all tweets were informational. Some courts/jurisdictions exclusively rely on informational tweets to communicate with their followers (e.g. the Supreme Court of Canada and Saskatchewan Courts) [...] If British Columbia is removed from the analysis, 90 percent of tweets are informational»⁴⁴. Allo stesso tempo, il dato suggerisce un atteggiamento sostanzialmente restio ad intraprendere una comunicazione a due vie riflettendo il tradizionale timore che le corti possano essere trattati come altri attori politici e «perdere il loro *status* di risolutori di conflitti»⁴⁵.

Alla luce di questi risultati, l'analisi ha inteso approfondire la natura e le caratteristiche dei tweet «informativi» delle tre Corti costituzionali, approfondendo il tipo di informazioni comunicate ai rispettivi follower. Si passa da tweet che informano circa l'attività giurisdizionale (es. sentenze) a news o annunci sulle attività giudiziaria e extragiudiziaria (es. incontri con i cittadini, interviste, apparizioni in TV). Inoltre, sono stati identificati tweet relativi ad informazioni sulla Corte o più in generale sulle caratteristiche del funzionamento della giustizia costituzionale (es. vie d'accesso, tipi di giudizio).

⁴⁴ A.MATTAN, K. PUDDISTER, T.A. SMALL, *Tweet justice: The Canadian court's use of social media*, cit., 235.

⁴⁵ Aspetti chiave sul punto a partire dall'esperienza americana sono forniti da R. DAVIS, *Justices and journalists: The U.S. Supreme Court and the media*, Cambridge, 2011, 18 ss.

Tab.5 Analisi del contenuto dei tweet informativi (31 gennaio 2020 – 31 gennaio 2021)

Contenuto dei tweet informativi	Corte costituzionale (N=287)	Conseil Constitutionnel (N=290)	Tribunal Constitucional (N=407)	Totale (N = 984)
Decisione 29,6%		52,8%	57,5%	48,0%
News/Annuncio/Evento 52,0%		25,5%	21,9%	32,2%
Informazioni sulla Corte o la giustizia costituzionale 11,1%		16,9%	18,4%	15,8%
Altro 7,3%		4,8%	2,2%	4,0%

Fonte: elaborazioni dell'autore.

I dati aggregati presentano la preponderanza di tweet relativi a decisioni che occupano quasi la metà dell'intero campione (Tab. 5). Questa tendenza è più marcata nella comunicazione digitale del *Conseil Constitutionnel* e del *Tribunal Constitucional* che hanno pubblicato rispettivamente 153⁴⁶ e 234 tweet di questo tipo.

Il caso francese mette in luce una struttura comune dei tweet in cui sono presentati gli estremi della pronuncia, l'argomento e il tipo di giudizio⁴⁷, a differenza del caso spagnolo che presenta esclusivamente il tipo di giudizio e il link al comunicato distinguendosi per una maggior essenzialità dei contenuti condivisi. In Italia, infine, i tweet tendono a presentare il titolo del comunicato stampa rinviando al suo contenuto tramite link. Per queste ragioni, i comunicati di accompagnamento delle sentenze, tesi ad esplicitare e ad inquadrare nei diversi trends giurisprudenziali le decisioni adottate, fanno in modo che la piattaforma svolga il ruolo di cassa di risonanza di informazioni che, altrimenti, sarebbero reperibili esclusivamente tramite i rispettivi siti web. In generale, quindi, l'analisi dei tweet relativi alle decisioni mette in evidenza la comune difficoltà di riassumere in 280 caratteri i contenuti della sentenze confermando come «la complexité de la jurisprudence n'est pas naturellement compatible avec une communication instantanée»⁴⁸.

⁴⁶ È interessante notare che oltre la metà dei tweet di questo tipo di tweet fa riferimento alle *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) che, introdotta nel 2010, ha sensibilmente incrementato il numero di decisioni e l'esposizione mediatica del *Conseil*. Di fatto, la QPC è il diritto riconosciuto a qualsiasi persona o istanza, in occasione di un processo, di sostenere che una disposizione legislativa non è conforme alla Costituzione. Rivolgendosi, dunque, a privati, imprese, associazioni, collettività, la più recente via d'accesso al *Conseil* ritrova nella comunicazione digitale un canale per abbattere barriere di natura informativa e rendere i cittadini maggiormente partecipi al funzionamento della giustizia costituzionale. Cfr. S. BROUARD, *Constitutional politics: the French case and theory-building*, in R. ELGIE, E. GROSSMAN, A.G. MAZUR (a cura di), *The Oxford handbook of French politics*, Oxford, 2016, 220 ss.

⁴⁷ Il link rinvia al sito del *Conseil constitutionnel* dove è possibile approfondire la conoscenza della decisione assunta attraverso diverse modalità (*Communiqué de presse, Commentaire, Dossier documentaire*). Il sito, inoltre, è stato recentemente aggiornato. Si veda *Un nouveau site pour le Conseil Constitutionnel*, in *Medium*, 14 febbraio 2019 (<https://medium.com/datagif/un-nouveau-site-pour-le-conseil-constitutionnel-bc09b644b219>).

⁴⁸ M. DISANT, *La communication du Conseil constitutionnel. Évolution, organisation, méthodes*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle* 33, 2018, 59 ss., 78.

Accanto alla comunicazione delle decisioni, oltre il 32% dei tweet analizzati è dedicato a news, annunci o eventi che vedono come protagoniste le corti. In ottica comparata, si può notare come la Corte costituzionale italiana abbia interpretato principalmente la piattaforma come strumento per comunicare le proprie iniziative sociali e culturali.

Mentre la corte francese e quella spagnola hanno indirizzato rispettivamente il 25,5% e il 21,8% dei propri tweet a queste attività, la Corte costituzionale italiana supera la metà raggiungendo un picco del 52%. Questo dato si pone in continuità con la recente fase della Corte che, come osservato nel Report del 2019 sull'attività della *Consulta*, ritrova nella centralità della comunicazione e nell'apertura alla società civile i suoi tratti peculiari⁴⁹. L'attenzione alle iniziative che hanno visto la Corte «uscire» dal Palazzo e a visitare realtà istituzionali e sociali è particolarmente evidente dalla sua comunicazione digitale. I tweet rimandano alle «tappe» dei *Viaggi nelle Scuole* e *Viaggi nelle Carceri*, con materiali di vario genere quali testi, video, interviste, fotografie e articoli di stampa, nonché link al docufilm realizzato sull'iniziativa. Inoltre, sono numerosi i tweet relativi alla *Libreria dei podcast* disponibile sulla piattaforma Spreaker che si propone di promuovere la cultura costituzionale tramite la diffusione di interventi audio dei giudici della Corte volti a illustrare principi, istituzioni e momenti salienti della vita costituzionale repubblicana. In maniera analoga anche in Francia trovano spazio riferimenti ad attività di natura culturale come organizzazione del Salone del libro, e premi per opere scientifiche sul settore della giustizia costituzionale. Inoltre, particolare enfasi viene posta ad iniziative volte al sostegno alla pubblicazione di opere di divulgazione e di educazione civica, o pubblicazioni e conferenze che testimoniano l'importanza della divulgazione della Costituzione e il consolidamento del posto del Consiglio costituzionale nella scacchiere istituzionale e politico francese. Simili iniziative sono presenti anche in Spagna. Si ricordi, in particolare, la pubblicizzazione del volume «Los derechos constitucionales. Un paseo por el Prado» a cura dei giudici del *Tribunal Constitucional* in cui viene associato ad una serie di affreschi esposti al Museo del Prado di Madrid un principio cardine della costituzione spagnola del 1978. L'ibridazione tra arte e diritto diviene particolarmente efficace su Twitter in cui sono presentati stralci del volume come testo d'accompagnamento all'opera d'arte associata. Si nota, inoltre, una predilezione per temi di natura trasversale e non divisivi come l'ambiente o politicamente salienti come la parità di genere e tweet volti a sensibilizzare i cittadini sul tema della violenza sulle donne.

Infine, un ulteriore aspetto da tenere in considerazione sono i numerosi i riferimenti ad interviste o apparizioni in TV dei giudici della Corte costituzionale italiana. Questo tema si pone in forte discontinuità col passato, quando il momento ufficiale e di maggiore visibilità della *Consulta* era relegata alle conferenze annuali dei suoi Presidenti. Recentemente, si è osservato un incremento delle dichiarazioni pubbliche dei suoi membri ed in particolare del Presidente. Si pensi, ad esempio, all'enfasi posta dalla

⁴⁹ Si vedano il Report sulla Comunicazione del 2019 e l'Annuario 2020 che si apre con un'intervista al Presidente Coraggio dal titolo «Una Corte sempre più dentro la realtà». Il documento è reperibile al link: <https://www.cortecostituzionale.it/annuario2020/home.html>.

comunicazione digitale all'intervista al talk show «Di Martedì» del Presidente Giancarlo Coraggio in cui vengono affrontati temi particolarmente salienti legati all'attualità e in particolare alla pandemia da Covid-19.

4. Conclusioni

Negli ultimi anni si parla sempre più spesso di democrazia elettronica, in termini di partecipazione, elezioni, amministrazione⁵⁰. Ma un peso forse addirittura maggiore spetterebbe all'analisi dell'*upgrade* digitale del sistema giustizia, tra i meno conosciuti della sfera pubblica.

Questo articolo ha proposto un primo approfondimento delle relazioni tra corti e piattaforme social ed ha inteso soddisfare due obiettivi di ricerca: fornire una prima mappatura della presenza delle Corti costituzionali europee sui social media e descrivere le caratteristiche dei contenuti prodotti sulla piattaforma Twitter. In primo luogo, lo studio ha messo in evidenza che il 31,2% delle Corti costituzionali europee dispone di un account Facebook, la metà (50%) di un account ufficiale Twitter e di un canale Youtube e come questo trend si sia intensificato negli ultimi anni. In secondo luogo, attraverso un'indagine esplorativa dei tweet di tre Corti costituzionali sudeuropee (Corte costituzionale, *Conseil Constitutionnel*, *Tribunal Constitucional*) tra gennaio 2020 e gennaio 2021, è stata offerta una panoramica sulle modalità in cui quest'ultime hanno abbracciato e interpretato la finestra di opportunità aperte dal digitale. Le corti costituzionali europee sembrano non parlare più – esclusivamente - attraverso le proprie sentenze o la voce dei propri presidenti ma, sebbene in maniera unidirezionale e prettamente informativa, anche sulle piattaforme social. In particolare, l'analisi ha messo in evidenza come le piattaforme possono soddisfare la necessità di incrementare la trasparenza nel lavoro delle corti costituzionali. Questo obiettivo è affiancato da scopi educativi volti a favorire la conoscenza delle funzioni e il ruolo della giustizia costituzionale, e quindi una cittadinanza informata dei propri diritti e della possibilità di rivendicarli. Infine, è emersa la volontà di migliorare l'immagine delle corti attraverso la promozione di attività sociali, culturali, mediatiche tali da avvicinare, in tempo di scarsa legittimità e di grande sfiducia nelle istituzioni, i cittadini.

Come evidenziato, circa la metà dei tweet prodotti (48%) si riferisce a decisioni giudiziarie e oltre il trenta per cento a news, annunci o eventi. La prospettiva comparata si è rivelata particolarmente fruttuosa evidenziando, ad esempio, come la Corte costituzionale italiana abbia posto molte energie per sviluppare una comunicazione digitale capace di raggiungere non solo gli operatori del diritto e gli specialisti, ma soprattutto un pubblico generale attraverso un'intensa attività di pubblicizzazione di eventi ed iniziative che vedono al centro la Corte e i suoi giudici.

⁵⁰ In particolare si veda F. MUSELLA, *Amministrazione 5.0*, in *Rivista di Digital Politics*, vol. 1, 1/2020, 95 ss.

Alla luce di questi risultati, emergono differenti linee di ricerca che potrebbero rafforzare la conoscenza dell'utilizzo delle piattaforme da parte delle istituzioni giudiziarie.

In primo luogo, un tema che merita ulteriori approfondimenti riguarda la selezione e i criteri che muovono la pubblicazione di tweet relativi ad una specifica sentenza. L'identificazione e la codifica dei temi nonché la tipologia delle decisioni potrebbe aiutarci a comprendere non ciò che è «notiziabile» e/o «politicamente saliente», ma tramite «quali» sentenze la Corte intende parlare e attrarre l'attenzione dei cittadini. Come suggerisce Staton le Corti costituzionali «will try to hide from view particularism – e.g. decisions supporting elite's or small groups' interests – and, on the contrary, to emphasize popular decisions, those satisfying the expectations of the majority»⁵¹. Inoltre, considerato che le dichiarazioni di illegittimità costituzionale rappresentano lo strumento politicamente più influente a disposizione delle Corti costituzionali, sarebbe interessante comprendere se e in che misura quest'ultime trovino spazio sulla comunicazione digitale.

In secondo luogo, ampliare l'analisi del contenuto dei tweet ad altri paesi e all'utilizzo di altre piattaforme favorirebbe una comprensione maggiore dei processi in corso, così come spostare il focus sulla *demand side* della ricerca. Indagare, ad esempio, la risposta del pubblico di utenti in termini di *engagement*, potrebbe rappresentare una dimensione stimolante in quanto permetterebbe di comprendere l'efficacia delle strategie comunicative adottate dalle corti. Allo stesso tempo, non vanno sottovalutati i rischi della comunicazione digitale dato che «mediums such as Twitter allow impulsive comments to be instantaneously visible, globally. There is a risk that court officers may make a comment that is liable to be criticized or release information prematurely into the public sphere»⁵².

In terzo luogo, la crescente esposizione mediatica dei giudici potrebbe mettere a repentaglio la salvaguardia di un'immagine di imparzialità e «neutralità» che essi interpretano, con il rischio che l'«erosersi di questa riserva di legittimazione compromette il buon funzionamento della giustizia, che rischia così di diventare una zavorra per il sistema politico»⁵³. Quando il principio di segretezza, lo scudo del consiglio e l'apparente unanimità delle decisioni vengono messe in discussione, le Corti diventano *accountable* e sono quindi tenute a dare conto del loro operato. Comprendere le possibili ripercussioni sulla loro legittimità e quindi il *ri*-posizionamento nello scacchiere istituzionale e politico rappresentano temi di grande interesse e che ne necessitano ulteriori approfondimenti.

In questo scenario, rafforzare la conoscenza dell'utilizzo delle piattaforme da parte degli organi costituzionali permetterà di comprendere al meglio l'impatto della rivoluzione digitale. Indagare le radici e le manifestazioni di questi processi contribuirà a

⁵¹ J.K. STATON, *Judicial power and strategic communication in Mexico*, Cambridge, 2010, 56 ss.

⁵² A. BLACKHAM, G. WILLIAMS, *Australian courts and social media*, cit., 172.

⁵³ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario. L'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, cit., 226; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 39, 2/2019, 251 ss.

tratteggiare le traiettorie dell'evoluzione delle nostre istituzioni e renderne meno incognite le direzioni nel nuovo ecosistema digitale.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA SPERSONALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE GIUDICANTE: UN PRIMO SGUARDO SULLA GIUSTIZIA ALGORITMICA

ANDREA VALSECCHI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le prime esperienze di giustizia algoritmica tra Europa e Stati Uniti. – 3. La giustizia predittiva tra usi virtuosi e rischi nascosti. – 4. Gli strumenti di *risk assessment* alla prova delle garanzie costituzionali – 5. I primi tentativi di regolazione dell'IA nei sistemi giudiziari: cenni. – 6. L'interazione giudice-macchina e il valore dell'umanità.

1. Premessa

Numerose attività umane sono mutate, nel corso del tempo, come risultato dei progressi dell'intelligenza umana. Oggi, al contrario, l'antropocentrismo mostra profondi segni di sofferenza provocati dall'evoluzione tecnologica, e segnatamente dalla comparsa di "intelligenze" non più naturali, bensì *artificiali*. In questo senso la Corte costituzionale, quasi assumendo le vesti della Pizia in un tempo in cui la trasformazione tecnologica era ancora agli albori, ha affermato che «l'avvento sempre più massiccio delle nuove tecnologie, specie nel mondo del lavoro, imporrà modifiche ed innovazioni sempre più radicali e profonde di qualifiche, di categorie professionali, di tempi di lavoro, di utilizzazione del fattore umano insieme alle macchine, ed automatismi sempre più sofisticati» (sentenza n. 248 del 1986). Ecco, in tale nuovo contesto "tecnocentrico" l'intelligenza artificiale ha già trasformato, in modo incisivo, anche la pratica del diritto e rimodellato la funzione giurisdizionale, sostituendo, supportando o integrando il ruolo del giudice, anche nella sua paradigmatica funzione decisionale.

Il presente contributo si propone pertanto, anche attraverso un'analisi comparata dei sistemi algoritmici già sperimentati nei sistemi giudiziari, di approfondire l'impatto che l'intelligenza artificiale comporta sulle garanzie costituzionali, sia per quanto concerne l'esercizio del potere giurisdizionale, sia con riguardo al rispetto dei diritti fondamentali.

2. Le prime esperienze di giustizia algoritmica tra Europa e Stati Uniti

«*Can machines think?*»¹. Se lo domandava Alan Turing a metà del Novecento². In effetti, già solo il termine “intelligenza artificiale”³ richiama il cervello e la capacità di comprendere, di *intelligere*, e solleva l'annoso quesito se tale abilità sia appannaggio esclusivo dell'essere umano o se, invece, sia artificialmente riproducibile in un computer⁴.

Da quel momento la ricerca sull'IA ha proceduto incessantemente e assistiamo, oggi, ad applicazioni artificiali in grado di supportare e persino sostituire la decisione umana nei campi più svariati della società, dalle auto a guida autonoma, alla medicina financo, per quanto qui di interesse, alle decisioni giudiziarie.

La letteratura giuridica, anche scientifica, ha iniziato ad avvicinarsi alla comprensione delle ragioni che alimentano l'idea di una (parziale) automazione della giustizia⁵ e il dibattito sul tema – che generalmente prende le mosse dall'esigenza che

¹ A.M. TURING, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, 59, trad. it. *Macchine calcolatrici e intelligenza*, in V. SOMENZI, - R. CORDESCHI, *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale*, Torino, 1986, 157-183.

² La nascita dell'intelligenza artificiale come disciplina autonoma viene fatta risalire al 1956 quando un gruppo di scienziati si riunì al Dartmouth College di Hanover nel New Hampshire con lo scopo di introdurre alla comunità scientifica la materia. Cfr. J. MCCARTHY, M. MINSKY, N. ROCHESTER, C. SHANNON, *A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence*, 1955.

³ Nel prosieguo del lavoro anche “IA”. Ad oggi non esiste una definizione univoca di intelligenza artificiale. Quando l'IA venne per la prima volta introdotta alla comunità scientifica venne definita come la disciplina «*of making a machine behave in ways that would be called intelligent if a human were so behaving*», vedi J. MCCARTHY, M. MINSKY, N. ROCHESTER, C. SHANNON, *A proposal*, cit. Ai fini che qui interessano è opportuno assumere la definizione utilizzata dalla recente proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale della Commissione europea che definisce un sistema di IA come un «*software that [...] can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with*». V. art. 3, *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, Commissione europea, 21 aprile 2021.

⁴ È noto il cd. “Test di Turing”, meccanismo creato dal celebre scienziato allo scopo di determinare se una macchina fosse o meno in grado di pensare come un essere umano. Per un approfondimento v. A.M. TURING, *Computing machinery and intelligence*, cit.

⁵ Cfr., *ex multis*, A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; A. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Questionegiustizia.it*, 10 aprile 2019; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3/2020, 3369 ss.; C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Consulta Online*, 13 gennaio 2020; A. D'ALOIA, *Il diritto verso il “mondo nuovo”*. *Le sfide dell'intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/2019; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/2019, 63 ss.; G. TUZET, *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 1/2020, 45 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. it di P.

l'applicazione del diritto venga ricondotta su binari di maggiore certezza e prevedibilità – pone a fondamento delle proprie riflessioni le prime applicazioni di intelligenza artificiale apparse nella *sphere of justice*.

Gli studi sono in uno stadio evidentemente embrionale e ancora non restituiscono la complessità del tema, e ciò non necessariamente per la pur presente resistenza a voler comprendere anche la dimensione tecnico-scientifica del problema – non di rado rifuggita dalla dottrina sull'argomento – ma perché si ritiene, a torto, che la prospettiva dell'uso sempre più frequente dell'IA a fini decisori si collochi in una dimensione esclusivamente *de iure condendo*.

La realtà è però un'altra: l'ipertrofica e incessante evoluzione tecnologica ha già mostrato la rapidità con cui oggi cambiano i paradigmi della nostra società e l'estrema fretta con cui siamo costretti ad assecondare e ad adeguarci ai cambiamenti: si pensi addirittura che secondo alcuni studiosi, entro il 2100, l'IA sarà in grado di raggiungere un “*human level*”, definito come livello che garantirebbe all'intelligenza artificiale la capacità di «*carry out most human professions at least as well as a typical human*»⁶. Sebbene dunque, come detto, il dibattito appaia il frutto – ancora acerbo – di riflessioni provocatorie proposte da giuristi *à l'avant-garde*, l'intelligenza artificiale ha già fatto ingresso in alcune aule di tribunale – talvolta come mero *esperimento*, talaltra come vero e proprio *strumento* – e l'esperienza comparata delle diverse applicazioni disvela l'urgenza di approfondire l'argomento, al fine di evitare che l'impostazione giuridica venga esclusa dal dibattito e si ritrovi a inseguire la rapidità della tecnica come Achille inseguiva la tartaruga nel noto paradosso zenoniano. Al riguardo, si è parlato di «precauzione costituzionale» per indicare segnatamente che l'incertezza conoscitiva cui il travolgente sviluppo tecnologico ci pone di fronte non può essere usata come ragione legittima per sottrarsi al complicato tentativo di tenere sotto controllo tale sviluppo attraverso gli strumenti che offre il diritto costituzionale⁷.

Senza in questa sede voler analizzare le implicazioni teoriche che comporta l'idea estrema di una sostituzione *in toto* del giudice con sistemi di IA⁸, appare ai nostri fini sufficiente dare conto di due differenti utilizzi dell'intelligenza artificiale nel panorama giudiziario, che rappresentano, oggi, la declinazione più concreta di giustizia algoritmica e che ben pongono in luce i punti di forza e le perplessità che accompagnano il passaggio

Comoglio, Torino, 2019; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020; A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naif: la problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche*, in *Consulta Online*, 6 agosto 2020; A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2/2020, 491 ss.; E. GABELLINI, *La “comodità nel giudicare”:* *la decisione robotica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4/2019, 1305 ss.; S. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo questi valori?*, in *Questione giustizia*, 4/2018; D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Questione giustizia.it*, 3 luglio 2019; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 415 ss. C. NAPOLI, *Algoritmi, Intelligenza Artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 318 ss.; M. TARUFFO, *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, in *Artificial intelligence and law*, 1998.

⁶ N. BOSTROM, *Superintelligence: path, dangers, strategies*, New York, 2014, 24.

⁷ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 86 ss.

⁸ Su cui si rimanda, per un approfondimento, ai numerosi contributi pubblicati in A. CARLEO, *Decisione robotica*, cit.

dall'essere umano alla macchina, oggetto, quest'ultimo, senz'altro spaventoso e – per dirla con Freud – «perturbante» e che ingenera «angoscia e orrore»⁹.

Il primo esempio riguarda l'utilizzo, in alcuni sistemi giudiziari americani, di strumenti di *risk assessment*, e indubbiamente il più noto riguarda l'algoritmo COMPAS¹⁰ (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), un programma di intelligenza artificiale, sviluppato negli Stati Uniti dalla società privata Equivant, in grado di stimare il rischio di recidiva dell'autore del reato sulla base di un'intervista (137 domande a risposta vincolata) nonché dell'inserimento all'interno del programma di dati relativi al *background* criminoso e alle condizioni socioeconomiche e personali dell'imputato. L'applicazione di COMPAS in un caso giudiziario che ha avuto grande risonanza pubblica¹¹ ha consentito di far emergere diverse criticità di tale strumento, sia in ordine alla sua trasparenza – strettamente connessa alla natura proprietaria dell'algoritmo utilizzato – sia soprattutto sugli effetti discriminatori prodotti dall'algoritmo stesso. Nello specifico della vicenda in esame, nel febbraio 2013 Eric L. Loomis viene arrestato nel Wisconsin per resistenza a pubblico ufficiale dopo essere stato trovato alla guida di un'automobile rubata. La Corte di La Crosse, avvalendosi di COMPAS – che aveva “suggerito” un'alta probabilità di recidiva – condanna l'imputato a sei anni di carcere e cinque di libertà vigilata. Ritenuto violato il proprio diritto a un *due process of law*, soprattutto per il fatto che non era stato possibile accedere al codice sorgente del *software* e quindi conoscere le ragioni della decisione, Loomis impugna la sentenza dinanzi alla Corte d'Appello, che rinvia la questione alla Corte Suprema del Wisconsin. Quest'ultima respinge gli argomenti della difesa del condannato, confermando la legittimità dell'utilizzo del *software* deterministici, come COMPAS, per adiuvare il giudice nella commisurazione della pena, pur mettendo in guardia i giudici sull'utilizzo improprio degli strumenti di decisione algoritmica, che possono sì essere utilizzati – insieme con altre prove – come elemento di convinzione del giudice, ma mai possono rappresentare l'elemento esclusivo sulla cui base fondare la decisione.

Il secondo esempio, di diversa natura ma altrettanto fecondo di spunti di riflessione, riguarda, come già anticipato, la cd. *giustizia predittiva*¹², la progettazione cioè di sistemi

⁹ S. FREUD, *Il perturbante*, 1919, in ID, *Saggi sull'arte, la letteratura e il linguaggio*, Torino, 1991.

¹⁰ Nell'ordinamento giuridico inglese è invece in uso l'algoritmo HART (*Harm Assessment Risk Tool*), elaborato dalla polizia di Durham sempre con lo scopo di prevedere il rischio di recidiva di indiziati e imputati e così migliorare la prevenzione nella reiterazione dei reati. Per un approfondimento si v. O. MARION, G. JAMIE, U. SHEENA, B. GEOFFREY, *Algorithmic Risk Assessment Policing Models: Lessons from the Durham HART Model and 'Experimental' Proportionality*, in *Information & Communications Technology Law*, 2018, 222 ss.

¹¹ Si tratta del celebre caso *State vs. Loomis* 881 N.W.2d 749 (2016). Si v., per i dettagli, *Wisconsin Supreme Court Requires Warnings before Use of Algorithmic Risk Assessment in Sentencing*, in *Harvard Law Review*, 2017, 1530 ss. Cfr. anche, per alcune riflessioni sul caso *Loomis*, 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, 87-106.

¹² La letteratura su questo argomento è sterminata. Si distinguono ad esempio, per la lucidità delle riflessioni, C. CASTELLI e D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione giustizia*, 4/2018; C. CASTELLI e D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019; E. BASSOLI, *La Ciber-Etica: luci e ombre della predittività algoritmizzata*, in *Consulta Online*, 17 aprile 2020; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giustizia civile*, 2/2020, 280 ss.; S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche?*

di IA in grado di prevedere, attraverso algoritmi di calcolo e l'elaborazione di una grande mole di dati relativi a precedenti decisioni, l'esito probabile di una controversia. Sebbene oggi si progettino sistemi di giustizia predittiva anche ad uso degli uffici legali e delle assicurazioni in grado di anticipare l'esito di un contenzioso, la prospettiva che qui si assume è l'utilizzo di tali strumenti per fornire un aiuto al processo decisionale del giudice, che dovrebbe essere messo nelle condizioni di conoscere l'esito che avrebbe la controversia sulla base dei dati fattuali della causa e, soprattutto, della giurisprudenza rilevante in materia.

Come nell'esempio precedente, un breve cenno a un caso realmente accaduto può essere utile per meglio indagare e comprendere le problematiche che tali sistemi sollevano dalla prospettiva di applicazione del diritto. In Francia, nel 2017, è stato realizzato un affascinante esperimento nelle Corti d'Appello di Rennes e Douai¹³, nelle quali è stato testato un *software* di giustizia predittiva (*software Predictive*) che, attraverso l'elaborazione, tramite tecniche di *machine learning*¹⁴, di una grande mole di dati relativi a precedenti decisioni civili e commerciali di tutte le Corti d'Appello francesi, avrebbe dovuto essere in grado di prevedere l'esito probabile in controversie analoghe. L'obiettivo perseguito era di creare uno strumento di ausilio per il giudice che fosse finalizzato a ridurre la discrepanza tra decisioni giurisprudenziali vertenti su casi simili, sì da garantire maggiore prevedibilità e certezza della decisione. Essendo tuttavia emersi significativi difetti di "ragionamento" del *software*, dovuti sostanzialmente alla confusione tra le occorrenze lessicali presenti nelle motivazioni dei giudici e i nessi causali dei loro ragionamenti, l'esperimento non ha raggiunto l'esito sperato, anche se l'interesse per tale sistema nel panorama legale europeo è tutt'altro che sopito.

Già solo il breve richiamo ai due esempi descritti, tutt'altro che isolati¹⁵, restituisce la forte tensione tra esigenze di efficienza della macchina giudiziaria e rispetto di alcune

Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva", in Cassazione penale, 4/2019, 1748 ss.; D. DALFINO, Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo, in Questionegiustizia.it, 3 luglio 2019.

¹³ Sul punto si cfr., ancora, per un approfondimento, C. CASTELLI e D. PIANA, *Giustizia predittiva*, cit., 156; E. BASSOLI, *La ciber-etica: luci e ombre della predittività algoritmizzata*, cit., 17-18.

¹⁴ Il *machine learning* è definibile come la capacità dei sistemi di IA di «*sophisticatedly perform the task without any intervention of human beings on the basis of learning and constantly increasing experience to understand the problem complexity and need for adaptability*», v. J. ALZUBI, A. NAYYAR, A. KUMAR, *Machine Learning from Theory to Algorithms: An Overview*, in *Journal of Physics: Conference Series*, 2, 2018, 1142.

¹⁵ Oltre alle ipotesi considerate di utilizzo di IA come *supporto* alla decisione giudiziaria, sono in fase di sperimentazione, in alcuni paesi, progetti che intendono utilizzare l'intelligenza artificiale in *sostituzione* del giudice in alcune controversie. In Estonia, una delle realtà più digitalizzate e avanzate d'Europa e già da tempo incardinata su binari di *e-government* e di *e-justice*, è in studio un progetto che persegue l'obiettivo di affidare a programmi di IA la risoluzione di controversie civili di modesta entità (*small claims*). L'obiettivo è realizzare un "*robo-judge*" che, sulla base di atti e documenti caricati dalle parti nella piattaforma elettronica, sia in grado di assumere una decisione, salva sempre la possibilità delle parti di rivolgersi a un giudice umano per contestare la decisione algoritmica. Cfr. J. PARK, *Your honor, AI*, in *Harvard International Review*, 3 aprile 2020 e A.A. MARTINO, *Chi teme i giudici robot*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2020, 20. Di particolare interesse è anche il caso cinese: è stato lanciato di recente il cd. *Beijing Internet Court*, una piattaforma di contenzioso *online* in cui una giudice di IA con sembianze umane risolverà semplici controversie, essendo in grado di "studiare" il caso e di verificare in tempo reale la giurisprudenza precedente. Secondo i creatori, l'obiettivo di detto *robot-judge* è quello di aiutare i giudici

garanzie costituzionali, e permette di delineare una prima cornice di un quadro ancora decisamente poco armonico. E ciò non solo per soddisfare un recondito desiderio – senz'altro esistente – di verificare *in astratto* se, prima o poi, un autentico *giudice-robot* potrebbe venire accolto negli ordinamenti giuridici, ma per una mera esigenza pratica: la giustizia algoritmica è già arrivata, si muove, ad oggi, tra esperimenti naufragati e pochi successi, ma non v'è dubbio che continuerà a manifestarsi con insistenza e frequenza sempre maggiori. L'evoluzione tecnologica appare infatti in larga parte imprevedibile e non si può escludere che l'IA possa imporsi con conseguenze ad oggi impensabili, anche nella giurisdizione. Il punto di partenza dovrebbe pertanto consistere in un approccio equilibrato che riconosca *in primis* le potenzialità dell'IA applicata alla decisione del giudice e che, allo stesso tempo, ne riveli i possibili usi distorti, in modo da evitare il rischio che vengano sacrificati sull'altare dell'immobilismo i vantaggi che l'evoluzione tecnologica potrebbe disvelare, se accolta con prudenza e razionalità, al mondo del diritto.

3. La giustizia predittiva tra usi virtuosi e rischi nascosti

Partendo dall'ultimo esempio, il menzionato esperimento francese pone sicuramente in risalto un possibile uso virtuoso dell'intelligenza artificiale. Emergono infatti *ictu oculi* i possibili effetti positivi della progettazione di sofisticati sistemi di giustizia predittiva i quali, sebbene più facilmente ancorabili a ordinamenti di *common law* in cui vige il principio dello *stare decisis*, ben potrebbero venire utilizzati dal giudice per avere più contezza dei precedenti giurisprudenziali in materia e in tal modo favorire quella circolarità della giurisprudenza tanto agognata e ancora decisamente carente.

Di più. Se siffatti strumenti algoritmici – anche i più evoluti, quali quelli che utilizzano tecniche di *machine learning* – sarebbero difficilmente utilizzabili nelle situazioni in cui il giudice debba compiere notevoli sforzi interpretativi e attingere al proprio potere discrezionale, ove l'IA predittiva potrà certamente guadagnare terreno sono invece quelle controversie contraddistinte da una certa automaticità delle decisioni, caratterizzate da casi in cui entrano in gioco fattispecie identiche e seriali e in cui la giurisprudenza appare ormai granitica¹⁶.

Ciò nonostante, anche in siffatte situazioni in cui si potrebbe ritenere vantaggioso l'utilizzo di sistemi algoritmici per favorire maggiore prevedibilità delle decisioni, le problematiche di natura costituzionale che si celano dietro siffatta parziale automazione dell'applicazione del diritto sono diverse e meritevoli di attenta considerazione.

Innanzitutto occorre chiedersi come si potrebbe conciliare il principio di soggezione esclusiva del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) con le caratteristiche dei sistemi di IA di giustizia predittiva, i quali assumono previsioni sulla base di

a smaltire il lavoro seriale, lasciando il giudice umano la decisione in contenziosi più complessi: sul punto si v., ancora, A.A. MARTINO, *Chi teme i giudici robot*, cit., 21.

¹⁶ Sul punto si v. su tali temi v. D. BEN-ARI - Y. FRISH - A. LAZOVSKY - U. ELKAN - D. GREENBAUM, *Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, 2/2017, 34.

precedenti giurisprudenziali codificati nella macchina. Se è vero che la decisione giudiziaria è sempre più orientata da fattori distinti dalla legge (tra cui senz'altro il precedente, che ha assunto maggior peso anche nei sistemi di *civil law*), è altrettanto vero che detti fattori – e nella specie una determinazione algoritmica fondata su casi precedentemente decisi – non potrebbero vincolare il giudice, ponendosi piuttosto, come oggi avviene per i precedenti, quali elementi di persuasione.

Ulteriore incognita riguarda la capacità di sistemi di decisione automatizzati di assicurare l'evoluzione del diritto, onde evitare quella che è stata efficacemente definita la «dittatura del precedente»¹⁷. I sistemi di IA attualmente in fase di sperimentazione traggono infatti la propria linfa, come detto, dall'elaborazione di grandi quantità di dati passati sulla cui base fondano la propria logica di giudizio. In tal guisa, l'automaticità con cui l'algoritmo elabora i precedenti e assume la decisione sarebbe suscettibile di avere quale conseguenza la *stasi* della giurisprudenza che potrebbe rappresentare un pericoloso freno per l'evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso, garantita (anche) da un'applicazione flessibile del diritto da parte di giudici che si trovino a dover fornire tutela a istanze di protezione nuove e non precedentemente classificate in rigidi procedimenti matematici. Come è stato argutamente rilevato: «*Law must be stable and yet it cannot stand still*»¹⁸.

A ciò è strettamente connesso anche il diritto a una tutela giurisdizionale *effettiva*, che potrebbe subire una notevole compressione a causa dell'utilizzo di programmi di IA di giustizia predittiva. In questo senso si è messa in luce la difficoltà dei sistemi intelligenti di «ricorrere agli schemi astratti della computazione algoritmica la straordinaria varietà dei fatti [*id est*, dei dati] che il diritto è chiamato a considerare (in modo ragionevole e con proporzionalità)»¹⁹. In altre parole, se la decisione assume una forma *standard*, sostanzialmente riproduttiva di decisioni passate, verrebbe meno l'effettività della tutela nella concreta controversia, che potrebbe avere delle proprie specificità non precedentemente classificate nell'algoritmo.

Infine, come è stato da più parti rilevato, l'utilizzo di sistemi di giustizia predittiva da parte del giudice potrebbe far sorgere il rischio di quello che è stato definito *effet moutonnier*²⁰ o *sheep effect*²¹. In altre parole, di fronte una decisione algoritmica circondata da un'aurea di certezza e neutralità, oltre che espressione della maggioranza dei giudici che hanno deciso un caso analogo, è probabile che sorga la tentazione, da parte del decidente, di non assumersi la responsabilità – attraverso un'attenta e idonea motivazione – di contravvenire al risultato algoritmico, preferendo piuttosto seguire l'orientamento prevalente anche qualora, in ipotesi, non si atagli perfettamente alle specificità del caso concreto.

¹⁷ S. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice*, cit., 209.

¹⁸ R. POUND, *Interpretations of legal history*, New York, 1923, 1.

¹⁹ A. D'ALOIA, *Il diritto verso il "mondo nuovo"*, cit., 18.

²⁰ A. GARAPON e J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018, 239: «*C'est l'effet moutonnier de la justice prédictive: elle pousse au conformisme et réclame plus d'indépendance d'esprit aux juges qui estiment qu'ils doivent aller à contre-courant, c'est-à-dire qui veulent simplement faire leur métier*».

²¹ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 3387.

Come si intuisce dalle prime considerazioni svolte, non v'è dubbio che i sistemi di giustizia predittiva potrebbero fornire una notevole spinta a un'applicazione del diritto più certa, più rapida e meno avvezza all'errore. D'altro canto, però, il passaggio deve necessariamente essere graduale, dovendosi tenere in debita considerazione i diversi ostacoli illustrati, il cui superamento non appare ancora così scontato.

4. *Gli strumenti di risk assessment alla prova delle garanzie costituzionali*

L'esperienza americana di utilizzo di *risk assessment tools* per orientare la decisione del giudice restituisce altrettanto chiaramente la dicotomia tra la ricerca di una maggiore efficienza della macchina giudiziaria e l'ineludibile esigenza del rispetto delle garanzie costituzionali.

Quanto al primo aspetto, un uso pregnante di strumenti di predizione potrebbe garantire un guadagno per la funzione giurisdizionale in termini di risparmio di tempi e di eliminazione delle discrasie tra decisioni di giudici diversi, oltre che, nello specifico, anche nella prevenzione dei reati.

Ciò nondimeno, le applicazioni concrete di algoritmi predittivi come sostegno alla decisione del giudice (e il caso COMPAS ne rappresenta un esempio paradigmatico) hanno rivelato i numerosi *vulnera* che tali strumenti comportano relativamente alle garanzie costituzionali.

Occorre *in primis* sgombrare il campo dall'idea che la determinazione di un algoritmo, e in ipotesi una determinazione del rischio di recidiva di un imputato, sarebbe una decisione neutrale e oggettiva in quanto scevra da qualunque possibile condizionamento. Invero, a ben vedere, la diffusa percezione di neutralità della macchina è frutto di un fraintendimento, e le esperienze concrete hanno già diffusamente messo in luce la possibilità dei sistemi di IA di incorrere in errori²² e *bias*²³.

²² Un caso che in Italia ha avuto una grande risonanza e che ha disvelato la possibilità dei sistemi automatizzati di incorrere in errori anche banali ha riguardato l'utilizzo di un algoritmo nel procedimento amministrativo, e in particolare nell'assegnazione degli insegnanti alle sedi scolastiche secondo quanto previsto dalla legge 13 luglio 2015, n. 107 (cd. Buona Scuola). La giurisprudenza che ne è seguita (in particolare si v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, in *DeJure*; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Guida al diritto*, 2019, 19, 16; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro italiano*, 2020, 6, III, 340) è di grande interesse, in quanto delinea una prima cornice per l'utilizzo di algoritmi nelle decisioni amministrative, in parte estendibile, *mutatis mutandis*, alla decisione giudiziaria. Per un approfondimento si cfr., *ex multis*, D.U. GALETTA e J.G. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 6 febbraio 2019; F. PATRONI GRIFFI, *Decisione robotica e giudice amministrativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 165 ss. L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *MediaLaws-Rivista di diritto dei media*, 1/2020; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, in *MediaLaws-Rivista di diritto dei media*, 2, 2020; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018.

²³ Tornando al caso COMPAS, un'indagine di una ONG statunitense, *Propublica*, ha mostrato come l'algoritmo utilizzato fosse effettivamente discriminatorio, applicando sistematicamente alle persone afroamericane un rischio di recidiva due volte maggiore rispetto alle altre. Sul rischio degli algoritmi di produrre discriminazioni la letteratura è sterminata. Si cfr., *ex plurimis*, J. KLEINBERG - J. LUDWIG - S. MULLAINATHANY - C. R. SUNSTEINZ, *Discrimination in the age of algorithms*, in *Journal of legal analysis*, 10, 2018, 113 ss.; M. GALEOTTI, *Discriminazione e algoritmi*, in *The Lab's Quarterly*, 4, 2018; P. ZUDDAS,

In effetti, le decisioni assunte dall'IA riflettono, in tutto o in parte, la programmazione del sistema, la quale è ovviamente affidata all'essere umano. In altre parole, sia nella scelta dei dati da inserire nella macchina²⁴, sia nella scelta degli algoritmi di apprendimento da utilizzare per il *training* dei più evoluti sistemi di IA (quelli che utilizzano tecniche di autoapprendimento), il "ragionamento" del sistema artificiale è condizionato da scelte umane: ci troviamo pertanto di fronte a un passaggio di potere da un essere umano a un altro essere umano e non da un essere umano a una macchina²⁵ e i *bias* che potrebbero influire sulla decisione umana si riflettono sui *bias* del sistema artificiale²⁶.

In questo senso appare difficile intravedere un guadagno in termini di terzietà e imparzialità nel passaggio da una decisione del giudice umano a una decisione algoritmica. Anzi, il rischio che si cela dietro detto passaggio consisterebbe nell'affidare alla *discrezionalità* del programmatore ciò che prima era affidato alla *discrezionalità* del giudice. Se è vero che entrambi sono suscettibili di assumere decisioni errate o pregiudizievoli, tuttavia la scelta discrezionale del giudice è inserita nel contesto costituzionale, il quale prevede alcune garanzie (su tutte l'obbligo motivazionale), mentre la discrezionalità del progettista è, ad oggi, del tutto sottratta al circuito pubblico.

L'applicazione di COMPAS ha disvelato, inoltre, una forte criticità che produce seri interrogativi da un punto di vista giuridico-costituzionale e che riguarda il noto problema della cd. *black box*²⁷, secondo cui i procedimenti statistici e le inferenze logiche che gli algoritmi compiono (in particolare quelli che seguono tecniche di *machine learning*), sarebbero difficilmente afferrabili e comprensibili, talvolta persino dallo stesso programmatore. Vero è che, in linea di principio, in presenza di algoritmi trasparenti e conoscibili, più facile sarebbe rilevare il malfunzionamento di un sistema artificiale risalendo al *design* dell'algoritmo rispetto all'estrema difficoltà di comprendere quali fattori hanno influenzato il giudice nel momento decisionale. In questo senso appare fuor di dubbio che il concetto di *black box* sarebbe facilmente spendibile anche per descrivere

Intelligenza artificiale e discriminazioni, in *Consulta Online*, 16 marzo 2020; A. KOCHLING - M. C. WEHNER, *Discriminated by an algorithm: a systematic review of discrimination and fairness by algorithmic decision-making in the context of HR recruitment and HR development*, in *Business research*, 2020, 795-848; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 63 ss.

²⁴ In informatica si utilizza, molto efficacemente, l'espressione «*garbage in, garbage out*» a indicare che all'immissione, come *input*, di dati erronei o discriminatori, corrisponderà un *output* altrettanto erroneo e discriminatorio.

²⁵ Cfr. E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice-robot*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit. 118; M. REID, *Rethinking the Fourth Amendment in the Age of Supercomputers, Artificial Intelligence and Robots*, in *West Virginia Law Review*, 2017, 110, in cui si afferma che: «*The first is a recurring critique of AI algorithms, particularly predictive big data analytics, which is not free of biases. Rather, the human beings that created the algorithm embed their own value-based judgments into the black box algorithm itself*».

²⁶ C. PIOVESAN e V. NITRI, *Adjudication by algorithm: the risk and benefits of artificial intelligence in judicial decision-making*, in *The Advocates' Journal*, 2018, 44.

²⁷ Sul punto si cfr. F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, in *Harvard University Press*, Cambridge-London, 2015; L. FRIDMAN, L. DING, B. JENIK, B. REIMER, *Arguing Machines: Human Supervision of Black Box AI Systems That Make Life-Critical Decisions*, 2018.

la mente umana, i cui procedimenti sono ben più complessi e incomprensibili di quelli (in ipotesi tracciabili e modificabili) di un algoritmo²⁸.

Ciò nondimeno, le applicazioni concrete di tali algoritmi hanno rivelato l'estrema difficoltà nel garantire la trasparenza e l'accesso al funzionamento della macchina²⁹. In siffatto contesto, sono evidenti i *vulnera* che l'opacità algoritmica comporta relativamente alle garanzie previste dalla Costituzione.

Prima fra tutti, come già accennato, l'obbligo per il giudice di motivare i propri provvedimenti (art. 111, sesto comma, Cost.), garanzia che permette di conoscere il percorso logico-argomentativo dell'organo decidente e che impone a quest'ultimo di rendere conto della propria funzione al «popolo», nel cui nome egli è tenuto a decidere (art. 101, primo comma, Cost.). In mancanza di trasparenza dell'algoritmo, emerge l'estrema difficoltà da parte dell'organo giudicante di fornire un'adeguata motivazione, proprio per l'impossibilità di comprendere a fondo il procedimento che il sistema ha seguito per produrre il proprio *output*. Appare dunque problematico conciliare la necessità di una *spiegazione* della decisione, una delle garanzie del *giusto processo* (art. 111, primo comma, Cost³⁰ e art. 6 CEDU³¹), con le difficoltà di *explainability* dei procedimenti algoritmici.

Ancora, si pensi al diritto di difesa e al diritto alla tutela giurisdizionale *ex artt.* 24 Cost. e 6 CEDU, quest'ultimo qualificato dalla giurisprudenza costituzionale come un principio supremo del nostro ordinamento «intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia»³². Come si conciliano detti diritti fondamentali con un algoritmo il cui funzionamento e il cui procedimento non siano trasparenti? Se l'errore dell'algoritmo è tendenzialmente invisibile, su che base si potrà impostare la difesa?

È del tutto evidente che le questioni appena delineate rappresentino solo i primi spunti per una riflessione che senz'altro merita un maggiore approfondimento, anche di natura sistematica. Solo attraverso un'attenzione costante verso l'evoluzione nella ricerca scientifica, prima ancora che strettamente giuridica, sarà possibile di volta in volta comprendere come la funzione giurisdizionale potrà nutrirsi delle intelligenze artificiali, mantenendo tuttavia come stella polare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali.

²⁸ Sul punto si v. J. KLEINBERG, J. LUDWIG, S. MULLAINATHANY, C. R. SUNSTEINZ, *Discrimination in the age of algorithms*, in *Journal of legal analysis*, cit., 114.

²⁹ Nei casi occorsi in Italia e decisi dal giudice amministrativo (si. v. *supra*, nota 22), il Consiglio di Stato ha fondato la decisione proprio sulla carenza di trasparenza dell'algoritmo affermando che «la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico [è] la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione» (Cons. Stato, n. 881/2020, cit., punto 12 della sentenza).

³⁰ Corte cost., sent. n. 20/2009, n. 4 del *Considerato in diritto*.

³¹ *Ex multis*, Corte EDU, *H c. Belgio*, 30 novembre 1987, § 53; *Magnin c. Francia* (dec.), 10 maggio 2012, § 29.

³² Corte cost., sent. n. 18 del 1982.

5. I primi tentativi di regolazione dell'IA nei sistemi giudiziari: cenni

A fronte delle problematiche che gli strumenti di IA brevemente illustrati hanno già sollevato, merita di dare conto, in estrema sintesi, dei primi tentativi delle istituzioni di considerare il fenomeno dell'IA a fini giurisdizionali. Sono infatti numerosi i documenti elaborati dagli organismi europei che, preso atto di trovarsi al cospetto di una realtà ormai irrefrenabile, di recente hanno tentato di adottare strumenti di *soft law* che potessero comporre le travi di sostegno di un'impalcatura ancora piuttosto fragile. E lo hanno fatto sia considerando in generale l'impatto dell'IA sul diritto³³ sia, per quanto qui di interesse, analizzando a fondo l'utilizzo dell'IA nell'applicazione della giustizia, soprattutto attraverso l'approvazione, da parte della CEPEJ³⁴ nel dicembre 2018, dell'*European Ethical Charter on the use of the Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, primo strumento europeo a enunciare i principi fondamentali che dovrebbero guidare le sperimentazioni dell'IA nei sistemi giudiziari e a fornire un primo quadro organico dello stato dell'arte nei paesi del Consiglio d'Europa.

Senza qui potersi addentrare nel contenuto specifico della Carta Etica³⁵, appare sufficiente menzionare i cinque principi che, secondo la Carta, dovrebbero guidare l'IA utilizzata nei sistemi giudiziari: il *rispetto dei diritti fondamentali*, che richiede un approccio cd. *human rights by design*³⁶, vale a dire la capacità di istruire la macchina in modo tale da minimizzare i rischi di violazione dei diritti fondamentali *fin dalla progettazione*; il *principio di non discriminazione*, che impone di immettere all'interno della macchina informazioni codificate che possano riprodurre e aggravare le discriminazioni già esistenti; il *principio di qualità e sicurezza*, che richiede l'instaurazione di un ambiente tecnologico sicuro, da raggiungersi attraverso un approccio quanto più possibile interdisciplinare, con il coinvolgimento non solo di tecnici, ma anche di giuristi, sociologi e filosofi; il *principio di trasparenza, imparzialità ed equità*, che si sostanzia invece nella ricerca di un equilibrio tra i diritti di proprietà intellettuale sugli algoritmi e l'ineludibile necessità che il processo decisionale assicuri il rispetto del giusto processo; infine, il *principio del controllo da parte dell'utilizzatore*, secondo cui il giudice dovrebbe essere in grado in ogni momento di rivedere la decisione assunta dalla macchina e di non essere vincolato a essa qualora il caso concreto richieda una decisione diversa.

Alla Carta Etica ha fatto seguito, nel dicembre 2020, lo Studio di fattibilità "*Possible introduction of a mechanism for certifying artificial intelligence tools and*

³³ Tra i tanti, si segnalano per importanza: *Algorithms and human rights* (Consiglio d'Europa, 2017); *Ethics Guidelines for trustworthy AI* (Commissione europea, 2019); *White paper on Artificial Intelligence* (Commissione europea, 2020).

³⁴ *European Commission for the Efficiency of Justice*, commissione facente parte del Consiglio d'Europa.

³⁵ I commenti alla Carta Etica sono sterminati. Si v. per tutti C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione giustizia*, 4/2018, 189 ss.; S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, cit., 1748 ss.

³⁶ Condividono l'impostazione della Carta Etica C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 3369 ss e A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 63 ss.

services in the sphere of justice and the judiciary” – adottato sempre dalla CEPEJ e ancora del tutto trascurato dalla dottrina giuridica – che si è posto l’obiettivo di assicurare la *compliance* con i cinque principi enunciati dalla Carta Etica attraverso l’istituzione di meccanismi di certificazione dell’IA che garantiscano, tra l’altro, il rispetto dei diritti fondamentali e le garanzie dello Stato di diritto. Detto studio assume particolare importanza in quanto manifesta l’interesse crescente da parte delle istituzioni a regolare, secondo i principi europei condivisi, lo sviluppo dell’IA nelle aule giudiziarie.

Lo sforzo della CEPEJ, per quanto senz’altro apprezzabile, sconta tuttavia la non vincolatività delle soluzioni proposte, in quanto sia la Carta Etica sia lo Studio di fattibilità sono strumenti di *soft law*, inidonei a creare veri e propri obblighi giuridici per gli Stati membri. Ciò nondimeno, l’importanza di tali documenti è tutt’altro che trascurabile in quanto essi tracciano per la prima volta alcuni sentieri da percorrere in un campo così delicato e, soprattutto, potranno essere utili come fonti di ispirazione per la futura (e auspicabilmente imminente) regolamentazione a livello comunitario dell’IA, iniziata lo scorso aprile con l’approvazione, da parte della Commissione europea, della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “*Laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*”, il cui studio e approfondimento saranno fondamentali per comprendere le strategie future dell’UE, anche per quanto riguarda il nuovo contesto giudiziario “artificializzato”³⁷.

6. *L’interazione giudice-macchina e il valore dell’umanità*

Come in numerose attività e decisioni l’essere umano è oggi assistito da strumenti di intelligenza artificiale, così anche nell’attività giurisdizionale tale strada appare percorribile e le applicazioni presenti oggi nel panorama giudiziario stanno andando in tale direzione, anche sotto la spinta delle istituzioni europee che, come visto, di recente hanno cominciato a considerare seriamente il problema dell’IA nel panorama giuridico e giurisdizionale. La prospettiva temporalmente più vicina appare dunque quella di un incontro tra *humanitas* e *techne*³⁸ che favorisca una graduale ottimizzazione dell’HCI (*Human-Computer Interaction*), o meglio, per quanto qui di interesse, JCI (*Judge-Computer Interaction*). Ciò detto, i dubbi e gli ostacoli sono numerosi e imporranno profonde riflessioni circa la compatibilità degli strumenti di IA con le garanzie costituzionali oltre che importanti scelte di sistema da parte delle istituzioni, in un mondo giuridico che sente l’estremo bisogno di rinnovarsi per combattere gli inevitabili segni del tempo.

³⁷ Ai nostri fini, è interessante notare che la Proposta definisce *High Risk* «i sistemi di IA destinati ad assistere un’autorità giudiziaria nella ricerca e nell’interpretazione dei fatti e del diritto e nell’applicazione della legge a una serie concreta di fatti» Per un primissimo commento alla Proposta di Regolamento si v. L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 2021, 215-222.

³⁸ E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice-robot*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 123.

Quello che senz'altro è emerso è l'ineludibile necessità che permanga, in un numero elevato di situazioni, un giudice umano. L'umanità è, in altre parole, il «salvante al quale afferrarci»³⁹: se infatti la giustizia non potrà più fare a meno della tecnologia e delle sue immense potenzialità, non vi è dubbio che l'essere umano manterrà la propria centralità, soprattutto in quelle situazioni in cui difficilmente un sistema di IA potrebbe riprodurre i margini di discrezionalità di cui il giudice dispone.

Per concludere, attraverso lo studio approfondito e necessariamente interdisciplinare dei sistemi “intelligenti” già presenti e di quelli che col tempo verranno implementati nei sistemi giudiziari, occorrerà comprendere in che misura la funzione giurisdizionale potrà venire arricchita dall'IA, mantenendo in ogni caso come punto di riferimento le garanzie previste dalla Costituzione⁴⁰ e ricordando, come scrisse Calamandrei in tempi risalenti, che «il giudice non è un meccanismo, non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di applicare la legge è in realtà un'operazione di sintesi che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa». E ancora: «Ridurre la funzione del giudice a un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla. La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana. È proprio questo calore vitale, questo senso di continua conquista, di vigile responsabilità che bisogna pregiare e sviluppare nel giudice»⁴¹.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ C'è chi ha già proposto l'indicazione di una serie di «diritti di nuova generazione», diritti umani che si pongono in stretta relazione con l'intelligenza artificiale. Si v. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 3385 ss.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Processo e Democrazia*, ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965, 646-647.

SECONDA SESSIONE

Parte IV

POTERE POLITICO E NUOVE TECNOLOGIE



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

POTERE POLITICO E NUOVE TECNOLOGIE.
SPUNTI CONCLUSIVI A MARGINE DELLA DISCUSSIONE NELL'ATELIER

DANIELE CHINNI

SOMMARIO: 1. A mo' di premessa. - 2. Nuove tecnologie e diritti politici. - 3. Potere politico tra pubblico e privato. - 4. L'impatto delle nuove tecnologie sulla forma di governo. - 5. Una chiosa finale.

1. A mo' di premessa

Non era compito semplice quello di coordinare i lavori dell'*Atelier* per almeno due ragioni, entrambe eminentemente personali e correlate l'una con l'altra.

Sono diventato socio della nostra Associazione nel(l'ahimè) lontano 2008, durante il mio primo anno di Dottorato di ricerca presso l'Università di Pisa; da allora, ho partecipato a molti dei Convegni e dei Seminari organizzati dall'Associazione e posso dire, senza tema di smentita, che l'attività scientifica del *Gruppo di Pisa* ha accompagnato e avuto un peso significativo per la mia formazione; va da sé, allora, che, quando il Direttivo mi ha chiesto di "presiedere" questo *Atelier*, per un verso, ho dovuto prendere atto che non sono più così tanto *giovane studioso* – per quanto ancora mi ci senta! – e, per un altro, ho sentito il "peso" della responsabilità affidatami, quella di coordinare i lavori rimanendo all'altezza delle iniziative scientifiche dell'Associazione cui ho preso parte in altra veste e che, come dicevo, hanno contribuito a plasmare la mia fisionomia di costituzionalista.

Allo stesso tempo, negli ultimi anni ho svolto alcune ricerche proprio sul *thema* di cui si sarebbe discusso nell'*Atelier* e questa circostanza, lungi dal rendermi le cose più semplici, me le ha invero complicate: da un lato, ero consapevole dei moltissimi profili meritevoli di indagine e del correlato rischio che si producesse un susseguirsi di interventi slegati tra loro, solo flebilmente accomunati gli uni agli altri; dall'altro, volevo evitare la tentazione di sovrapporre le convinzioni maturate durante le mie ricerche a quelle che sarebbero emerse dagli interventi dei giovani colleghi.

Mi è, tuttavia, apparso chiaro sin dalle prime battute dell'*Atelier* che, se già il coordinamento dei lavori appariva come un compito tutt'altro che semplice, a maggior ragione non sarebbe stato facile tirare le fila dei tanti spunti di riflessione affiorati nel corso degli interventi dei giovani studiosi che avevano risposto all'invito a intervenire dell'Associazione.

Gli interventi, infatti, hanno offerto molteplici spunti di riflessione, toccando numerosi temi, pur senza perdersi in mille rivoli: di tutto ciò proverò ora a dar conto, offrendo uno spaccato – e non certo il resoconto, che necessiterebbe di spazio ben più ampio di quello a disposizione – delle oltre tre ore di lavori, tentando, infine, di trarre alcune conclusioni. Lo farò procedendo non per ordine di intervento, ma indicando i “macrotemi” trattati – sia pure a costo di qualche “forzatura” – sperando di offrire al lettore un quadro complessivo fedele dei lavori svolti nell'*Atelier*.

2. Nuove tecnologie e diritti politici

Larga parte degli interventi hanno avuto per oggetto il rapporto che si va instaurando, in modo sempre più stretto e oramai inscindibile, tra le nuove tecnologie e l'esercizio dei diritti politici.

Questa inscindibilità è emersa chiaramente dal provocatorio intervento di Filiberto Emanuele Brozzetti, il quale ha messo in luce come, proprio per l'irrompere delle nuove tecnologie, sia immaginabile (ma non auspicabile) eliminare l'intermediazione rappresentativa delle Camere elettive, sostituendola con quel che egli ha definito l'“Algoritmo supremo”. Evocando le pratiche commerciali che, facendo leva su *big data* e algoritmi, riescono a prevedere gusti e necessità del consumatore, Brozzetti si è chiesto (e *ci* ha chiesto) se per mezzo dei medesimi strumenti sia possibile prevedere politiche pubbliche od opzioni ideologiche desiderate dagli elettori senza che questi le esprimano esplicitamente. Saremmo, in tutta evidenza, dinanzi a un pieno superamento della democrazia rappresentativa, soppiantata da una “tecnocrazia pura”, dove il rischio dell'errore sarebbe solo nell'umana impostazione dell'algoritmo.

Quanto sia spaventosa una prospettiva del genere – almeno agli occhi di un costituzionalista – credo sia scontato sottolinearlo e, d'altra parte, lo stesso Brozzetti ha inteso delineare lo scenario a mo' di avvertimento, quasi per scongiurarlo e non certo per auspicarlo.

Fuori dalla provocazione, in una dimensione realistica ma non per questo meno problematica, si sono mossi gli interventi di Luca Dell'Atti, Raffaella Fittipaldi, Virgilia

Fogliame ed Erika La Fauci, che hanno ruotato tutti attorno alla tematica della trasformazione dei partiti nell'epoca digitale e alla correlata evoluzione della partecipazione dei cittadini alla vita politica, mettendone in luce i profili più critici.

Dell'Atti, che ha concentrato la sua riflessione sull'uso di piattaforme *online* da parte di soggetti qualificabili come populistici (Movimento 5 Stelle, *Podemos*, *Piratenpartei Deutschland*), ha rilevato come queste ultime, che secondo l'originaria aspirazione avrebbero dovuto porre il popolo al centro del processo di decisione politica, siano ben presto, e realisticamente, divenute nuovi strumenti per svolgere la classica funzione di intermediazione tra istituzioni e cittadini. Prendendo a esame l'esperienza della piattaforma *Rousseau* adoperata, fino a poco tempo fa, dal Movimento 5 Stelle, Dell'Atti ha sottolineato come l'uso di siffatte piattaforme non sia per nulla privo di implicazioni sul piano costituzionalistico, perché esse possono incidere sul concreto funzionamento di specifici istituti e, più in generale, su quello della forma di governo.

Sulla medesima scia, di nuovo prendendo spunto dall'esperienza della piattaforma *Rousseau*, si sono poste le riflessioni di Virgilia Fogliame, la quale ha peraltro messo in luce come presupposto necessario per l'utilizzo dei mezzi digitali da parte dei partiti politici sia la semplificazione estrema del messaggio politico, indispensabile per ottenere una sua rapida circolazione in Rete. È attraverso questa semplificazione (che, almeno a me pare, facilmente diventa banalizzazione) che diviene possibile coinvolgere i cittadini nelle votazioni *online*, rispondendo tuttavia a questioni che – rileva correttamente Fogliame – sono necessariamente pre-confezionate dalla classe dirigente, così tradendo l'idea originaria di una partecipazione orizzontale, perché la decisione è invero già suggerita, quando non pilotata, dai *leader*. È, quest'ultima, una conclusione che ha caratterizzato anche l'intervento di Erika La Fauci, la quale ha efficacemente osservato che all'interno delle piattaforme digitali ad essere “diretta” non è la democrazia, ma l'influenza dei vertici dei partiti sulla determinazione dei quesiti e delle proposte da sottoporre ai cittadini, i quali sovente sono chiamati a ratificare scelte previamente assunte da altri. Il risultato è che, lungi dall'aver offerto ai cittadini uno strumento di maggiore partecipazione alla vita politica del partito (e indirettamente del Paese), il Movimento 5 Stelle ha creato soltanto – come già aveva rilevato Dell'Atti – una nuova forma di mediazione fra classe dirigente (che gestisce la piattaforma) e iscritti al partito.

La situazione – e le conseguenze – non sono dissimili neppure se si guarda a esperienze di altri ordinamenti, come ha dimostrato Raffaella Fittipaldi. Anche *Podemos* in Spagna, infatti, si è dotato di plurimi strumenti di partecipazione *online*, offrendo così – a suo dire – una nuova politica, aliena da logiche gerarchiche che caratterizzano invece i partiti tradizionali: nell'esperienza concreta, tuttavia, si è verificato un processo di etero direzione e manipolazione della volontà degli iscritti, proprio per mezzo dell'uso delle nuove tecnologie.

Un altro rischio dell'applicazione delle nuove tecnologie alla vita politica è stato al centro della riflessione di Leonardo Pasqui. In particolare, Pasqui si è soffermato sulle relazioni politiche che nascono e si sviluppano sui *social network*, rilevando che – in ragione del c.d. *microtargeting* politico che questi mettono in essere – le pagine dei singoli utenti finiscono per *parlare* solo con altre pagine simili, inserendo ciascun

cittadino in una *bolla* (c.d. *filter bubble*) che, invece di aprirlo al confronto con altri e altre idee, ne radicalizza le posizioni: il rischio (ma credo potremmo parlare di certezza) è quello di una polarizzazione (con conseguente radicalizzazione) dell'opinione pubblica, frammentata in tante "nicchie politiche" che non comunicano tra loro (per il c.d. fenomeno della "camera dell'eco", o *eco-chamber*), che sono reciprocamente ostili e che, infine, aumentano – se non eccitano – il conflitto sociale.

Ancora sul rapporto tra nuove tecnologie e diritti politici, ma stavolta esaltandone le potenzialità, si è concentrato l'intervento di Diego Baldoni il quale – muovendo da quelle disposizioni della legge di bilancio per il 2021 che hanno previsto la possibilità di sottoscrivere telematicamente le proposte di *referendum* costituzionale, le richieste di *referendum* abrogativo e le proposte di legge di iniziativa popolare (disposizioni sulle quali il legislatore è altresì intervenuto recentemente in sede di conversione del decreto-legge n. 77 del 2021, anticipandone peraltro l'efficacia, originariamente prevista a far data dal 1° gennaio 2022) – si è augurato che tale normativa statale possa stimolare analogo sviluppo negli ordinamenti regionali, i cui statuti post riforma del Titolo V sono stati deludenti nel delineare strumenti di coinvolgimento dell'elettorato. Al riguardo, Baldoni – conscio dei rischi pur presenti in materia, a partire dal *digital divide* – ha affermato che, se il *web* non è di per sé sufficiente a garantire una maggiore democratizzazione, le correlate nuove tecnologie possono offrire una crescita democratica, consentendo un maggior coinvolgimento dei cittadini nella determinazione della politica nazionale.

3. Potere politico tra pubblico e privato

Un secondo gruppo di interventi ha portato a riflettere su quanto le nuove tecnologie stiano affidando un ruolo sempre più significativo a soggetti privati nell'ambito dello spazio pubblico in cui è esercitato il potere politico.

Elia Cremona ha rilevato come tale impatto delle nuove tecnologie sullo spazio pubblico si inserisca, invero, nell'ambito della più recente rivisitazione della nozione di *pubblico*, secondo la quale uno stesso soggetto può essere ritenuto tale *a certi fini* e, invece, *privato ad altri fini*: i grandi poteri privati digitali svolgono una funzione privata o pubblica? Secondo Cremona, la classica dicotomia tra pubblico e privato in questo campo non regge più, perché il fenomeno in esame "mescola" costantemente autonomia privata e diritti fondamentali. Il che, per altro verso, non esclude affatto e, anzi, impone che tale fenomeno di commistione tra pubblico e privato sia sottoposto ad una regolamentazione pubblica: è necessario responsabilizzare i *digital private powers*, stimolandoli a tenere conto della loro dimensione (anche) costituzionale.

Analoghe preoccupazioni sono quelle offerte dalla riflessione di Francesco Severa, il quale muove dall'osservazione per cui il fenomeno tecnologico non solo, e non tanto, si afferma in una dimensione globale, ma crea soggetti e identità nuove sganciati dall'appartenenza statale. Si è, così, finito per creare un nuovo spazio (pubblico?) che a fatica è letto dal diritto statuale e che, soprattutto, è gestito soltanto da soggetti privati, i

quali perseguono propri interessi, anche (se non primariamente) economici, e possono finire – proprio nel perseguire tali scopi – per generare radicalizzazione o, addirittura, svolgere un ruolo autonomo nel campo della geopolitica.

Siamo insomma di fronte – come ha provocatoriamente, ma non troppo, detto Lucie Lorenzini – a un fenomeno che deve interrogarci sul se sia possibile parlare, oggi, di una “sovranità digitale”, ovvero sia di una sovranità che non si accompagna a un popolo e a un territorio, ma a una massa di utenti e a un ciberspazio. Eppure, ammesso che possa giuridicamente parlarsi di una “sovranità”, non deve cedersi all’idea che poteri privati (ad es. il c.d. “GAFAM”: *Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft*) possano condizionare la sovranità statale, la quale invece deve trovare strade nuove per riaffermare se stessa, imponendo la propria forza anche nel ciberspazio.

La dimensione (anche) costituzionale delle funzioni svolte e dei servizi offerti da soggetti privati digitali è tratteggiata in maniera plastica dagli interventi di Vincenzo Telaro e Alessandro Fricano.

Telaro ha concentrato la propria attenzione sulla libertà di espressione sui *social network*, dando conto dei diversi orientamenti emersi in proposito: l’uno nel senso che i soggetti privati detentori della piattaforma digitale possono decidere autonomamente chi ammettere e chi estromettere dal servizio, sulla base delle norme che regolano l’adesione alla piattaforma medesima; l’altro, ch’egli ritiene preferibile, nel senso che l’autonomia privata deve pur sottostare ai limiti di natura pubblicistica. Al momento, tuttavia, il rispetto di tali limiti è integralmente rimesso al controllo *ex post* del giudice sulla decisione assunta dai soggetti privati, mentre sarebbe auspicabile un intervento normativo che disciplini l’accesso (e, soprattutto, la permanenza) dei soggetti politici all’interno delle piattaforme digitali, al fine di garantire la “parità delle armi” alle diverse espressioni partitiche, magari ispirandosi – *mutatis mutandis* – a quanto il legislatore ha previsto per l’accesso alle emittenti radiotelevisive anche private.

Riflessioni dello stesso segno, a partire dalla recente decisione di *Twitter* e *Facebook* di oscurare i profili di Donald Trump dopo l’assalto a Capitol Hill, a Washington D.C., posto in essere il 6 gennaio 2021 da taluni suoi sostenitori, sono quelle offerte da Fricano, il quale rileva che, per quanto enorme sia divenuta l’importanza dei *social network*, essi non possono essere considerati canali istituzionali, sicché non pare potersi affermare che in quella occasione sia stata inibita la comunicazione ufficiale dell’allora Presidente U.S.A., il quale è rimasto (ovviamente) titolare di tutti i canali di comunicazione ufficiali della Casa Bianca. Ciononostante, la lacunosità della regolamentazione impone di interrogarsi su quali limiti incontri il potere dei privati, quale la discrezionalità di cui essi godono.

De Gregorio, infine, ha messo in luce come, oramai, le cc.dd. “nuove tecnologie” non siano più così... nuove: esse sono ormai talmente radicate nella nostra società e nella nostra cultura (anche giuridica), che è già possibile parlare della formazione di un vero e proprio “costituzionalismo digitale”. Tuttavia, pur a fronte di sfide analoghe che i diversi ordinamenti giuridici si trovano ad affrontare, le risposte offerte dal costituzionalismo digitale europeo e dal costituzionalismo digitale americano appaiono al momento ancora di segno diverso, frutto delle diverse matrici che caratterizzano l’esperienza giuridica

europea e quella statunitense. In particolare, De Gregorio ha rilevato come l'Unione europea abbia progressivamente abbandonato l'approccio economico, provvedendo a dettare regole volte a proteggere e tutelare i diritti fondamentali, mentre negli Stati Uniti – forti del rigido paradigma della libertà di espressione – resta ancora importante la tensione tra *regulation* e *self-regulation*.

4. L'impatto delle nuove tecnologie sulla forma di governo

Gli ulteriori interventi svoltisi durante l'*Atelier* hanno portato la riflessione sul tema dell'influenza dell'evoluzione del fenomeno tecnologico sul concreto funzionamento della forma di governo.

A questo riguardo, l'emergenza sanitaria globale dell'ultimo anno e mezzo ha indotto le Assemblee elettive a sperimentare le (o, quantomeno, a interrogarsi sulla fattibilità delle) sessioni parlamentari a distanza. Federico Spagnoli ha a tal proposito dato conto delle esperienze di Brasile e Spagna, rilevando peraltro come in entrambi gli ordinamenti l'applicazione delle nuove tecnologie ai lavori parlamentari fosse avviata già prima dell'accelerazione impressa dalla pandemia: in Brasile, in cui l'uso di strumenti di lavoro informatizzati era già molto sviluppato, il Congresso nazionale ha optato per un trasferimento pressoché totale delle attività sul piano telematico; in Spagna si è fatto leva su disposizioni dei regolamenti delle due Camere vigenti da tempo – che prevedono la possibilità per ogni parlamentare, al ricorrere di talune circostanze, di partecipare ai lavori e votare a distanza – per, di fatto, consentire all'intera assemblea di svolgere le proprie funzioni telematicamente. Camille Righetti nel suo intervento ha, invece, illustrato quanto radicalmente opposte siano state le iniziative adottate dall'Assemblea nazionale in Francia: dopo una prima drastica misura di sostanziale sospensione della funzione di controllo del Parlamento e di limitazione dell'esercizio della funzione legislativa all'esame dei soli provvedimenti urgenti e indispensabili, successivamente si è fortemente compresso il ruolo dell'Assemblea (introducendo regole quali il voto di un solo deputato con delega di tutto il gruppo parlamentare o il voto senza discussione sui testi normativi adottati dal Governo a contrasto della pandemia), senza ricorrere alle nuove tecnologie. Soltanto a gennaio 2021, ha osservato Righetti, è stata depositata una proposta di modifica dei regolamenti parlamentari volta a consentire l'uso di strumenti informatici, in modo da recuperare la centralità del Parlamento, seriamente messa in discussione durante il primo anno di pandemia.

La relazione tra nuove tecnologie e concreto funzionamento della forma di governo, tuttavia, non si è certo determinata solo in ragione della pandemia, essendo in atto invero già da più di qualche anno, come hanno mostrato nei loro interventi Ylenia Citino e Giuseppe Verrigno.

Citino ha offerto più d'una suggestione sulla possibilità che “fatti digitali” – ovverosia, condotte o comportamenti, collegati alla sfera politica, che vengono in essere nello spazio digitale – possano porsi quale matrice di regole convenzionali inedite, che alterino quelle preesistenti e che possano, in ipotesi, addirittura assurgere a consuetudini

costituzionali. Esemplare, da questo punto di vista, è quanto accaduto, di recente, nel nostro Paese in occasione della formazione dei governi, allorché il fattore tecnologico ha avuto più di qualche incidenza sulla tradizionale riservatezza che caratterizza tale momento istituzionale o sul concreto svilupparsi del suo esito (talora condizionato a votazioni *online* da parte degli iscritti ai partiti della ipotetica maggioranza).

Verrigno, dal canto suo, ha portato l'attenzione sull'uso di *account social* personali da parte del capo del Governo, osservando come tale modalità di comunicazione, che si è andata affiancando a quella istituzionale, abbatte il distacco che solitamente il corpo elettorale percepisce dall'esecutivo, determinando una "fidelizzazione" dei cittadini al Presidente del Consiglio, dotando quest'ultimo di una legittimazione alternativa. Si tratta di un fenomeno, ha rilevato Verrigno, che, evidentemente legato all'autorevolezza (e alla prudenza) di chi comunica, può generare, pur se involontariamente, effetti distorsivi sugli equilibri costituzionalmente previsti dalla forma di governo, specie ove si consideri che in tutti gli ordinamenti contemporanei si è dinanzi a un indiscutibile (non so se anche irreversibile) accrescimento del ruolo del potere esecutivo (a tutto detrimento di quello del potere legislativo).

5. Una chiosa finale

La pur rapida panoramica dei lavori dell'*Atelier* che ho qui tratteggiato credo – spero – dia adeguatamente conto, per un verso, di quanto sia stata vincente l'idea di organizzare un Seminario che porti noi tutti a studiare questi temi e, per un altro, delle stimolanti riflessioni che sono state offerte dai giovani studiosi che vi hanno partecipato.

L'influenza che le nuove tecnologie, e il *web* in particolare, stanno avendo sul diritto pubblico è oramai un dato di fatto. Mi è già capitato di rilevare, tuttavia, che moltissimi degli studi e delle ricerche che finora i costituzionalisti hanno portato avanti sono stati svolti sul versante dei diritti – ovverosia sulle conseguenze che la Rete determina in relazione alla maggiore estensione o compressione di questi ultimi, quando non sulla loro prima manifestazione – e non anche sull'impatto che il *web* ha avuto sull'altro ambito tipico del costituzionalismo moderno, vale a dire quello della forma di governo. Diamo dunque per scontato un qualcosa – l'uso del *web* da parte delle istituzioni – che, pur essendo, oramai, radicato al punto da farmi ritenere che si sia formata una consuetudine in proposito, non è tuttavia costituzionalmente indifferente: di tutto ciò siamo chiamati ad occuparci, non solo per prendere atto dei fenomeni e descriverli, ma per coglierne gli aspetti problematici, criticarne gli sviluppi incompatibili con la democrazia costituzionale e apprezzarne gli esiti che, al contrario, portano i valori e le garanzie del costituzionalismo anche nello spazio digitale. Credo che gli interventi svolti durante l'*Atelier* – e a maggior ragione gli scritti che ne sono seguiti e sono qui raccolti – si siano efficacemente posti lungo questa strada.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
– IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA –

LA RACCOLTA FIRME *ONLINE* NELLA DEMOCRAZIA REGIONALE:
LINF A TECNOLOGICA PER UNA PARTECIPAZIONE ANCORA *OFFLINE**

DIEGO BALDONI

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La democrazia partecipativa regionale e le perdute opportunità per (ri)nascere. – 3. Le vicende regionali attorno all'*e-participation*. – 4. Una *chance* in più per i referendum a statuti invariati? – 5. Alcune preliminari riflessioni conclusive.

1. Note introduttive

Le più recenti previsioni del legislatore tese a favorire la democrazia partecipativa possono essere annoverate nella legge di bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178, art. 1, co. 341-344) e nel decreto-legge “Semplificazioni-*bis*” (d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, nella l. 29 luglio 2021, n. 108). A decorrere dal 1° luglio 2021, infatti, i cittadini potranno sottoscrivere telematicamente le proposte di referendum abrogativo, sulle variazioni territoriali e costituzionale, nonché le leggi di iniziativa popolare. Le firme elettroniche qualificate saranno raccolte mediante documento informatico tramite una piattaforma *online* predisposta dalla Presidenza del Consiglio, nel rispetto delle modalità previste dall’art. 20, co. 1-*bis*, del Codice dell’Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Con uno stanziamento di bilancio pari a centomila euro, l’organo di vertice dell’Esecutivo dovrà scegliere se

* Per la preziosa opera di consulenza e supporto nella ricerca dei dati e delle esperienze delle singole Regioni, si ringraziano tutte le strutture consiliari di supporto all’attività legislativa per la cortesia e la disponibilità dimostrata.

sviluppare un portale *ex novo* o se integrare la funzionalità nell'*app* dei servizi pubblici "IO", accessibile attraverso il Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID) e già in uso nel 2020 per i noti *Bonus vacanze* e *Cashback di Stato*.

L'opzione tecnologica si mostra astrattamente idonea a inverare una vasta gamma di precetti costituzionali e in grado di stimolare forme di coinvolgimento di un elettorato vieppiù distante da un'attiva partecipazione alla vita pubblica del Paese. Nell'*incipit* della Costituzione risiede il fondamento della partecipazione che affida al popolo sovrano la facoltà di prendere parte alla gestione del potere mediante proprie rivendicazioni¹, nella constatazione della «insufficienza dei congegni forniti per l'inserimento di quelle istanze nell'organizzazione dello Stato²». Complementare all'affermazione di tale diritto è l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà politica, di cui al successivo art. 2 Cost., che richiedono l'impegno del singolo in merito alle sorti della propria comunità. L'opportunità digitale non può che offrire un'alternativa irrinunciabile a uno Stato che intenda proporre ai suoi cittadini le condizioni di esercizio quanto più favorevoli alla loro partecipazione dentro la *polis* cui sono consociati³. Altresì, lo spirito del principio va ricercato nell'affermazione dell'eguaglianza sostanziale contenuta nel secondo comma dell'art. 3 Cost., in quanto produttiva delle «condizioni primarie necessarie per una effettiva e paritaria forma di partecipazione⁴», rimuovendo gli ostacoli che impediscono la piena inclusione sociale di tutte le persone, in particolare quelle con disabilità, studenti e lavoratori fuori sede in Italia e all'estero. È in tale principio che il Costituente inserisce per la prima volta il termine "partecipazione", «collocandolo a chiusura dei primi tre articoli della Costituzione quasi a voler completare il quadro fisionomico del nuovo ordinamento⁵». Ulteriormente, può a buon titolo sostenersi che un diritto di accesso a *internet* possa qualificarsi come «una libertà fondamentale il cui esercizio è strumentale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali⁶», quali la libertà di manifestazione del pensiero che, così come declinata dall'art. 21 Cost., è a sua volta inclusiva di una sfera di

¹ Nelle parole di C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 1 ss., «il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere; non già che esso abbia solo il potere costituente, ma che a lui spettino poteri costituiti; e che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)».

² C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, Bologna, 1975, 44.

³ T. MARTINES, *Manuale di diritto costituzionale*, Milano, 1999, 689, che – come ne scrive F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 41 – «riferendosi ad una "sfera della solidarietà politica, economica e sociale", necessariamente affidata, prima ancora che ai pubblici poteri, al comportamento spontaneo dei soggetti, non nasconde il rischio che, almeno nell'attuale fase storico-politica, ciò possa risolversi in una aspirazione utopistica».

⁴ F. FICHERA, *Spunti tematici intorno al nesso tra principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art. 3, 2° comma, della Costituzione*, in AA.VV., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974, 38.

⁵ A. VALASTRO, *Stato costituzionale, democrazia pluralista e partecipazione: quali diritti?*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, 460 s.

⁶ T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 9, oppure, nella versione inglese, ID., *Access to Internet as a Fundamental Right*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. 5, 2/2013, 231.

diritti che influenza ciascuna dimensione dell'esercizio della cittadinanza.

La medesima prospettiva dovrebbe essere ancor più necessaria per quel livello regionale dal cui complesso di strumenti partecipativi l'elettorato è rimasto distante *ab origine*⁷. Indagando sulle due stagioni statutarie, emerge come non siano esistite rilevanti distinzioni tra i due periodi. In particolare, sono costantemente rimaste inascoltate le petizioni presentate ai consigli regionali, scarsamente diffuse le richieste di referendum e di modesto interesse la legislazione di iniziativa popolare. Ritrovando nell'art. 5 della Costituzione il disegno di una Repubblica quale insieme di livelli istituzionali, l'ordinamento deve considerare come «le autonomie, in effetti, possono veramente contribuire a realizzare quel principio di cooperazione e di solidarietà essenziale all'interno di un regime democratico e portare alla luce interessi che altrimenti rischierebbero di non trovare alcun referente⁸». In tale contesto, appare evidente come le nuove soluzioni tecnologiche possano proficuamente connettersi con una vivificazione della democrazia partecipativa. Nel focalizzarsi sull'ambito regionale, il contributo si interrogherà sull'opportunità di un intervento a legislazione statale e statuti invariati. Non potrà essere taciuto il riferimento alla decisione del Comitato Diritti Umani dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)⁹ che ha favorito la previsione legislativa *in apicibus*; nonché, talune considerazioni in ordine al crescente rilievo di fonti di *soft law* all'interno del nostro ordinamento.

Le molteplici occasioni offerte dall'applicazione della tecnologia nel campo della partecipazione politica non occulteranno i rilievi critici verso il *digital divide*, avvalendosi dell'ausilio di esperienze sorte e consolidate in altri ordinamenti, senza tralasciare l'intervento delle istituzioni dell'Unione europea.

2. La democrazia partecipativa regionale e le perdute opportunità per (ri)nascere

Le disposizioni statutarie, a partire dalla loro prima elaborazione, furono concepite anche come un'opportunità per valorizzare gli istituti di partecipazione popolare. Il progetto regionalista, per quanto foriero di criticità e scetticismi provenienti da ciascuna sensibilità politica¹⁰, è apparso il più incline a un coinvolgimento attivo dell'elettorato in virtù della sua *ratio* ispiratrice finalizzata a esaltare le istanze territoriali. Nel pensiero dei costituenti esisteva la convinzione che il popolo avrebbe rivolto «un controllo effettivo

⁷ Quale «maggiore e più consapevole coinvolgimento dei cittadini, delle associazioni e degli altri soggetti interessati, nella elaborazione delle politiche regionali», nella definizione rintracciabile in A. DEFFENU, S. ARU, *Partecipazione a livello regionale*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, 43.

⁸ Sul punto, si rimanda a M. TROISI, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia*, in *Federalismi.it*, 7/2018, 3.

⁹ CCPR/C/127/D/2656/2015. United Nations - International Covenant on Civil and Political Rights, initial submission on 17 July 2015. View adopted on 6 November 2019 by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol concerning communication No. 2656/2015.

¹⁰ Si confronti la relazione della Sottocommissione «Problema della Regione», la quale dipendeva dalla Commissione per la Riforma dell'Amministrazione, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e presieduta dal Prof. A.C. Jemolo.

all'opera dei loro amministratori, anche per quanto riguarda gli impegni di forti spese¹¹». Proprio attraverso gli strumenti della democrazia partecipativa si sarebbe potuto realizzare un diffuso coinvolgimento, in ragione del fatto che, nell'istituto maggiormente richiamato, «il referendum corrisponde allo spirito della riforma dell'ordinamento regionale¹²» poiché permette al popolo di pronunciarsi in maggioranza contro una supposta volontà legislativa maggioritaria.

Conseguentemente, gli statuti del 1971 si sforzarono di definire tale volontà, «sull'onda del mito della partecipazione cui si è ispirata tanta parte della pubblicistica politica degli anni Sessanta¹³». Il risultato dell'azione non fu, tuttavia, quello auspicato: «Non fu, lo si sa bene, così. Non fu così *in the books* e non fu così neppure *in action*¹⁴». Il contenuto degli statuti e le leggi di attuazione finirono per distanziarsi notevolmente dalle originarie, e forse eccessivamente ottimistiche, premesse. Numerose e di diversa natura sono le cause da ascrivere a un esito deludente, sia dal punto di vista della qualità della proposta che della quantità della risposta¹⁵.

Con la revisione costituzionale del Titolo V e la profonda crisi dei partiti politici, le Regioni hanno rielaborato il concetto di partecipazione accogliendo la prospettiva di un diritto esercitabile dal singolo senza il bisogno di forme collettive di intermediazione, lasciando immutato il pensiero che «le autonomie regionali venissero viste in un'ottica precipuamente partecipativa¹⁶». Nonostante ciò, gli strumenti di coinvolgimento dell'elettorato sono stati disciplinati in modo deludente da statuti che «non sono andati al di là di mere enunciazioni di principio o della riproposizione di strumenti già sperimentati quali la petizione, l'iniziativa popolare e i referendum¹⁷». Il risultato di tale approccio ha

¹¹ Il relatore Ambrosini si persuase di ciò in seguito a una comparazione con l'Inghilterra che visse in prima persona e che riportò il 10 giugno 1947 nella seduta antimeridiana dell'Assemblea costituente, in *www.camera.it*: «mi colpì molto, andando per vari borghi ed esaminando i programmi elettorali per le elezioni amministrative, un ammonimento ed incitamento rivolto agli elettori, che suonava ad un dipresso così: “Domanda al tuo consigliere di contea o di distretto qual è il bilancio, quali le entrate, come vengono spese, quali sono i provvedimenti adottati, ecc.”. Non sarebbe proprio male che simili incitamenti si rivolgersero ai nostri elettori».

¹² A parere di Uberti, Seconda Sottocommissione, 13 dicembre 1946, la consultazione referendaria è l'istituto particolarmente indicabile per la partecipazione «in quanto mira a realizzare una democrazia diretta e a far partecipare più ampiamente il popolo alla vita amministrativa locale».

¹³ Opportunamente, S. BARTOLE, F. MASTRAGOSTINO, *Le Regioni*, Bologna, 1997, 81, considerano la prospettiva politica del tempo per cui «gli intenti rinnovatori svariavano tra obiettivi di reale ed effettivo concorso della collettività ai provvedimenti che la interessavano e propositi di organizzazione e controllo del corpo sociale in vista della recezione e attuazione delle decisioni degli organi rappresentativi».

¹⁴ M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione popolare*, in A. D'ATENA (a cura di), *I nuovi Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Milano, 2008, 165 s.

¹⁵ F. PASTORE, *Problematiche costituzionali relative agli statuti regionali ordinari di seconda generazione*, Padova, 2012, 77, ne realizza una compiuta elencazione reputando che «tra i fattori che hanno determinato questo insuccesso vanno ascritti il carattere consociativo del sistema politico-istituzionale, la mancanza di un tessuto di formazioni sociali, esterne o trasversali rispetto al sistema partitico, in grado di stimolare e sostenere movimenti e/o iniziative referendarie, la debolezza storica delle strutture organizzative regionali dei partiti e la debolezza endemica della classe politica regionale».

¹⁶ Si veda, V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, 67 s.

¹⁷ «Gli strumenti della partecipazione si sono infatti rivelati deboli e, per di più, assai poco valorizzati dagli organi politici della Regione» nell'analisi di P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit., 197.

prodotto eterogenee previsioni statutarie di c.d. «democrazia procedurale¹⁸» e diretta, nella quale è stato perpetrato l'errore di continuare a racchiudere i più differenti istituti¹⁹, fondendo la partecipazione normativa e amministrativa e fallendo nel «rendere la rappresentanza politica più intensamente collegata alla società civile²⁰».

La favorevole impressione suscitata negli studiosi dal *digital switchover* a livello nazionale²¹, convince della possibilità che l'opportunità tecnologica possa dispiegare benefici effetti su una democrazia partecipativa regionale da sempre in difficoltà. Pur registrando un certo numero di proposte legislative di iniziativa popolare, queste non hanno pressoché mai goduto della forza di sostenere l'*iter legis* nelle Assemblee legislative regionali che nel corso dell'ultimo biennio sono riuscite ad approvarne solamente una²². Parallelamente, un particolare *favor legis*²³ ha permesso un cospicuo incremento di richieste per l'allargamento, la fusione e la fusione per incorporazione di Comuni, ai sensi dell'art. 132, secondo comma, Cost., a cui seguono referendum consultivi obbligatori²⁴, mentre con riguardo alle ultime legislature concluse da tutti i Consigli regionali non si scorge alcuna richiesta referendaria (abrogativa, consultiva facoltativa, propositiva). Infine, irrilevanti sono le petizioni che neppure rientrano fra i dati dei resoconti annuali sullo stato della legislazione, malgrado lo statuto campano (art. 16, co. 3) obblighi il Consiglio regionale a prenderle in esame e fornire risposta scritta ai richiedenti.

¹⁸ Categoria così definita da E. FREDIANI, *Informazione e partecipazione dei privati ai procedimenti normativi nella nuova disciplina statutaria*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi Statuti regionali*, Padova, 2007, 353.

¹⁹ Già G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le Regioni*, 1/1974, spec. 9, individuava come «mettere insieme fatti di partecipazione popolare e procedimenti regolati secondo i principi della tradizione statale, i legislatori regionali non potevano fare altro che piegare la partecipazione alla logica di questi procedimenti».

²⁰ Così R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, Padova, 2011, 10.

²¹ Per G. DONATO, *Gli strumenti di democrazia partecipativa alla prova del digital switchover*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo - online*, 2/2021, 1540, trattasi di «strumento idoneo ad attenuare le disegualianze fra i gruppi più strutturati, che possiedono una maggiore forza di mobilitazione dell'elettorato e soprattutto – come si è visto nel caso Staderini (*infra* § 5) – dei soggetti certificatori, e altri gruppi provenienti dalla società civile: l'abbattimento dei costi e la semplificazione dei mezzi per l'effettivo esercizio dei diritti di partecipazione può determinare delle esternalità positive sull'intero circuito democratico».

²² Cfr. Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2019-2020*, in *Camera.it*, che evidenzia l'approvazione della sola proposta di iniziativa popolare da parte del Consiglio regionale della Puglia: trattasi della legge regionale 30 aprile 2019, n. 16, «Promozione e valorizzazione dell'invecchiamento attivo e della buona salute».

²³ Misura accelerativa per il procedimento di adozione dello statuto, mantenimento di tutte le norme di maggior favore, facoltà di utilizzo dei margini di indebitamento consentiti anche a uno solo dei comuni originari, attenuazione o deroga dell'obbligo di esercizio associato delle funzioni comunali fondamentali, mantenimento dei benefici stabiliti dall'Unione europea e dalle leggi statali e trasferimento della proprietà dei beni mobili e immobili dai comuni estinti al nuovo comune esente da oneri fiscali.

²⁴ Cfr. Camera dei deputati - XVII legislatura, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni*, lunedì 28 novembre 2016, in *Camera.it*, «l'esperienza delle unioni fino al 2009 riguardava pochissimi comuni in Italia; al 4 ottobre 2016, conta invece l'istituzione di 536 unioni di comuni relative a 3.105 comuni, di cui 1.004 comuni con popolazione inferiore ai 1000 abitanti».

3. Le vicende regionali attorno all'e-participation

Nella verifica dell'applicabilità della normativa statale in tema di dematerializzazione delle firme all'interno degli ordinamenti regionali, occorre notare come alcuni di questi includano già nei propri statuti la facoltà di coinvolgimento dell'elettorato per mezzo delle nuove tecnologie. Un riferimento di specifica rilevanza è presente nello statuto lombardo (art. 9, co. 2) che prevede «le forme e le condizioni della partecipazione e dell'accesso dei cittadini, singoli e associati, ai procedimenti e agli atti, anche attraverso il più ampio ricorso alle tecnologie informatiche». Parimenti, lo statuto dell'Umbria (art. 20, co. 4) demanda alla legge regionale il compito di stabilire «gli ambiti, i limiti e le modalità della partecipazione e delle forme di consultazione, assicurando la disponibilità di servizi e di tecnologie adeguate». Le tecnologie sono menzionate anche in Basilicata (art. 61, co. 3) con una generale disposizione di sostegno e promozione allo «utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione», mentre lo statuto emiliano-romagnolo (art. 61, co. 2) accorda una disposizione di favore all'utilizzo degli strumenti informatici, ma nel solo ambito del procedimento amministrativo.

La legislazione ordinaria si è poi fatta carico di attuare i principi statutari riferiti alla partecipazione mediante leggi generali sulla partecipazione inclusive delle soluzioni tecnologiche. In particolare, la l.r. Toscana 2 agosto 2013, n. 46 (art. 1, co. 2, lett. e), che ha inteso «valorizzare e diffondere le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione come strumenti al servizio della partecipazione democratica dei cittadini»; nonché, richiamare al fatto che «la Regione Toscana valorizza l'uso delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione per favorire la partecipazione democratica dei cittadini e arricchire gli strumenti del confronto pubblico sulle politiche locali e regionali» (art. 22, co. 1). La disciplina della l.r. Emilia-Romagna 22 ottobre 2018, n. 15, che ha modificato la precedente versione del 2010, contempla tra le finalità quella di «valorizzare e diffondere l'utilizzo di piattaforme tecnologiche, metodologie e strumenti anche di carattere digitale, quali necessari canali di informazione e comunicazione al servizio della partecipazione democratica dei cittadini» (art. 2, co. 1, lett. j); in più, un'analisi sull'utilizzo delle piattaforme tecnologiche, metodologie e strumenti digitali nella realizzazione dei processi, nella diffusione di notizie, documentazione e buone prassi per favorire la democrazia partecipativa deve essere contenuta nella triennale relazione della Giunta prevista dalla clausola valutativa (art. 21). Inoltre, la legge 16 febbraio 2010, n. 14, della Regione Umbria promuove la diffusione delle tecnologie utili a garantire a tutte le fasce della popolazione l'accesso al processo decisionale partecipato della consultazione (art. 64, co. 5). La circolazione di questi modelli ha permesso che simili formulazioni fossero altresì presenti nella l.r. Puglia 13 luglio 2017, n. 28, laddove si ambisce a «valorizzare e diffondere le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione come strumenti al servizio della partecipazione democratica dei cittadini» (art. 2, co. 1, lett. k) e nella l.r. Marche 23 luglio 2020, n. 31, che si pone l'obiettivo di «valorizzare e diffondere l'utilizzo di piattaforme tecnologiche,

metodologie e strumenti anche di carattere digitale, quali canali di informazione e comunicazione al servizio della partecipazione democratica dei cittadini» (art. 1, co. 2, lett. g).

Dato conto delle previsioni generali in materia rinvenibili negli statuti e nella legislazione regionale ordinaria, occorre individuare quale possa essere l'esperienza specifica atta a tradurre un'effettiva dematerializzazione della partecipazione sul piano regionale. In siffatta prospettiva, l'azione più efficace è stata intrapresa dall'Assemblea legislativa del Lazio che ha approvato la l. 24 giugno 2020, n. 4, concernente la "Disciplina dell'iniziativa legislativa popolare e degli enti locali nonché dei referendum abrogativo, propositivo e consultivo". La normativa apre all'opzione di raccolta dematerializzata e, nell'assenza di un'organica disciplina statale in materia, si avvale del richiamo al Codice di Buona Condotta sui Referendum adottato dal Consiglio per le Elezioni Democratiche in data 16 dicembre 2006 e dalla Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia) il 16-17 marzo 2007²⁵. La disciplina regionale demanda a una delibera dell'Ufficio di Presidenza per la definizione, tra gli altri punti, delle modalità per la raccolta, anche in forma digitale, delle firme per la sottoscrizione delle proposte di legge d'iniziativa popolare (art. 28, co. 1). La Giunta regionale, invece, sentita la commissione consiliare competente, è chiamata ad adottare un regolamento con il quale individuare, tra le altre questioni, i criteri e le modalità di funzionamento del "Portale della partecipazione" per cui è stata allocata la somma di centotrentamila euro per il triennio 2020-22, le procedure relative *referendarie* e le modalità per la raccolta, anche in forma digitale, delle firme per la richiesta dei referendum di iniziativa degli elettori (art. 28, co. 2).

L'*unicum* presente in Regione Lazio lascia ancor più emergere l'approccio embrionale esistente altrove. Pur rappresentando ancora una mera proposta di legge, la PDL n. 152 presentata presso l'Assemblea legislativa lombarda e recante "Norme sull'iniziativa popolare per la formazione di leggi e altri atti della Regione" intende modificare la l.r. 2 ottobre 1971, n. 1, includendo altresì una dematerializzazione delle firme. Nel testo si ammette come la raccolta delle sottoscrizioni a sostegno delle proposte di legge d'iniziativa popolare possa avvenire sia su supporto cartaceo che elettronico-informatico mediante sistemi elettronici e procedure automatiche; l'espressa intenzione del legislatore sarebbe «accelerare e semplificare le operazioni di raccolta delle firme garantendo in ogni caso l'autenticazione della firma anche se resa in modalità elettronica» (art. 4-*bis*). Una rottura del tabù tecnologico è già stata realizzata con l'esperienza lombarda del voto elettronico al referendum consultivo del 2017 in materia di regionalismo differenziato, seguendo l'ampia disciplina contenuta nella l.r. 23 febbraio

²⁵ Oltre al rinvio metodologico di natura tecnica al Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) che, attraverso «la sua forza attrattiva, ha finito per far allocare in una legge ordinaria – com'è il CAD – anche materia costituzionale, a cui sicuramente va ascritta la "Partecipazione democratica elettronica", di cui all'art. 9, a tenore del quale "Lo Stato favorisce 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 sia individuali che collettivi"», come sottolineato da P. COSTANZO, *Lo "Stato digitale": considerazioni introduttive*, bozza della relazione introduttiva al convegno *online* del Gruppo di Pisa del 18-19 giugno 2021, 3 s.

2015, n. 3, la quale ha puntualmente modificato la vigente l.r. 28 aprile 1983, n. 34, che regola, fra i diversi articoli, le modalità di svolgimento delle consultazioni referendarie in Regione Lombardia.

Una previsione normativa è presente anche in Valle d'Aosta con la l.r. 25 giugno 2003, n. 19, di disciplina dell'iniziativa legislativa popolare, del referendum propositivo, abrogativo e consultivo che ammette il voto elettronico «nel caso in cui si verifichino le condizioni per procedere» e stabilisce che «con legge ordinaria della Regione si provvederà ad apportare le necessarie modificazioni alla disciplina delle modalità di votazione e di scrutinio» (art. 48). Esattamente come la Toscana che apre a tale facoltà nella l.r. 23 novembre 2007, n. 62, di disciplina dei referendum regionali, contemplando una definizione «anche in via sperimentale» di espressione del voto mediante postazioni informatiche (art. 5, co. 5, oltre all'art. 39, co. 5).

Ulteriori esperienze pratiche di applicazione del supporto tecnologico per il coinvolgimento attivo dell'elettorato sono annoverabili in Lombardia con le consultazioni telematiche del Consiglio regionale le cui linee guida, inclusive dei principi generali, definiscono la fase preparatoria, quella di svolgimento e di elaborazione del documento finale utilizzando il sito *internet* istituzionale e i più comuni e idonei canali comunicativi e divulgativi. Da includere anche l'esperimento "Monitor Lombardia" che ha rappresentato un osservatorio sull'opinione pubblica lombarda promosso dal Consiglio regionale al fine di elaborare periodiche rilevazioni statistiche con il coinvolgimento virtuale dei cittadini, dei pubblici amministratori e degli esponenti di rilievo del mondo imprenditoriale mediante *topics* di particolare riferimento per la comunità regionale. L'iniziativa del Consiglio non è proseguita negli anni più recenti, ma è stato avviato un ciclo di ricerche demoscopiche "Il Consiglio in ascolto" promosso dall'Ufficio di Presidenza che nel 2017 è stato indirizzato a un campione di tutti i cittadini lombardi per rilevarne aspettative e priorità, nel 2019 alle imprese, nel 2020 ai giovani e nel 2021 sarà rivolto nuovamente a tutti i cittadini.

In aggiunta, rilevano le iniziative intraprese dalla Regione Umbria, anzitutto attraverso il progetto di *e-democracy* "Partecipattivo" per la realizzazione di un sistema di trasparenza e partecipazione del complesso degli enti pubblici regionali che renda rappresentabili, in termini multimediali e in tempo reale, i processi decisionali, permettendo ai cittadini un alto livello di interattività. Presentato nel 2004, è stato approvato con il bando nazionale per la promozione della cittadinanza digitale e la fase di sperimentazione si è chiusa nel 2008 prevedendo il riuso degli strumenti e dei modelli di partecipazione sperimentati, con la possibilità di estenderli a tutte le amministrazioni pubbliche dell'Umbria. In più, l'Assemblea legislativa regionale, mediante l'opzione "Senso @lternato", ha permesso a tutti gli interessati di restare aggiornati via *mail* sullo stato di avanzamento dell'*iter* dei singoli atti consiliari verso i quali possono essere avanzati commenti e proposte.

Infine, anche l'Assemblea regionale siciliana pare prendere in opportuna considerazione il coinvolgimento degli elettori al punto da mettere in risalto nella *home page* del suo sito istituzionale il richiamo alla "*E-Democracy: partecipa all'attività parlamentare*", ricercando – come nel caso umbro – la partecipazione dei cittadini

attraverso un contributo di idee e un giudizio sui progetti di legge. Assicurando che ogni parere, critica o suggerimento inviato sarebbe stato letto dal presentatore del disegno di legge, ma richiedendo che l'intervento fosse breve e attinente all'oggetto dell'argomento trattato, con l'invito a utilizzare un linguaggio chiaro, semplice e privo di espressioni ingiuriose.

In conclusione, il paradossale caso della Regione Abruzzo che si è posta l'obiettivo di approvare una legge regionale che permettesse alle organizzazioni articolate in forme democratiche di partecipare all'elaborazione e alla formazione delle politiche regionali. Per il raggiungimento di tale obiettivo è stato ipotizzato un percorso partecipato che potesse realizzare il più ampio coinvolgimento attorno a un'iniziativa legislativa. Ne è scaturita la proposta avente ad oggetto "Disposizioni sulla partecipazione allo svolgimento delle funzioni regionali" che è stata inserita nella piattaforma *web* "COMMENTAPA" per favorire una discussione *online* che conducesse a modifiche e integrazioni. Il processo partecipativo si è effettivamente svolto, salvo poi mancare il passaggio assembleare di approvazione della proposta di legge in questione.

4. Una chance in più per i referendum a statuti invariati?

Il secondo Novecento si era aperto con la diffusa convinzione che la democrazia potesse esprimersi nella sola forma rappresentativa, giammai sostituibile in ragione dell'inesistenza di strumenti idonei a riprodurre altrimenti le medesime garanzie esistenti. Al termine del secolo, però, crebbe la convinzione che la «computercrazia» consentisse l'esercizio della democrazia diretta, fornendo «a ogni cittadino la possibilità di trasmettere il proprio voto a un cervello elettronico», ma venne reputata «puerile» poiché «a giudicare dalle leggi che vengono emanate ogni anno in Italia il buon cittadino dovrebbe essere chiamato a esprimere il proprio voto almeno una volta al giorno²⁶». Tesi sostenuta dalla previsione che a essere mobilitata da tale processo sia una «folla solitaria, una miriade di individui isolati e inerti che si rapportano solo al video, e che decidono in solitudine, premendo bottoni, di cose di cui non sanno né minimamente capiscono²⁷». Tuttavia, la comparsa sulla scena pubblica contemporanea di meccanismi decisionali conseguenti a processi non in presenza, convinse – non senza colpevole ritardo – che le tecnologie potessero essere applicate anche nel campo del *collective decision making* addivenendo a una sorta di «politica continuamente attiva²⁸» nella quale «possiamo essere cittadini "accaventiquattro" e decidere in prima persona a "trecentosessantagradi"²⁹» all'interno della «*Networked³⁰ and Technology³¹ Society*». Lo spazio democratico è uno

²⁶ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2014, 14.

²⁷ G. SARTORI, *Mala Tempora*, Roma-Bari, 2004, 392.

²⁸ Nella critica prospettiva di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 204, in cui «la realtà è che la democrazia diretta si è trasformata in una democrazia governata dai mezzi di comunicazione di massa nell'accezione ICT dei nuovi media sociali».

²⁹ F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020, 66.

³⁰ Si consenta di rinviare al brillante saggio di M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, Milano, 1996.

³¹ Nella definizione di A. PAPA, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità*

fra i tanti ambiti in cui l'impatto tecnologico sta forgiando nuove esperienze identificabili nella dimensione della «infosfera³²».

La democrazia partecipativa, peraltro, «costituisce una categoria generale comprensiva di un universo di nuove “pratiche” e “dispositivi” che sta acquistando un posto significativo nel faticoso cammino della democrazia italiana, come in Europa e nel resto del pianeta³³». Attraverso una «democrazia digitalmente mediata³⁴», esiste per le Regioni la possibilità di un rinnovato tentativo di inclusione degli elettori in tali processi e procedure per il tramite di un ambiente virtuale che garantisca la libera adesione a una proposta di legge o a un quesito referendario, riproducendo i medesimi diritti costituzionali richiesti in presenza. Parimenti, si realizzerebbe un'ulteriore valorizzazione dell'identità digitale all'atto della raccolta delle sottoscrizioni, contribuendo alla diffusione di uno strumento che nel prossimo futuro potrebbe trovare sempre nuove applicazioni in ciascun livello territoriale. Infatti, al fine di permettere l'univoca definizione dell'utente, «la tecnologia offre diverse metodologie: generalmente, la combinazione di nome utente e *password* (qualcosa che si conosce), l'utilizzo di dispositivi specifici (qualcosa che si possiede) o caratteristiche biometriche (qualcosa che si ha) oppure loro combinazioni³⁵».

Dunque, con riferimento al tema oggetto del contributo, diventa opportuno chiedersi se l'attuale numero di sottoscrizioni richieste sia adeguato alla luce della prospettata opzione tecnologica. Relativamente alle firme necessarie per avanzare una richiesta di referendum (Tabella 1), si osserva una significativa eterogeneità delle previsioni statutarie. Con riferimento al referendum abrogativo, ad esclusione dell'Abruzzo, della Calabria e della Liguria, tutti gli statuti prevedono un numero fisso di firme, invece che una percentuale di elettorato maggiormente sensibile al variare della popolazione. Convertendo queste cifre in valori percentuali, si nota come tale meccanismo penalizzi maggiormente le Regioni più piccole, salvo il caso della Lombardia.

Particolare il caso della Basilicata, da una parte l'accesso al referendum sarebbe

di prospettazioni e problematicità di rapporti, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere. Atti del convegno di Caserta, 6-7 maggio 2005*, Torino, 2006, 369, «una società, sempre più policentrica ed interconnessa per la presenza di tecnologie avanzate, i cui processi sono a forte contenuto tecnologico».

³² «È un neologismo coniato negli anni Settanta ed è basato sul termine “biosfera”, che fa riferimento a quella limitata porzione del nostro pianeta caratterizzata dalla vita» e, come spiega L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 44 s., «A un livello minimo, l'infosfera indica l'intero ambiente informazionale costituito da tutti gli enti informazionali, le loro proprietà, interazioni, processi e reciproche relazioni [...]. A un livello massimo, l'infosfera è un concetto che può essere utilizzato anche come sinonimo di realtà, laddove interpretiamo quest'ultima in termini informazionali».

³³ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 2011, 295.

³⁴ «La democrazia elettronica, invero, non è affatto “disintermediata” come talvolta i populisti vogliono far credere, ma anzi è per definizione digitalmente mediata e, dunque, giocoforza esposta alle ingerenze di coloro che amministrano il *medium* elettronico che la veicola» come rilevato da G. GOMETZ, *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion Pratica*, 1/2019, 244 s., «Costoro devono quindi essere soggetti pubblicamente affidabili che operano in modo specchiato in un quadro di controllabilità pluralisticamente e pubblicisticamente garantita e non, ad esempio, associazioni di diritto privato o «garanti» che non rispondono ad altri che sé stessi».

³⁵ G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, 2017, 242.

esteso anche ai sedicenni, dall'altra la previsione statutaria è rimasta lettera morta. Differente è l'analisi per l'iniziativa referendaria consultiva che solamente in otto Regioni può essere richiesta anche da una bassa percentuale di aventi diritto (ad eccezione della Calabria), stante la propensione di larga parte degli statuti a lasciare questa richiesta a una maggioranza in seno a un organo elettivo.

Di sicuro interesse è l'*initiative* regionale prevista in Basilicata, in Campania, in Friuli-Venezia Giulia, nel Lazio, in Valle d'Aosta e nelle Province autonome di Bolzano e Trento; con l'eccezione campana e valdostana, il numero minimo di sottoscrizioni è lo stesso dell'abrogativo e permette di sottoporre una proposta di legge direttamente al Consiglio, il quale dovrebbe, entro un certo termine, deliberare in tal senso, pena lo svolgimento di un referendum. Le differenti tipologie di referendum propositivo possono essere individuate in una sistematica comune alle Regioni ordinarie e speciali il cui carattere peculiare è l'intervento preventivo del corpo elettorato nell'*iter legis* e il carattere propulsivo sotteso all'istituto³⁶.

Dato lo scarso ricorso ai referendum che si è potuto registrare nella pratica, non stupisce il carente interesse del legislatore regionale al coordinamento delle norme presenti all'interno delle fonti dell'ordinamento. È il caso delle Regioni Basilicata, Campania, Puglia e Veneto le cui assemblee legislative non si sono ancora preoccupate di realizzare un'opera di manutenzione delle leggi attuative che risalgono agli anni immediatamente successivi alla prima stagione statutaria. Occorre osservare come, con la sola eccezione lucana, tutte le nuove previsioni statutarie abbiano innalzato il numero delle sottoscrizioni per la proposizione di un quesito referendario arrivando, come nel caso campano, a raddoppiarne la richiesta.

Tabella 1 - Referendum. Percentuale di sottoscrizioni richieste in rapporto all'elettorato.

REGIONE	ELETTORATO	Abrogativo	%	Consultivo	%	Propositivo	%
Piemonte	3.640.870	60.000	1,7				
Valle d'Aosta	105.629	4.000	3,8	1/50	2	5% (4.000, in origine)	5
Lombardia	8.011.071	300.000	3,8				
P.A. Bolzano	436.179	13.000	3	13.000	3	13.000 (più approvativo)	3
P.A. Trento	477.476	8.000	1,7			8.000	1,7
Veneto	4.159.311	40.000 (statuto) 30.000 (legge)	1	7.000 (statuto) 5.000 (legge)	0,2		
Friuli-Venezia Giulia	1.118.150	15.000	1,3			15.000	1,3
Liguria	1.350.934	3,5%	3,5	15.000	1,1		
Emilia-Romagna	3.532.195	40.000	1,1	80.000	2,2		
Toscana	3.010.803	40.000	1,3	30.000	1		
Umbria	708.167	10.000	1,4				
Marche	1.321.310	20.000	1,5				
Lazio	4.827.793	50.000	1			50.000 (approvativo)	

³⁶ S. RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, 2017, 120.

Abruzzo	1.219.221	1/50	2				
Molise	332.360	10.000	3				
Campania	5.046.406	100.000 (statuto) 50.000 (legge)	2			50.000 (approvativo)	
Puglia	3.597.116	60.000 (statuto) 50.000 (legge)	1,7				
Basilicata	577.411	5.000 (statuto) 8.000 (legge)	0,9			5.000 (approvativo)	
Calabria	1.904.827	4%	4	10%	10		
Sicilia	4.685.012	50.000	1				
Sardegna	1.474.867	10.000	0,7				

D'altro canto, l'iniziativa legislativa popolare, manchevole in più punti nella prima esperienza statutaria, è attualmente estesa a tutti gli enti locali (Comuni, Province e Città metropolitane) ed è stato predisposto un procedimento di verifica dell'ammissibilità con decisione a data certa, anche se l'inottemperanza è priva di conseguenze sanzionatorie. Tutti gli statuti hanno predisposto meccanismi tali da escludere l'ipotesi che i Consigli regionali non prendano in considerazione le proposte³⁷.

I dati sull'iniziativa legislativa popolare (Tabella 2) evidenziano come in talune Regioni il numero delle sottoscrizioni richieste non sia previsto dallo statuto, ma dalla legislazione di attuazione (Valle d'Aosta, Emilia-Romagna, Sardegna e Sicilia). Ciononostante, a prevalere è l'uniformità della percentuale di firme richieste in relazione agli iscritti nelle liste elettorali: il rapporto è compreso fra lo 0,1 e lo 0,7 per cento, ad eccezione della Valle d'Aosta (1,4%) e della Provincia autonoma di Bolzano (3%). La più recente legislazione in materia (Friuli-Venezia Giulia e Puglia) ha comunque cercato di favorire la partecipazione popolare abbassando il numero delle sottoscrizioni richieste. Un'assoluta peculiarità è rappresentata dalla Regione Sardegna che non prevede alcuna fonte normativa che disciplini il numero delle firme per la legislazione popolare.

Tabella 2 - Iniziativa legislativa popolare. Percentuale di firme richieste in rapporto all'elettorato.

REGIONE	ELETTORATO	INIZIATIVA	%
Piemonte	3.640.870	8.000	0,2
Valle d'Aosta	105.629	1.500	1,4
Lombardia	8.011.071	5.000	0,1
P.A. Bolzano	436.179	13.000	3
P.A. Trento	477.476	2.500	0,5
Veneto	4.159.311	7.000 (statuto) - 5.000 (legge)	0,2
Friuli-Venezia Giulia	1.118.150	5.000 (15.000 in origine)	0,5
Liguria	1.350.934	5.000	0,4
Emilia-Romagna	3.532.195	5.000	0,1
Toscana	3.010.803	5.000	0,2

³⁷ Taluni statuti regionali prevedono l'obbligatorietà dell'esame entro un anno (art. 7, co. 2, Stat. Liguria), nove mesi (art. 74, co. 3, Stat. Toscana), sei mesi (art. 15, co. 6, Stat. Basilicata e art. 18, co. 5, Stat. Emilia-Romagna, art. 37, co. 3, Stat. Lazio, art. 36, co. 3, Stat. Umbria e art. 20, co. 6, Stat. Veneto), cinque mesi (art. 76, co. 2-3, Stat. Piemonte), quattro mesi (art. 42, co. 2, Stat. Molise) o tre mesi nello statuto della Calabria (art. 40, co. 2), pena l'iscrizione all'ordine del giorno della prima seduta consiliare utile. Sono sottoposti obbligatoriamente al voto del Consiglio, senza (art. 21, co. 2, Stat. Lombardia) o con (entro i successivi dodici mesi, art. 18, co. 5, Stat. Emilia-Romagna) l'indicazione di un termine, i progetti di legge di iniziativa popolare.

Umbria	708.167	3.000	0,4
Marche	1.321.310	5.000	0,4
Lazio	4.827.793	10.000	0,2
Abruzzo	1.219.221	5.000	0,4
Molise	332.360	2.000	0,6
Campania	5.046.406	10.000	0,2
Puglia	3.597.116	12.000 (15.000 in origine)	0,3
Basilicata	577.411	4.000 (statuto) - 2.000 (legge)	0,7
Calabria	1.904.827	5.000	0,3
Sicilia	4.685.012	10.000 (legge)	0,2
Sardegna	1.474.867	10.000 (in origine)	0,7

5. Alcune preliminari riflessioni conclusive

Lungi dal rappresentare un'innovativa elaborazione parlamentare, il cambio di passo in tema di digitalizzazione dei processi di partecipazione popolare è stato realizzato in conseguenza delle unanime conclusioni formulate nel novembre 2019 dal Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite in relazione al caso *Staderini and De Lucia v. Italy*. Comm. 2656/2015. Il nostro Paese ha ostacolato con «restrizioni irragionevoli» l'attività del comitato promotore di una serie di quesiti referendari e deve rispondere della «assenza di pubblica informazione» e del «mancato intervento delle istituzioni» a cui i ricorrenti avevano denunciato la carenza di autenticatori. Ciò ha determinato una violazione dell'art. 25, lett. a), e dell'art. 2, co. 3, del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici; la censura, pur individuabile quale fonte di *soft law*, ha rappresentato un grimaldello per l'insipiente legislatore italiano affinché potesse essere sanata una già nota mancanza dell'ordinamento interno³⁸.

Le fonti sovranazionali si sono rivelate decisive nell'inerzia del legislatore, tanto quelle di *hard law*, quanto quelle di *soft law*. Delle prime è evidente la posizione di «*extrema ratio* per incidere sull'immobilismo di un legislatore», nel caso in cui «il giudice costituzionale ha provveduto in senso additivo ma il suo intervento è rimasto lettera morta», come accaduto in tema di unioni civili e reato di tortura³⁹; delle seconde si può

³⁸ Non si tratta infatti del primo tentativo di dematerializzare delle sottoscrizioni, in quanto l'art. 3, co. 7, dell'attuale sistema elettorale (l. 3 novembre 2017, n. 165) ha previsto tale opportunità per la presentazione delle candidature. Il decreto-legge "Semplificazioni-bis" (d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, nella l. 29 luglio 2021, n. 108), è intervenuto per consentire che il procedimento elettorale preparatorio potesse essere espletato anche avvalendosi del supporto digitale. Con riferimento al voto elettronico, per la cui sperimentazione è stato creato un apposito fondo di un milione di euro dall'art. 1, co. 627-628, della legge di bilancio 2020 (l. 27 dicembre 2019, n. 160), l'inerzia è stata interrotta dall'adozione da parte del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro per l'Innovazione tecnologica e la Transizione digitale, del decreto ministeriale del 9 luglio 2021 che ha individuato le modalità attuative per l'utilizzo dello stanziamento per saggiare il voto e lo scrutinio elettronico. Il provvedimento, corredato da *guidelines*, prevede una gradualità della sperimentazione attraverso una prima fase di "simulazione" del voto e dello scrutinio elettronico priva di valore legale, all'esito della quale si potrà procedere a un vero e proprio *test* dell'utilizzo del sistema in un evento elettorale, avente valore legale. Inizialmente previsto per le sole elezioni politiche ed europee e per i referendum, il decreto-legge "Semplificazioni-bis" ha esteso l'applicazione della sperimentazione pure alle elezioni regionali e amministrative.

³⁹ Nella legislazione in materia hanno avuto un ruolo propulsivo le condanne subite dall'Italia dalla Corte EDU, qualificabile nelle parole di E. CECCHERINI, *Il ruolo della Corte di Strasburgo nella soluzione*

parlare in termini di “spinta gentile”, ossia autorevoli enunciazioni di principio prive di forza cogente, ma d’ispirazione per il decisore politico. Dunque, esiste una duplicità di piani, l’uno rappresentato dal livello internazionale delle corti sovranazionali che operano affinché sia superata l’inattività del legislatore; l’altro da forme più soavi di «fatti e atti normativi⁴⁰» frutto, tradizionalmente, delle risoluzioni dell’Assemblea generale ONU, degli accordi *not binding* e dell’ampio spettro di raccomandazioni, comunicazioni e pareri, che tuttavia conservano una forte carica persuasiva in quanto promosse da organismi internazionali che incarnano una sorta di *communis opinio*.

Quest’ultima particolare fonte del diritto, che rifugge da una rigida gerarchia, si mostra in continuità con «un sistema, liquido, informale e policentrico (non a caso spesso qualificato in termini di *governance*), sempre più indifferente – e insofferente – rispetto al parametro della legittimazione democratica e rispondente a sovranità *altre* rispetto a quella popolare⁴¹». Essa deve senz’altro la sua nascita e la propria proliferazione a una fisiologica mutazione nel tempo del sistema delle fonti che ha prestato il fianco a percorsi alternativi non emergenti da predeterminati meccanismi di produzione del diritto: «la progressiva delegittimazione delle fonti formali propizia l’affermazione di fonti informali che vantano una pretesa di maggiore adeguatezza⁴²» innanzi alla complessità della società contemporanea.

Nell’inscalfibile sistema delle fonti del nostro Paese, non senza difficoltà, ha iniziato a proporsi oramai da tempo un frequente uso della *soft law*, in particolare di provenienza eurounitaria, da parte del giudice nazionale e delle autorità pubbliche⁴³. Di talché, è andato in crisi l’assioma secondo cui «il giurista debba aver ben netta la distinzione tra ciò che è “fonte del diritto” e ciò che non lo è⁴⁴», stante la presenza dell’interrogativo che queste forme non siano altro che la manifestazione di un diritto costituzionale futuro che «non pretende di *comandare* e non obbliga a *obbedire*, ma cerca piuttosto di convincere i consociati, richiedendo quindi che gli stessi siano *convinti*⁴⁵».

delle omissioni legislative nazionali: il riconoscimento delle coppie omosessuali, in E. CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli, 2018, 50, quale «pungolo sovranazionale, che si erge quindi, al pari del giudice delle leggi come *viva vox constitutionis*». Si tratta, con riferimento alla violazione dell’art. 8 CEDU, “Diritto al rispetto della vita privata e familiare”, della sentenza Oliari e altri c. Italia, del 2015; con riguardo alla lesione dell’art. 3 CEDU, “Proibizione della tortura”, della pronuncia Cestaro c. Italia del 2015 e delle sentenze Azzolina ed altri c. Italia, Blair ed altri c. Italia e Bartesaghi Gallo ed altri c. Italia del 2017.

⁴⁰ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 2.

⁴¹ A giudizio di A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 280, «A profilarsi è un conflitto fra ordinamenti, ma non solo: date le caratteristiche della *soft law*, il conflitto fra fonti rischia di trascinare in una erosione dei parametri democratici».

⁴² M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 173.

⁴³ Cfr. il lavoro sul tema realizzato J. ALBERTI, M. ELIANTONIO, *Judges, Public Authorities and EU Soft Law in Italy. How You Cannot Tell a Book by its Cover*, in M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (a cura di), *EU Soft law in the Member States. Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Oxford, 2021, 185 ss.

⁴⁴ Nella critica di R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 37, «fonte del diritto può essere esclusivamente l’atto (e, in certi anfratti, il “fatto”) previsto come tale da una norma di riconoscimento».

⁴⁵ In questo senso, A. SPADARO, “Nuove” tecniche (premiali o disincentivanti) per “nuovi” diritti:

Il *paper*, nel descrivere le occasioni offerte dalla *e-participation* a un cittadino digitale su un piano regionale⁴⁶, non vuole difettare nel richiamare ai plurimi rischi presenti in rete che un'attenta dottrina ha debitamente individuato e classificato⁴⁷, menzionando altresì le criticità rilevate in sedi sovranazionali⁴⁸. Tuttavia, rivolgendo lo sguardo a Finlandia, Germania, Inghilterra, Svizzera, Scozia, si contano da anni piattaforme che assistono digitalmente i cittadini all'atto di proporre un'iniziativa popolare o una petizione⁴⁹.

Una peculiare attenzione della legge umbra n. 14/2010, che aveva opportunamente previsto come la Regione dovesse farsi promotrice della «diffusione delle tecnologie utili a garantire a tutte le fasce della popolazione l'accesso al processo decisionale partecipato» (art. 64, co. 5), unitamente alla Puglia nella legge generale sulla partecipazione n. 28/2017 che all'esordio si pone l'obiettivo di «creare maggiore inclusione e coesione sociali, superando i divari territoriali, digitali, culturali, sociali ed economici» (art. 2, co. 1, lettera g). Pertanto, un punto di sintesi può essere identificato da uno sguardo verso l'impatto di *internet* nella società quale «buon ricostituente⁵⁰» sotto ogni aspetto, nondimeno quello partecipativo, nonché nella considerazione – senz'altro veritiera – che «la rete non raggiunge tutti, soprattutto in Italia, ma può raggiungere minoranze determinanti ai fini

dall'*hard law* al *soft law*, in A. RUGGERI, L. D'ANDREA, A. SAITTA, G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 315.

⁴⁶ «In termini sia di inclusione – grazie alla rete molte più persone possono accedere al mondo politico – sia di decisione – le infrastrutture informatiche consentirebbero di fare scelte in tempo reale su una molteplicità di *issue*» secondo M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019, 51.

⁴⁷ Nella sterminata produzione dottrinale, occorre richiamare anzitutto al problema della regolamentazione del *cyberspazio* nel fondamentale saggio di S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, nonché della rilevanza costituzionale di *internet* con G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 6 ottobre 2011, e del controllo del *web* per P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 13 dicembre 2011. Più recentemente, *ex multis*, valgano i contributi di D. CABRAS, *Crisi della democrazia rappresentativa e democrazia elettronica*, in *Rassegna Parlamentare*, 2/2017, 277 s.; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017, 126 ss.; P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 76 ss.; M. BETZU, G. DE MURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 1/2020, 218 ss. Gli autori enumerano una sequenza di criticità tra cui annoverare il *digital divide* e la libertà di *internet* non garantita, il *digital fluency* e il rischio *fake news*, l'*hate speech* e la complessa moderazione dei contenuti, la non neutralità degli *algoritmi* e i *big data* presupposto del *microtargeting* politico.

⁴⁸ Dapprima, “The Future of Parliamentary Democracy: Transition and Challenge in European Governance” *Green Paper prepared for the Conference of the European Union Speakers of Parliament*, del settembre 2000; successivamente, la Raccomandazione “sulla democrazia elettronica” del Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d'Europa del 18 febbraio 2009 (CM/REC(2009)1); in seguito, la relazione “sulla e-democrazia nell'Unione europea: potenziale e sfide della Commissione per gli affari costituzionali del Parlamento europeo”; infine, il *report* del Centro studi del Parlamento europeo del febbraio 2020 “Digital democracy is the future of civic engagement online?” sull'impatto che certi fattori hanno sullo sviluppo di tecnologie digitali nelle democrazie occidentali.

⁴⁹ Per un approfondimento, consultare G. AICHHOLZER, S. STRAUB, *Electronic Participation in Europe*, Berlino, 2016.

⁵⁰ In ragione del fatto che - secondo M. PIETRANGELO, *Il contributo di Internet alla partecipazione popolare: la consultazione pubblica telematica*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 17 marzo 2015 - la comunità è di fronte a un'unicità che «si presenta anche ai meno esperti come un mezzo formidabile, che consente di scambiare dati e informazioni e di comunicare come mai prima; tutte attività, queste, essenziali anche in un'azione politica che veda protagonisti – in un circolo virtuoso – i rappresentanti ed i rappresentati».

del risultato elettorale complessivo⁵¹», minoranze che non potrebbero essere altrimenti intercettabili.

Fondamentale è il rispetto dei presupposti della *e-participation*, come individuati da un'indagine delle Nazioni Unite⁵², la *e-information*, altrimenti detta *e-enabling* (1 level: *accessibility & understandability*) con un coinvolgimento passivo dell'elettorato, la *e-consultation*, ossia l'*e-engaging* (2 level: *top-down*) che prevede un ruolo attivo degli elettori al pari della *e-decision making* (corrispondente all'*e-empowerment bottom-up*)⁵³. Prodromico a un godimento di tali diritti è l'accesso a *internet* attraverso una connessione veloce «perché la banda [larga] asciuga le distanze tra remoti e vicini, azzera le differenze di età, livella le impari condizioni fisiche⁵⁴». Nell'era delle telecomunicazioni, l'esclusione dalla rete *internet* risulta uno dei più evidenti ostacoli di ordine economico e sociale che, se non rimosso, limiterebbe i diritti fondamentali dei cittadini, impedendo l'inveramento del principio di uguaglianza sostanziale. Il divario nell'accesso alle nuove tecnologie, semplificabile nel termine *digital divide*, comprende una «costellazione di differenze di tipo sociale, economico e tecnologico⁵⁵», rintracciabili mediante un'indagine attorno a «la dotazione tecnica di *hardware* e *software*; la competenza digitale; la disponibilità di reti sociali; l'autonomia d'uso e l'esperienza⁵⁶».

Attualmente, l'esperienza più rilevante che unisce partecipazione e dematerializzazione delle firme è insita nel «diritto collettivo di petizione⁵⁷» rappresentato dalla *European Citizens' Initiative (ECI)*. Occorrono non meno di un milione di dichiarazioni di sostegno di cittadini dell'Unione europea, rispettando le soglie minime individuate per ciascun Paese, affinché un'iniziativa possa essere depositata presso i commissari europei e incidere sull'agenda politica. Oggetto di un rinnovato regolamento entrato in vigore il 1° gennaio 2020, l'ECI ha promosso la raccolta delle firme avvalendosi di un servizio *online* gratuito, in una qualsiasi delle lingue ufficiali dell'UE, con la possibilità di scegliere la data di inizio della campagna e fornendo meno

⁵¹ P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 8.

⁵² United Nations, *United Nations E-Government Survey 2014 E-Government for the Future We Want*, United Nations, New York, 2014 [online].

⁵³ A. MACINTOSH, *Characterizing E-Participation in Policy-Making*, in *Proceedings of 37th Hawaii International Conference on System Sciences*, 2004, 1 ss.

⁵⁴ «Insomma – come scritto da G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 45 – 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».

⁵⁵ D. GUNKEL, *Second Thoughts: Toward a Critique of the Digital Divide*, in *New Media & Society*, 5, 4/2003, 504.

⁵⁶ L. SARTORI, *Il divario digitale*, Bologna, 2006, 46 s.

⁵⁷ «Nel diritto costituzionale comparato, un'iniziativa popolare può essere sottoposta alla votazione del popolo (diretta) o inviata al legislatore (indiretta). Nello spazio europeo, lo strumento di cui dispongono i cittadini dell'Europa non raffigura un diritto di iniziativa *stricto sensu* accostata ad un referendum (sovranazionale). Per l'insigne dottrina – a cui si accosta N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, Milano, 2014, 211 – se un'iniziativa popolare non riconduce ad una votazione popolare finale – come avviene negli ordinamenti italiano, lettone, lituano, polacco, portoghese, sloveno, spagnolo ed austriaco – non può essere considerata uno strumento di democrazia diretta ma classificata quale istituto di democrazia partecipativa».

informazioni personali possibili, ai sensi del Regolamento generale per la protezione dei dati personali 2016/679. Mediante il supporto digitale è possibile gestire e avere contezza dello stato dell'*iter* dell'iniziativa, nonché agevolare le comunicazioni agli organizzatori, inclusa una prima valutazione delle probabilità che la Commissione approvi la registrazione. Inoltre, il programma di gestione via *web* consente ai cittadini di scambiare opinioni tramite un *forum* virtuale. Infine, in rete sarà possibile godere della massima trasparenza attraverso la pubblicazione di tutte le informazioni sui singoli finanziamenti ricevuti dagli organizzatori, qualora il contributo superi i cinquecento euro. Parallelamente, esiste il diritto di petizione dei cittadini dell'UE che può trovare anche espressione individuale. L'oggetto di una petizione rivolta al Parlamento europeo deve rientrare nei settori di attività dell'UE ed è trattata dalla Commissione PETI. L'obiettivo è permettere l'espressione di preoccupazioni o richieste sulle politiche europee esistenti, così come richiesto dall'art. 227 TFUE. A tal fine, esiste un portale che consente di presentare la petizione per via elettronica mediante una procedura di registrazione che fornisce altresì informazioni sulle questioni già sollevate.

Dunque, appare evidente come il *web* non sia di per sé sufficiente a garantire una maggiore democratizzazione, ma è altrettanto chiaro che una crescita democratica non possa più prescindere dalla tecnologia che può consentire un maggior coinvolgimento diretto della popolazione⁵⁸: «gli strumenti tradizionali della democrazia rappresentativa non bastano più, la democrazia si deve rinnovare *anche* con l'aiuto delle tecnologie informatiche⁵⁹».

Da un punto di vista critico «questa pretesa disintermediazione è solo una nuova mediazione, ancor meno trasparente della precedente [...]. Queste distorsioni, a loro volta, impediscono quella riflessione che è la ragion d'essere della mediazione istituzionale⁶⁰». Celando come «la democrazia del pubblico, invece, espressione del populismo democratico, si muove per l'attuazione dei principi costituzionali, a partire proprio da una visione inclusiva e pluriforme dell'art. 1 della Costituzione, pluralista e anti-egemonica sia nelle forme che nei contenuti⁶¹». Favorevolmente, «per la prima volta nella storia dell'umanità, ciascun cittadino può gestire da sé le proprie idee: mettendole in relazione con gli altri. Senza limiti⁶²». Tuttavia, le Regioni conservano una speciale difficoltà a operare con propri mezzi tecnologici e necessitano di un ausilio dello Stato per superare i propri limiti strutturali. Può considerarsi tramontata l'elaborazione di

⁵⁸ Si v. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, cit., 15 s., «L'applicazione delle tecnologie digitali ai processi democratici del mondo reale, *per sé*, non assicura né impedisce che la democrazia funzioni meglio di quanto abbia fatto finora, non corregge né peggiora le storture eventualmente derivanti da un difettoso assetto istituzionale, non produce necessariamente soluzioni più condivise né è in grado di annullare i rischi di involuzioni antidemocratiche e autoritarie. Soprattutto, la digitalizzazione della democrazia non ne altera il senso complessivo di impresa collettiva funzionale alla decisione per via maggioritaria su questioni controverse e irrisolvibilmente conflittuali, né la trasforma magicamente in una procedura produttiva di soluzioni "migliori" in quanto ponderate, ragionate o produttive di consenso sul "bene comune" o l'"interesse generale"».

⁵⁹ E. PALICI DI SUNI, *Democrazia diretta e partecipazione popolare nell'età di internet*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4/2014, 1548.

⁶⁰ M. BARBERIS, *Come internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, Milano, 2020, 39.

⁶¹ A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 136.

⁶² M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, cit., 133.

regionalismo duale, in favore di quello cooperativo. Eventualmente, su questioni non strutturali, «il “regionalismo dell’uniformità” – com’è stato efficacemente chiamato (Trimarchi Banfi) – si combatte solo gettando il seme per la edificazione di un *regionalismo “differenziato” ed asimmetrico* (se si vuole, ad imitazione del modello spagnolo), in seno al quale ciascuna Regione possa cercare da sé le vie originali della propria autodeterminazione e del proprio sviluppo⁶³».

Conclusivamente, si può sostenere come, *in primis*, il tema in oggetto non si limiti a un *focus* sull’applicazione di un nuovo strumentario al campo democratico per effetto del progresso tecnologico, ma piuttosto ne evidenzi un valido apporto al punto da fornire corpo a un nucleo di principi costituzionali altrimenti solo parzialmente attuati. *In secundis*, si registra la flebile, eppur costante, attenzione delle Regioni in materia, rilevando un impegno parlamentare a singhiozzo; non c’è stata continuità d’intenti tra l’immediata accelerazione impressa nella prima parte della XVIII legislatura, con la creazione di un Ministero *ad hoc* per la democrazia diretta e stanziamenti per investire sulle sue pratiche, e la recentissima riattivazione per individuare modalità di voto a distanza ed elettroniche e applicazioni per le firme elettroniche qualificate. Sull’onda di un generale *favor* impresso dal contesto internazionale e interno verso la digitalizzazione del Paese⁶⁴, permane, *in ultimis*, il dubbio che la pur proficua dilatazione della partecipazione mediante nuovi strumenti possa non essere direttamente proporzionale all’aumento del coinvolgimento degli elettori, stante la presenza di un’ormai atavica disaffezione alle sorti della *res publica*.

⁶³ Opportunamente, A. RUGGERI, *Introduzione*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Atti del Seminario di Messina del 6 aprile 2001, Milano, 2001, 8 s., secondo cui «dalla prospettiva ora adottata, come si vede, la stessa idea del mantenimento di un’autonomia “duale”, articolata nei due tipi della “ordinarietà” e della “specialità”, mostra limiti evidenti, peraltro ampiamente comprovati dall’esperienza; eppure, ancora una volta, non si è avuta la forza per superarli, dal momento che si seguita a riproporre stancamente un modello “binario” che già, per la gran parte, da tempo superato (come si sa, complessivamente a danno delle stesse autonomie che avrebbero piuttosto dovuto esserne avvantaggiate), appare oggi con ancora maggiore evidenza incoerente rispetto al nuovo contesto segnato dal rovesciamento del riparto delle materie (una riflessione sul punto può, ora, vedersi in F. Palermo, G. Pitruzzella e S. Mangiameli)».

⁶⁴ Tra i documenti più rilevanti in argomento: 1) Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile - *Goal* 9: imprese, innovazione e infrastrutture, sottoscritta il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, e approvata dall’Assemblea Generale dell’ONU, costituita da 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile e 169 *target*, ad essi associati, da raggiungere in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale entro il 2030; 2) *Digital Economy and Society Index* (Relazione DESI 2019) della Commissione europea che monitora le prestazioni digitali globali dell’Europa e misura i progressi compiuti dai Paesi dell’UE in termini di competitività digitale; 3) Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - M1C1: digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A. (pacchetto di investimenti e riforme richiesto dal Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF), parte del programma *Next Generation EU* (NGEU) predisposto dall’Unione europea per rispondere alla crisi pandemica); 4) Iniziative per il rilancio “Italia 2020-2022” (c.d. “Piano Colao”), I progetti e le iniziative proposte dal Comitato di esperti in materia economica e sociale (istituito con DPCM del 10 aprile 2020); 5) Piano Triennale 2020-2022 per l’informatica nella Pubblica Amministrazione, Agenzia per l’Italia Digitale e il Dipartimento per la Trasformazione Digitale.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

IL “FATTO DIGITALE” E L’ELASTICITÀ COSTITUZIONALE NEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL GOVERNO

YLENIA MARIA CITINO

SOMMARIO: 1. Premessa: il “fatto digitale” come possibile chiave di lettura delle trasformazioni causate dalle tecnologie informatiche sulla Costituzione dei poteri. – 2. Necessità di un’indagine ad ampio spettro sull’elasticità della Costituzione dei poteri rispetto al fattore “Internet”. – 3. Alcune vicende esemplari relative alla formazione del governo. – 3.1. Le consultazioni in *real time* e la fine della riservatezza sulle trattative di governo. – 3.2. La ratifica del contratto di governo e la “pregiudiziale” della votazione online. – 3.3. E se il *sentiment* soppiantasse l’opinione pubblica come fattore di condizionamento dei processi di formazione del governo? – 3.4. Rappresentanza politica e corpo elettorale “digitale”. – 4. La riscrittura della forma di governo alla prova dei fatti digitali. A chi spetta certificare queste trasformazioni?

1. Premessa: il “fatto digitale” come possibile chiave di lettura delle trasformazioni causate dalle tecnologie informatiche sulla Costituzione dei poteri

Le costanti innovazioni informatiche, sia sul piano del *software* che su quello dell’*hardware*, danno vita a scenari digitali in continuo cambiamento con importanti riflessi sulla sfera pubblica e sul diritto costituzionale¹.

¹ Sin negli anni Ottanta si sottolineava, quasi profeticamente, «l’esigenza che il Parlamento affronti il problema dell’informatica prendendo consapevolezza che non è un argomento di discussione riservato ai soli tecnici, ma è un tema di preminente interesse politico», riconoscendosi che «l’istituzione parlamentare non ha ancora raggiunto questa consapevolezza e la riprova sta nella scarsità degli atti adottati o delle iniziative promosse in questo campo». Così, R. PAGANO, *Informatica e Parlamento*, in *Informatica e*

Basti pensare alle potenzialità del Web 2.0, quell'«ecosistema informativo»² composto da riviste e quotidiani online, blog, piattaforme di aggregazione di contenuti e social network, su cui stanno gradualmente “sbarcando” anche le istituzioni pubbliche; alla maggiore diffusione e accessibilità di dati e atti provenienti dalle pubbliche amministrazioni³; alle tecniche di interazione diretta con i decisori politici e alla percezione di un'augmentata *accountability*⁴; alle tecnologie in ambito di *e-voting*, nella loro duplice veste di votazioni elettive e deliberative⁵; infine, in tempi di pandemia, si pensi altresì alle tecniche di collaborazione a distanza, utilizzate per l'offerta di servizi pubblici, per lo *smart working* o per lo svolgimento di videoconferenze e riunioni anche a livelli apicali, altrimenti impossibili⁶.

Questi ed altri esempi vantaggiosi nascondono, loro malgrado, rischi e minacce che incidono su materie costituzionali, come le libertà politiche, la riservatezza e la tutela dei dati personali, la sicurezza privata e pubblica, la libertà di espressione e il diritto di

diritto, 2-3/1980, 302. Anche nell'ambito dell'amministrazione si percepiva la necessità di una rivoluzione informatica, messa in evidenza dal *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato* (cd. Rapporto Giannini), trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica il 16 novembre 1979, 14 ss. Malgrado fosse accertata la necessità di dover cominciare dall'installazione di “elaboratori” e dalla formazione di personale capace di utilizzarli, ci si dovette arrendere di fronte al fatto che «sull'attività di informatica delle pubbliche amministrazioni non si hanno statistiche affidabili».

² L'espressione è presa in prestito da P. COSTANZO, *Contributo al Forum “Le sfide della democrazia digitale”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 233.

³ Sulla maggiore accessibilità della PA, cfr. F. FAINI, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 4-5/2019, 1099 ss. Ciò non significa automaticamente che il cittadino sia più consapevole ed edotto circa le vicende delle istituzioni. Sul punto, ad esempio, P. MANCINI, *A Voce Alta. «Piatto ricco mi ci ficco». I possibili guai della ricchezza di dati sulla comunicazione digitale*, in *Comunicazione politica*, 1/2021, 289 ss. Come ha avvisato la Corte costituzionale, infatti, la pubblicazione di quantità massicce di dati in ottemperanza ad obblighi legislativi di trasparenza, «non agevola affatto la ricerca di quelli più significativi a determinati fini», anche perché il singolo cittadino non possiede i mezzi per compiere simili elaborazioni. Cfr. Corte cost., sent. n. 20/2019, punto 5.3.1 in diritto. Sulla mancata rivoluzione digitale della pubblica amministrazione, ancorata per molti versi al suo modello ottocentesco, cfr. A. CELOTTO, *La burocrazia digitale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2020, 265-273; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 363 ss.

⁴ Su cui già G. DUCCI, *La comunicazione pubblica digitale per la trasparenza, l'accountability e il dialogo con i cittadini: verso una PA open e condivisa*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 3/2013, 461 ss. Sul tema della comunicazione dei vari Ministeri e dei riflessi sull'*accountability*, cfr. F. DI COSTANZO (a cura di), *PA social: viaggio nell'Italia della nuova comunicazione tra lavoro, servizi e innovazione*, Milano, 2017, *passim*. Sul versante dell'Unione Europea, F. MAZZONI, *Regolamento Europeo 2016/679: alcune normazioni di riferimento per declinare sul campo il principio dell'accountability*, in *Cyberspazio e diritto*, 1-2/2019, 197 ss.

⁵ V. 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*, 6/2020, 216 ss.; sulle votazioni elettroniche deliberative e le proposte di riforma in fase di elaborazione all'interno del Parlamento italiano, cfr. L. DI MAJO, *Un Parlamento smart? (Poche) luci e (molte) ombre dei lavori a distanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021, 149 e ss.

⁶ Sul punto, di recente è stata lanciata una nuovissima tecnologia da Google, denominata Starline Project, che consentirà, se si dovesse diffondere, di effettuare delle riunioni in “iper-telepresenza” avvalendosi di una realtà che non è virtuale o aumentata, ma addirittura “immersiva”, senza l'ausilio di auricolari o occhiali tridimensionali. Questa tecnologia potrebbe avere applicazioni sconvolgenti su ogni campo, anche quello giuridico. Cfr. <https://blog.google/technology/research/project-starline/>.

informazione sino a toccare, nei casi estremi, la stessa tenuta dell'ordinamento democratico⁷.

Questa premessa è utile a introdurre una problematica che assume via via un peso maggiore nel diritto costituzionale: il fattore "Internet", nel bene e nel male, non lascia indenne nulla del mondo esterno e, quindi, incide anche sulla Costituzione, sulle sue strutture, sul modo di intenderla e di farla valere da parte degli operatori giuridici, aggiungendosi ai tradizionali elementi che causano trasformazioni e innovazioni tacite.

In un recente lavoro, Frosini ha affermato che «la sfida che spetta al costituzionalismo nel Ventunesimo secolo» è «fare convivere, in perfetta armonia, le libertà dell'individuo con la tecnologia»⁸. Questa affermazione è tanto più vera quanto si osservi l'altra faccia della medaglia, ossia l'interazione dei poteri costituzionali con la tecnologia. Si tratta di un aspetto meno indagato, avendo a che fare spesso con le parti più sfuggenti delle Costituzioni. Le "pagine bianche" sulla forma di governo, infatti, rendono il terreno fertile ad innesti provenienti dalla realtà delle cose. E i fatti, oltre a provenire dalla realtà "analogica", scaturiscono ormai anche dalla dimensione cibernetica. Così, nel processo circolare di condizionamento fra fatto e diritto, fra essere e dover essere, sembra opportuno chiedersi in che misura il "fatto" proveniente dalle tecnologie informatiche possa condizionare e, talvolta, sviare tacitamente il senso di alcune disposizioni inerenti la parte organizzativa delle Costituzioni.

La finalità di questo contributo è, dunque, l'individuazione di alcune vicende esemplari di diritto costituzionale, che consentano di leggere in maniera sistematica e coerente gli intrecci delle norme costituzionali con le innovazioni fattuali legate all'uso di Internet e delle tecnologie informatiche. Per compiere una simile operazione, si è scelto di proporre, come possibile chiave di lettura, il concetto di "fatto digitale".

Muovendo dalla tradizionale distinzione fra *atti* e *fatti*, per "fatto digitale" si potrebbe intendere un insieme di condotte o situazioni, collegate alla sfera politica e pubblica, che vengono in essere nello spazio digitale e che si pongono come possibili matrici di pratiche costituzionali inedite. Esse potrebbero, quindi, vaticinare l'affermazione di nuove prassi, regolarità od originali possibilità interpretative delle regole costituzionali, talvolta anche di tipo distorsivo. La proliferazione di tali fatti potrebbe, in ultima analisi, fungere da presupposto o motivazione per la creazione di norme, da qui l'interesse verso un tale oggetto di studio.

⁷ Un aspetto trattato da F. RAMPONE, *Deepfake, ovvero Manipola et impera. Un'analisi sulle cause, gli effetti e gli strumenti per la sicurezza nazionale, nell'ambito dell'utilizzo malevolo dell'intelligenza artificiale ai fini di disinformazione e propaganda*, in *Cyberspazio e diritto*, 1-2/2019, 11-28. E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 12, parla di «ruolo dinamico e pluridirezionale» del fattore tecnologico.

⁸ T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 1/2020, 466.

2. Necessità di un'indagine ad ampio spettro sull'elasticità della Costituzione dei poteri rispetto al fattore "Internet"

Poiché la rilevanza acquisita dal fenomeno digitale investe anche l'esercizio del potere politico, si richiede di valutare come reagisce la Costituzione dinanzi all'avvento di tali innovazioni. La forma di governo ha una sufficiente elasticità per accettarle oppure ci troviamo di fronte a una imminente crisi di prescrittività?

Anche le Costituzioni rigide si prestano ad adattarsi alle molteplici sollecitazioni che vanno ad intaccare il loro impianto originario⁹: esse tendono a «regolare gli aspetti più qualificanti del sistema istituzionale di vertice»¹⁰ ma, non essendo assolutizzanti, coesistono con la presenza di lacune (Donati), di anomalie (Spagna Musso), di zone grigie, di norme "elastiche" e "programmatiche" (Crisafulli), di clausole generali o principi valvola. Questi accorgimenti consentono alle forze spontanee che operano a livello costituzionale di aggiustare gli equilibri al mutare dei rapporti di forza.

Alcune interessanti considerazioni stanno venendo fuori nell'ambito del dibattito sul "costituzionalismo digitale", con ciò intendendosi una nuova declinazione dei principi e dei valori sottesi alle risposte costituzionali rispetto alle sfide dell'avanzamento tecnologico nel settore informatico¹¹. Così, certamente, potrebbe essere rivalutato, in tale chiave, il classico tema delle *Verfassungswandlungen* (le modificazioni costituzionali tacite) che trova le sue radici nelle riflessioni di studiosi come Hesse, Böckenforde, Hsü Dau-Lin, Jellinek, Laband, per citarne solo alcuni¹².

Lo studio dei cambiamenti provocati dai "fatti digitali" sulla forma di governo potrebbe fornire interessanti spunti di ricerca non solo nell'ambito del modello parlamentare, ma anche rispetto ai presidenzialismi e ai semi-presidenzialismi.

Un ragionamento a parte meriterebbe l'individuazione di "fatti digitali" nelle Costituzioni di nuova formazione¹³, potendosi valutare, ad esempio, se esse contengono la costituzionalizzazione di principi o regole legate all'uso di internet. Infine, un ulteriore settore di indagine potrebbe essere quello del "fatto digitale" rispetto ai regimi autoritari, ai regimi ibridi e ai sistemi di governo che in vario modo fuoriescono dalle tradizionali democrazie: ciò consentirebbe di determinare in che misura Internet sia oggetto di regole

⁹ Tra i molti che hanno affrontato l'argomento, v. senz'altro S. BARTOLE, *L'inevitabile elasticità delle Costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale. Seminario di studio, Messina, 23 febbraio 1996*, CEDAM, Padova, 1997; V. ZANGARA, *La rigidità delle Costituzioni*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli, II*, Giuffrè, Milano, 1974; A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1989, 8 ss.

¹⁰ Così Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 284.

¹¹ Cfr. E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, in *HIIG Discussion Paper Series*, 2/2018, 2-21.

¹² Per una bibliografia, si rinvia, volendo, a Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

¹³ Cfr. J. GLUCK-B. BALLOU, *New Technologies in Constitution Making*, in *US Institute of Peace*, 2014, 1-13, che analizzano vari processi costituenti valutando in che modo le tecnologie digitali vengono utilizzate per pubblicizzare l'andamento dei lavori e per ottenere *feedback* dai cittadini.

che facilitano la preservazione del potere autoritario, ovvero il mantenimento di false apparenze di democraticità o la “sorveglianza” della popolazione, fornendo soluzioni a basso costo per inasprire la repressione dei diritti e delle libertà¹⁴.

Una tale ricognizione, chiaramente, sarebbe molto vasta rispetto ai limiti del presente contributo. L’anamnesi che il giuspubblicista contemporaneo deve ormai poter compiere sulla democrazia nell’era digitale sarà, in questa sede, circoscritta al particolare aspetto della procedura di formazione del governo: si tratta, infatti, di una fase cruciale ma scarsamente disciplinata dalla Costituzione. Perciò, essa rappresenta un ambito che attrae varie “contaminazioni” provenienti dal mondo dei fatti.

3. Alcune vicende esemplari relative alla formazione del governo

Avendo a mente il perimetro d’indagine appena delineato, si esamineranno alcune vicende esemplari relative alla formazione del governo nel modello italiano, senza escludere la possibilità di compiere rinvii a casi stranieri, in chiave comparata.

3.1. Le consultazioni in real time e la fine della riservatezza sulle trattative di governo

Grazie ad internet, sta cambiando il rapporto fra gli atti delle istituzioni politiche, un tempo coperti dalla riservatezza, e il pubblico. Il caso *Wikileaks*, per citare un rilevante esempio, ha comprovato come «gli *arcana imperii* si pongano ancora a fondamento dei riti e delle prerogative del potere, ma anche che essi, per quanto misteriosi, non perciò possono ritenersi inviolabili»¹⁵.

Lo sviluppo delle tecnologie informatiche sta veicolando una crescente accessibilità ai dati, in attuazione del principio di trasparenza. Una tendenza del diritto costituzionale investito dai fatti digitali è, perciò, quella di predisporre norme di rango legislativo che introducano forme di controllo da parte dei cittadini sull’esercizio delle attribuzioni da parte delle istituzioni (nei sistemi di *common law* si parla della c.d. *freedom of information law*). Sul piano della forma di governo, inoltre, i fatti digitali stanno introducendo nuove prassi che, per adesso, sono in gran parte ad uno stadio iniziale, in quanto legate all’iniziativa di alcune soltanto delle forze politiche.

¹⁴ Quali fatti digitali si potrebbero individuare nel regime nordcoreano? Nella Repubblica Popolare Cinese? A Cuba? O, ancora, in quei paesi che hanno soffocato le aspirazioni della Primavera araba? Su tali punti, una base di partenza potrebbero essere gli studi di J. GERSCHEWSKI-A. DUKALSKIS, *How the Internet Can Reinforce Authoritarian Regimes: The Case of North Korea*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 19/2018, 12-19 ;E.G. RØD-N.B. WEIDMANN, *Empowering Activists or Autocrats? The Internet in Authoritarian Regimes*, in *Journal of Peace Research*, 3/2015, 338-351; S. KALATHIL-T.C. BOAS, *The Internet and State Control in Authoritarian Regimes: China, Cuba and the Counterrevolution*, in *Carnegie Working Papers*, 21/2001, online su: <https://firstmonday.org/article/view/876/785>. Sulle primavera arabe, cfr. L. MEZZETTI, *La libertà decapitata. Dalle primavere arabe al Califfato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

¹⁵ Così, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011, 2.

Si guardi, per esempio, alle consultazioni che sono, nell'ambito del procedimento di formazione del governo, la fase che forse più di ogni altra è stata connotata dalla riservatezza. La crisi in cui, da decenni, versa la classe politica ha favorito l'ascesa di movimenti populistici e sovranisti, compiutasi nel segno di una manifesta volontà di distinguersi da esperienze e metodi ritenuti fallimentari. Un elemento chiave di questa nuova identità è incarnato dalla condivisione in tempo reale dell'esperienza politica da parte delle figure apicali, che diventano *influencer* politici e che si dotano di un innovativo approccio comunicativo attraverso i *post*, le *stories*, i *tweet*, gli *hashtag* e persino i c.d. *selfie*. Un fenomeno di svolta che contagia anche gli esponenti di partiti più "tradizionali", desiderosi di presentarsi in maniera diversa. Si ricordi, ad esempio, l'inusuale "*question time*" cui il Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, si sottoponeva regolarmente attraverso una diretta con i propri *follower*, rispondendo ad alcune delle domande che gli venivano poste nella *chat* pubblica (#matteorisponde).

Quella che si potrebbe definire la "*real-time politics*" viene brandita non solo come mezzo per riconquistare la fiducia degli obiettori del voto o dei cittadini "delusi", ma anche come strumento di auto-legittimazione di tutto un ceto politico emergente. Banalmente, si tratta di un metodo per controllare in maniera verticale la propria comunicazione, escludendo l'intermediazione del giornalista, percepito come uno scomodo *factchecker*. Così, i *media* tradizionali ne escono sconfitti: sono oggetto di recriminazione in quanto ritenuti "corrotti", "faziosi" e superati, come i vecchi partiti. Entrambi i soggetti sono ritenuti colpevoli di aver tradito le aspirazioni dei "cittadini" (una parola che, in Italia, assume nuove accezioni), dando luogo alla stagnazione delle opinioni¹⁶.

Analogamente, le istituzioni cominciano a dotarsi di portali web e riversano dentro un'enorme mole di dati¹⁷. Anche il Quirinale sceglie di innovare le proprie modalità

¹⁶ Per questo, ad esempio, agli eletti del Movimento 5 Stelle degli inizi era proibito andare in televisione o rilasciare interviste alla carta stampata: il primo atto di quella disintermediazione della politica che oggi sta avendo riscontri contraddittori fu rivolto contro i media tradizionali. Cfr. L. PARISI-R. REGA, *Disintermediation in political communication: chance or missed opportunity?*, in E. DE BLASIO-M. HIBBERD-M. SORICE (a cura di), *Leadership and new trends in political communication*, CMCS, Luiss University Studies, 2011.

¹⁷ È un bene, ad esempio, per i ricercatori e gli studiosi che vogliono monitorare la giurisprudenza della Corte costituzionale senza bisogno di reperire del materiale cartaceo. Ma certe "rivoluzioni mediatiche" G. SOBRINO, «*Uscire dal Palazzo della Consulta*»: *ma a che scopo? E in che modo? La "rivoluzione comunicativa" della Corte nell'attuale fase della giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it*, 15/2020, 175. possono produrre, volendo, delle conseguenze giuridiche: autorevoli commentatori hanno ipotizzato una certa "ultrattività" o "efficacia anticipatoria" dei comunicati stampa della Corte, che, nel preannunciare i dispositivi delle pronunce, saggiano in maniera indiretta le reazioni del pubblico alle scelte compiute. La tendenza della Corte ad "aprirsi" non esclude, infatti, che al momento della redazione del testo il collegio possa "adattarsi" alle sollecitazioni emerse dalla società civile, sfumando certi passaggi o rinforzandone degli altri. *Ex multis*, cfr. A. CELOTTO, *I "comunicati stampa" aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2009, 3728 ss.; E. CATELANI, *Giustizia costituzionale tra "anima politica" ed "anima giurisdizionale" e sua incidenza sulla forma di governo*, in *Federalismi.it*, 8/2017, 1-16; AA. VV., *Il Forum. I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2020, 358-398; G. D'AMICO, *La Corte e le "voci di dentro": strategie comunicative e capacità persuasiva del giudice delle leggi nei suoi comunicati stampa*, in AA. VV. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa University Press, Pisa, 2018, 295-305.

comunicative e, creando vari *account social*, avvia una nuova prassi comunicativa e trasmette le dirette streaming delle consultazioni¹⁸. Ciò non significa che l'utente web possa diventare un *voyeur* delle "stanze dei bottoni": queste rimangono chiuse, fisicamente e, quindi, visivamente. Sono delimitate da ampi banconi dietro ai quali si collocano i gruppi politici. Essi, al termine del colloquio con il Capo dello Stato, hanno la possibilità di dichiarare a una platea di giornalisti quanto riferito al Presidente. La pubblicizzazione delle consultazioni, dunque, è solo *de relato*: il cittadino, probabilmente per fortuna, può fruire delle dichiarazioni conclusive e riassuntive rilasciate dalle parti politiche mentre il Quirinale, cui resta ancora quel fondamentale nucleo di riservatezza, usufruisce di mezzi più usuali, come i comunicati stampa e le esternazioni informali.

Così non è stato, invece, nel caso di alcune consultazioni del Presidente del Consiglio incaricato, di cui rimane traccia, ad esempio, nello storico video dell'incontro tra il Presidente incaricato Bersani e la delegazione del Movimento 5 Stelle, trasmesso in maniera integrale in *streaming* dalla WebTv e dal canale YouTube della Camera il 27 marzo 2013. La rivendicazione, compiuta dal Movimento 5 Stelle, di un uso rivoluzionario dello *streaming* nel nome della trasparenza sembra, quasi, deridere i partiti classici¹⁹ per disfarsi di quegli "opachi" metodi di decisione che Arendt Lijphart avrebbe detto essere "fisiologicamente" connaturati ad una democrazia consensualistica²⁰.

Da queste sommarie considerazioni, sembra potersi evincere che il "fatto digitale" abbia agito nel senso di persuadere le istituzioni a condividere con il pubblico certi passaggi salienti tra cui, per l'appunto, le consultazioni²¹. Come è stato fatto notare, dunque, «il ricorso alla comunicazione pubblica ha svolto una funzione cruciale, modificando una prassi repubblicana fin qui caratterizzata dalla riservatezza»²². Una cosa tanto più evidente quando si è trattato dei due governi Conte, rispetto ai quali il Presidente della Repubblica ha dovuto soppesare «ben più del solito» i propri comunicati e le ragioni costituzionali ad essi sottese²³.

Il dilemma, tuttavia, riguarda il valore da attribuire a tutta questa "trasparenza": se essa sia un *pluris* per la democrazia ovvero non sia un'"incubatrice di malattie", favorite

¹⁸ Sulla comunicazione istituzionale del Quirinale, v. D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1921 ss. e ID. (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione istituzionale del Capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁹ Cfr. A. LONGO, *Nessuno dimentica quello streaming con Bersani*, in *laRepubblica.it*, 7 marzo 2018.

²⁰ Senza dimenticare, poi, che il successivo mutamento degli equilibri politici ha portato lo stesso Movimento a rinnegare le sue posizioni originarie, alleandosi in un primo momento con la Lega e, in un secondo momento, con «quel Pd che fino a qualche giorno prima era stato il partito di Bibbiano, il partito degli eurocrati, il partito sbeffeggiato nelle dirette streaming». Così, B. CARAVITA, *Un tornado silenzioso*, in *Federalismi.it*, 6/2021, v.

²¹ Non meno rilevanti, inoltre, sono le vicende interne ai vari partiti. Si pensi, ad esempio, alla «staffetta di San Valentino», alla sfiducia al Governo Letta compiuta in diretta *streaming* durante la direzione del Partito Democratico, in cui si registra la volontà di dimissioni del Presidente del Consiglio e la contestuale sostituzione del segretario del partito. Cfr. I. NICOTRA, *Governo Renzi direzione Italicum?*, in *Federalismi.it*, 5/2014, 2.

²² Così, C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2018, 1 ss.

²³ C. PINELLI, *Appunti*, cit., 1.

dall'atteggiamento di coloro che «in ambienti politici e mediatici, sono interessati a squalificare la riservatezza in nome di una falsa trasparenza»²⁴. Se da un lato le informazioni istituzionali stanno sempre più entrando a far parte dei *commons*, quei beni comuni dell'informazione, immateriali, liberamente fruibili e legati alle potenzialità di Internet²⁵, dall'altro lato, il sovraccarico informativo, favorito dall'assenza o scarsità di regole, rischia di trasformarsi in un'arma a doppio taglio.

3.2. La ratifica del contratto di governo e la “pregiudiziale” della votazione online

Fra i fatti digitali maggiormente di rilievo nella fase della formazione del Governo potrebbero annoverarsi, per quanto riguarda l'esperienza italiana, la ratifica del “contratto di governo” e la “pregiudiziale” della votazione *online*. Si tratta di vicende puntuali, che non hanno raggiunto un sufficiente grado di consenso tale da renderle generalizzabili rispetto al modello della forma di governo. Esse potrebbero, nondimeno, “stabilizzarsi” nel futuro, cosa che ne deciderà la sorte, poiché altrimenti saranno state solo una parentesi legata alla congiuntura politica presente²⁶.

Il contratto “per il governo del cambiamento” sembra inserirsi nel filone degli accordi di coalizione, comuni nell'esperienza tedesca²⁷. Quanto all'Italia, basti ricordare il “Patto della Staffetta” fra Craxi e De Mita, il “Contratto con gli italiani” di Berlusconi nonché il “Patto del Nazareno” fra quest'ultimo e Renzi. Simili proclamazioni non hanno assunto valore giuridico né rilievo costituzionale, ma soltanto enfasi politica.

Tuttavia, il contratto di governo del 2018 ha irrisolvemente indicato la persona da incaricare, limitando la scelta del Presidente della Repubblica²⁸. Non solo, il fatto politico

²⁴ C. PINELLI, *Appunti*, cit., 10.

²⁵ Su cui, v. C. HESS-E. OSTROM-P. FERRI (a cura di), *La conoscenza come bene comune*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. 38 ss.

²⁶ Cfr. ad esempio G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi*, cit., 62, che si domanda se alla luce di tali nuove prassi occorra aggiornare l'interpretazione della Costituzione formale.

²⁷ Ma certe sue modalità di esplicazione potrebbero rivelare problemi di congruità con il sistema costituzionale: se lo domanda B. CARAVITA, *I Governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2019, 7. Sul contratto di governo fra continuità e rottura delle prassi costituzionali, v. G. CAVAGGION, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Giappichelli, Torino, 2020, 150 e, prima ancora, M. CAVINO, *Una concezione svalutativa della rappresentanza parlamentare: il contratto di governo*, in *Il Politico*, 2/2019, 221-238. Nell'ampio dibattito, cfr. altresì G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2019; V. BALDINI, *Il contratto di governo: più che una figura nuova della giuspubblicistica italiana un (semplice ...) accordo di coalizione*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2018; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in *Rivista AIC*, 5/2019; A. MORELLI, *Dal “contratto di governo” alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*, nonché, i vari interventi al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti di Roma del 6 giugno 2018, dal tema “Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali” e al Forum “La intricata vicenda della formazione del Governo Conte”, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018. Per un'analisi comparativa con gli accordi di coalizione, cfr. T. GUARNIER, *L'esperienza del “contratto di governo”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 198.

²⁸ Per una ricostruzione delle vicende, v. A. MORELLI (a cura), *Dal “contratto di governo” alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale Scientifica,

compiuto del “contratto” avrebbe provocato un cedimento del ruolo del Presidente del Consiglio, costretto a rimettersi agli esiti della mediazione fra partiti senza possibilità di riconsiderare scelte già “sacralizzate” dal voto della base²⁹. La votazione *online* degli iscritti al movimento ha funzionato come una sorta di “ratifica” del contratto di governo.

La pregiudiziale della votazione *online* ha praticamente scandito l’attività politica del Movimento 5 Stelle. Come è noto, la piattaforma gestita dall’Associazione Rousseau contiene il database degli iscritti. Su di essa si sono effettuate consultazioni preventive su svariati argomenti: scelte politiche del movimento, programmi elettorali, selezione delle candidature e “conferma” delle figure apicali scelte dai vertici. Da argomenti di rilevanza interna, si è passati ad affrontare temi di rilevanza esterna³⁰. In particolare, l’11 febbraio 2021 gli iscritti sono stati chiamati ad approvare l’appoggio al Governo Draghi (74 mila votanti). Il 3 settembre 2019 erano stati chiamati a ratificare l’alleanza governativa con il Pd, partecipando in circa 79 mila. Il 18 maggio 2018 fu chiesto il consenso degli iscritti alla stipula del contratto “per il governo del cambiamento” con la Lega. Votarono circa 40 mila profili³¹.

In tutti tali casi, la risposta della base è stata entusiasticamente positiva (nel 2018, l’approvazione avvenne con il 94% dei voti espressi). Non si è verificata l’ipotesi, dunque, di un esito negativo, poiché altrimenti ci si sarebbe dovuti porre il problema dell’effetto condizionante di tale respingimento³².

Una prima considerazione da fare, dunque, è la tempistica di tali consultazioni. La loro natura cambia profondamente a seconda che esse vengano compiute antecedentemente al perfezionamento di atti istituzionali nell’ambito della procedura di formazione del governo, o successivamente. La loro anteriorità, infatti, implica che la consultazione resti un momento interno nella vita di un partito o movimento. Essa non soggiace ad alcun limite giuridico e, anzi, rappresenta l’inveramento del profilo interno di quel metodo democratico consacrato dall’art. 49 Cost. Diversamente, qualora tali consultazioni vengano fatte in un momento posteriore (come è avvenuto nel caso del Governo Draghi), quali il conferimento di un incarico da parte del Presidente della Repubblica o l’emanazione del decreto di nomina del nuovo Governo, allora il voto *online* assume una rilevanza esterna. Incide, dunque, sul procedimento di formazione del governo di cui agli artt. 92-94 Cost., facendo sì che non sia poi del tutto un caso di scuola l’eventualità che «il soggetto indicato dalle forze politiche di maggioranza si present[i]

Napoli, 2018. Cfr. anche G. AZZARITI, *L’abbandono delle regole non scritte*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2018, 3.

²⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Intervento in “Il Forum. La intricata vicenda della formazione del governo Conte”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, 48, per il quale il Presidente del Consiglio «corre il rischio di non essere né primo né pari ma solo la *longa manus* di coloro cui deve la sua investitura».

³⁰ Sulle criticità della piattaforma Rousseau, v. F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017, 193 ss.

³¹ E. BUZZI, *Rousseau, il risultato del voto sul governo Draghi: sì del 59,3%*, in *Corriere della Sera*, 11 febbraio 2021.

³² L’unica votazione contraria all’opinione dei vertici del movimento risale al gennaio 2014, sull’abrogazione del reato di immigrazione. Cfr. A. GAGLIARDI, *Voto su Rousseau, passaggio obbligato dal contratto con la Lega al governo con il Pd*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 febbraio 2021.

dal Capo dello Stato dichiarando che per lui l'ultima parola spetta a un'associazione, a un gruppo di interessi, a una società privata»³³.

Una seconda considerazione è quella della possibile emarginazione del gruppo parlamentare, organo a rilevanza costituzionale, vincolato da una decisione esterna che fuoriesce rispetto al tradizionale alveo del rapporto di rappresentanza, espresso dal voto elettorale. Si potrebbe, pertanto, intravedere un problema di correttezza e lealtà costituzionale, poiché un soggetto politico impegnatosi in trattative di governo, al momento della fiducia finale, vanifica tutte le attività compiute “tradendo” la buona fede delle altre parti istituzionali e la «ragionevole certezza» di poter concludere la procedura avviata³⁴. Per non pensare, peraltro, agli effetti sulla durata della procedura di formazione di governo, sottoposta a possibili rallentamenti o financo sospesa, nell'attesa del compimento di un'ulteriore (e non prevista) procedura di votazione interna a carico di un possibile membro dell'alleanza di governo. Un aggravamento (nei fatti, si è trattato di una settimana) non previsto, né prevedibile, dalla Costituzione³⁵. Ma che potrebbe, tuttavia, entrare “nello stato delle cose” attraverso la capacità, suggerita in apertura, dei fatti digitali di dar luogo ad accidenti politici che interferiscono con la prassi costituzionale.

3.3. E se il sentiment soppiantasse l'opinione pubblica come fattore di condizionamento dei processi di formazione del governo?

Ci sarebbe, poi, da discutere uno scenario ipotetico (ma non del tutto improbabile) che potrebbe un giorno emergere dalla combinazione di *big data*³⁶, intelligenza artificiale e *machine learning*, applicati ai *consumer analysis software*. Tale insieme di tecnologie rischia di essere una micidiale «arma di distruzione matematica», per riprendere le teorie di O'Neil³⁷. Esso, infatti, è suscettibile di usi che non solo incidono sulla privacy degli

³³ Così, A. MORELLI, *Formazione del Governo e votazioni online: il problema non è tanto Rousseau ma Montesquieu*, in *laCostituzione.info*, 29 agosto 2019.

³⁴ Secondo C. MELZI D'ERIL-G. E. VIGEVANI, *Con il voto su Rousseau uno sgorbio costituzionale e due sgarbi alle istituzioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 agosto 2019, «una volta dato l'avvio a questa procedura, non vi è spazio per una interrogazione a soggetti estranei al dialogo istituzionale. E qui sta lo sgorbio costituzionale, e lo sgarbo al Presidente della Repubblica». Critico anche G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla “normalità costituzionale” o conferma delle nuove prassi?*, in *Federalismi.it*, 13/2021, 52.

³⁵ V. C. MELZI D'ERIL-G. E. VIGEVANI, *Con il voto*, cit., per cui oltre al ritardo, «il danno peggiore è quello di creare caos istituzionale e, con esso, alimentare quel discredito nelle istituzioni, che non hanno certo bisogno di tali depressive iniezioni».

³⁶ Secondo G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 89, dire *big data* equivale ad intendere «masse enormi di dati universali per oggetto e soggetto, variabili per capacità auto-generativa, veloci per la formazione *in progress* del patrimonio informativo».

³⁷ C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017, spec. 189 ss.

utenti di Internet, non solo producono profitti nel settore commerciale e del marketing, ma possono condizionare la formazione dell'opinione pubblica^{38 39}.

Alcuni algoritmi sono già applicati per la classificazione dei dati politici che emergono da *Twitter* in funzione predittiva, come è avvenuto in Indonesia attraverso l'uso di "Naive Bayes"⁴⁰. Tale algoritmo, in particolare, si basa sui metodi di logica induttiva di stampo *bayesiano*, che traggono inferenze dai dati statistici rappresentandole attraverso le leggi della probabilità: si tratta, dunque, di un modello epistemico privo di certezza⁴¹.

Il delicato ambito della rappresentanza politica, tuttavia, ha poco a che vedere con la vendita di prodotti o con l'individuazione e la profilazione degli individui a scopi di *marketing*. Qui si incide sul nucleo dei valori democratici, poiché si acquisisce la capacità di analizzare a livelli mai pensati prima d'ora il circuito politico-elettorale. Non sarebbe illogico ipotizzare uno scenario in cui il *data mining* sia un giorno usato dalle istituzioni per tentare di formare un nuovo governo nel modo più possibile coerente con il *sentiment* collettivo (verrebbe da dire, un vero e proprio "governo del popolo"?).

Se i *new media* hanno favorito la disintermediazione nel dibattito politico, l'analisi comportamentale (*behavioral analytics*) e l'estrazione di opinioni politiche dai *data trails*, i sentieri di informazione lasciati dagli utenti del web potrebbero, un giorno, favorire una nuova pericolosa disintermediazione dal Parlamento? O dai partiti stessi? A che servirebbe, allora, parlare di circuito rappresentativo se la *political satisfaction* può essere rilevata sul web?

Si potrebbe replicare che gli algoritmi sono creati dall'uomo e, dunque, sono fallibili. L'intervento dell'uomo, che compie scelte di programmazione, è ineliminabile. Le macchine, con le loro decisioni binarie potrebbero solo dar luogo a una pseudodemocrazia e così, dunque, lo stesso metodo, rivendicato da alcuni movimenti politici come la più felice realizzazione della democrazia *online*, che prevede la sottoposizione di quesiti binari (sì/no) agli utenti, ha un sapore democratico soltanto illusorio. Ma una democrazia deve essere costruita attraverso la quotidiana dialettica politica, le cui scelte sono sovente frutto di compromessi, non di schieramenti netti ed autoescludenti.

Il *sentiment*, in ultima analisi, è cosa diversa dall'opinione pubblica e non può rimpiazzarla come metro di ascolto della società civile. Esso, infatti, misura il livello di *engagement* dell'utente-acquirente "imbellettando" un messaggio commerciale con

³⁸ Sul rilievo costituzionale della nozione di "opinione pubblica", v. il recente lavoro di L. CONTE, *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 306-338.

³⁹ Un uso qualitativo e "positivo", invece, può essere quello compiuto nella valutazione prognostica dell'opinione del pubblico rispetto a determinate riforme di impatto sociale, immaginando l'estrazione di dati come una sorta di audizione incidentale di un campione randomizzato della popolazione. Lo hanno fatto, per il *Jobs Act* e la riforma cd. #labuonascuola, A. CERON-F. NEGRI, *Public policy and social media: How sentiment analysis can support policy-makers across the policy cycle*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 10/2015, 309-338.

⁴⁰ Cfr. R. HIDAYATILLAH-MIRWAN-M. HAKAM-A. NUGROHO, *Levels of Political Participation Based on Naïve Bayes Classifier*, in *Indonesian Journal of Computing and Cybernetic Systems*, 1/2019, 73-82.

⁴¹ Per chi voglia approfondire, cfr. W. TALBOTT, voce "*Bayesian Epistemology*", in Edward N. Zalta (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2016, disponibile online.

immagini o frasi evocative, finalizzate a suscitare emozioni. La multiforme società civile viene categorizzata e ridotta a massa informe. Un uso politico di questa “massa” farebbe inverare le previsioni di Polibio sullo snaturamento della democrazia in olocrazia⁴².

A chiunque pare evidente come questo sia quanto di più distante rispetto alla “sfera pubblica politica”, come direbbe Habermas⁴³. L’applicazione di metodi di comunicazione imprestati dal mondo pubblicitario, facendo leva su momentanei entusiasmi, comporta un impoverimento del dibattito politico, che si priva di ogni afflato istituzionale e programmatico per accodarsi al vuoto di contenuto degli slogan. Quanta “sincerità” si può misurare in una tale campagna per la raccolta di voti? Se la “sincerità” non è una categoria giuridica, la libertà del voto, che in Italia è consacrata dall’art. 48 della Costituzione, certamente lo è.

3.4. Rappresentanza politica e corpo elettorale “digitale”

La delicata fase della formazione di un governo è compiuta sotto lo sguardo attento e vigile del corpo elettorale. Le varie vicende, tuttavia, vengono inevitabilmente presentate attraverso una certa “parallassi percettiva”. Il cittadino, infatti, compie le sue valutazioni in base a informazioni limitate. Come sosteneva in un’epoca assai significativa Walter Lippmann, il mondo dell’esperienza è troppo vasto per essere interamente conosciuto⁴⁴. La società civile non può comprendere l’estrema complessità di certe vicende della democrazia (*public affairs*)⁴⁵, cosicché finisce per ragionare attraverso una realtà “stereotipata” e, in qualche modo, compendiata. Ciò, nella visione di Lippmann, può insidiare la coesione sociale e favorire la radicalizzazione delle posizioni. La riduzione del dibattito politico in termini più semplici, insomma, non è una tendenza recente ma è connaturata ai limiti conoscitivi dell’uomo.

Oggi, però, le praterie inesplorate e “libere” del Web, con un’eterogeneità dei fini, rappresentano un rilevante luogo di manipolazione, in cui sussistono ancora importanti vuoti normativi⁴⁶. Come sottolineato più volte, anche recentemente, dalla Corte costituzionale, il “diritto all’informazione” garantito dall’art. 21 Cost. «va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla

⁴² Sul trionfo dell’olocrazia e della decisione lapidaria nel processo pilatesco a Gesù, come narrato nel diciottesimo capitolo del Vangelo giovanneo, cfr. il richiamo che ne fa A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione, I. Fra democrazia relativista ed assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994; una eco anche in H. KELSEN, *Vom Wesen Und Wert Der Demokratie*, Tübingen, 1920.

⁴³ J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1977, 251 ss.

⁴⁴ W. LIPPMANN, *Public Opinion*, New York, 1922, 79 ss.

⁴⁵ E, d’altronde, assume Lippmann, non è vero, come sosteneva Lord Bryce, che l’opinione pubblica è in continua formazione e adeguamento alle vicende governative (il riferimento è a J. BRYCE, *Democrazie moderne*, Giuffrè, Milano, 1930). Ci sono, infatti, temi su cui il pubblico semplicemente non ha alcuna opinione. Allora, non è necessario sommergere i cittadini con ogni tipo di informazione («not to burden every citizen with expert opinions on all questions»), ma di liberarlo da quest’onere informativo attraverso un amministratore responsabile («to push that burden away from him towards the responsible administrator»): la rappresentanza politica. W. LIPPMANN, *Public Opinion*, cit., 399.

⁴⁶ V. O. POLLICINO, *Fake news, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *MediaLaws*, 1/2017, 23 ss.

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»⁴⁷.

La preservazione della libertà di pensiero e di informarsi, nonché dello stesso pluralismo, tuttavia, sembra poco compatibile con le tecniche di profilazione (*consumer profiling*), elaborate da esperti che lavorano sulle miniere di dati (*Data Scientist*). Se ci sono indubbi vantaggi derivanti dal ricorso a tali tecniche per migliorare l'efficienza dei servizi forniti dalla PA al cittadino, non bisogna sottovalutare i rischi del potenziale ingresso di tali pratiche nella più alta sfera pubblica⁴⁸.

Nello scenario europeo, il dibattito è per adesso incentrato sul *Digital Services Act* e sul *Digital Markets Act*, che prediligono la dimensione privatistica del fenomeno. Eppure, i possibili abusi nel *microtargeting* elettorale hanno una innegabile rilevanza costituzionale, incidendo sulla libertà politica o sul principio di eguaglianza, per fare un doppio esempio⁴⁹. Gli usi fraudolenti di dati così sensibili possono portare a minacciare la stessa esistenza di una democrazia⁵⁰.

Questo “corpo elettorale digitale”, poi, sembra a volte rimpiazzare il corpo elettorale tradizionale, perché ha molte più occasioni per far sentire la propria voce⁵¹. Tale circostanza ha anch'essa “riverberi” costituzionali, poiché il complesso degli utenti “digitali” è un insieme più ristretto rispetto ai cittadini “reali”: il rischio è che le élite politiche diano ascolto a un elettorato “falsato”, mediamente più giovane e recettivo, più polarizzato, ma non necessariamente altrettanto “ubbidiente” al momento di recarsi alle urne e, certamente, non rappresentativo della totalità dei cittadini. Corrispondentemente, c'è un corpo elettorale “silenzioso” o “silenziato”, composto anche da persone che non mancano di votare a ogni elezione ma che, per motivi anagrafici, di analfabetismo digitale o semplicemente per propria discrezione, restano ai margini di questa sopravvalutata e chiasmata agorà digitale. Questa vicenda, tutto sommato, è suscettibile di avere un riflesso sul principio, architrave della democrazia, di cui all'art. 67 Cost., per cui ogni membro del Parlamento rappresenta la totalità della Nazione, non una parte di essa.

⁴⁷ Corte cost., sentenza n. 206/2019, che richiama anche le sentt. nn. 112/1993 e 115/2002. Sul diritto all'informazione, un riferimento degno di nota è a G.E. VIGEVANI-O. POLLICINO-C. MELZI D'ERIL-M. CUNIBERTI-M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁴⁸ Cfr. F. LAGIOIA-G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 85 ss.; P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, in *ivi*, 130.

⁴⁹ A tal fine, M. AINIS, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Giuffrè, Milano, 2018, 55, descrive il *profiling* come «la mercificazione della nostra identità».

⁵⁰ Cfr. C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit.; K. SHAFFER, *Data Versus Democracy: How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, Apress, s.l., 2019; K. MACNISH-J. GALLIOTT, *Big Data and Democracy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2020; S. TRANCOSSI, *Il paradossale ruolo della tecnologia nelle elezioni degli Stati Uniti*, in *Federalismi.it*, 6/2020, 249-274. Sulla manipolazione del consenso nella *data driven campaign*, cfr. G. GORI, *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in *Informatica e diritto*, 1-2/2017, 203 ss. Più in generale, v. M. BARBERIS, *Come internet sta uccidendo la democrazia: Populismo digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, *passim*.

⁵¹ A tal fine, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., 1, parla di “cittadini elettronici”.

4. La riscrittura della forma di governo (o della forma di Stato?) alla prova dei fatti digitali. A chi spetta certificare queste trasformazioni?

Alla luce degli spunti sinora emersi, quante di queste innovazioni collocate, per adesso, sul piano fattuale, possono essere sorrette dalla connaturata elasticità di una Costituzione?

A ben vedere, nonostante i molteplici miglioramenti che l'avvento di Internet ha prodotto su vari fronti, alcuni “fatti digitali” potrebbero avere un effetto corrosivo sulla democrazia, rosicchiandone le fondamenta attraverso mutamenti taciti gradualmente. L'influenza dei fenomeni cibernetici potrebbe avere un duplice effetto: rafforzare taluni organi, tendenzialmente monocratici e capaci di esprimersi in maniera “suadente” attraverso i *social network*; marginalizzare gli organi collegiali, come le assemblee parlamentari, che con la loro inefficacia risultano sconfitte dalla disarmante velocità e volatilità dei cambiamenti prodotti dal *web*.

Una pista di ricerca che andrebbe aperta, collocata solo per motivi di spazio nelle presenti conclusioni, dovrebbe essere rivolta all'individuazione dei soggetti che potrebbero – o forse dovrebbero – certificare le trasformazioni prodotte dai fatti digitali⁵². Qui non si tratta, infatti, di regole suscettibili un giorno di diventare consuetudini costituzionali, come la dottrina classica ci ha, non senza discrepanze di pensiero, tramandato. La peculiarità dei fatti “digitali”, è che, per l'appunto, fuoriescono dalla ristretta *communitas* delle istituzioni costituzionali, e si aprono a un mondo sconfinato in cui operano utenti veri, ma anche *bot* e profili falsi. Si permette, quindi, a realtà esterne di interferire con il “nucleo caldo” della forma di governo, provocando ripercussioni che potrebbero avere riflessi anche sulla stessa forma di Stato.

⁵² Ad esempio, G. SUFFIA-G. ZICCARDI, *Fake news, guerra dell'informazione ed equilibri democratici*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 225 ss. si rifanno a un passaggio del Garante della Privacy, per individuare quattro punti di vulnerabilità di un sistema democratico causati dall'uso indiscriminato di internet: 1) gli attacchi al pluralismo; 2) gli attacchi alla corretta informazione dei cittadini; 3) gli attentati alla libera formazione del consenso elettorale e, infine 4) la minaccia sulla diversificazione dell'offerta politica e alla *par condicio*.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LE NUOVE TECNOLOGIE
OLTRE LA “GRANDE DICOTOMIA” TRA PUBBLICO E PRIVATO

ELIA CREMONA

SOMMARIO: 1. Cosa resta della “grande dicotomia” pubblico-privato nell’era digitale? – 2. Una confusione di poteri e di funzioni. – 3. Il rischio di un “ostacolo epistemologico” nell’approccio regolatorio europeo. – 4. Il ruolo unificante del diritto costituzionale.

1. Cosa resta della “grande dicotomia” pubblico-privato nell’era digitale?

La dialettica tra ‘pubblico’ e ‘privato’ costituisce, praticamente da sempre, un punto fermo degli ordinamenti giuridici di *civil law*. Norberto Bobbio, alla voce *pubblico/privato* redatta per l’*Enciclopedia* Einaudi nel 1981, parla al proposito di una «grande dicotomia», di una distinzione idonea a «dividere l’universo in due sfere, congiuntamente esaustive [...] e reciprocamente esclusive»¹.

¹ N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3, cit. in B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in G. A. BENACCHIO-M. GRAZIADEI, *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli 2016, 3. Procedendo *à rebours*, Federico Carlo di Savigny, passando in rassegna “l’intero diritto” afferma, nel suo *Sistema del diritto romano attuale*, che si distinguono in esso due rami: lo *Staatsrecht* e il *Privatrecht*. Il primo “ha per oggetto lo Stato”, il secondo “l’insieme dei rapporti giuridici, in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita”; Immanuel Kant, allo stesso modo, dimidia i suoi *Principi metafisici della dottrina del diritto* tra diritto privato, che disciplina il possesso, l’acquisto e il contratto, e il diritto pubblico, che comprende il diritto dello Stato, il diritto dei popoli e il diritto cosmopolitico. E così via, “senza sostanziali mutamenti” (ancora Bobbio), si giunge fino ad Ulpiano, secondo il quale “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum*”

E così, per il Bianca, il diritto privato è il «diritto che regola i rapporti comuni tra i consociati», cioè il diritto comune delle persone e dell'economia, mentre il diritto pubblico sarebbe il «diritto dei rapporti autoritari speciali, cioè di quei rapporti in cui si esprimono speciali posizioni di supremazia»².

Il confine tra i due territori è stato tracciato secondo vari criteri e principalmente, semplificando, secondo un criterio soggettivo e un criterio oggettivo. Secondo il primo, *semel-semper*³: *pubblico* è ciò che – una volta per tutte – strutturalmente, soggettivamente, può dirsi tale, a prescindere dalla funzione di volta in volta esercitata o dall'attività svolta. Tale è la concezione che sta alla base, ad esempio, della definizione data dal Codice civile delle persone giuridiche pubbliche⁴, o della previsione secondo la quale gli 'enti pubblici' sono solo quelli costituiti per legge⁵ o della teoria secondo la quale essi sono rintracciabili al ricorrere di particolari indici di pubblicità⁶, rilevati i quali tutta l'attività dell'ente soggiace al regime di diritto pubblico.

L'opposto criterio valorizza invece il profilo oggettivo dell'attività, della funzione svolta o dell'interesse protetto, di cui è altresì espressione il principio della generale capacità di diritto privato della Amministrazione pubblica fissato nell'ordinamento italiano all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo⁷. E se perfino l'attività della p.A. non può dirsi sempre appartenente al diritto pubblico, ecco che allora entra in crisi l'opzione soggettiva anche per tutti quegli enti di cui si controverte la natura⁸.

quod ad singulorum utilitatem pertinet”, Dig. I, 1,1,2. Inst., I, 1, 4. E ancora una lunga, completa rassegna del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato in B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2020.

² C.M. BIANCA, *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Milano 2002, 35-37. Cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione costituzionalizzata e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 108 ss.

³ Si veda Tar Lazio, Roma, Sezione III, ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 26 aprile 2019, n. 5327.

⁴ Ai sensi dell'art. 11 c.c. le persone giuridiche pubbliche “godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”.

⁵ L'art. 4 della L. 70/1975 dispone che «nessun ente pubblico può essere riconosciuto o istituito se non per legge».

⁶ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, 310.

⁷ Nel diritto nazionale, il primo addentellato normativo è individuabile nell'art. 1, comma 1-*bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che “La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”. Il comma, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera b), legge 11 febbraio 2005, n. 15, è stato oggetto di numerosi commenti, che sostanzialmente hanno tentato di ricostruirne la portata ora in termini di diritto privato puro, ora in termini di diritto privato speciale. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, Vol. I, 445- 446, secondo cui “l'attività con cui le amministrazioni provvedono a se stesse” sarebbe “attività privata delle pubbliche amministrazioni . . . da non confondersi con l'attività di diritto privato non essendo volta alla cura di interessi pubblici”. Per una completa rassegna delle posizioni sull'attività di diritto privato delle pp.AA., V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

⁸ Il tema della natura pubblica o privata dei soggetti la cui attività sia – più o meno direttamente – funzionalizzata al soddisfacimento di bisogni di interesse generale è al centro di un ampio dibattito che attraversa dottrina e giurisprudenza. Si veda, ad esempio, sull'attività contrattuale del concessionario di lavori pubblici, dimidiata tra attività ‘pubblicistica’ e ‘privatistica’, Cass., SS.UU., 16 luglio 2019, n. 19019 e Cass., SS.UU., 11 marzo 2020, n. 7005. Vasto è ancora il dibattito, ad esempio, sulla natura pubblica o privata delle società c.dd. *in house*, sul quale sia consentito rinviare a E. CREMONA, *Crisi d'impresa delle società in house tra regole di mercato e pubblico interesse*, in *Giustiziacivile.com*, 28 luglio 2017.

Già Hans Kelsen, in verità, poneva in dubbio la rigida distinzione tra diritto pubblico e privato, evidenziando come fosse sufficiente muoversi verso il diritto penale o il diritto amministrativo perché essa mostrasse oggettivi limiti di capacità descrittiva del fenomeno giuridico⁹.

Ad ogni modo, le due visioni appaiono oggi compenstrate. Da un lato, infatti, l'ordinamento sempre più di frequente riconosce l'applicabilità di norme pubblicistiche in capo a soggetti privati, in ragione della *funzione pubblica* che essi ricoprono¹⁰, dall'altro lato l'ordinamento continua in altri settori pure ad adoperare criteri soggettivistici al fine di valutare poi l'applicazione di norme di diritto pubblico¹¹.

Dottrina e giurisprudenza paiono ormai concordi sul fatto che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico *a certi fini* e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla *ad altri fini*, conservando regimi normativi di natura privatistica¹².

L'ordinamento pare ormai orientato verso una nozione «funzionale e cangiante»¹³ di 'pubblico', predominante nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, secondo la quale il criterio da utilizzare per tracciarne il perimetro non è sempre uguale a sé stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa. In altri termini, l'interprete si troverà ogni volta a dover indagare quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime "amministrativo" previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali e della natura del soggetto, se quella funzione o quella *ratio* richiedano l'applicazione della disciplina pubblicistica¹⁴.

In questo "liquido" contesto, nel quale soggetti privati soggiacciono a regimi di diritto pubblico e soggetti pubblici seguono le norme di diritto comune, si innesta il problema tecnologico: sia sotto il profilo della *funzione assoluta* (privata o pubblica?), sia sotto il profilo della *regolazione* (privata o pubblica?).

Si può osservare che l'avvento del paradigma tecnologico ha reso definitivamente valicabile il confine tra diritto pubblico e diritto privato. Ciò per una ragione molto semplice:

⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959, 205.

¹⁰ Si pensi alla normativa in materia di diritto di accesso nel caso dei gestori privati di servizi pubblici, alle numerose disposizioni del codice dei contratti pubblici nel quale l'appaltatore o il concessionario assumono su di sé la qualificazione di amministrazione aggiudicatrice, ente aggiudicatore o soggetto aggiudicatore, alle ipotesi di responsabilità amministrativo-patrimoniale degli amministratori di società *in house*, etc.

¹¹ L'esempio più chiaro arriva ancora dalla disciplina dei contratti pubblici, con la figura dell'organismo di diritto pubblico. Cfr. Cons. Stato, 24 novembre 2011, n. 6211, secondo cui "la giurisprudenza, in proposito (es. Cons. Stato, VI, 30 giugno 2011, n. 3892) è univoca nel richiamare la giurisprudenza comunitaria che applica il canone *semel* organismo *semper* organismo, e ripudia la tesi dell'"organismo di diritto pubblico *in parte qua*"; vd. anche M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

¹² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4510. Uno dei moltissimi esempi che potrebbero farsi è quello dell'impresa pubblica operante nei settori speciali (art. 3, comma 1, lett. t), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici), i cui appalti soggiacciono alla disciplina del Codice dei contratti pubblici quando attengono alla *core business* dell'impresa, mentre vengono rilasciati al diritto privato quelli aggiudicati per "scopi diversi" dal perseguimento dell'attività. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2016, n. 11.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

una rigida distinzione tra i due *mondi* (che, si è detto, era già in crisi) non regge al confronto con un fenomeno che “mescola” costantemente autonomia privata e diritti fondamentali¹⁵.

Del resto, non solo le categorie giuspubblicistiche sono in crisi. Da tempo, infatti, il diritto privato non è più, per così dire, l’isola felice dell’autodeterminazione e dell’autoresponsabilità¹⁶: emergono paradigmi nuovi (crescenti obblighi di protezione dei soggetti deboli) ed entrano in crisi gli istituti portanti¹⁷.

Nell’ambiente digitale, dove ormai si realizzano la gran parte delle operazioni economiche tra privati, concetti cardine del diritto privato come ‘volontà’, ‘consenso’, ‘contratto’, sono oggetto di un profondo ripensamento.

Crescono, nell’era degli algoritmi, profonde *asimmetrie* (non solo informative) e diseguaglianze¹⁸. E ciò spesso proprio grazie alla presunzione di una eguale capacità di autodeterminazione delle parti “contraenti” *online* (che l’autonomia privata generalmente presuppone).

Il tema della prestazione del consenso negli ambienti digitali è, in questo senso, emblematico. Infatti, è esperienza comune che alla fruizione dei servizi in rete non si accompagni un’attenta lettura e la consapevole accettazione dei termini di servizio o delle condizioni d’uso. Piuttosto l’utente è continuamente indotto a “mentire”, dichiarando di aver letto ciò che invece non ha affatto letto. Senza considerare che, poi, l’accettazione si considera perfezionata – molto spesso – con il semplice avvio dell’utilizzo del servizio, col che l’autodeterminazione informativa ne riesce del tutto compromessa¹⁹.

E sebbene anche la misura civilistica conosca delle soglie al di sotto delle quali il consenso – pur turbato – si ritiene comunque validamente prestato, appare difficile sostenere che la legittimità della sua “captazione” da parte delle piattaforme digitali, per finalità di trattamento dei dati degli utenti, sia integralmente giustificata dalle norme del codice civile.

Il problema appare piuttosto affondare in una asimmetria informativa strutturale e permanente tra piattaforma e utente, non ovviabile né con più stringenti regole di validità dei contratti sui vizi del consenso, né – a sommosso avviso di chi scrive – gravando la piattaforma

¹⁵ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell’era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, 19 e ss.; G. DE MINICO, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.*, 37, 1, 2015, 27 ss.; Id., *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, 191 ss.; F. MODUGNO, *Diritti dei consumatori come diritti di terza generazione?*, in G. COCCO (ed.), *Diritti dell’individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 53 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 122 ss.

¹⁶ G. Vettori, *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano 2015; H.-W. MICKLITZ, *The Many Concepts of Social Justice in European private Law*, Cheltenham, 2011; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in Id., *Il diritto privato della società moderna*, Bologna, 1971, 9 ss.

¹⁷ Sul declino del contratto, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 38 ss. Cfr. E. GABRIELLI, “Operazione economica” e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, spec. 172 ss.; M. ROBLES, *L’ordine pubblico “economico” tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *Giustizia Civile*, fasc. 4, 2016, 800 ss.

¹⁸ A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1/2019, 63 ss.; cfr. J. HASKEL, S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital. The Rise of Intangible Economy*, Princeton-Oxford, 2018.

¹⁹ Eppure, un quadro di regolamentazione nel quale la libertà del consenso sia significativamente protetta parrebbe esistere. Anzitutto, se si muove dall’idea che una qualche forma di rapporto giuridico si instauri, la libera formazione della *voluntas contrahendi* (il *Wille*) è tradizionalmente tutelata dall’impalcato civilistico dei vizi del consenso, pure “allargato” dalla teoria dei c.dd. vizi incompleti. Ma una risposta in termini meramente civilistici, lo si dirà nel séguito, pare non soccorrere.

di obblighi informativi supplementari, che avrebbe gioco facile a “sommergere” gli utenti di pagine infarcite di diritti, ma prive di immediatezza e comprensibilità.

Si è sostenuta in certi ambienti (e nello stesso senso va anche il GDPR²⁰) l’opportunità di potenziare gli oneri informativi a carico del titolare del trattamento e la c.d. granularità del consenso dell’interessato²¹, cioè di fare in modo che esso sia il più specifico possibile.

Nella stessa direzione sembra andare anche la proposta della Commissione europea di *Digital Markets Act*. L’articolo 5, rubricato *obblighi dei gatekeeper*, prescrive che il *gatekeeper* «si astiene dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper*...». Ciò, però, «a meno che sia stata presentata all’utente finale la scelta specifica e che quest’ultimo abbia prestato il proprio consenso»²².

Senonché, una operazione di sostituzione di un consenso globale delle condizioni generali (o termini d’uso) con tanti specifici consensi rischia di risolversi in una consapevolezza ancor minore delle scelte effettuate. Ciò non significa che allora si possa prescindere dalla manifestazione del consenso. Ma che ciò non è sufficiente.

Occorre viceversa assicurare un *surplus* di responsabilità da parte dei *digital private powers*, che tenga conto della *dimensione costituzionale* dei diritti coinvolti dalle loro attività economiche e della *funzione – lato sensu – pubblica* cui essi oggi assurgono²³.

A questo fine, un approccio regolatorio meramente demandante al diritto privato, pur se improntato alla correzione delle asimmetrie strutturali e funzionali dei rapporti giuridici *online*, pare mostrare il fianco.

E in effetti, già nel 1977, il Bianca giungeva a questa conclusione con riferimento a quelle che chiamava «autorità private». In particolare, accanto alle autorità private di diritto, egli rappresentava le autorità private di fatto, e cioè quei «poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale»²⁴. Quando tali poteri si pongono contro l’ordinamento, la tutela dei cittadini è generalmente affidata all’apparato repressivo, fatto di sanzioni penali ed amministrative. Accade tuttavia che tali «poteri autoritari di fatto» esprimano «l’esistenza di un centro di forza socio-economica che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati» (ciò che esattamente accade oggi, nell’ambiente digitale).

Così, avvertiva, una soluzione in termini di indifferenza giuridica può risultare semplicistica in relazione alle istanze che emergono dalla realtà sociale (e lo sarebbe oggi rispetto ai molteplici problemi posti dalla società digitale) e che trovano invece uno specifico spunto risolutivo nella riaffermazione del principio costituzionale di eguaglianza effettiva,

²⁰ Considerando n. 32; art. 6, par. 1, lett b), del Regolamento UE; cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento n. 130 del 21 giugno 2019.

²¹ G. RESTA E V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit.

²² COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act)*, del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=it>.

²³ F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell’odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, 508.

²⁴ C. M BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 55.

quale principio che «legittima in generale l'aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto»²⁵.

2. Una confusione di poteri e di funzioni

Nello spazio globale del mercato digitale le relazioni economiche si espandono e si intensificano costantemente, riuscendo molto spesso a sottrarsi alle regole giuridiche e ai condizionamenti derivanti dall'intervento di pubblici poteri. Politica e diritto stanno giocando «un ruolo marginale perché ancora legati a vecchi confini»²⁶.

I nuovi sovrani, i «poteri privati digitali»²⁷, dettano le regole del gioco, producono diritto sostanzialmente efficace *erga omnes* sotto forma di contratti dotati di efficacia *inter partes*²⁸. Sono i grandi *player* economici che operano a livello globale nel campo della tecnologia²⁹: i padroni degli algoritmi più intelligenti del mondo pervadono i mercati e avocano a sé sempre maggiori funzioni, anche tradizionalmente proprie dei pubblici poteri. Essi non sono più soltanto protagonisti della realizzazione di scambi commerciali, ma forniscono servizi di più ampio interesse sociale, e talora, appunto, “soddisfano” diritti sociali, costituzionalmente nominati³⁰.

Tra i vari *business models* che essi adottano, quello di certo maggiore successo è quello delle *digital platforms* che operano sui c.dd. mercati a più versanti (*multi-sided markets*)³¹, nei quali distinti gruppi di utenti vengono posti in una situazione di interdipendenza reciproca³². Ed

²⁵ *Ivi*, 56.

²⁶ G. CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018, 44.

²⁷ Cfr. O. POLLICINO, *New Technology, Algorithms and the Rising of Private (Digital) Powers and new Challenges for Constitutional Law*, in <https://blogs.eurac.edu/eureka/>, 11 luglio 2019; 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*, 16 ottobre 2019; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, fasc. 3/2018, 507-530; sia consentito rinviare a A. SIMONCINI-E. CREMONA, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Scritti in onore di Hans-W. Micklitz e Giuseppe Vettori e in Persona e mercato*, fasc. 2/2021, 244 ss..

²⁸ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 11 novembre 2020; A. SORO, *Democrazia e potere dei dati: Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019; A. MARCIANO, A. NICITA, G. B. RAMELLO, *Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism*, in *European Journal of Law and Economics*, 16 novembre 2020, 345 ss.

²⁹ Cfr. L. M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 710 ss.

³⁰ Fulgido esempio dell'essenzialità, per così dire, dei servizi offerti da Google è stata l'interruzione globale dei servizi *Google* del 14 dicembre 2020, che si è protratta per circa un'ora. Come riportato dal sito *Downdetector.it*, il *Google Down* ha interessato un'ampia gamma di servizi: *YouTube*, *Gmail*, *Google Suite* e *Google Maps*, *Google Drive* e *Google Translator*, paralizzando indifferentemente attività pubbliche e private.

³¹ J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1(4), 990; A. HAGIU, J. WRIGHT, *Multi-Sided Platforms*, in *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 43, 2015, 162; RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, 23, 2009, 125.

³² In estrema sintesi, una piattaforma che opera su due o più versanti può generalmente applicare un prezzo maggiorato su un versante e così abbassare, o perfino azzerare, il prezzo sul versante collegato. Perciò, l'obiettivo della piattaforma diviene quello di attrarre quanti più utenti sul lato di mercato “sovvenzionato”, in modo che gli utenti presenti sull'altro versante si facciano carico dei costi necessari per interfacciarsi con il primo gruppo di utenti. Cfr. F. DUCCI, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge University Press, 2020, 24 ss.; S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*

è così che i servizi digitali erogati appaiono in larga prevalenza gratuiti. Il fenomeno è in realtà oggi ampiamente notorio: l'utente fruisce di un servizio e “in cambio” autorizza il trattamento dei dati personali³³, che iniziano ad essere oggetto di sfruttamento economico³⁴, arricchendo la piattaforma, che può a sua volta predire i comportamenti dei propri utenti, implementare i servizi e raccogliere maggiori dati³⁵. Questa, in brevissimo, la “spirale” dell'economia dei dati personali³⁶.

Sfida al monopolio nell'era digitale. Napoli, 2018; European Commission, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, 25th May 2016, COM (2016) 288 final. Cfr. M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance, The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018; Cfr. F. Ghezzi, G. Oliveri, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, 192; O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 137, 88 ss.; F. BASSAN, *Innovazione tecnologica e regolazione nell'Unione Europea, I mercati dell'algoritmo tra concorrenza e protezione dei dati*, in S. DOMINELLI, G.L. GRECO, *I mercati dei servizi fra regolazione e governance*, Torino, 2018, 20-21.

³³ J. M. NEWMANN, *The Myth of Free*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86, 2018, 513 ss.; R. JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in LOHSSE-SCHULZE- STAUDENMAYER (a cura di), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford-Baden Baden, 2017, 271.

³⁴ Sostanzialmente, o mediante la concessione di spazi agli inserzionisti sulla piattaforma o mediante una vera e propria cessione di tali dati a terze parti. Cfr. M. EDDY, *How Companies Turn Your Data Into Money*, 10th October 2018, on <https://www.pcmag.com/news/how-companies-turn-your-data-into-money>.

³⁵ L'idea che tali servizi non siano ‘gratuiti’ ha in realtà più di un precedente e sarà più ampiamente trattata nel séguito. Per ora, basti segnalare che già negli “*Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*” del 25 maggio 2016, la Commissione Europea aveva affermato che “*i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto*”. Più di recente, si segnala il dibattito sorto sul *drafting* della Direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali. E infatti, nel considerando n. 13 della proposta della Commissione europea era dato di leggere che “*nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati*”. Nel *drafting* finale della direttiva 2019/770, la prospettiva “realista” sembra essere accantonata. Si legge al considerando n. 24: “*La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. [...] Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali*”. Densa di interessanti considerazioni in tema di “patrimonializzazione” dei dati personali è altresì la sentenza Tar Lazio, Sez. I, 18 dicembre 2019 – 10 gennaio 2020, n. 260, confermata dalla sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631. Per una compiuta ricostruzione delle problematiche emergenti, si veda G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018; 14 (4), 374–392; G. RESTA E V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411-440; AXEL METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties Do. Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic commercial law*, 2017, 8, 5; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 164; S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.; nonché G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, 464 ss.

³⁶ Sul valore economico dei dati personali la letteratura è sterminata. Per tutti, S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York 2019, *passim*. Si segnala altresì: A. MARCIANO, A. NICITA, G. B. RAMELLO, *Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism*, in *European Journal of Law and Economics*, 16 novembre 2020, 345 ss.; M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018; M. DELMASTRO E A. NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, il Mulino, Bologna 2019, 49 ss. Secondo l'*Osservatorio Big Data Analytics & Business Intelligence* del

Al fenomeno dello sfruttamento economico dei dati è destinata ad essere impressa un'ulteriore accelerazione, con l'avvento del 5G, che consentirà il perfezionamento del cosiddetto *Internet of Things*, l'internet delle cose, nel quale potenzialmente ogni oggetto dell'esperienza quotidiana sarà in grado di raccogliere e accumulare dati: oggetti "intelligenti", tra loro interconnessi, che si scambiano informazioni³⁷.

Ora, la breve riflessione che ci occupa vuole interrogarsi su quale sia la "postura" che l'ordinamento giuridico debba assumere nei confronti di questi giganti della tecnologia nella società contemporanea e quali siano le prospettive, da un lato, di tutela dei diritti fondamentali nell'ambiente digitale (c.d. *digital constitutionalism*)³⁸, e, dall'altro, di regolazione della loro attività economica³⁹. Due profili, questi, intimamente e inesorabilmente connessi.

Se forse Internet e la *digital economy* sono la più grande storia di successo della *deregulation* di tutti i tempi⁴⁰, non pare più ulteriormente proponibile l'idea di un *cyberspazio* autoregolato⁴¹, né quella di una regolamentazione meramente *tecnica*⁴², che

Politecnico di Milano, solo in Italia, i *Big Data* hanno raggiunto un valore complessivo di 1,4 miliardi di euro nel 2018; comunicato stampa dell'Osservatorio, 11 dicembre 2018, disponibile su: https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/comunicati-stampa/big-data-analytics-italia-mercato-2018.

³⁷ L'espressione *Internet of Things* si ritiene sia stata formulata per la prima volta nel 1999, con riferimento ai dispositivi RFID (*Radio Frequency Identification*), dall'ingegnere inglese Kevin Ashton, cofondatore dell'Auto-ID Center di Massachusetts; cfr. K. ASHTON, *That 'Internet of Things' Thing*, in *rfidjournal.com*, 22 giugno 2009.

³⁸ A. SIMONCINI, *The Constitutional Dimension of Internet. Some Research Paths*, in EUI Department of Law Research Paper No. 2016/16; O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart Publishing, 2021; G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, in corso di pubblicazione, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506692>; ID., *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, *European Journal of Legal Studies*, 2019, 11(2), 65-103; T. GROPPI, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 30 novembre 2020; G. DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Torino, 2020, *passim* e spec. 235 ss.

³⁹ Ampia letteratura sarà divisata più avanti. Basti qui richiamare alcuni testi fondamentali: D.R. JOHNSON, D.G. POST, *Law and Borders. The Rise of Law of Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, 48, 1367 ss.; S. SASSEN, *On the Internet and Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, 5, 545 ss.; T. WU, J. GOLDSMITH, *Who Controls Internet*, Oxford University Press, 2006; L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 1999, 113, 501 ss.; ID., *Code and other laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, riproposto nel successive *Code. Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006. Più di recente, si veda, tra i tanti, O. LOBEL, *The Law of the Platform*, cit., 38.

⁴⁰ F. SORO, *Regolazione e Governance del mondo digitale. Profili del diritto della rete in USA, UE e Italia*, Torino, 2019, 44.

⁴¹ D.G. POST, *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, in *Journal of Online Law*, 1995, art. 3, par. 4. Si veda anche, per una compiuta ricostruzione dei vari paradigmi regolatori di Internet, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019, 31 ss.

⁴² Si veda G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sul rapporto tra diritto e tecnica*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2012, 831 ss. secondo il quale "lo scenario è quello di una regolazione non diretta, non espressa, non pubblica, ma al contrario sempre più indiretta, implicita e celata nella tecnica". In generale, sul tema N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, 21 ss. e anche *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 162-163. O ancora, in tema, J. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in *Texas Law Review*, 76, 1997-1998, 553 ss.

lasci poi all'attivismo e alla creatività delle Corti il compito di ristorare le violazioni dei diritti, di ripristinare le libertà menomate⁴³.

Le dimensioni del fenomeno digitale sono ormai onnipersive e richiedono l'attenzione massima delle istituzioni politiche e regolatorie. In questa direzione sta andando ad esempio l'Unione europea, con l'approvazione di una serie di atti – tra direttive e regolamenti – che disegnano la strategia europea per il *digital future*⁴⁴, come le proposte di Regolamento presentate dalla Commissione europea tra Novembre e Dicembre 2020, il *Digital Governance Act*⁴⁵, il *Digital Services Act*⁴⁶ e il *Digital Markets Act*⁴⁷, che certamente innalzano il livello di responsabilizzazione delle piattaforme digitali, o la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale⁴⁸ presentata – sempre dalla Commissione – il 21 aprile 2021, e che prevede obblighi trasversali a soggetti pubblici e privati che impieghino sistemi di intelligenza artificiale qualificati come “*high-risk*”⁴⁹. Quest'ultima, in particolare, ha il pregio di coniare una nuova categoria, di estremo futuribile interesse, che è quella dei «servizi privati essenziali»: servizi appunto essenziali, cioè funzionalmente *pubblici*, pur se privati, che perciò soggiacciono ad un regime normativo più stringente.

Ma la pervasività del fenomeno non riguarda solamente vicende legate al mercato e alla sua regolazione *ab externo*; essa involge sempre più l'attività amministrativa, istituzionale e perfino politica degli Stati sovrani.

Ancora la *governance* della pandemia restituisce plasticamente il fatto che tutti, proprio a partire dagli Stati, si sono in qualche modo “affidati” alle piattaforme digitali

⁴³ O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 dicembre 2013; Ampiamente, M. Bassini, *Internet e libertà di espressione...*, cit., 163 ss.

⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Communication: Shaping Europe's digital future*, 19 febbraio 2020, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_it.

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, del 25 novembre 2020, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0767>.

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente link: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-services-digital>.

⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act)*, del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.

⁴⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence*, del 21 aprile 2021, disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>.

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 6 della suddetta proposta sono considerati come *high-risk* i sistemi di intelligenza artificiale che abbiano in qualche modo implicazioni con i temi della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali. L'allegato III della proposta individua otto ambiti di applicazione di sistemi di intelligenza artificiale che debbono essere considerati ad alto rischio e quindi soggiacere allo speciale regime normativo. Tra questi, figurano al punto 5 i servizi ‘privati’ essenziali.

private, in un processo che per certi versi è apparso naturale e forse solo accelerato, ma non determinato, dall'emergenza epidemiologica⁵⁰.

Il tema è cruciale. Negli USA ad esempio è da tempo in atto un vasto dibattito sul ruolo che queste piattaforme hanno assunto nell'economia globale. Secondo alcuni, la pandemia le ha solo mostrate per quello che sono veramente: le *public utilities* del ventesimo secolo⁵¹. Ma si può andare forse oltre, per talune.

Talvolta infatti questi giganti della tecnologia non si pongono come meri erogatori di pur importanti servizi digitali, ma bensì come vere e proprie infrastrutture, recitando due parti in commedia: ad un tempo *competitor* e *marketplace*. Essi sono insofferenti alle regole antitrust perché più che competere *nel* mercato, fanno concorrenza *al* mercato⁵². Si pongono cioè essi stessi come mercato, come infrastruttura tecnologica all'infuori della quale non ci può essere concorrenza. Si pensi ad esempio al mercato delle inserzioni pubblicitarie: come può oggi un'impresa pensare di fare a meno della propria presenza su Google, di fare investimenti pubblicitari senza passare da Google Ads o Facebook?

Il punto cruciale, come si accennava, è che se fino ad oggi le *digital platforms* ponevano un problema di concorrenza *inter privatos*, dopo la pandemia esse pongono un inedito problema di concorrenza pubblico-privato nell'erogazione di servizi tradizionalmente 'pubblici' (a prescindere dal modulo di gestione poi prescelto) e perfino nella soddisfazione di alcuni diritti costituzionali.

In altre parole, come si accennava, lo Stato si è trovato a non potere garantire l'istruzione, l'amministrazione della giustizia, importanti presidi di tutela della salute, la prestazione di moltissimi servizi della pubblica Amministrazione (e la lista potrebbe continuare) senza Google, Apple, Microsoft ecc.

Il fatto richiede ben più di un mero "avallo" giuridico (cioè di una legittimazione *ex post*), tantopiù se si considera l'impatto che ormai da tempo le tecnologie hanno sui diritti e le libertà fondamentali. In questo senso, la pandemia ha solamente consentito di mettere meglio a fuoco un problema che già c'era.

La questione del superpotere delle grandi piattaforme digitali, e specificamente delle *Big Tech*, è stata al centro delle *hearings* del Congresso americano del luglio 2020⁵³ ed è oggetto della causa civile avviata dal *Department of Justice* americano contro Google per violazione del diritto antitrust⁵⁴. Non si tratta di iniziative isolate. Negli ultimi tempi si sono infatti moltiplicate le petizioni per una operazione di definitivo *break up* di queste *corporations*, al fine di consentire una regolazione differente tra il momento in cui esse

⁵⁰ E. CREMONA, *Contact Tracing. Governance pubblico-privata e primi problemi di tutela dei diritti fondamentali*, in *Ianus – Diritto e finanza, Forum sull'emergenza Covid-19*, 21 maggio 2020.

⁵¹ M. SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, on www.politico.eu, 25th March 2020; W. LIU, *Coronavirus has made Amazon a public utility – so we should treat it like one*, on *The Guardian*, 17th April 2020.

⁵² L. M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 710 ss.

⁵³ C. ALBANESIUS, M. KAN, *Tech Execs Face Congress: 9 Big Takeaways, 29th July 2020*, su <https://www.pcmag.com/news/apple-amazon-bezos-google-pichai-zuckerberg-facebook-house-judiciary-antitrust>.

⁵⁴ Cfr. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>.

si comportano come *competitors in the market* e quando invece si comportano come infrastruttura, come *marketplace*⁵⁵.

Anche in Europa, la questione è attualmente posta al vaglio del Tribunale dell'Unione europea sulla possibilità di considerare, in certi casi e a certi fini, le *digital platforms* alla stregua di *essential facilities*, cioè di infrastrutture essenziali per lo svolgimento di attività economiche in mercati a valle. In tale caso l'impugnativa, promossa non a caso da Google, riguarda la decisione della Commissione europea con la quale le è stata inflitta un'ammenda di 2,42 miliardi di euro per aver abusato della sua posizione dominante come motore di ricerca, conferendo un vantaggio illegittimo al proprio servizio di acquisti comparativi⁵⁶. Oggetto di questo giudizio è specificamente una violazione del diritto antitrust, ma il tema non è esente da ricadute di forte impatto sul rapporto tra pubblico e privato⁵⁷, sia sotto il profilo della regolamentazione giuridica⁵⁸,

⁵⁵ Una delle protagoniste della lotta contro il potere delle Big Tech è la Senatrice Elisabeth Warren, candidata alle primarie democratiche fino al marzo 2020, quando ha ritirato la sua candidatura. In un suo discorso, divenuto molto popolare negli USA, ha affermato: “*Today’s big tech companies have too much power — too much power over our economy, our society, and our democracy. They’ve bulldozed competition, used our private information for profit, and tilted the playing field against everyone else. [...] To restore the balance of power in our democracy, to promote competition, and to ensure that the next generation of technology innovation is as vibrant as the last, it’s time to break up our biggest tech companies*”. La versione integrale è disponibile al seguente link: <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>.

⁵⁶ Caso AT.39740 *Google search (Shopping)*, decisione della Commissione del 27 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740. Successive cospicue ammende, anche se non certo preoccupanti per i bilanci di *Google*, sono state inflitte nel 2018 e nel 2019. In particolare, nel luglio 2018 la Commissione aveva inflitto a *Google* un'ammenda di 4,34 miliardi di EUR per pratiche illegali riguardanti i dispositivi mobili *Android* volte a rafforzare la posizione dominante del motore di ricerca di Google. Vd. Caso AT.40099 *Google Android*, decisione della Commissione del 18 luglio 2018, disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099. Nel marzo 2019, la Commissione ha inflitto a *Google* un'altra ammenda pari a 1 494 459 000 EUR per aver abusato della propria posizione dominante sul mercato imponendo una serie di clausole restrittive nei contratti con siti web di terzi. Tale condotta illegale si è protratta per oltre 10 anni, impedendo ai concorrenti di Google di inserire su tali siti le proprie pubblicità collegate alle ricerche. Vd. Caso AT.40411 *Google Search (AdSense)*, decisione della Commissione del 20 marzo 2019, disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411.

⁵⁷ Studi politologici evidenziano il fenomeno da tempo in atto: lo scostamento dai tradizionali modelli di *government*, basati su strutture ‘verticali’ esclusivamente pubbliche e politiche di governo, e l’approdo a modelli di *governance*, caratterizzati “*da un maggior grado di cooperazione e dall’interazione tra lo stato e attori non statuali all’interno di reti decisionali miste pubblico/private*”. Così R. MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di scienza politica*, fasc. 1, 1999, 3, cit. in G. MOBILIO, *Cipe e costituzione. Governare attraverso i comitati ministeriali*, Napoli, 2018, 296-297. Cfr. M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

⁵⁸ Già peraltro in grande rinnovamento a séguito dell’entrata in vigore del pacchetto di direttive e regolamenti per la costruzione del Digital Single Market e in particolare del Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, della Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, della Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni e della Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

sia sotto il profilo di una possibile attrazione di queste infrastrutture digitali *private* alla dimensione del *pubblico*.

Ad ogni modo, basti qui osservare che, se – come sostenuto dalla Commissione nella propria decisione – ne sarà rilevata la natura di *essential facilities* potrebbe non essere lontano il momento nel quale le grandi piattaforme digitali verranno – per usare un’espressione di Emmanuel Lévinas – “chiamate” alla responsabilità, a dar conto cioè dell’impatto delle tecnologie che padroneggiano nella vita dei cittadini e nello sviluppo della democrazia⁵⁹.

3. Il rischio di un “ostacolo epistemologico” nell’approccio regolatorio europeo

Ad uno sguardo d’insieme, l’approccio regolatorio europeo sembra fare i conti con quello che Gaston Bachelard avrebbe chiamato un “ostacolo epistemologico”⁶⁰: quella “pre-comprensione” di un fenomeno che deve essere superata nel processo di approssimazione alla conoscenza e il cui abbattimento consente di realizzare, per usare l’espressione di Thomas Kuhn, un “cambiamento di paradigma”.

Fuor di metafora, il legislatore europeo sta riproponendo nella regolamentazione del digitale una serie di regole e paradigmi impiegati per regolare i rapporti nel mondo analogico e che forse potrebbero oggi essere rimessi in discussione. Tre punti su tutti: la medesima “funzionalizzazione” della regolamentazione alla costruzione (o “lubrificazione”⁶¹) del mercato unico (digitale) secondo un paradigma marcatamente consumeristico; la concezione di “consenso informato”, che informato non è, del consumatore (digitale); l’enfasi sui rimedi contrattuali attivabili *ex post* più che su una tutela dei diritti *ex ante*.

In buona sostanza, nel disciplinare il fenomeno digitale il diritto europeo ha seguito una traiettoria molto simile a quella percorsa nella costruzione del diritto privato europeo dei contratti. Il primo motore immobile è rimasto lo stesso: il mercato unico, stavolta digitale⁶², è diventato il *framework* costituzionale nel quale le grandi piattaforme digitali

⁵⁹ Dal discorso pronunciato in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* a Paul Ricoeur dall’Università degli Studi di Teramo, pubblicato su *La Stampa* il 24 aprile 1993 e intitolato *Alla scoperta della fragilità*, cit. in P. GOMARASCA, *Rosmini e la forma morale dell’essere*, Milano, 1998, 170; cfr. A. PONZIO, *Introduzione a E. LÉVINAS, Dall’altro all’io*, Roma, 2002, 54 ss., cit. in G. Conte, *L’impresa responsabile*, Milano, 2018, 5, che ricorda come la riflessione di Lévinas inviti a considerare come “*la responsabilità riveli sempre un doppio movimento: colui del quale devo rispondere è anche colui del quale rendo conto. Responsabilità di fronte a colui di cui sono responsabile: responsabile di un volto che mi riguarda, di una libertà*”.

⁶⁰ G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, 1934; G. BACHELARD, *La formation de l’esprit scientifique*, Paris, 1938. Per il filosofo, il cammino della scienza coincide in gran parte con questo continuo superamento di “ostacoli” che il sapere scientifico di volta in volta riconosce e che, tuttavia, spesso rimangono diffusi nel credere comune. Così, ad esempio, nel pensiero degli scienziati del Seicento il sistema tolemaico ha costituito un ostacolo epistemologico all’accesso al sistema copernicano.

⁶¹ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost* in *Journal of Law & Economics*, 1960, n. 3, 1.

⁶² La creazione del Digital Single Market ha rappresentato uno dei principali obiettivi della presidenza Junker della Commissione europea. Cfr. European Commission, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. A Digital Single Market Strategy for Europe*, 6.5.2015, COM (2015) 192 final: “*A Digital*

hanno potuto raggiungere le odierne proporzioni e le posizioni di quasi-monopolio che oggi il dibattito politico pubblico medita di ridimensionare.

Senonché, la sostanziale equiparazione tra mercati *online* e *offline* è da più parti messa in discussione. Si discute della sussistenza stessa di ‘contratti’, in favore di più leggere ‘operazioni economiche’, si discute dei nuovi soggetti protagonisti del rapporto negoziale, non più contraenti “senza qualità”, e neppure più ‘professionisti’ e ‘consumatori’, ma grandi piattaforme (poteri privati) e utenti. Con un evidente accrescimento dell’asimmetria corrente tra le parti che non potrà non tradursi nella predisposizione di regole *ad hoc*. Non v’è chi non veda che considerare una grande piattaforma come Facebook o Google alla stregua di un ‘professionista’ e l’utente come ‘consumatore’ sia una operazione di forzatura ermeneutica che rischia fortemente di dare risposte inadeguate sul piano dell’effettività della tutela: queste grandi piattaforme sono ‘più-che-professionisti’ e gli utenti sono ‘meno-che-consumatori’.

Ciononostante, la regolazione europea del *digital single market* va sempre più ingrandendosi, inglobando sempre maggiori settori e simmetricamente erodendo segmenti di regolazione nazionale. Comprende oggi l’*e-commerce*⁶³, la protezione dei dati personali⁶⁴ e non⁶⁵, la c.d. *e-privacy*⁶⁶, la proprietà intellettuale⁶⁷, il diritto contrattuale dei consumatori digitali e degli utenti commerciali⁶⁸, la fornitura di contenuti e servizi digitali⁶⁹, la regolazione della *digital competition*⁷⁰, la gestione *big data*⁷¹, l’intelligenza artificiale⁷². Nel complesso, esso mira a raggiungere un migliore accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e ai servizi digitali, migliori condizioni di mercato e un *common playing field* per facilitare lo sviluppo delle reti digitali e dei servizi innovativi, massimizzando il potenziale di crescita dell’economia digitale.

Single Market is one in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditions of fair competition, and a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence. Achieving a Digital Single Market will ensure that Europe maintains its position as a world leader in the digital economy, helping European companies to grow globally”.

⁶³ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC.

⁶⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council 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 (General Data Protection Regulation).

⁶⁵ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell’Unione europea.

⁶⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications).

⁶⁷ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

⁶⁸ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of The Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

⁶⁹ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. Inoltre, sempre sui servizi digitali, la proposta di *Digital Services Act*, cit.

⁷⁰ La proposta di *Digital Markets Act*, cit.

⁷¹ La proposta di *Data Governance Act*, cit.

⁷² La proposta di Regolamento sull’AI, cit.

Considerati complessivamente, tutti questi atti normativi evidenziano lo sforzo dell'Unione di creare un mercato unico digitale secondo una prospettiva *consumer-oriented*. Questo è l'obiettivo che, ad esempio, viene menzionato nel considerando n. 1 della già citata direttiva 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti digitali e servizi digitali.

Lo "schema" seguito dal legislatore europeo è il solito che viene adottato per la nota direttiva sui diritti dei consumatori⁷³. In pratica, l'Unione adotta misure, ai sensi dell'art. 26 TFUE, "al fine di instaurare o garantire il funzionamento del mercato interno" e per promuovere "gli interessi dei consumatori e assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori", ai sensi dell'art. 169 TFUE. Ben poco cambia nella *Weltanschauung* del legislatore europeo, e così la voracità della legislazione del mercato – che si è visto abbraccia ormai pressoché ogni settore dell'ordinamento civile – realizza e forse completa il percorso di trasformazione del diritto privato.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, però, si deve rilevare come questa trasformazione (che è una costituzionalizzazione, sul piano delle fonti) sia una risposta tutto sommato debole di fronte allo strapotere che detengono ormai queste grandi piattaforme, sempre più simili a Stati⁷⁴, ormai irreversibilmente coinvolte nella garanzia e nell'esercizio di tantissimi diritti costituzionali.

L'antologia normativa sopra svolta mostra chiaramente come interi settori dell'ordinamento "privatistico" europeo oggi evidenziano limiti significativi in termini di effettività della tutela dei diritti: il diritto della *privacy* non impedisce il trattamento massivo di dati personali all'insaputa degli utenti, il diritto del commercio fatica a proteggere gli utenti commerciali e i consumatori dagli abusi (dagli eccessi) di potere delle grandi piattaforme, il diritto antitrust non è riuscito ad impedire la formazione di monopoli⁷⁵.

Una inefficacia, questa, degli strumenti normativi, che si traduce nell'ineffettività dei principi e dei diritti affermati dalle carte costituzionali, cui sempre più spesso si devono rivolgere i giudici e le Autorità di regolazione per colmare le lacune di un impalcato normativo inadeguato.

4. Il ruolo unificante del diritto costituzionale

Ad uno sguardo di sintesi, la regolazione europea nella *digital economy* pare conservare un certo livello di ambiguità: da un lato l'approccio puramente

⁷³ Directive (EU) 2011/83/ of the European Parliament and of The Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

⁷⁴ Un tempo i termini di paragone erano rovesciati; cfr. R.H. COASE, *The problem of social cost*, cit., 17, che affermava che "the Government is, in a sense, a "super-firm (but of a very special kind)".

⁷⁵ Sull'insufficienza degli strumenti del diritto privato europeo e per una *disruption* della regolazione tecnologica, sia consentito di nuovo rinviare a A. SIMONCINI-E. CREMONA, *European Private Law Integration Through Technology...*, cit., 250 ss.

economicistico, funzionalista, dall'altro l'approccio cosiddetto *welfarista* proteso invece a tutelare – insieme al bene-supremo concorrenza – anche interessi 'altri', come la tutela del consumatore o la *privacy*⁷⁶.

Si suole negare tale contrapposizione sull'assunto che la tutela di tali interessi altri sia comunque funzionale allo sviluppo del mercato e che essa consenta invece di rimuoverne i fallimenti, come le asimmetrie informative e i fenomeni della *adverse selection* e del *moral hazard*. Difficile però negare che gli oneri di protezione (del contraente debole, della *privacy*, dell'ambiente ecc.) siano percepiti dal mercato come un 'costo', da appiattare sempre più.

E il compromesso, tra esigenze del mercato e tutela dei diritti fondamentali, avviene spesso al ribasso, in danno del consumatore. Lo strumento con cui tale danno è perpetrato è solitamente la "captazione" del consenso al trattamento dei dati personali, che – nell'ambiente *online* – non è che un simulacro di una consapevole manifestazione di volontà.

Si è visto come la normativa europea sia "impregnata" di strumenti e rimedi civilistici che non riescono a correggere la sostanziale asimmetria corrente tra utente e piattaforma e si è detto *supra* che occorrerebbe avviare una riflessione sulla maggiore debolezza dell'*utente* rispetto al *consumatore*, quasi fossero due distinte situazioni giuridiche.

Dal diritto antitrust, però, si può già "estrapolare" qualche efficace strumento di tutela. Ad esempio riempiendo di significato nuovo il concetto di 'speciale responsabilità' dell'impresa in posizione dominante, gravando i *digital private powers* di più incisivi obblighi di 'protezione', e non di mera informazione, nei confronti degli utenti, che tengano conto della *dimensione costituzionale* dei diritti coinvolti dalle loro attività economiche e della *funzione – lato sensu – pubblica* cui essi oggi assurgono⁷⁷.

A questo fine, un approccio meramente mercantilistico, pur se improntato alla correzione delle asimmetrie strutturali e funzionali dei rapporti giuridici *online*, non può più ritenersi adeguato.

Ecco che allora potrebbe soccorrere, quantomeno sul piano del diritto domestico, un recupero dell'autentico fondamento costituzionale del diritto *antitrust*, poco ricercato e mai definitivamente fissato⁷⁸.

Piuttosto, di fronte all'erompere dei grandi poteri privati, quel che manca è un recupero del significato della concorrenza come strumento al servizio dell'uguaglianza⁷⁹, inteso sia come *uguaglianza dei punti di partenza* delle imprese sul mercato (ormai tutte

⁷⁶ G. AMATO, *Tutela della concorrenza o tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, 381 ss.

⁷⁷ F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, 508.

⁷⁸ G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 9 ss.; cfr. E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti, Numero speciale* in corso di pubblicazione nel fasc. 2/2021.

⁷⁹ M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti...*, cit., 52 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, 8 ss.

sotto il giogo della dipendenza economica dalle grandi piattaforme), sia come uguaglianza del debole e del forte, come parità delle armi, come realizzazione della «aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto»⁸⁰. Nell'era digitale, il costituzionalismo riscopre la propria missione, trasversale al diritto pubblico e al diritto privato, che è quella di «catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti», rifuggendo «i rischi di un costituzionalismo *irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)» e tornando «ad un costituzionalismo *polemico* che si misuri con il potere»⁸¹, pubblico o privato che sia.

⁸⁰ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 56.

⁸¹ Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006, 1668.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

***E-DEMOCRACY E PARTITI POPULISTI. UNA LETTURA DEL PARADIGMATICO
CASO DEL MOVIMENTO 5 STELLE ATTRAVERSO GLI ARTT. 49 E 67 COST.***

LUCA DELL'ATTI

SOMMARIO: 1. Premesse. Il ruolo dei partiti nella forma di governo con particolare riguardo all'influsso del Movimento 5 Stelle sul bipolarismo dell'alternanza. - 2. L'ideologia populista tra neutralità e retorica. Luci ed ombre del voto online sulla piattaforma Rousseau. 3. *E-democracy* e libertà del mandato parlamentare ex art. 67 Cost. - 4. *E-democracy* e metodo democratico ex art. 49 Cost. - 5. Conclusioni. Sulla necessità di una legge che rivitalizzi il rapporto fra artt. 49 e 67 Cost. valorizzando le pratiche di *e-democracy*.

1. Premesse. Il ruolo dei partiti nella forma di governo con particolare riguardo all'influsso del Movimento 5 Stelle sul bipolarismo dell'alternanza

Diffusamente in Europa l'assetto dei partiti ha subito notevoli smottamenti nel corso dell'ultimo decennio per via dell'emersione di soggetti politici qualificabili come populistici, in taluni casi capaci di raccogliere un più che discreto successo elettorale anche per via della crisi finanziaria ed economica che ha colpito specialmente l'Eurozona a cavallo fra anni '10 e '20 di questo secolo e la critica alle risposte austeristiche di matrice unionale.

In ragione della retorica anti-*establishment* che ha connotato il comportamento elettorale di molti di questi soggetti, quelli che alla prova delle urne hanno raggiunto risultati rilevanti, non possono che aver determinato inevitabili conseguenze sugli assetti partitici, in linea di massima destabilizzandone gli allineamenti sistemici cui si erano frattanto accostumati e producendo evidenti effetti sulle rispettive forme di governo.

La costituzionalistica italiana ha lungamente riflettuto sul rilievo dei partiti politici e delle prassi e convenzioni da questi elaborate negli studi sulla forma di governo, da un lato concludendo nel senso dell'irrilevanza giuridica dei primi, in quanto non facenti parte dell'organizzazione costituzionale dello Stato, e delle seconde, in quanto non giuridicamente vincolanti¹, dall'altro, qualificando, invece, i partiti quali autentici «formanti normativi della forma di governo [...], in quanto produttori di norme convenzionali integranti la fattispecie costituzionale aperta»². Senza volere — in questa sede — addentrarsi in un dibattito così elevato³, va dato atto che, pur non potendosi riconoscere alle convenzioni elaborate dai partiti l'autorità del «precedente vincolante», tuttavia, «se i fatti modificano la “forma”, allora l'analisi della prassi appare strumento imprescindibile degli studi costituzionalistici, senza dei quali è inevitabile arrendersi a un'interpretazione astratta e solo formalistica della Costituzione», con particolare riguardo, nella citata opinione, alla forma di governo⁴: indipendentemente dalla qualificazione giuridica delle convenzioni sviluppate dai partiti, poiché questi ne sono gli autori ma, allo stesso tempo, i principali destinatari, è giocoforza ritenere che l'osservazione dell'evoluzione dei partiti costituisce un punto di osservazione particolarmente utile per il costituzionalista. Tanto più che, per via della debole razionalizzazione consegnata alla nostra forma di governo dalla Costituzione, essa è stata, sin dalla sua entrata in vigore, da sempre integrata e, per qualche aspetto, flessa dall'operare delle convenzioni partitiche⁵.

È proprio in Italia che l'apparizione di un soggetto politico sicuramente qualificabile come populista, per lo meno ai suoi esordi, ha scardinato il bipolarismo dell'alternanza che aveva connotato le due decadi di vita della cd. seconda Repubblica: dopo aver dato buona prova di sé in diverse elezioni locali, l'ingresso in Parlamento del Movimento 5 Stelle, che nelle elezioni politiche del 2013 raccoglieva circa un quarto dei suffragi, e l'asserita indisponibilità a far parte, anche solo a titolo di appoggio esterno, di qualunque coalizione di governo, costringeva gli schieramenti tradizionali di centrodestra e centrosinistra alla formazione di un governo cd. di larghe intese, a ciò anche fortemente sospinti dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano. Proprio la formula delle larghe intese, presto venuto meno per l'abbandono della maggioranza da parte di Forza Italia a pochi mesi dal giuramento del governo Letta, è chiara evidenza della fine della logica dell'alternanza che ha caratterizzato la torsione pseudomaggioritaria impressa alla forma di governo italiana negli anni '90 del secolo scorso; una fine confermata nelle elezioni politiche del 2018 i cui risultati hanno conferito una certa stabilità all'avvenuta

¹ M. LUCIANI, *Partiti e forma di governo*, in *Nomos*, 3/2018, 6.

² S. STAIANO, *La forma di governo nella Costituzione come norma e processo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia*, Bologna, 2019, 31-2.

³ Per il quale dibattito non si può non rinviare alle contrapposte voci enciclopediche di L. ELIA e M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, ora in *Enciclopedia del diritto-Annali III. Estratto ad uso degli studenti*, Giuffrè, 2011.

⁴ R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2013, 17. Una recente analisi delle convenzioni di matrice partitica lungo la loro evoluzione fra le cdd. prima e seconda Repubblica ed altresì con valutazioni prospettive nella fase in corso è in S. STAIANO, *La forma di governo*, cit., 43 ss.

⁵ R. NANIA, *Forma di governo e sistema dei partiti: rileggendo Leopoldo Elia*, in *Nomos*, 5/2014.

tripolarizzazione dell'arco partitico⁶. Quelle elezioni, in particolare, hanno designato il Movimento come prima forza parlamentare facendone l'inevitabile perno delle multiformi maggioranze coagulate a sostegno dei vari gabinetti sinora succedutisi nel corso della legislatura: dall'assoluta indisponibilità della precedente legislatura, il Movimento ha compiuto una transizione che l'ha portato a rendersi disponibile a governare — nei fatti — con chiunque, incrementando il suo potenziale destabilizzante delle coalizioni tradizionali. Infatti, il primo governo Conte nasceva sulla rottura dell'asse di centrodestra con la Lega al governo, Forza Italia e Fratelli d'Italia all'opposizione, mentre il secondo, dopo l'ennesima scissione subita dal Partito Democratico per la fuoriuscita della corrente cdd. renziana, cadeva dopo un anno di governo reso vieppiù complicato dal dilagare della pandemia da CoViD-19, per il venir meno dell'appoggio dei gruppi parlamentari facenti capo al sen. Renzi.

2. L'ideologia populista tra neutralità e retorica. Luci ed ombre del voto online sulla piattaforma Rousseau

Connotato classico dei partiti e movimenti populistici è la diffusa critica nei confronti dell'*establishment* politico, istituzionale ed economico che trova un comune punto di caduta nella contestazione dei partiti (per così dire) tradizionali, aprioristicamente tacciati di pratiche corruttive e di disinteresse nei confronti degli interessi di un popolo elevato ad entità unitaria come se non fosse attraversato da profondi *cleavages* di diversa natura. Funzionale a questa narrazione è, di seguito, la retorica del popolo esautorato da riportare al centro dei processi decisionali attraverso modalità variabili, a seconda delle peculiarità del singolo soggetto considerato e della sua tendenza politica verso destra o sinistra, da quelle di tipo fideistico-leaderista a quelle maggiormente partecipativo-collettivistiche, in ogni caso insistendo sulla rappresentazione *bottom-up* del processo di legittimazione politica.

I riportati elementi descrittivi sono, in effetti, piuttosto diffusi e comuni in ragione della neutralità ideologica in potenza della formula populista: consolidata è, in scienza politica, la convinzione per cui il populismo sia una «thin-centred ideology [...], moralistic rather than programmatic» che, come tale, è in grado di combinarsi con più classiche e fra loro assai diversificate «full ideologies»⁷; circostanza che consente, allora,

⁶ Eppure, durante la legislatura in corso si è tentato di individuare tendenze bipolariste nelle diversificate formule politiche che si sono succedute a sostegno dei due gabinetti guidati da Giuseppe Conte. Così, sul *cleavage* euroscettico/europeista che separava maggioranza e opposizione nel governo cd. giallo-verde G. GUZZETTA, *Il nuovo, strano bipolarismo*, su *Il Dubbio*, 7 marzo 2018; successivamente, pronosticando l'alleanza fra Movimento e centrosinistra in contrapposizione ad un rinsaldato centrodestra d'opposizione, R. D'ALIMONTE, *Il ritorno del bipolarismo*, su *Il sole 24 ore*, 14 agosto 2019. Per un'interessante analisi della storia costituzionale italiana (sino al finire del secolo scorso) lungo le (più o meno opportune) letture bipolari del sistema dei partiti v. A. BARBERA, *Lo strano caso del bipolarismo italiano*, in S. LABRIOLA (a cura di), *La transizione repubblicana*, Padova, 2000, 81 ss.

⁷ Così C. MUDDLE, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, 4/2004 (39), 544. Sul medesimo tema v., *funditus*, E. LACLAU, *On Populist Reason*, London, 2005; e più di recente B. MOFFITT, *Populism*, Cambridge, 2020.

agli osservatori del fenomeno, di spostare la propria attenzione alla ricerca del metodo — più che di un quasi inesistente merito — populista da parte di soggetti dotati di molte diversità con ciò rendendo la ricerca in materia molto frastagliata.

Ebbene, una delle declinazioni del metodo populista e della sua “smilza” ideologia coinvolge, nei tempi contemporanei, le tecnologie offerte dall’internet le quali, rendendo in teoria possibile una partecipazione diretta, ampia e costante del “popolo del web” ai processi decisionali, sono in grado di fornire una dimensione nuova alla retorica — dal canto suo, invece, piuttosto classica — della democrazia diretta.

Tanto premesso, due sono gli argomenti legati alla natura populista del Movimento 5 Stelle che ha spinto chi scrive ad occuparsene nell’ottica costituzionalistica. Anzitutto, la neutralità ideologica tipica del populismo è stata introiettata dal M5S nella sua trasversalità, che determina nell’osservatore la difficoltà, seguendone l’evoluzione programmatica e quella organizzativa, di qualificare il Movimento come forza politica (più) di destra o (più) di sinistra: rispetto alla dimensione programmatica, taluni studi che ne hanno analizzato l’evoluzione dell’agenda politica e dei flussi elettorali, l’hanno qualificato come un *catch-all-party*⁸ o, meglio ancora, come una sorta di sommatoria di tanti *single-issue-party* che ne fanno un grosso cartello elettorale⁹; sulla dimensione organizzativa, poi, ai *meet-up* e alla logica dell’“uno vale uno” della prima ora si è passati ad una fase di tendenziale coincidenza fra esponenti istituzionali e *leadership* politica del Movimento¹⁰, sino, nei tempi più recenti, ad una formula di decisiva compressione della partecipazione dal basso con le vicende che hanno visto l’acclamato — ma non ancora eletto — leader Giuseppe Conte presentare agli iscritti, a mo’ di carta ottriata, la *sua* proposta di pervasiva riforma dello statuto.

Le conseguenze istituzionali di questi caratteri, in costante evoluzione eppure assai qualificanti merito e metodo del Movimento, hanno condizionato il comportamento istituzionale e politico dei suoi esponenti una volta entrati nel campo da gioco della democrazia rappresentativa: dall’equidistanza *erga omnes* della XVII legislatura si è transitati alle due assai diverse formule politiche dei gabinetti Conte per arrivare a quella del governo “con tutti” in un ministero guidato da uno dei simboli dell’*establishment* europeo tanto criticato dai cdd. grillini della prima ora. Il che attesta un progressivo processo di temperamento della carica antisistemica del Movimento in concomitanza o, per meglio dire, in stretta conseguenza a quello di istituzionalizzazione conseguente all’insediamento in Parlamento e, di seguito, al Governo. Un processo, ancora, di normalizzazione del metodo populista realizzata, più o meno consciamente, tramite l’acquiescenza delle regole del campo da gioco della democrazia parlamentare.

⁸ V. EMANUELE, N. NAGGINI, *Il Partito della Nazione? Esiste, e si chiama Movimento 5 Stelle*, CISE-LUISS (Centro Italiano Studi Elettorali), 7 dicembre 2015.

⁹ È la tesi di fondo di R. BIORCIO, P. NATALE, *Il Movimento 5 Stelle: dalla protesta al governo*, Milano, 2018.

¹⁰ Studia questa evoluzione, da un punto di vista sociologico ed in connessione con le teorie roussoviane della democrazia e della rappresentanza, mettendone in luce le contraddizioni, S. BORY, *Il Rousseau tradito: politica in rete e processi decisionali dai Meetup al Movimento 5 Stelle*, in *Sociologia*, 3/2019, 43 ss.

Il secondo motivo riguarda gli strumenti di *e-democracy* non solo per il rilievo pratico assunto nel *decision making process* del Movimento ma, prima ancora, per il rilievo ideologico svolto nella genesi e nell'evoluzione del Movimento, fra l'altro costruito sul sogno di una democrazia diretta realizzata interamente sul web in cui cyberspazio ed *information and communications technology* rendono possibile la partecipazione diretta e costante dei cittadini alle decisioni politiche, perciò in grado di sostituire gli istituti della democrazia rappresentativa, corretti da quelli della democrazia diretta e tenuti assieme, infine, da quelli della democrazia partecipativa nel delicato temperamento fra forme democratiche realizzato dalla Costituzione; una sorta di "democrazia continua" ove tale continuità, resa in concreto possibile dagli strumenti offerti dall'internet¹¹, non richiede più — in quanto li rende obsoleti — i compromessi insiti nei dispositivi elettorali e negli istituti rappresentativi, oltretutto, nella retorica populista, divenuti autoreferenziali per via dell'endemica corruzione della classe politica tradizionale.

È bene precisare che *e-democracy* in genere è espressione polisemica che rimanda ad una numerosa serie di significati a seconda delle metodologie di classificazione adoperate in letteratura, a loro volta condizionate dall'oggetto effettivo d'interesse che si vuole, volta per volta, studiare. Sulla base di una di queste classificazioni, che distingue *e-democracy* comunitarista, direttiva e deliberativa¹², si è scritto che nelle prassi del Movimento sarebbero individuabili tracce della prima declinazione di democrazia elettronica, essenzialmente nella fase iniziale dei *meet-up* e, soprattutto, della seconda, in ragione del ruolo che la rete svolge nella legittimazione paraplebiscitaria ed antidemocratica del leader, ma non della terza¹³. Eppure, specie da quando il Movimento è entrato in Parlamento, il ricorso a pratiche di vera e propria deliberazione online è divenuto viepiù rilevante: uno studio pubblicato nel 2018 dal centro ricerche del Parlamento Europeo ha analizzato il tasso di incidenza delle votazioni svolte online sulla decisione finale di 22 soggetti politici di scala locale, nazionale, continentale, allo scopo di trarne conclusioni empiriche utili ad affrontare il risalente e sfibrante problema del deficit democratico dell'UE¹⁴. Ebbene, i ricercatori hanno collocato il Movimento 5 Stelle fra i 7 soggetti che soddisfano tutte le 6 condizioni assunte ad indicatori per studiare il risultato del «final impact on decision making», dovendosi altresì sottolineare che, fra questi, il Movimento è l'unica forza partitica di scala nazionale¹⁵.

¹¹ Cfr. in questo senso, benché non con specifico riferimento al Movimento 5 Stelle che all'epoca dello scritto era appena nato ma, più in genere, ai rapporti fra internet, revival populistici ed organizzazioni partitiche, F. PIZZETTI, *Partiti politici e nuove tecnologie*, in *federalismi.it*, 21/2008.

¹² Cfr. W. LUSOLI, *Forme di democrazia elettronica*, in G. PASQUINO (a cura di), *Strumenti della democrazia*, Bologna, 2007, 101 ss.

¹³ Così A. FLORIDIA, R. VIGNATI, *Deliberativa, diretta o partecipativa?*, in *Quaderni di Sociologia*, 65/2014, 51 ss.

¹⁴ Directorate-General for Parliamentary Research Services (DG EPRS) of the European Parliament. Technology Assessment Group (ETAG); Scientific Foresight Unit (STOA), *Prospects for e-democracy in Europe*, Febbraio 2018.

¹⁵ Le altre di dimensione nazionale comprese nell'elenco dei 7 soggetti che incrociano in modo soddisfacente gli indicatori studiati sono, infatti, le piattaforme istituzionali — e non, pertanto, partitiche — di *e-voting* utilizzate in Svizzera ed Estonia.

D'altra parte, proprio sul funzionamento della piattaforma Rousseau si sono registrate notevoli conflittualità fra l'asse proprietario della piattaforma e la mai stabilizzata *leadership* politica del Movimento, di recente culminate con gli scontri che hanno visto protagonisti l'ex Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ed il Presidente dell'Associazione Rousseau Davide Casaleggio sui dati relativi agli iscritti, necessari per poter continuare ad utilizzare gli strumenti di voto e consultazione online, cui ha posto un punto fermo il Garante Privacy accogliendo l'istanza del Movimento con cui s'intimava il rilascio dei dati da parte dell'Associazione Rousseau, non proprietaria dei dati stessi, bensì solo responsabile del loro trattamento¹⁶.

Non è questa la sede per scendere nei dettagli cronachistici della faccenda, e neppure dei connessi profili giuridici che, pur di sicuro interesse, esulano da un'analisi di diritto pubblico delle istituzioni. D'altra parte, le richiamate vicende fanno luce sulle notevoli criticità legate all'opacità della catena di comando dell'intricato rapporto fra Associazione Rousseau e Associazione Movimento 5 Stelle: da un lato, è indubbio che gli strumenti di *e-democracy* adoperati sulla piattaforma hanno rappresentato un'occasione inedita e innovativa per lo sviluppo di nuove e più diffuse forme di democrazia interna ai partiti, al punto da essere individuate come elemento di osservazione nell'affrontare il problema del deficit democratico dell'UE e come strumenti di approfondimento e ampliamento dei diritti individuali di partecipazione politica dei cittadini; per altro verso, essi presentano vistosi limiti che, d'altra parte, si fondano sulle più generiche problematiche connesse al trasferimento online di certi spazi di partecipazione democratica. Fra esse, diffusamente analizzate in dottrina, se ne vogliono qui mettere in luce due. Il primo è un problema di diritti individuali: non essendo l'accesso all'internet diffusamente disponibile a mo' di bene comune, il problema del *digital divide* non solo è estremamente concreto ma diviene squisitamente giuridico-costituzionale se declinato su quegli strumenti (im)materiali che rappresentano il presupposto per l'esercizio dei diritti politici. Il secondo riguarda, invece, le difficoltà di ordine materiale e giuridico insite nella regolamentazione di internet, con particolare riferimento alla genuinità della miriade di informazioni che ivi vengono veicolate, necessaria a quella minima consapevolezza che è il presupposto dell'esercizio dei diritti partecipativi (non solo) sul web¹⁷.

Queste generali criticità, proiettate su Rousseau, ne hanno mostrato i vistosi limiti relativi al campione tutto sommato ristretto di aventi diritto al voto ma soprattutto alla genuinità del voto stesso, intesa sia come integrità e segretezza della preferenza espressa dal singolo iscritto, sia come neutralità e comprensione dei quesiti sottoposti alla deliberazione online.

Un recente episodio può aiutare ad esemplificare la centralità dell'ultimo punto: dopo le dimissioni del governo Conte II ed il conferimento dell'incarico a Mario Draghi, gli iscritti al Movimento sono stati chiamati a deliberare, tramite la piattaforma Rousseau,

¹⁶ Garante per la protezione dei dati personali, 1 giugno 2021, provv. n. 223.

¹⁷ Su tali questioni v., *funditus*, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, I. RIVERA, *Il ruolo di Internet nell'ordinamento democratico contemporaneo. Prospettive evolutive e direttrici di sviluppo*, in *federalismi.it*, 1/2017 (speciale), 5-6.

sull'appoggio al costituendo gabinetto con un quesito da più parti criticato: «Sei d'accordo che il MoVimento sostenga un governo tecnico-politico: che preveda un super-Ministero della Transizione Ecologica e che difenda i principali risultati raggiunti dal MoVimento, con le altre forze politiche indicate dal presidente incaricato Mario Draghi?». Il testo, dal tenore globalmente suggestivo, chiedeva ai votanti digitali di esprimersi su qualcosa che non si era ancora verificato e che, per verificarsi, avrebbe richiesto diversi passaggi non solo politici ma eminentemente costituzionali: la costituzione del “superministero della transizione ecologica” presupponeva la proposta, da parte del Presidente del Consiglio incaricato, e la nomina, da parte del Presidente della Repubblica, di un siffatto ministro (art. 92, cpv.), nonché l'istituzione per legge del relativo ministero (art. 95, comma 3), passando per la fiducia collettiva al governo (art. 94). Come pure il fatto che il governo avrebbe difeso “i principali risultati raggiunti dal Movimento” era una promessa verificabile solo dopo aver ascoltato le dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio su cui la fiducia è richiesta e motivata. Sembra emergere il tentativo, neppure troppo occulto, di condizionare il voto degli iscritti, conseguendone il rischio che l'*e-democracy*, da mezzo di stimolo di articolati processi di partecipazione sostanziale svolti online, che comunque esigerebbero tempistiche non sempre compatibili con quelle proprie delle crisi di governo, diventi uno strumento per conferire legittimità quasi plebiscitaria alle decisioni di una *leadership* dal canto suo non troppo chiaramente individuabile.

In definitiva, prima di affrontare le questioni più propriamente costituzionali, si può dire che «Internet ha al suo interno una potenzialità democratica così forte da porre il problema opposto: non già quello di garantire che la rete assicuri il dibattito democratico ma, al contrario, di assicurare che essa consenta davvero il formarsi di una opinione pubblica consapevole e informata, matura e responsabile, superando tutti i rischi di approssimazione, di superficialità, di eccesso di informazione, di circolazione di notizie o dati volontariamente o involontariamente errati»¹⁸. Rischi che la piattaforma Rousseau, ormai decaduta e sostituita da SkyVote¹⁹, ha, pure con le sue formidabili potenzialità, a più riprese mostrato.

3. E-democracy e libertà del mandato parlamentare ex art. 67 Cost.

Non solo i voti svoltisi online sulla piattaforma Rousseau hanno registrato un decisivo tasso d'incidenza sulle decisioni finali dei vertici politico-istituzionali — tendenzialmente coincidenti — del Movimento ma tale circostanza è resa particolarmente rilevante nell'ottica del costituzionalista per le modalità con cui la riferita retorica della

¹⁸ F. PIZZETTI, *Partiti politici*, cit., 30.

¹⁹ La piattaforma, utilizzata per la prima volta lo scorso agosto per la selezione del candidato sindaco di Torino, dovrebbe, nelle intenzioni dei vertici 5 Stelle, superare le problematiche della precedente per via dei più lineari e chiari rapporti, specialmente riguardo ai dati degli iscritti, fra proprietà della piattaforma e organi direttivi del Movimento.

“democrazia continua sul web” ha dovuto fare i conti con gli istituti costituzionali della democrazia rappresentativa.

I 5 Stelle sono nati come movimento (sedicente) apolitico organizzato attraverso logiche decisionali *bottom-up*. I suoi parlamentari, una volta eletti, s'intende agiscono quali meri portavoce della base ed esecutori dei deliberati della piattaforma Rousseau, non già come rappresentanti nel senso più tradizionale e giuspubblicistico del termine, e lo stesso fondatore Beppe Grillo è sempre stato un riferimento mistico-simbolico più che un leader politico-istituzionale, benché dotato di incisivi poteri decisionali resi noti a mezzo post del blog di cui è eponimo.

Si può dire, pertanto, che, accantonata la velleità di sostituire le decisioni dei rappresentanti eletti dal popolo con quelle dirette del popolo sul web, il Movimento abbia tentato, a mo' di compromesso, di flettere in qualche modo il funzionamento di organi e procedure della rappresentanza parlamentare alla sua visione della democrazia diretta, con indiscussi effetti sulla libertà del mandato di cui all'art. 67 Cost. che, non a caso, i 5 Stelle hanno sempre avuto in animo di modificare²⁰.

In tal senso vengono in rilievo svariate disposizioni di atti normativi (più o meno) interni al Movimento fra cui, per lo specifico oggetto di questo scritto, di particolare interesse è l'art. 21, c. 2, lett. d) dello statuto del gruppo parlamentare della Camera (e l'omologo regolamento al Senato) che rende passibile di sanzione il «mancato rispetto delle decisioni assunte dall'assemblea degli iscritti con le votazioni in rete» e, più in generale, le violazioni del Codice etico del Movimento, contenente numerosi e alle volte perniciosi obblighi per i parlamentari che vorrebbero conculcarne la libertà di mandato. Perciò, come rilevato in dottrina, si tratta di «disposizioni in aperto contrasto rispetto al contenuto dell'art. 67 Cost.» ma, d'altra parte, sostanzialmente inefficaci in punto di diritto, specialmente poiché non giustiziabili²¹.

Eppure, l'applicazione rigorosa da parte dei vertici del Movimento e dei gruppi parlamentari di disposizioni di questo tenore ha comportato un massiccio ricorso alla sanzione dell'espulsione dal gruppo²², cui, letto l'art. 3 del Codice etico, dovrebbe conseguire l'obbligo — niente affatto giuridicamente efficace — di dimettersi dalla carica: volendo con ciò il Movimento assicurare una diretta e precisa coincidenza fra

²⁰ Confluitiva, ad esempio, tale intento nel cd. contratto di governo stipulato da 5 Stelle e Lega in vista della formazione del governo Conte I. È interessante notare che il laconico punto programmatico, «Occorre introdurre forme di vincolo di mandato per i parlamentari, per contrastare il sempre crescente fenomeno del trasformismo» (*Contratto per il governo del cambiamento*, 35), collegava il libero mandato al diffuso e sfibrante transfughismo parlamentare, connessione sulla quale si tornerà a più riprese. In commento a tale ipotesi di riforma v. L. PEDULLÀ, “*Contratto per il governo del cambiamento*” e *modifica dell'art. 67 Cost.*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 10 maggio 2019.

²¹ F. SCUTO, *I pericoli derivanti da uno svuotamento dell'art. 67 Cost. unito ad un “irrigidimento” dell'art. 49 Cost. Alcune considerazioni a partire dalla vicenda dello Statuto del Gruppo parlamentare “Movimento 5 Stelle”*, in *federalismi.it*, 13/2018, 7.

²² All'espulsione la disciplina dei gruppi 5 Stelle delle camere aggiungono, persino, una sanzione pecuniaria: il parlamentare «che abbandona il Gruppo Parlamentare a causa di espulsione, ovvero abbandono volontario, ovvero dimissioni determinate da dissenso politico sarà obbligato a pagare, a titolo di penale, al “MoVimento 5 Stelle” [...] la somma di euro 100.000,00» (art. 21, c. 5). Sulla inefficacia di tali sanzioni e di altre assimilabili adoperate in vista delle elezioni europee del 2014 e di quelle di Roma Capitale del 2016 v. R. BIN, *Ma mi faccia il piacere! La “multa” del M5S ai “ribelli”*, in *lacostituzione.info*, 12 gennaio 2017.

decisioni online degli iscritti e consequenziale comportamento dei parlamentari, ha finito per favorire — ed anzi codificare normativamente — un frequente transfughismo parlamentare.

Tale ultimo è fenomeno atavico ed endemico della storia parlamentare italiana risalente com'è alla Camera d'epoca liberale, ma con i 5 Stelle, essendo divenuto coattivo strumento di esercizio della disciplina di partito (*recte*: di movimento), ha raggiunto numero davvero significativi, da ultimo mettendo ripetutamente a rischio la tenuta dei governi da essi sostenuti nel corso della presente legislatura. Basti guardare, di recente, al voto di fiducia iniziale al governo Draghi, a seguito del quale ben 40 deputati e 16 senatori fra contrari, astenuti o anche solo assenti ingiustificati sono stati espulsi dai gruppi²³. Circostanza che, oltre a ridurne ulteriormente la consistenza numerica, ha subito sollecitato il sen. Salvini a rivendicare la riconquistata maggioranza del Senato al centrodestra²⁴ rendendo da subito difficile la tenuta, di per sé già poco agevole, di un coalizione di governo composita e trasversale da parte del Presidente del Consiglio.

In effetti, le frequenti e prolungate crisi della legislatura in corso hanno prestato il fianco alle modalità con cui il Movimento intende — o forse non intende affatto — la libertà del mandato parlamentare: l'alto numero di seggi ottenuto nelle elezioni politiche del 2018 ha reso nei fatti impossibile la costituzione di una qualsivoglia maggioranza che ne prescindesse ed i tempi necessari ad organizzare e svolgere le consultazioni online dapprima sul “contratto di governo per il cambiamento” per la formazione del governo cd. giallo-verde, poi sull'alleanza col centrosinistra per costituire il governo cd. giallo-rosso ed infine il già citato quesito prodromico alla nomina del governo Draghi, hanno frammentato con attese irrituali le convenzioni che regolano *praeter constitutionem* la gestione delle crisi, imponendo al capo dello Stato, al Presidente del Consiglio incaricato, ad alleati e avversari l'attesa del pronunciamento di Rousseau²⁵. Ciò sempre nella convinzione che i parlamentari non debbano votare per propria scienza ma in esecuzione di quanto stabilito dalla rete²⁶ piegando, in definitiva, il proprio mandato a soggetti che parlamentari non sono²⁷.

²³ Del resto, il Codice etico prescrive l'obbligo per i parlamentari cdd. grillini di «votare la fiducia, ogni qualvolta ciò si renda necessario, ai governi presieduti da un presidente del consiglio dei ministri espressione del MoVimento 5Stelle», art. 3.

²⁴ N. BARONE, *Ribelli, espulsioni e nuova leadership: cosa sta accadendo al M5S?*, su *Il Sole 24 ore*, 19 febbraio 2021.

²⁵ Sottolinea la distonia fra le “novità” apportate da 5 Stelle e Lega nell'iter di formazione del governo e le consolidate prassi che, invece, lo presiedono G. CAVAGGION, *La formazione del governo*, Torino, 2020, 208 ss., dando opportunamente atto, tuttavia, della non concordia della dottrina su tali conclusioni, con una accurata analisi delle diverse opinioni.

²⁶ È questa la decisa opinione di G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del MoVimento 5 Stelle*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2017, 3, secondo cui, parlando della XVII legislatura, «tutte le concrete prassi poste in essere dal MoVimento 5 Stelle [...] mostrano che i deputati e i senatori del MoVimento 5 Stelle rappresentano effettivamente la nazione con mandato imperativo, in contrasto con l'art. 67 della nostra Costituzione, essendo i portavoce delle decisioni prese attraverso il blog www.beppegrillo.it». *Ad adiuvandum* l'Autore riferisce della rarità dei casi in cui ai “portavoce” è consentita libertà di coscienza e di voto, come sulla legge in materia di unioni civili, laddove questa “concessione” trovava pur sempre fonte in un post di Beppe Grillo sul citato blog.

²⁷ Il che è assai problematico in altro tipo di votazioni come quelle legate alle immunità e, più in genere, alle gaurentigie parlamentari laddove il voto stesso è posto a tutela della funzione parlamentare e perciò

Nondimeno, le drastiche regole che presiedono alla “disciplina di movimento” si risolvono, in effetti, in meccanismi intrapartitici e, più nello specifico, nell’ambito dell’ampia autonomia che tanto la Costituzione quanto i regolamenti parlamentari rilasciano ai rapporti fra partiti e loro proiezioni parlamentari, vale a dire i gruppi parlamentari²⁸.

Se ne può desumere che, sebbene le modalità di voto online mettono in luce, sovente con qualche forzatura, le peculiarità della democrazia interna al Movimento, d’altra parte, nella sostanza, non molto di diverso sembra esserci rispetto alle modalità con cui gli altri — più o meno tradizionali — partiti assumono decisioni e condizionano la libertà del mandato dei parlamentari che ne sono espressione. Il che vale, al di là di qualche singolarità più estetica che dotata di forma e/o sostanza giuridica, a temperare l’incidenza distorsiva della *e-democracy* adoperata dai 5 Stelle su quegli istituti che qualificano il funzionamento della democrazia rappresentativa con particolare riguardo alle cruciali vicende legate alla nascita e alla caduta degli esecutivi.

4. E-democracy e metodo democratico ex art. 49 Cost.

In dottrina si sono acutamente distinte due diverse modalità di declinazione delle tecnologie dell’internet da parte dei partiti: la prima in cui «le tecnologie rischiano di essere considerate soltanto in modo strumentale, fino a trascurare il loro stesso potenziale innovativo o a ridurlo a mero aspetto marginale di una realtà sostanzialmente immutata»; la seconda, ove «le tecnologie vengono viste come potenzialmente portatrici di nuove e più moderne forme di organizzazione diffusa, capaci di dar vita, per il solo fatto di esistere, a forme di partecipazione alla vita politica alternative e sostitutive degli stessi partiti»²⁹. Ebbene, le considerazioni mosse in fine del precedente paragrafo consentono di osservare che l’idea del voto online e le concrete votazioni svolte — sinora — sulla piattaforma Rousseau hanno registrato un progressivo ma poderoso processo di attenuazione della narrazione quasi mitologica sottesa alla *e-democracy*, la quale, da avanguardia di un nuovo modello di democrazia diretta e continua inteso a sovvertire e a sostituire l’antiquato metodo della democrazia rappresentativa e la funzione mediativa dei partiti ad essa coesistente, è divenuto — ben più prosaicamente — un metodo di democrazia interna al Movimento 5 Stelle che, dal canto suo, partecipando alle elezioni politiche, contribuendo ai lavori parlamentari e, da ultimo, occupando caselle ministeriali ha accettato di svolgere il più classico e proprio dei ruoli dei partiti politici. Un ruolo —

allocato ad organi costituzionali che rivestono soggettivamente lo status del parlamentare. Questioni assai delicate ed invece rimesse allo *strepitus fori* dell’arena digitale, ad esempio, nelle vicende legate ai notissimi casi cdd. Diciotti e Gregoretti.

²⁸ G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 996. Ma sui regolamenti parlamentari v. E. RINALDI, *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, in *costituzionalismo.it*, 2/2017, 133 ss., a dire della quale l’ulteriore rafforzamento della logica “gruppo-centrica” delle riforme regolamentari degli anni ’80 avrebbero in più direzioni compreso la libertà del mandato nei rapporti fra parlamentare e gruppo di appartenenza.

²⁹ F. PIZZETTI, *Partiti politici*, cit., 4,

di più — autenticamente costituzionale poiché l'art. 94 Cost. individua nei partiti i soggetti che consentono ai cittadini, esercitando il loro individuale diritto di associarsi liberamente, di concorrere, con metodo democratico, alla determinazione della politica nazionale.

L'inciso relativo al metodo democratico, in particolare, è stato predicato dalla dottrina con riferimento alle finalità politiche dei partiti, alle modalità di azione e relazione esterna, alle modalità di gestione e organizzazione interna³⁰. Di questi tre significati interessa qui l'ultimo: poiché gli strumenti di *e-democracy* utilizzati dal Movimento sono divenuti, in concreto, il metodo dell'assunzione di rilevanti decisioni interne — seppure di indubbia valenza esterna — si può dire che questi descrivano una delle modalità in cui si estrinseca la democrazia interna al Movimento. Quando, poi, le deliberazioni online incidono su voti o comportamenti dei parlamentari del Movimento, hanno un sicuro influsso sulla libertà del loro mandato ma, come detto, non più di quanto non accada — sincronicamente e diacronicamente — per gli altri partiti.

La possibilità che le modalità decisionali interne assuma quelle spigolosità cui il Movimento ha abituato i più compassati attori istituzionali dipende, giuridicamente parlando, dalla formula aperta cui ricorse il Costituente nel redigere l'art. 49 Cost. e dalla circostanza per cui la disposizione citata non sia mai stata integrata, spiegata o attuata dal legislatore ordinario. I due elementi vanno letti assieme poiché, al di là della nota e diffusamente rilevata in dottrina reticenza storica dei partiti ad essere oggetto di una disciplina intrusiva, lo stesso Costituente non mostrò neppure un *favor* verso l'integrazione per legge del laconico disposto costituzionale sui partiti come invece ebbe a fare all'art. 39, cpv. Cost.³¹ che condiziona la registrazione degli statuti dei sindacati alla previsione di un «ordinamento interno a base democratica», con le note conseguenze di cui al successivo comma 3.

De jure condito le uniche disposizioni che in qualche modo contribuiscono a condizionare la libertà interna dei partiti sono quelle del d.l. 149/2013 che, espressamente richiamando il metodo democratico (art. 2, cpv.), subordina l'accesso al finanziamento nella forma della contribuzione dei privati all'adozione di uno statuto, redatto con atto pubblico, che disciplini una serie di istituti e procedure di garanzia della democrazia interna, fra cui composizione degli organi, modalità elettive, diritti degli iscritti, tutela delle minoranze interne, parità tra i sessi (art. 3)³². Un'attuazione minimale dell'art. 49 Cost. e, quel che più conta, facoltativa.

³⁰ S. CURRERI, *Articolo 49*, in F. CLEMENTI, E. CUOCOLO, F. ROSA, G. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, 2021, II ed., vol. I, 327 ss. Mentre del terzo profilo si discute nel corpo del testo, il primo allude al modello delle democrazie protette non esistente in Italia ma al più, secondo l'Autore, sostituito da forme convenzionali di esclusione dei partiti antisistema dal governo; il secondo consiste invece nell'«obbligo per i partiti di agire all'esterno accettando le regole del sistema rappresentativo, a partire da quelle elettorali, competendo lealmente tra loro, senza ricorrere a mezzi illegali e illeciti», 328.

³¹ *Ibidem*, 329.

³² I partiti che non vogliono accedere al contributo ma vogliono partecipare alle elezioni politiche e siano privi di statuto debbono presentare una davvero scarna «dichiarazione» che si limiti ad indicare «gli organi del partito o del gruppo politico organizzato, la loro composizione nonché le relative attribuzioni», art. 14, c. 1, dpr 361/1957.

Del resto, appare maggioritaria in dottrina l'opinione che sostiene la difficile ipotizzabilità in concreto di «una disciplina di carattere legislativo che non si traduca in una indebita ingerenza degli apparati pubblici nella vita interna dei partiti», poiché una siffatta disciplina «non potrebbe spingersi molto oltre la previsione di alcuni requisiti minimi che spetterebbe all'autonomia dei partiti liberamente attuare ed integrare»³³.

5. Conclusioni. Sulla necessità di una legge che rivitalizzi il rapporto fra artt. 49 e 67 Cost. valorizzando le pratiche di e-democracy

Sembra dunque che, per svolgere un'analisi costituzionale del rapporto fra deliberazioni online e comportamento dei parlamentari del Movimento che rifugge da tentazioni di scherno elitista spesso adoperate nei confronti dei 5 Stelle, esso vada inquadrato nelle relazioni strette fra disciplina di partito e libertà del mandato parlamentare. È, infatti, nella lettura combinata degli artt. 49 e 67 Cost. che è possibile scorgere il modello di democrazia dei partiti che il Costituente volle consegnare all'erigenda Repubblica³⁴: da un lato la conservazione e riproposizione dell'istituto di derivazione liberale della libertà del mandato parlamentare, connessa all'idea propria del costituzionalismo della prima ora della rappresentanza generale; dall'altro il riconoscimento del rilievo dei partiti nell'abitare e far funzionare le istituzioni repubblicane ed il Parlamento su tutte per via della posizione di centralità di cui gode nella nostra Costituzione.

La relazione fra le due disposizioni, si è sostenuto, andrebbe letta, in primo luogo, evidenziando la tendenziale prevalenza della disciplina di partito sul divieto di mandato, essendo la prima in grado di fornire un'adeguata attuazione al principio democratico (art. 1 Cost.), «rispetto al quale la portata dell'art. 67 sarebbe solo negativa e residuale nel senso di escludere che l'ordinamento giuridico statale possa dare efficacia, sanzionali nei confronti dei singoli parlamentari [...] ai vincoli che derivano dalla disciplina di partito». Andrebbe letta, poi, in senso complementare e non conflittuale, nel senso che «l'art. 67, nel configurare la rappresentanza politica come rappresentanza generale e non sezionale [...], si porrebbe in diretta connessione con la valorizzazione dell'azione partitica quale fattore di ricomposizione unitaria della domanda politica»³⁵.

Ebbene, durante la cd. prima Repubblica l'armonia non conflittuale della relazione in commento era garantita dalla solidità organizzativa interna dei partiti dell'epoca e dalla circostanza per cui essi occupassero in fatto il fulcro decisionale dell'intero sistema politico-istituzionale, da cui «l'assenza pressoché totale di fenomeni di trasformismo e di trasfughismo parlamentare»³⁶. La svolta pseudomaggioritaria degli anni '90 ha portato notevole instabilità all'assetto dei partiti, il cui numero è aumentato e la cui

³³ V., per la ricostruzione delle opinioni dottrinarie, G. RIZZONI, *Art. 49*, cit., 992-3.

³⁴ Cfr. P. RIDOLA, *Divieto di mandato imperativo e pluralismo politico*, in AA.VV., *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 694 ss.

³⁵ I virgolettati sono di G. Rizzano, *Art. 49*, cit., 997-8 cui si rinvia per le opinioni sintetizzate.

³⁶ Cfr. M. PLUTINO, *In margine alle etichette di "Prima" e "Seconda" Repubblica. Ovvero, la democrazia rappresentativa in Italia e la sua crisi*, in *Diritti fondamentali*, 11 novembre 2014, 36.

organizzazione in coalizioni contrapposte ha dato vita ad un bipolarismo di per sé abbastanza solido ma internamente assai frammentato. In quel periodo, la libertà del mandato di cui all'art. 67 «si è riverberata nel fenomeno della cosiddetta “mobilità parlamentare”, vale a dire nel frequente uso della facoltà per i singoli deputati e senatori di cambiare gruppo o passare al gruppo misto»³⁷, ed «il fenomeno delle migrazioni da un gruppo all'altro e anche da uno schieramento all'altro è stato massiccio, coinvolgendo in certe fasi oltre il 20% dei parlamentari»³⁸.

Si fa pertanto comprensibile il tentativo dei 5 Stelle, una volta entrati in Parlamento, di porre un decisivo freno al parossismo delle pratiche trasformistiche che ha caratterizzato linearmente la cd. seconda Repubblica, veicolato dall'idea dei parlamentari come meri portavoce degli spazi di discussione e decisione online in cui è — in teoria — allocato il vero momento decisorio. Ciò nondimeno, poiché il controlimito di cui all'art. 67 Cost. non può che continuare a resistere, l'applicazione perentoria della disciplina di partito posta in essere dal Movimento finisce paradossalmente per incentivare ed anzi obbligare al transfughismo³⁹, ulteriormente sfibrando il rapporto fra eletti ed elettori e frustrando il grande potenziale insito nel ricorso al web per ravvivarlo⁴⁰.

Tale circostanza appare, però, solo il punto di arrivo del lungo e trasversale processo di cui si diceva poc'anzi che ha progressivamente incancrenito il rapporto fra artt. 67 e 49 Cost. tramite lo «svuotamento» del primo per via di «un esercizio troppo disinvolto e poco responsabile della libertà di mandato» e l'«irrigidimento» del secondo «generato da organizzazione fortemente verticistiche dei partiti che comprimono eccessivamente i livelli di democraticità interna»⁴¹. La risoluzione dell'intricato patologico in cui oggi versano gli artt. 67 e 49 Cost. può essere risolto solo a partire dalla strettissima connessione che lega il ruolo dei partiti in Parlamento ai tre principi pivotali che inaugurano la Costituzione, il democratico, il personalista, quello di eguaglianza (in

³⁷ L. CIAURRO, *Art. 67*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario*, cit., vol. II, 1293.

³⁸ R. BIN, *Ma mi faccia il piacere*, cit. Non è casuale che nel corso della XIII legislatura fioccarono proposte di riforma dell'art. 67 Cost., dalle più minimali alle più distorsive, volte a codificare un qualche limitazione di rilievo giuridico della libertà di mandato, nessuna delle quali ebbe fortuna mentre fu riformato il regolamento Camera introducendo le componenti politiche nel gruppo misto (L. CIAURRO, ult. cit. 1294). Una conclusione paradossale: «Invece di cercare di arginare o scoraggiare in qualche modo questa migrazione, i regolamenti della Camera sono stati piegati ad accettare la formazione di mini-gruppi parlamentari in cui ospitare i vari transfughi, estendendo a loro piccoli e grandi privilegi» (R. BIN, cit. in questa nt.). Più di recente il tentativo di arginare il dilagante transfughismo che aveva avuto luogo in particolare al Senato durante la XVII legislatura ha portato alla modifica dell'art. 14 del relativo regolamento che impedisce la costituzione di gruppi non corrispondenti a liste elettorali: una disposizione subito aggirata dal sen. Renzi che ha utilizzato simbolo e nome del PSI, il quale aveva partecipato alle elezioni, per costituire il gruppo della neonata formazione Italia Viva.

³⁹ Molto critica l'opinione di G. GRASSO, *Mandato imperativo*, cit., 2: «il Movimento [...], affermando il vincolo del mandato finisce per esprimere una concezione del tutto peculiare del vincolo di mandato partitico – non solo in funzione recessiva dell'art. 67 Cost., ma anche dello stesso art. 49 Cost. – che rimanda, per certi aspetti, ai *cahiers de doléance* della temperie politico-istituzionale precedente alla Rivoluzione francese, quando i partiti politici, nel senso che oggi conosciamo, neppure esistevano».

⁴⁰ Sulla *e-democracy* come metodo per sviluppare nuovi rapporti fra cittadini ed istituzioni, più che come strumento di governo, P. D'ALEO, *Il problematico rapporto tra cyberspazio e democrazia rappresentativa. I movimenti politici dell'e-democracy*, in *Politica & Società*, 1/2018, 45 ss.

⁴¹ Così F. SCUTO, *I pericoli*, cit., 9.

particolare) sostanziale (artt. 1, 2 e 3, cpv. Cost.): poiché l'art. 49 Cost. costruisce la rilevanza costituzionale dei partiti non direttamente su di essi ma sul diritto costituzionale dei cittadini di associarsi liberamente, esso va interpretato nel senso di perseguire — e richiedere — «un modello di partecipazione tendenzialmente “dal basso”», da cui «deriva l'esigenza naturale di implementare il metodo democratico all'interno dei partiti, al fine di impedire lo sviluppo di organizzazione politiche troppo verticistiche e oligarchiche che si allontanano dal modello» costituzionale⁴².

L'opinione citata coglie il vero *punctus dolens* che sottostà alle considerazioni sin qui svolte nella misura in cui cala la lettura giuridico-costituzionale delle disposizioni in commento nel contesto politico-costituzionale della crisi della rappresentatività dei partiti che, mutati nel tempo, non sono più in grado di garantire, come nell'antichità repubblicana, un equilibrio integrato fra disciplina di partito e libero mandato: la transizione subita dai partiti a partire dagli anni '90 dello scorso secolo con il collasso di quelli tradizionali, la nascita dei partiti azienda, la diffusione egemonica dei partiti personali e la degenerazione dei partiti del leader, rende oggi tanto più pressante l'esigenza di una disciplina ordinaria di attuazione dell'art. 49 Cost.⁴³

Una disciplina che, oltretutto, ben potrebbe fare i conti col progresso tecnologico e valorizzare, nello sviluppare in norme di legge il metodo democratico interno ai partiti, le potenzialità rese disponibili dall'internet, perfezionando e ampliando agli altri partiti i tentativi un po' maldestri dei 5 Stelle di rilanciare tramite il web gli sviliti processi di partecipazione democratica.

Il Movimento 5 Stelle, in conclusione, soprattutto grazie alla fiducia rimessa nelle potenzialità della rete, ha lanciato molteplici e non sempre coerenti «sfide alla democrazia rappresentativa»: l'una «utopistica», l'altra «riformistica», la terza, infine, «plebiscitaria»⁴⁴. Si è detto che la prima, parallelamente alla progressiva istituzionalizzazione del Movimento ed al temperamento delle sue spigolosità antisistemiche, è scolorita nella seconda, sempre, però, convivendo con la terza: per quanto il Movimento si sia affacciato all'arena politica come soggetto dirompente, incardinato su dinamiche *bottom-up*, è pur sempre figlio dei tempi: l'iniziale carica dell'«uno vale uno» non ha affatto impedito di contenere — già *in nuce* — derive leaderistico-plebiscitarie, che d'altra parte connotano su ampio stretto la metamorfosi dell'organizzazione partitica, seppure veicolate con metodi innovativi e linguaggi non sempre ortodossi.

Di qui la ragione per cui appare necessario insistere, se mai, sulla opportunità di sviluppare con legge i portati della seconda delle “sfide” citate che, mentre fa acquiescenza del modello costituzionale delle forme di democrazia, si faccia carico di integrarlo con le potenzialità offerte dalla rete, con particolare riferimento alla dimensione partitico-partecipativa del principio democratico che continua a rappresentare la chiave di volta e la formula di sintesi fra le istituzioni rappresentative di matrice liberale e la trama intimamente democratica del costituzionalismo contemporaneo.

⁴² *Ibidem*, 10.

⁴³ S. CURRERI, *Articolo 49*, cit., 329.

⁴⁴ È la tesi di fondo di A. FLORIDIA, R. VIGNATI, *Deliberativa*, cit.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA STRATEGIA TECNO-POLITICA DEI PARTITI DIGITALI
TRA POTERE E ORIZZONTALITÀ: IL CASO DI PODEMOS

RAFFAELLA FITTIPALDI

SOMMARIO: 1. Introduzione. La democrazia e le sue a/oggettivazioni. – 2. L’ipotesi *Podemos*.
Le premesse. – 3. L’Innovazione politica alla prova della macchina organizzativa. – 4.
L’ibridazione. Una chiave di lettura dell’innovazione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. La democrazia e le sue a/oggettivazioni

Le democrazie contemporanee sono sospese tra l’istituzionalizzazione e il consolidamento delle procedure formali che presiedono alla loro stessa legittimità o continua legittimazione democratica e la difficile quanto sempre più necessaria applicazione reale dei processi di partecipazione, discussione e vita politica attiva. Il punto critico è, in altri termini, il difficile – e funzionante – equilibrio tra democrazia rappresentativa e partecipazione. In un sistema in cui il popolo ha il potere di eleggere dei rappresentanti incaricati di prendere poi delle decisioni pubbliche, la democrazia elettorale non può essere l’unico orizzonte al quale tendere, ma solo uno degli aspetti che incornicia più ampie istanze partecipative in grado di delineare strumenti integrativi della rappresentanza. Fare riferimento al solo momento elettorale comporterebbe cioè la riduzione dell’esercizio della sovranità dei cittadini alla sola espressione del voto, con il risultato di svuotare la concezione democratica dei suoi attributi e contenuti più sostanziali che invece si concretizzano nelle varie pratiche di partecipazione politica. La rappresentanza è (stata) principalmente espressa da e con i partiti politici in qualità di

organizzazioni strutturate e di massa, in grado di tessere delle connessioni con gli elettori e di rappresentarli, appunto, in parlamento¹. Tuttavia, la crisi dei partiti e delle appartenenze collettive ha eroso quel profondo vincolo di fiducia che legava i cittadini alle istituzioni, con l'effetto di incidere anche sulla organizzazione stessa dei partiti che sempre più spesso e più facilmente lasciano ampio spazio di manovra ai loro leader e alle sofisticate tecniche di comunicazione e marketing politico che ne garantiscono e ne agevolano l'ascesa. Su queste basi, «la locuzione democrazia virtuale viene usata per indicare una democrazia posticcia, che viene meno ai suoi obiettivi e si trasforma nel proprio simulacro [...] Il progressivo deteriorarsi dei principali attori – e indicatori – democratici segnala che la democrazia contemporanea è diventata sempre meno reale. Più virtuale»². Tuttavia, l'accezione positiva di democrazia virtuale riconosce il ruolo che Internet ha avuto e continua ad avere nella ridefinizione della democrazia. L'utilizzo del web può infatti incidere in termini migliorativi sulla crescita della partecipazione politica. Ma sul punto, qualità e quantità non necessariamente convergono in un seppur auspicabile miglioramento. Ad ogni modo, alle tendenze generali di personalizzazione³ e mediatizzazione della politica⁴ che accompagnano e segnano l'evoluzione e la trasformazione dei tipi/modelli di partito fanno da contrappeso le funzioni originarie che questi attori, pur cambiando su vari fronti, conservano. Se le tecnologie digitali mutano e addirittura rivoluzionano il vincolo alla base della relazione di rappresentanza che diventa, allo stesso tempo, più diretta e personale⁵, l'esigenza della rappresentanza si mantiene. Nondimeno, la connettività digitale incide sulle dinamiche della partecipazione e dell'informazione impattando considerevolmente e direttamente sull'esercizio dei diritti civili e politici⁶ e quindi sulle dinamiche stesse della rappresentanza. Pertanto, concentrarsi sulle modalità necessarie per adeguare le istituzioni rappresentative al contesto politico che la rivoluzione tecnologica ha determinato risponde alla necessità di rilanciare la legittimazione politica democratica più in generale.

Se si assume che le organizzazioni politiche hanno plasmato le loro strutture su quelle economiche dominanti in ogni epoca⁷, non stupisce che nell'era della *media logic* e della *platform society* prendano forma partiti definiti come digitali o piattaforma⁸. La

¹ G. SARTORI, *Parties and Party Systems, A Framework for Analysis*, Londra, 1976.

² M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Bari-Roma, 2019, 49.

³ Sul tema si vedano: M. CALISE, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, 2000 e M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

⁴ Oggi la politica non solo è veicolata a titolo informativo e narrativo dai mezzi di comunicazione di massa, ma è anche in larga misura svolta grazie agli stessi canali mediatici. Per un approfondimento si veda: F. ESSER, J. STÖRMBÄCK, (a cura di) *Mediatization of politics. Understanding the transformations of western democracies*, Basingstokes, 2014.

⁵ Per un approfondimento sulla tematica della personalizzazione, a doppio binario - leader e masse -, si veda: M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit.

⁶ F. MUSELLA, *Legge, diritti e tecnologia. Approcci a confronto*, in *Politica del Diritto*, 3/2010, 441 ss.

⁷ Si veda a tal proposito l'utile lavoro di M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013.

⁸ Tra i primi, si ricordi il Partito Pirata in Islanda (<https://piratar.is/english/>), nato nel 2012, grazie a vari attivisti informatici, come organizzazione politica focalizzata sul problema dei diritti di proprietà in Internet. Allo stesso tempo il partito rivendicava una maggiore trasparenza politica e

più alti livelli di responsabilità di governo, si chiedevano sanità pubblica e gratuiti, democrazia diretta e democrazia digitale insieme alla garanzia dei diritti civili e all'accesso pubblico alle informazioni. Sul tema dei partiti digitali si veda: P. GERBAUDO, *I partiti digitali*, Bologna, 2018.

trasformazione dei modelli di partito è evidente soprattutto con e all'interno delle nuove forze politiche la cui nascita fa da contraltare alla progressiva perdita di forza e legittimità dei partiti *mainstream*⁹. L'idea che queste nuove organizzazioni possano mutare la loro mappa del potere e rendere il processo decisionale più democratico fa pensare che queste possano altresì contribuire a rendere effettivo uno slittamento del baricentro del potere a livello sistemico e che quindi il vincolo tra rappresentanti e rappresentati possa saldarsi su più solide interazioni partecipative e sulla massima riduzione delle distanze tra i corpi sociali. Ma a guidare questi mutamenti sociali e politici non può essere il caso o una mano invisibile. L'esito dei processi di mutamento dipende dal contributo politico e giuridico che si vorrà dare.

Su questa linea, l'intento del presente contributo è riflettere sul legame esistente tra partecipazione, tecnologie digitali, organizzazione e potere, prendendo in esame il caso di *Podemos*, un'organizzazione politica che ha basato il suo successo elettorale proprio sul binomio media e politica. Come si fa a costruire e cosa significa essere un'impresa politica di successo nell'era dell'«ideologia della rete»?

Si tratterà dapprima una ricostruzione analitica della nascita del nuovo partito spagnolo per poi arrivare ad abbozzare delle risposte e a tracciare future piste di ricerca grazie al concetto di «ibridazione». Sullo sfondo, nell'intreccio tra innovazione politica e tecnologia, si delinea il ruolo fondamentale, trasversalmente riconosciuto, ai partiti politici nella definizione del sistema politico democratico.

2. L'ipotesi *Podemos*. Le premesse

Podemos nasce nel 2014, dopo una stagione di proteste. Nel 2011, nel contesto spagnolo, in quello sud-europeo e, più in generale, dagli Stati Uniti al Nord Africa, si mette in moto un ciclo di mobilitazioni contro le dure misure imposte dalle politiche di austerità nei contesti occidentali¹⁰ e contro il mancato rispetto dei diritti umani e le difficili condizioni di vita nei paesi arabi. La crisi economica di portata mondiale, la cosiddetta Grande Recessione (2007-2008), scopre i nervi di un sistema economico e politico malconco. Alcune questioni dai tratti materialisti riassumono salienza e plasmano così, accanto alle tipiche rivendicazioni di marca post-materialista¹¹, la genesi delle nuove formazioni politiche emergenti. Dal canto loro, i soggetti politici *mainstream*, il *Partido Popular* (PP) e il *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE), che si alternavano al governo sin dalla Transizione, sperimentano da protagonisti un progressivo calo di

⁹ Per una lettura interessante che differenzia i partiti *mainstem* riferendo visi come ai partiti della Grande Depressione dai partiti emergenti/nuovo, chiamandoli partiti della Grande Recessione, si veda: S. VASSALLO, M. VALBRUZZI, *I partiti della Grande Recessione contro i partiti della Grande Depressione. Un nuovo cleavage o un'altra bolla?*, in *Stato e mercato*, n. 112, 1/2018, 87 ss.

¹⁰ P. MAIR, *Ruling The Void: The Hollowing of Western Democracy*, London-New York, 2013. Si veda inoltre: M. ANDRETTA, M., D. DELLA PORTA, *Contentious Precarious Generation in Anti-austerity Movements in Spain and Italy*, in *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 10, 1/2015, 2015, 37ss.

¹¹ R.F. INGLEHART, *The Silent Revolution. Changing Values and Political Styles Among Western Publics*, Princeton, 1977 e R.F. INGLEHART, *Changing Values among Western Publics from 1970 to 2006*, in *West European Politics*, vol. 31, 1-2/2008, 130 ss.

consensi e una crescita, uguale e contraria, di malcontento e sfiducia tra i propri elettori e membri. L'emergere di nuove formazioni politiche come Ciudadanos e *Podemos*, nati rispettivamente nel 2006 e nel 2014, rappresenta da un lato la conseguenza della riduzione di attrattiva dei soggetti classici e dall'altro un acceleratore del loro declino. Agli inizi della crisi, il sistema partitico si presenta come congelato, non solo non rispondente alle domande provenienti dalla società civile, ma anche luogo simbolo di origine della crisi di rappresentanza. In questo quadro, il movimento 15-M cerca di approfittare della finestra di opportunità apertasi con la crisi economica e finanziaria e di creare una rottura dello schema politico all'interno del quale la partecipazione si riduceva al momento meramente elettorale. *Podemos* ne raccoglie in seguito le intenzioni e le ricompone su un terreno istituzionale. Com'è pertanto intuibile, la nascita di nuovi attori politici agisce sia sul mutamento organizzativo dei modelli di partito, ma anche – e forse soprattutto – in prospettiva sistemica. Determinanti per la nascita e lo sviluppo di nuovi attori politici sono in generale fattori di matrice ideologica, strutturale e istituzionale. L'esigenza di migliorare e accrescere la partecipazione politica così da incidere sulla *responsiveness* e *accountability* delle forze politiche e delle istituzioni democratiche è un fattore trasversale. Su questa linea, com'è stato osservato, i *New Politics Parties* si mobilitano proprio per portare delle innovazioni nell'ambito della forma democratica di governo e all'interno dell'organizzazione¹².

L'idea di creare una nuova impresa politica nella Spagna abituata alla salda legge del bipartitismo e dell'alternanza viene ad un gruppo di ricercatori e professori dell'Università Complutense di Madrid insieme ad alcuni attivisti della sinistra anticapitalista e dei movimenti *grassroot*. La prima base programmatica e il bacino di attivismo originale sono, come sopra anticipato, quelli del movimento degli Indignados che aveva popolato le piazze delle maggiori città iberiche invocando una maggiore e migliore democrazia¹³. *Podemos* si costruisce velocemente e altrettanto rapidamente conquista consenso elettorale. Dall'europarlamento (2014) ai parlamenti delle comunità autonome (2015), il salto all'organo rappresentativo e di governo nazionale (2016 e più compiutamente 2019) avviene in circa cinque anni, passando per alcune tappe costitutive fondamentali. Il primo Congresso pone le basi organizzative e politiche del partito. In questa prima fase genetica, *Podemos* esprime un link molto vivo con i movimenti e soprattutto con il Movimento 15-M. Non solo le rivendicazioni, le *issues* e i *claims*, sollevati dal movimento degli Indignados sono ripresi e fatti propri dal nuovo partito, ma anche le basi organizzative di *Podemos* si ispirano ad una forma più fluida e orizzontale, sebbene strutturata, di organizzazione politica. Nel documento Politico del 2014 si trova anche un riferimento al principio di «*representar obedeciendo*», ovvero «rappresentare obbedendo». *Podemos* tenta di essere una forza politica ponte tra le piazze e le

¹² P. IGNAZI, *The Crisis of Parties and the Rise of New Political Parties*, in *Party Politics*, vol. 2, 4/1996, 549 ss.

¹³ «*Democracia real, ¡ya!*» e «*No nos representan*» sono alcuni degli slogan più famosi e intonati dal movimento a sottolineare che la distanza tra la partecipazione (democratica) e la rappresentanza (democratica) sembrava incolumabile visto che la politica e i politici che sedevano in parlamento non erano portatori delle istanze che le piazze stavano esprimendo.

istituzioni¹⁴. È per questa ragione che si intravede anche l'idea di una sorta di «mandato imperativo», un vincolo tra la rappresentanza e la coerenza programmatica alla quale i cittadini-elettori si affidano in fase di scelta elettorale. Sin dalle origini è, infatti, chiaro che l'obiettivo politico è governare. E per raggiungere questo scopo Internet è – si rivela essere – una risorsa (organizzativa) cruciale. Già gli Indignados avevano variamente usato la tecnologia per sviluppare il movimento. Le famose *acampadas* e le manifestazioni cittadine popolate dalle altrettanto note *mareas* erano state definite, chiamate e coordinate proprio grazie al web. Dal sito www.democraciarealya.es ai social network, Internet contribuisce a delineare un profilo *grassroot* del movimento, che *Podemos*, in un secondo momento, cercherà di ereditare. Il modello organizzativo approvato nel I Congresso del partito, tenutosi nell'ottobre 2014, evoca una piramide rovesciata: la base del partito, ovvero i circoli e gli iscritti che formano l'Assemblea cittadina, e il vertice (la segreteria generale – composta dal Segretario-leader del partito e da un Consiglio di Coordinamento che lo sostiene nella gestione della struttura centrale – e il Consiglio Cittadino) sono presentati come capovolti, ad intendere che il flusso decisionale si dirige dalla base al vertice e non viceversa. Se da un lato è chiaro che la stabilizzazione, dettata principalmente dalle crescenti responsabilità di governo, inciderà sull'evoluzione del modello organizzativo del partito, dall'altro è evidente che il modello originario continua a vivere negli aspetti più innovativi che il partito conserva.

3. L'Innovazione politica alla prova della macchina organizzativa

Sebbene si possa identificare la prevalenza – e addirittura la dominanza – di alcuni modelli di partito nelle varie epoche storiche, la loro evoluzione non segue un andamento lineare. Tuttavia, sotto la pressione del mutamento sociale, i fenomeni politici si definiscono. Oggi essere un nuovo tipo di partito politico dipende principalmente dall'uso di nuove pratiche che arricchiscono il repertorio d'azione a cui si fa riferimento. Queste contemplano in generale un nuovo modo di fare politica e includono, più nello specifico e in particolare, anche il tipo di comunicazione che l'organizzazione sceglie di adottare sia verso l'(ambiente) esterno che al suo interno. La dimensione comunicativa, tuttavia, lungi dal rappresentare un aspetto politico a sé stante, è fortemente connessa al tipo di struttura e di cultura politica che la formazione partitica ha e, quindi in ultima istanza, alla sua organizzazione¹⁵. È qui che possiamo intravedere quello che nella letteratura delle teorie organizzative viene definito *isomorfismo organizzativo*, vale a dire quel processo per cui le organizzazioni appartenenti ad un dato contesto tendono a somigliarsi seguendo, più o meno consciamente, delle vere e proprie mode organizzative. Come abbiamo avuto modo di notare sopra, *Podemos* tenta di dare vita ad una struttura partitica

¹⁴ «Un piede nelle istituzioni e mille nelle strade» è uno slogan diffuso tra i membri del partito, che rappresenta eloquentemente la strategia che *Podemos* vuole mettere in pratica per affermarsi e stabilizzarsi.

¹⁵ A. GUTIÉRREZ-RUBÍ, O. SARSANEDAS, *Technopolitics and the new territories for political action*, in *OpenDemocracy*, 2016.

maggiormente circolare, orizzontale e fluida rispetto alla galassia partitica tradizionale spagnola. Il ruolo del world wide web è qui senza dubbio rilevante visto che il partito viola si serve di molti e diversi strumenti di partecipazione online per ottemperare alle principali e classiche funzioni di selezione dei candidati, elezione del personale di partito, revoca degli eletti, definizione dei programmi elettorali, discussione (con invio e voto) di una proposta, partecipazione a dibattiti, contatto – mediante l’invio di domande – con i rappresentanti, e partecipazione alla definizione di proposte di legge. Ciò nondimeno, anche la dimensione *offline* ha una sua considerevole rilevanza che, nel tempo, riuscirà addirittura a marginalizzare l’innovazione tecnologica dell’*online* facendo (ri)approdare *Podemos* a lidi più conosciuti.

La piattaforma partecipativa¹⁶ che *Podemos* impiega per sviluppare una base online è *participa.podemos*, lanciata nel giugno 2014. Per accedervi è necessario essere in possesso di un documento di identità e di un indirizzo email¹⁷. Dopo l’iscrizione, tutti partecipano come e quando vogliono e ognuno – per riprendere il motto pentastellato italiano – vale uno. Nell’ottica dell’organizzazione, la piattaforma rappresenta l’articolazione digitale del tipo di partecipazione analogica. Nella narrazione del partito, infatti, si parla di nuova politica per sottolineare l’alterità rispetto alle classiche organizzazioni, dove la distribuzione interna del potere è di stampo gerarchico e notevolmente diseguale tra base e vertici. Al contrario, la piattaforma online permetterebbe di realizzare una forma di partecipazione politica diretta per via digitale da contrapporre alle forme tradizionali che caratterizzano sia gli organi costituzionali (di rappresentanza) che gli attori partitici nella loro organizzazione interna. Innovativa è anche la gestione dell’area finanziaria. Per finanziarsi senza dipendere dalle banche o da grandi investitori privati, infatti, *Podemos* ha scelto di sviluppare strumenti di finanziamento alternativi (*crowdfunding* e microcredito) che definisce «innovativi e partecipati ispirati ai valori dell’economia collaborativa» in modo tale che gli stessi cittadini siano coinvolti nel processo, pur non rispondendo necessariamente alla figura di militante tradizionale che con la propria quota contribuisce a tenere attiva e funzionante l’organizzazione. Nel portale di Trasparenza dell’organizzazione, al quale si accede dal sito web *podemo.info*, si trovano inoltre i bilanci del partito, le liste di finanziatori e le dichiarazioni dei beni delle cariche pubbliche e organiche. Tuttavia, ad oggi gli aggiornamenti sono fermi al 2016, sintomo, anche questo, dell’incedere del tempo e dunque della progressiva istituzionalizzazione/normalizzazione del partito.

Come il seminale lavoro sui modelli di partito di Angelo Panebianco ha messo in luce: «Per esaminare l’assetto organizzativo di un partito ciò che prima di tutto occorre investigare è la sua struttura del potere, come il potere entro l’organizzazione è distribuito,

¹⁶ Per un’utile riflessione sulle piattaforme si veda: M. OROFINO, *Il Forum – Le sfide della democrazia digitale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2019, 1 ss.

¹⁷ M. ARDANUY PIZARRO, E. LABUSKE, *El músculo deliberativo del algoritmo democrático: Podemos y la participación ciudadana*, in *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, Vol. 12, 1/2015, 93 ss.

Bisogna, inoltre, notare che nella fase genetica del partito l’iscrizione a *Podemos* non preclude ad appartenenze ad altre organizzazioni politiche. Per un’analisi della prima fase dell’organizzazione si veda: M. PUCCIARELLI, G. RUSSO SPENA, *Podemos. La sinistra spagnola oltre la sinistra*, Roma, 2014.

come si riproduce, come si modificano e con quali conseguenze organizzative, i rapporti di potere»¹⁸. Partendo da questa affermazione, dunque, il caso di *Podemos* appare di cruciale importanza. Infatti, se l'osservatore si fermasse in superficie, potrebbe immaginare una distribuzione del potere interno all'organizzazione più egualitaria rispetto alle altre formazioni politiche, resa possibile principalmente dall'infrastruttura digitale e alla tecnologia. Come se il web fosse *naturaliter* in grado di dare origine ad organizzazioni rizomatiche, lineari e orizzontali. Anche l'italiano Movimento Cinque Stelle si presenta in una veste innovativa e digitale. La retorica notevolmente «cyber-ottimistica» del M5S¹⁹ sembra delineare un profilo organizzativo orizzontale e non gerarchico facendo assurgere il mezzo (digitale) a messaggio (di partecipazione democratica)²⁰: «the Web as inherently transparent, democratic and accountability-enhancing technology»²¹. In realtà, social network, piattaforme, siti web e app rappresentano il dispositivo retorico per invertire il flusso decisionale, da discendente e top-down a bottom-up. Da questo punto di vista, sia *Podemos* che il M5S²² sembrano raccogliere la sfida della rete e rilanciarla all'intero sistema politico aprendo in tal senso una vera e propria «finestra di opportunità» per uno sviluppo democratico più generale. Emerge, infatti, una strategia tecno-politica, ovvero un management dell'azione e della comunicazione del partito politico mediante la tecnologia, che si abbina a tratti organizzativi meno innovativi. Infatti, da un lato la discussione nelle agorà digitali, la possibilità di partecipare alla selezione dei candidati così come alla redazione dei programmi elettorali semplicemente con un clic rappresentano una novità per la politica tradizionale che, accanto alle forme dell'agire convenzionale, vede la comparsa di un *new hacktivism*²³. Tuttavia, dall'altro lato, a dispetto di una retorica che enfatizza il web e l'orizzontalità, si possono individuare degli squilibri nei «giochi di potere»²⁴. In *Podemos*, per partecipare attivamente, ad esempio per avanzare delle proposte, sono contemplate delle vere e proprie soglie di sbarramento al di sotto delle quali le iniziative degli iscritti non vengono prese in considerazione neanche per una discussione pubblica e collettiva²⁵. Inoltre, su questa linea che differenzia la pratica dalla retorica e dalla auto-

¹⁸ A. PANEBIANCO, *Modelli di partito. Organizzazione e potere nei partiti politici*, Bologna, 1982, 57.

¹⁹ C. VACCARI, *La politica online*, Bologna, 2012.

²⁰ M. MCLUHAN, *The Gutenberg galaxy: The making of typographic man*, Toronto, 1962.

²¹ L. MOSCA, C. VACCARI, A. VALERIANI, *An Internet Fuelled Party? The Movimento 5 Stelle and the Web*, in F. TRONCONI (a cura di), *Beppe Grillo's Five Star Movement: Organisation, Communication and Ideology*, Ashgate 2015, 127.

²² Nel caso del nostrano partito pentastellato, la rete veniva eletta a strumento politico alternativo rispetto al circuito mediatico tradizionale basato sui palinsesti televisivi. Il web è stato, in tal senso, utilizzato per aprire canali di partecipazione diretta per i cittadini-elettori, prima attraverso il blog di Beppe Grillo in forza della definizione di un rapporto anche molto personale tra i leader e i suoi sostenitori, e poi con i *Meetup* di e con la piattaforma Rousseau.

²³ Bisogna comunque notare che mentre nel caso spagnolo accanto all'attivismo web si sviluppa un tipo di partecipazione tradizionale, nel Movimento Cinque Stelle il digitale rappresenta l'unico canale di partecipazione.

²⁴ Sul punto si veda: P. GERBAUDO, *Are digital parties more democratic than traditional parties? Evaluating Podemos and Movimento 5 Stelle's online decision-making platforms*, in *Party Politics*, 2019, 1 ss.

²⁵ Le stesse considerazioni valgono, in tal senso, per il nostrano M5S che subordina la possibilità di indire consultazione da parte degli iscritti alla raccolta di 500 firme.

narrazione, all'interno di *Podemos* spetta essenzialmente alle cariche pubbliche e organiche (interne al partito) il controllo sulle cosiddette «zone di incertezza» che possiamo individuare come le risorse del potere organizzativo²⁶. È infatti la coalizione dominante guidata dal leader – tre volte rieletto segretario generale e poi dimessosi in seguito alla sconfitta elettorale nella comunità autonoma madrilen²⁷ – Pablo Iglesias che detiene il controllo su: regole formali dell'organizzazione, finanziamento, reclutamento, comunicazione e gestione dei rapporti politico-organizzativi interni ed esterni al partito, quindi sui processi decisionali. Il tema della distribuzione del potere all'interno dell'organizzazione emerge con la nascita delle prime lotte interne. Il secondo e il terzo Congresso del partito saranno il palcoscenico del cambiamento o forse dell'evoluzione «naturale» dell'organizzazione. Con l'approdo al governo e alla vigilia del Terzo congresso, tenutosi sul web in piena pandemia, gli strumenti partecipativi online di cui *Podemos* si era dotato non compaiono più sulla piattaforma. Il cambio di rotta verso un'infrastruttura tradizionale è così apertamente segnato. Oltre alla pratica anche la retorica partecipazionista del web ne è di conseguenza minata.

Podemos inizia a sentire la necessità di sviluppare non solo il muscolo deliberativo online, ma anche di rafforzare la presenza sul territorio e propone così una prima e dirimente distinzione tra militanti e iscritti²⁸. Com'è noto, alle diverse categorie di appartenenza all'organizzazione corrispondono diversi tipi di incentivi e una diversa struttura della loro distribuzione. La letteratura organizzativa individua vari tipi di incentivi che, seguendo Panebianco, possiamo distinguere in incentivi collettivi di identità, incentivi selettivi di status e materiali²⁹. Se i primi intervengono ad un livello ideologico e di appartenenza, i secondi hanno invece a che fare con la dimensione più terrena e reale del potere: *status symbol* e compensi monetari. Essendo gli incentivi alla base della partecipazione politica e del coinvolgimento in un'organizzazione nonché il principale contenuto nello scambio della relazione di potere tra leader e base, è consequenziale che la differenziazione tra militanti e iscritti operata di recente da *Podemos* corrisponde ad un cambiamento nella relazione di potere interno all'organizzazione.

Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione possono, dunque, volgere in senso radicalmente democratico i rapporti di potere interni ad un'organizzazione politica e il rapporto di rappresentanza, risignificandoli e rendendo reale la partecipazione della maggioranza dei cittadini-elettori, ma possono altresì contribuire a processi di etero direzione e manipolazione dell'opinione pubblica sfociando addirittura in un suo controllo³⁰. Se da un lato il web rappresenta un canale per strutturare il partito in modo

²⁶ A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, cit.

²⁷ A Pablo Iglesias succede, con una votazione nel quarto Congresso, Ione Bellarra, sua fedelissima nella cerchia ristretta alla guida dell'organizzazione dai primi passi.

²⁸ Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, i primi sono coloro i quali iscritti online e paganti quota possono prendere parte alle decisioni riguardanti l'organizzazione a tutti i livelli, legando la propria attività politica ad un circolo sul territorio; i secondi, invece, non pagando una quota hanno diritto di voce e voto solo al livello locale nel quale sono attivi.

²⁹ A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, cit.

³⁰ Interessanti per un approfondimento le riflessioni di M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit. e M. D'AMICO, in *Il Forum - Le sfide della democrazia digitale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2019, 231 ss.

innovativo, dall'altro è anche l'infrastruttura in grado di accreditare la nuova organizzazione per consentirle poi un'abile virata verso porti più «sicuri» e tradizionali. L'impostazione organizzativa iniziale di *Podemos* dava in teoria poteri decisionali rilevanti alla base del partito anche se spesso tale potenziale si risolveva in una mera ratifica delle decisioni del vertice dell'organizzazione³¹. L'attuale configurazione organizzativa, invece, riduce lo spazio partecipativo online e di fatto, istituzionalizzandosi, abbandona la predilezione per il web, pur tuttavia continuando a sfruttarne in parte la portata innovativa in termini di rottura retorica.

Alla luce di ciò, l'innovazione politica non si deve dunque intendere solo come l'adozione di una nuova tecnologia né come una nuova narrazione, ma piuttosto va percepita come la costante ricerca di soluzioni alternative alle classiche questioni di partecipazione ai processi deliberativi, di costruzione di agende programmatiche e decisioni, e di selezione dei rappresentanti. In questa epoca, l'innovazione politica passa anche e necessariamente per la digitalizzazione ma non coincide esclusivamente con essa.

4. L'ibridazione. Una chiave di lettura dell'innovazione

In un contesto in cui i partiti politici attraversano una duratura crisi di legittimità, l'innovazione (tecnologica) sembra la principale soluzione al problema. Su questa linea, il rapido successo politico-elettorale di *Podemos* si fonda principalmente sulla scelta strategica di ibridare, innovando lo scenario politico, diversi patrimoni d'azione, culture politiche, modelli organizzativi e strategie. Il web ha in tal senso un ruolo cruciale non solo perché è esso stesso elemento di ibridazione, parte di una amalgama³², ma anche perché è il canale in grado di consentire e facilitare le connessioni e le ibridazioni stesse. Nel caso di *Podemos*, è infatti opinione condivisa all'interno dell'organizzazione che questa non si nutra esclusivamente di un'unica esperienza ma che, al contrario, riesca ad avere successo grazie alla trasversalità guadagnata attingendo a vari universi di riferimento. L'ibridazione è dunque la strategia per innovare la politica.

Di conseguenza, sul versante ideologico e politico-culturale, l'eredità del Movimento 15-M si affianca inizialmente ai richiami al populismo di matrice laclauiana e alle esperienze di governo latino-americane e in un secondo tempo ai sempre più espliciti riferimenti alla sinistra radicale. Anche la strategia politico-elettorale e quella comunicativa sono il prodotto più evidente dell'ibridazione tra il patrimonio movimentista e quello partitico, tra repertori d'azione innovativi e assetti convenzionali. Infine, lo stesso modello organizzativo risulta dalla combinazione di orizzontalismo e fluidità – elementi tipici dei movimenti sociali – con struttura e verticalismo,

³¹ A tal proposito si veda la riflessione articolata da F. MUSELLA, in *Il Forum - Le sfide della democrazia digitale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2019, 4 ss.

³² Come sostiene Chadwick, siamo all'interno di un *sistema multimediale ibrido* che pur non sostituendo le vecchie pratiche medialità vi introduce il canale digitale con l'obiettivo di favorire una maggiore circolazione di messaggi diversificando l'offerta. Il sistema dei media ibridi è un sistema interdipendente: il digitale e l'analogico si presentano in un sistema integrato. Si veda: A. CHADWICK, *The Hybrid Media System Politics and Power*, Oxford, 2013.

caratterizzanti invece in larga misura i partiti politici tradizionali. Nonostante il modello originario si sia trasformato è principalmente per la sua genesi, ovvero per il legame esistente con il Movimento degli Indignados, che *Podemos* è (stato) spesso e diffusamente definito con la categoria ibrida di partito-movimento. Secondo la nota definizione di Herbert Kitschelt, i partiti-movimento sono: «coalizioni di attivisti politici che provengono dai movimenti e cercano di applicare le pratiche organizzative e strategiche dei movimenti sociali all'arena di competizione partitica»³³.

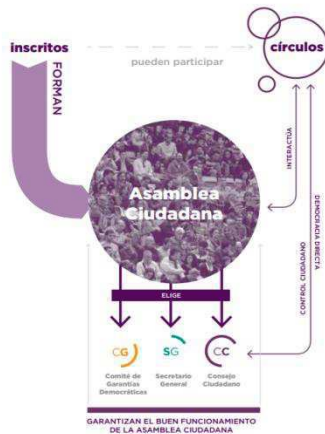


Figura 1. Organigramma di Podemos approvato nel I Congresso.

Fonte: Documento organizzativo.

In effetti, il progetto *Podemos* poggia su una base militante che era stata molto coinvolta nei processi assembleari e nei vari momenti di piazza che il Movimento 15-M aveva portato avanti³⁴. Molti dei suoi primi attivisti erano stati in prima linea nell'organizzazione giovanile *Juventud sin Futuro*, principale animatrice della nuova grammatica politica non solo nell'ambito delle pratiche del movimento ma anche della sua elaborazione intellettuale. La decisione collettiva, la condivisione delle esperienze che nelle *acampadas* si portano avanti, sono punti nevralgici di un *nuovo senso comune* che si cerca di veicolare in un momento di massima sfiducia politica e di grave crisi economica. Sono le pratiche del consenso e dell'orizzontalismo, coadiuvate dall'uso del digitale, a fungere da detonatore e a segnalare la distanza dai classici schemi di militanza e rappresentanza³⁵. Infatti, il movimento servirà da serbatoio per una buona dose di nuovi attivisti, che fino ad allora poco avevano avuto a che fare con la politica istituzionale e

³³ H. KITSCHOLT *Movement parties*, in R.S. KATZ, W.J. CROTTY (a cura di), *Handbook of Party Politics*, London, 2006, 278 ss., 280.

³⁴ O. BARBERÀ, A. BARRIO, J. RODRÍGUEZ-TERUEL, *New parties' linkages with external groups and civil society in Spain: A preliminary assessment*, in *Mediterranean Politics*, vol. 24, 5/2018, 646 ss.

³⁵ Sul punto si vedano: E. ANDUIZA, C. CRISTANCHO, J.M. SABUCEDO, *Mobilization through online social networks: the political protest of the indignados in Spain*, in *Information, Communication & Society*, vol. 17, 6/2014, 750 ss e H. MARZOLF, E. GANUZA, *Enemigos o colegas? El 15M y la hipótesis Podemos*, in *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, 33/2016, 89 ss.

*mainstream*³⁶. È questo, dunque, il primo terreno di ibridazione e innovazione per *Podemos*.

In questa prima fase, il livello di innovazione tecnologica che *Podemos* porta in un sistema di partiti tradizionale è considerevole. L'iscrizione all'organizzazione avviene online sulla piattaforma *participa.podemos* e abilita gli iscritti a partecipare alla vita del partito e alle sue decisioni fondamentali via Internet. La possibilità di prendere parte attivamente alla vita politica è, inoltre, garantita con la partecipazione ai circoli che rappresentano il partito sul territorio, il volto visibile e più tradizionale della nuova organizzazione. I Circoli sono, infatti, delle strutture fisiche alle quali si aderisce su base volontaria. L'unità minima corrisponde al quartiere e sono contemplate delle relazioni con il Consiglio Cittadino e con l'Assemblea Cittadina del proprio ambito territoriale di riferimento, oltre che con il livello statale dell'organizzazione, così da instaurare un rapporto che corre dalla base ai vertici. Su questa linea, si può essere iscritti a *Podemos* e partecipare solamente online oppure è possibile combinare la militanza online con quella offline, ma si può anche solo partecipare in un dato circolo e non essere formalmente iscritti (online) al partito. Il modello di *membership* a più velocità³⁷, il cui sviluppo è consentito principalmente grazie all'uso delle nuove tecnologie, garantisce infatti la possibilità di una partecipazione stratificata, in grado di andare incontro alle esigenze di quanti volessero impegnarsi senza trovare rigidi steccati organizzativi e di militanza. Questa innovazione si pone efficacemente a contrasto della generale e progressiva tendenza di declino della *membership* nelle organizzazioni contemporanee³⁸. E di conseguenza, garantisce alla nuova formazione politica una buona dose di successo elettorale che non manca di impattare, a sua volta, sulla stessa struttura interna. Infatti, nel corso del II Congresso viene approvato il nuovo Documento Organizzativo con il quale il partito si impegna ad inaugurare una nuova campagna di affiliazione. In questa occasione, per la prima volta, compare la distinzione tra la figura dell'iscritto e quella del militante che giunge a compimento definitivo solo dopo il III Congresso, quando si avvia il primo periodo di iscrizione (conclusosi a metà ottobre 2020). Il nuovo modello organizzativo distingue i militanti paganti quota e attivisti dei circoli, che possono a pieno titolo partecipare alle decisioni del partito, dagli iscritti non paganti quota che, invece, possono intervenire solo su un livello decisionale più ristretto³⁹. Si delinea, pertanto, il passaggio dal modello genetico e innovativo di *membership* a più velocità, più fluido e flessibile grazie soprattutto all'impiego delle risorse web, ad un modello decisamente più tradizionale e in linea con le formazioni politiche *mainstream*. Inoltre, allo stesso tempo, sul versante del *party in public office* e in *central office*, si conferma la tendenza in atto

³⁶ Su questa linea, per un approfondimento sul tema si vedano: E. CASTAÑEDA, *The Indignados of Spain: A Precedent to Occupy Wall Street*, in *Social Movement Studies*, vol. 11, 3-4/2012, 309 ss e M. FUSTER MORELL, *The Free Culture and 15M Movements in Spain: Composition, Social Networks and Synergies*, in *Social Movement Studies*, vol. 11, n. 3-4/2012, 386 ss.

³⁷ Per un approfondimento sul concetto di *multi-speed membership* si veda: S.E. SCARROW, *Beyond Party Members. Changing Approaches to Partisan Mobilization*, Oxford, 2014.

³⁸ I. VAN BIEZEN, T. POGUNTKE, *The decline of membership-based politics*, in *Party Politics*, vol. 20, 2/2014, 205 ss.

³⁹ R. FITTIPALDI, *Podemos. Un profilo organizzativo*, Milano 2021.

sin dalle origini che tratteggia una progressiva sovrapposizione tra i membri del gruppo parlamentare nazionale e i dirigenti nazionali del partito. Dunque, una coalizione dominante alquanto coesa e chiusa che si pone a guida del processo di istituzionalizzazione dell'organizzazione, il quale passa – sta passando – principalmente per la normalizzazione della sua base e per la stabilizzazione dei suoi vertici. Infatti, se i primi organi eletti risultavano avere una composizione interna alquanto eterogenea e rappresentativa delle varie anime del partito, il II Congresso ha rappresentato uno spartiacque anche in tal senso perché ha significato la definitiva affermazione della linea politica di Pablo Iglesias, nonostante i rilevanti momenti di tensione interna dovuti alle lotte di potere intestine che si presentano come un tratto distintivo dell'alto grado di personalizzazione⁴⁰. Ciò conferma che il *party on the ground*, soprattutto nella sua variante *online* «rappresentava un'innovazione per rivitalizzare la forma partito piuttosto che una sua ristrutturazione organizzativa vera e propria»⁴¹. Se infatti è il carattere ibrido, intrinseco alle categorie di partito-movimento e di populismo (di sinistra), che nella fase genetica si è dimostrato funzionale sia – sul terreno elettorale – per la competizione verso l'esterno che – all'interno dell'organizzazione – per declinare la partecipazione, il progressivo sbilanciamento verso forme meno ibride e più convenzionali dell'agire politico organizzato è la cifra distintiva del processo di istituzionalizzazione del partito. Ad ogni modo, l'ibridazione rimane la chiave di lettura per comprendere anche l'evoluzione dell'organizzazione e il peso del suo portato innovativo.

L'innovazione politica può, come i primi passi mossi da *Podemos* dimostrano, intervenire sulla ristrutturazione delle relazioni di potere⁴² che delineano il profilo del nostro ambiente politico, generando una sua redistribuzione in senso maggiormente democratico. Ma, come sostenuto in apertura al contributo, l'innovazione politica per incidere positivamente nelle democrazie contemporanee necessita di una guida e di un intervento di direzione altrettanto democratico.

5. Considerazioni conclusive

Le sfide del digitale si innervano nel sistema democratico a più livelli. In questo contributo si è tracciato, in termini di opportunità e rischio, la relazione tra digitale e un nuovo partito politico intendendo quest'ultimo come *proxy* del sistema democratico. Le questioni che si pongono in questa relazione sono ordinabili seguendo tre direttrici di riflessione.

Innanzitutto si pone una questione politica. In generale, il digitale sembra amplificare le tendenze alla personalizzazione che contribuiscono sia a disinnescare i processi di identificazione con gli attori collettivi che a frammentare il consenso

⁴⁰ F. MUSELLA, P. WEBB, *The revolution of personal leaders*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, vol. 45, 3/2015, 223 ss.

⁴¹ R. FITTIPALDI, *Podemos. Un profilo organizzativo*, cit. 91.

⁴² Seguendo le considerazioni di Michel Foucault, possiamo sostenere infatti che il potere è una relazione sociale dove dominio e resistenza si servono di dispositivi o meccanismi per imporsi. Si veda a tal proposito: M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, Reggio Calabria, 2007.

incentrandolo sui singoli leader di partito, ma anche di fazioni o correnti interne ai partiti. Nel caso di *Podemos*, la definizione di un elettorato e di una membership più ampia non hanno impedito la costituzione di una stabile coalizione dominante con una leadership forte e riconosciuta⁴³. La mappa del potere interno non risulta capovolta nella sua definizione verticale e più classica.

In secondo ordine, bisogna notare che le tecnologie non sono un mezzo neutro, ma piuttosto possono assurgere a dispositivo di direzione e/o controllo, rappresentando cioè uno strumento in grado di prestarsi a più scopi. Non è, dunque, affatto detto che rappresentino – possano rappresentare – un’efficace mezzo di miglioramento del dibattito pubblico e quindi della sfera pubblica. Questo dipende dalle modalità del loro utilizzo e dai gradi di trasparenza con cui si sceglie di procedere. E, soprattutto, è legato alla distanza tra l’uso effettivo e la retorica del web da parte degli attori democratici. Infatti, nonostante si possa individuare un certo grado di isomorfismo della politica nel seguire le grandi epoche di trasformazione delle strutture economiche e sociali, nel caso dei partiti politici, la piattaforma o il modello *corporation* incarnano, come sia il caso di *Podemos* che quello del nostrano Movimento Cinque Stelle dimostrano, più una retorica del web che una pratica concreta. Tuttavia, è doveroso segnalare che un certo grado di isomorfismo tra organizzazione dell’impresa e organizzazione politica ha parzialmente contribuito a far slittare la seconda verso assetti maggiormente orizzontali, flessibili e leggeri, soprattutto se comparati a quelli dei partiti classici.

In terzo luogo, in connessione con i due punti precedenti, si pone una questione normativa che ha a che fare con la regolamentazione pubblica e globale di questo campo, al quale va con ogni certezza riconosciuta la pervasività nelle vite dei singoli e nell’articolazione della vita sociale (quindi un impatto pubblico e pubblicitario) che impone di sottrarlo ad una gestione privatistica dei grandi fornitori di piattaforme e più in generale degli *Internet service providers*. Affinché, in ambito politico, la «disintermediazione» non assuma i caratteri di una mera «re-intermediazione» o di una «etero-direzione»⁴⁴. Proprio perché non è assolutamente detto che le nuove tecnologie siano sinonimo di una più equa distribuzione di potere all’interno delle organizzazioni né che incidano necessariamente in senso positivo nei rapporti tra rappresentati e rappresentanti, è urgente e necessario indagare il ruolo della Rete nella definizione dei rapporti tra cittadini e corpi intermedi. Non cadendo in nessun determinismo, ma scegliendo, al contrario, quello che Chadwick ha definito un «percorso virtuoso fra determinismo tecnologico e sociale» visto che «internet è un insieme di tecnologie

⁴³Come è stato sostenuto: «A una maggiore inclusività nei meccanismi di selezione della classe dirigente politica, quindi, non corrisponderebbe necessariamente una maggiore democraticità all’interno delle strutture organizzative dei partiti politici». Si veda: D.R. PICCIO *La democrazia nei partiti. Legiferare con cautela*, in *Studium*, 6/2015, 925 ss.

⁴⁴ Si ricordi a tal proposito lo scandalo che nel 2016 ha coinvolto la società di consulenza e marketing online, Cambridge Analytica, in qualità di accusata per aver utilizzato i dati di milioni di utenti di Facebook con lo scopo di incidere sull’esito della consultazione referendaria circa la permanenza o meno del Regno Unito nell’Unione Europea e nelle elezioni presidenziali USA.

intrinsecamente politiche, ma il suo utilizzo politico dipende da decisioni prese in contesti eminentemente politici»⁴⁵.

Il caso qui analizzato ha messo in luce che il portato innovativo di un'organizzazione politica può risiedere nell'ibridazione tra modalità organizzative tradizionali e l'uso del web inteso come tecnologia in grado di rendere più fluidi i ruoli e di intervenire sulla mappa del potere interno. Di conseguenza, osservare i processi tecnologici all'interno delle organizzazioni politiche è interessante e necessario per due principali ordini di ragioni. Innanzitutto, come detto, le formazioni politiche rappresentano un punto di osservazione privilegiato per cogliere il nesso esistente tra concetti alla base del vivere sociale e per valutare l'impatto – sotto aspetti politici, giuridici ed etici – che le nuove tecnologie hanno e possono avere sulla rappresentanza politica. D'altronde, potere, organizzazione, partecipazione e rappresentanza mutano e si evolvono insieme agli attori collettivi e individuali di ogni tempo. In secondo luogo – in termini maggiormente empirici – ciò consente di aprire una breccia di riflessione sull'argomento e di individuare un campo di intervento pratico a partire dal quale si potrebbe avviare un processo di regolamentazione del digitale, arrivando a tentare una più reale e compiuta digitalizzazione dei processi democratici e della democrazia nel suo complesso. Infatti, com'è stato osservato, i partiti sono «soggetti «formanti» delle relazioni fondamentali tra organi costituzionali»⁴⁶. Partendo da qui e seguendo un approccio sistemico, una regolamentazione della disciplina digitale si può avviare e sviluppare, come necessario adempimento del ruolo di espressione politica della cittadinanza. In tal senso, i partiti, in qualità di attori democratici, devono assumersi il compito di comprendere le dinamiche sociali e di stimolare nuove e reali – non solo retoriche – forme di partecipazione capaci di adeguare le istituzioni politiche alla realtà culturale e tecnologica prevalente. Un passaggio necessario da attori protagonisti se non si vuole subire il cambiamento in corso. La sfida tecnologica risulta dunque pienamente aperta per gli attori democratici.

⁴⁵ A. CHADWICK, *Internet Politics: States, Citizens, and New Communication Technologies*, Oxford-New York, 2006, 21.

⁴⁶ S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 1 ss. Sul punto si veda, inoltre, S. STAIANO, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, 29 ss. Sul nesso tra strumenti digitali, parlamentarismo e democrazia interna dei partiti politici, si veda l'interessante contributo alla riflessione di C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza e partecipazione politica*, Relazione per il convegno del 18-19 giugno 2021 a Genova.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA E PROCESSI DELIBERATIVI ALLA LUCE DELLA RIVOLUZIONE DIGITALE: LA “RAPPRESENTANZA CONNESSA”

VIRGILIA FOGLIAME

SOMMARIO: 1. Rivoluzione digitale e sistema partitico. – 2. Il rendimento della “piattaforma Rousseau”. – 3. Brevi riflessioni sul rendimento degli ulteriori strumenti di partecipazione democratica *online*: uno sguardo verso la “*e-petition*” sul versante sub-statale.

1. Rivoluzione digitale e sistema partitico.

Come noto, l’impatto della rivoluzione digitale nel panorama politico ha radicalmente ridefinito i tradizionali canali partecipativi, edificando nuove forme e strumenti per la legittimazione del potere e il concreto funzionamento delle istituzioni democratiche¹.

¹ Sul tema, la letteratura è piuttosto ampia. Cfr. *ex aliis* P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 1/2011; ID., *La «democrazia digitale» (precauzioni per l’uso)*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019; AA.V.V., *Nuovi mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?*, Roma, 2012; M. BETZU, *Regolare Internet*, Torino, 2012; AA.V.V., *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015; P. MARSOCCHI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecnica*, Pisa, 2017; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica: presupposti e strumenti*, Padova, 2017; AA.V.V., *Democrazia diretta vs. Democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo (Atti del convegno tenutosi a Milano il 13-14 marzo 2017)*, in *Federalismi.it*, fasc. spec. 1/2017; P. GERBAUDO, *The Digital Party. Political Organisation and Online Democracy*, London, 2018; ID., *I partiti digitali. L’organizzazione politica nell’era delle piattaforme*, Bologna, 2020; M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019; A. D’ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell’era del digitale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una*

Tale impatto ha reso necessario, in capo ai partiti politici, un radicale mutamento di approccio ai fini dell'acquisizione del consenso che ha richiesto, in primo luogo, una rimodulazione dei propri codici comunicativi²: siffatta rimodulazione si è cristallizzata (attraverso il sensibile contributo dei *media*)³ in formule pervasive e dirette, strutturate in perfetta aderenza alla volontà espressa dal corpo elettorale in svariate forme (e raccolta e capitalizzata attraverso sondaggi, *social network*, ecc...)⁴, abbattendo così quel muro divisorio tra società civile e i cd. «giardini segreti della politica»⁵.

In siffatto scenario, la «semplificazione estrema» del messaggio politico costituisce, pertanto, il presupposto necessario e indispensabile per favorire la rapida circolazione dello stesso in rete, contribuendo così alla formazione di un «clima di opinione» intorno ad una determinata *issue*⁶. Tale forma di coinvolgimento «immediato» dei cittadini nelle dinamiche

mappa del dibattito italiano, in *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, 2020, spec. 427 ss.; G. GIACOMINI, *Da Rousseau a rousseau.it. L'ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità*, in *Biblioteca della libertà*, LV, 2020; G. DE MINICO, *Libertà in rete Libertà dalla rete*, Torino, 2020; A. CARDONE, *“Decisione algoritmica” vs Decisione politica?*, Napoli, 2021.

² A ben vedere, la rivoluzione digitale nello scenario politico-rappresentativo rappresenta soltanto uno degli ultimi *step* relativi al mutamento delle procedure poste in essere dalla componente partitica per gestire i flussi del consenso. Tale mutamento, infatti, costituisce piuttosto le risultanze delle macerie ereditate da Tangentopoli, i cui effetti si sono declinati in un marcato sentimento di sfiducia e di distanza del corpo elettorale verso le dinamiche politiche: la consapevolezza della inefficacia degli appelli ideologici, pertanto, ha gradualmente condotto i partiti verso quello che è stato definito il «labirinto populista», così come rilevato da M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016, spec. 82. Per una ricostruzione sugli effetti relativi alla «metamorfosi» dei partiti sul circuito rappresentativo, cfr. ID., (a cura di), *Come cambiano i partiti*, Bologna, 1992, 11 ss.; nonché L. MORLINO, M. TARCHI (a cura di), *Partiti e caso italiano*, Bologna, 2006, 105 ss. e, più di recente, C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader, Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2018, Parte II, 220 ss.; F. SCUTO, *L'organizzazione e il funzionamento interno dei partiti: vecchi e (apparentemente) nuovi modelli di fronte all'art. 49 Cost.*, in *Diritto costituzionale*, n. 3/2019, 116 ss.; ID., *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017; nonché S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli, 2014.

³ F. MARTINI, *La credibilità dei media. I “supereroi” della politica e la complicità dei giornalisti*, in *Rivista di Politica*, n. 1/2019, 43 ss. Come osservato da M. CALISE, *La democrazia del leader*, cit., 83: «[...] la fioritura recente e crescente di *movimenti populistici* è dovuta principalmente alla capacità di adattarsi al nuovo ambiente comunicativo globale, fondato sulla *liquidità*, *flessibilità*, *volatilità di orientamenti ed appartenenze*. [...] i *capi populistici* attuali devono la loro influenza soprattutto alla capacità di interagire ed egemonizzare lo spazio di vecchi e nuovi *media*» (corsivo non testuale). Ritiene che la possibilità di «comunicare direttamente con l'elettorato attraverso i *mass media*» abbia fatto «venire meno l'esigenza di ricorrere agli iscritti» O. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2018, 16.

⁴ «Come un personal trainer costretto a calibrare il proprio passo – i propri muscoli – su quelli del proprio cliente, i leader al tempo della rete hanno successo solo se riescono a farsi guidare dai follower. Replicando nelle proprie parole [...] il *caleidoscopio di umori* che la lettura degli *analytics* fa emergere dalle viscere del web» (corsivo aggiunto). Cfr. in *terminis* M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit., spec. 91.

⁵ *Amplius*, M. CALISE, F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit., 71 ss.; D. CAMPUS, *Lo stile del leader. Decidere e comunicare nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2016, 36 ss.; S. VENTURA, *I leader e le loro storie. Narrazione, comunicazione politica e crisi della democrazia*, Bologna, 2019, 15 ss.

⁶ In merito, si v. i contributi di P. PASSAGLIA e F. MUSELLA in *Rivista del Gruppo di Pisa (Forum: Le sfide della democrazia digitale)*, n. 3/2019. Tale *modus operandi* ha condotto parte della dottrina a riflettere in termini di impalcatura sempre più «liquida» del sistema partitico, come rilevato da M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013, VII: «La geografia solida che aveva caratterizzato la lunga fase novecentesca della “democrazia dei partiti” si è a poco a poco decomposta nella lunga parentesi della seconda repubblica: nel suo falso bipolarismo e nella sua velenosa personalizzazione. E ci troviamo oggi a viaggiare con mappe scadute e con *coordinate mutevoli*, in uno *scenario liquido*, in cui i grandi contenitori di ieri – i partiti politici, le loro strutture organizzative e le loro rappresentanze istituzionali, quelli che costituivano i punti di riferimento fissi

politiche – favorita dal *web* attraverso le modalità suindicate – ha creato il «miraggio democratico» di una sorta di “rappresentanza connessa”, nell’apparente obiettivo di ridurre il più possibile la distanza tra rappresentanti e rappresentati⁷.

Siffatto *modus operandi* ha interrogato a lungo la dottrina, in ispecie sulle concrete modalità attraverso cui vengono raccolte ed elaborate le intenzioni degli utenti espresse in rete⁸; in uno al «pericolo» derivante dagli effetti distorsivi prodotti dalla cd. «democrazia del

– sono divenuti d’un colpo *elastici e permeabili*. Tendono a rilasciare nell’ambiente il loro contenuto fluido, attraversati da una patologica – e sempre incombente – “crisi di fiducia” [...]» (corsivo aggiunto). Del medesimo tenore l’indagine di D. PALANO, *La democrazia senza partiti*, Milano, 2015, 109. Di contro, cfr. S. STAIANO, *Trasformazione dei partiti e forma di governo*, cit., 8 ss., rilevando (attraverso un richiamo allo studio di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2003) che «la “liquidità” preme sui partiti e ne provoca la crisi, organizzativa e nel rapporto con la società. Ma non li priva di struttura. Anzi, poiché il problema segnalato come maggiore della fase “liquida” in atto è la divaricazione tra individuo *de jure* (sfera dei diritti-doveri) e individuo *de facto* (sfera della capacità di autoaffermazione), divaricazione che rischia di erodere lo spazio pubblico, il partito politico può essere un fattore unitario della “comunità” – nella sua variante “repubblicana”, cioè non aggrumata intorno alle “identità”, ma fondata sulla negoziazione permanente delle differenze [...] – contrastando l’insicurezza che la “modernità fluida” produce».

⁷ F. MUSELLA, *Rivista del Gruppo di Pisa (Forum: Le sfide della democrazia digitale)*, cit., spec. 234. Sull’evoluzione del modello di rappresentanza politica in «puro rispecchiamento [...] delle attese presenti negli elettori», si v. C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/2010, spec. 36; nonché S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 556 ss. (ora anche in ID. (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, 11 ss.), rilevando come le politiche di “rispecchiamento” tendano ad assecondare «pulsioni maggioritarie, spesso non internamente coerenti, rilevate attraverso sondaggi, in modo da ottenere adesioni di tipo plebiscitario», con l’effetto di produrre una «crescente pressione antisistema dei partiti a *mentalità populista*, che, nel breve periodo, induce il riflesso di accentuare la forza di coesione della maggioranza governativa; ma, nel medio periodo, moltiplicando il potere di coalizione delle forze minori (specie se non immuni a loro volta da *mentalità populista*), rende instabile la relazione fiduciaria» (corsivo aggiunto). Sul concetto di «populismo» (e sulle relative difficoltà di individuazione delle componenti distintive dello stesso), la letteratura politologica è piuttosto ampia: cfr., *ex plurimis*, le ricostruzioni di D. PALANO, *L’invenzione del populismo. Note per la genealogia di un concetto paranoico*, in *Storia del pensiero politico*, n. 2/2019, 275 ss.; ID., *Populismo*, Milano, 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017 (spec. 3, laddove l’A. identifica il populismo quale «malattia senile della democrazia»); P. GRAZIANO, *Neopopulismi. Perché sono destinati a perdurare*, Bologna, 2018; M. ANSELMINI, *Populismo. Teorie e problemi*, Milano, 2017; M. TARCHI, *L’Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015; ID., *Il populismo e la scienza politica: come liberarsi del “complesso di Cenerentola”*, in *Filosofia politica*, n. 3/2004, 413 ss.; S. STAIANO, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, 56 ss. Tali difficoltà hanno condotto gli studiosi ad essere imprigionati in quello che è stato definito da I. BERLIN «Cinderella complex» (“complesso di Cenerentola”), ossia il tentativo di identificare un concetto «puro» di “populismo” attraverso ricostruzioni teoriche che «calzassero» perfettamente con i vari tipi di fenomeni emergenti nella realtà: «[...] we must not suffer from a Cinderella complex, by which I mean the following: that there exists a shoe – the word “populism” – for which somewhere there must exist a foot. There are all kinds of feet which it nearly fits, but we must not be trapped by these nearly-fitting feet. The prince is always wandering about with the shoe; and somewhere, we feel sure, there awaits it a limb called *pure populism*. This is the nucleus of populism, its essence» (I. BERLIN, Intervento alla conferenza “To define populism”, svoltasi presso la London School of Economics and Political Science il 19-21 maggio 1967, disponibile al seguente link: <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>, corsivo aggiunto). Definisce il populismo come «la cartina di tornasole della crisi della democrazia contemporanea» M. CALISE, *La democrazia del leader*, cit., spec. 82.

⁸ In merito, si v. le riflessioni critiche di M. D’AMICO e F. MUSELLA, *Rivista del Gruppo di Pisa (Forum: Le sfide della democrazia digitale)*, cit., 231 e 244; nonché L. MOSCA, *Problemi e limiti del modello organizzativo cybercratico nell’esperienza del Movimento 5 Stelle*, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2015, 42 ss.; A. D’ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Giur. cost.*, fasc. 6/2017, 3119 ss.; G. GIACOMINI, *Da Rousseau a rousseau.it. L’ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità*,

pubblico»⁹ che, secondo alcuni, tenderebbe soltanto a «de-responsabilizzare»¹⁰ gli eletti in relazione alle conseguenze legate alle politiche decisionali adottate¹¹. Tali criticità hanno costituito l'*humus* nel quale si sono sviluppate le principali censure avverso la “piattaforma Rousseau” del M5S, che costituisce una delle esperienze di maggiore successo di partecipazione politica elettronica.

2. Il rendimento della “piattaforma Rousseau”

Tra le molteplici funzioni¹² esercitabili attraverso la piattaforma¹³ si segnalano, in particolare, i *referendum online* i cui esiti, ai sensi dell’art. 11, lett. m) dello Statuto e

cit., 18 ss.; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”: di quale democrazia stiamo parlando?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020.

⁹ Sulla «metamorfosi» della democrazia rappresentativa in una «democrazia del pubblico», nella quale i partiti politici «cedono spazio alla personalizzazione, l’organizzazione alla comunicazione, mentre le identità collettive si indeboliscono, compensate dalla fiducia personale diretta» cfr. I. DIAMANTI, Prefazione a B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010, X; nonché M. REVELLI, *La crisi del partito politico e i paradigmi organizzativi*, in AA.VV., *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*. Lezioni del Corso di Alta formazione in Diritto costituzionale, Napoli, 2016, 134 ss. e G. FERRAIUOLO, *Costituzionalismo e populismo al governo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia*, cit., spec. 279-280.

¹⁰ P. PASSAGLIA, *Rivista del Gruppo di Pisa (Forum: Le sfide della democrazia digitale)*, cit., spec. 269; nonché A. D’ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell’era del digitale*, cit., spec. 592.

¹¹ E, a ben vedere, è proprio in tale legame di «identificazione» (in riferimento alla «bipolarità» della rappresentanza verso il binomio «trascendenza-identità», così come osservato da S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, spec. 21) che si riflette la debolezza dei partiti delle democrazie mature, manifestata in tutta evidenza in riferimento alla gestione dell’emergenza sanitaria da Covid-19, laddove le forze politiche «ispirate a mentalità populista» hanno dovuto fare i conti con l’insufficienza dei propri tradizionali metodi di captazione del consenso, ossia «negazione della complessità» e «rispecchiamento delle preferenze», facendo emergere le diffuse difficoltà ad edificare «soluzioni concrete a problemi concreti». *Amplius*, S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit., spec. 556 ss. Rilevava già il rischio di uno slittamento verso una democrazia di stampo «plebiscitario» C. GALLI, *La legge elettorale, e oltre*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, 4 ss.: «I partiti possono porsi l’obiettivo di includere la più vasta area possibile della società: sono i partiti a vocazione maggioritaria, ovvero «pigliatutto», il cui obiettivo è individuare i principali, pochi, semplici problemi dell’oggi, e presentare a tutto lo spettro della cittadinanza una proposta politica volta a risolverli. [...] Oggi, in questo modello, il baricentro è sull’offerta (di slogan, di soluzioni a breve), presentata però come *risposta a domande della “gente”* (domande che in realtà vengono selezionate e semplificate da un accorto uso dei *media*). Se queste caratteristiche si estremizzano si entra nel modello *plebiscitario*, in cui il predominio della domanda (le pulsioni emotive della gente) è solo apparente, mentre il predominio dell’offerta, cioè della volontà del *leader*, è assai reale» (corsivo aggiunto).

¹² In particolare, prima della rottura del rapporto di collaborazione tra il M5S e l’Associazione *Rousseau* (cfr. nota successiva) era prevista la possibilità, da parte degli iscritti al MoVimento, di presentare attraverso la piattaforma in analisi una propria proposta di legge la quale, se selezionata, veniva affidata agli esponenti del M5S alla Camera con il compito di tradurla in un d.d.l. Ulteriori funzioni esercitabili attraverso la stessa concernevano lo “*sharing*”; il “*fund raising*”; il “*call to action*”; l’“*e-learnig*” e lo “*scudo della rete*”. Per un approfondimento, si rinvia per ragioni di economia espositiva a G. GIACOMINI, *Da Rousseau a rousseau.it. L’ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità*, cit., 13 ss.; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”: di quale democrazia stiamo parlando?*, cit., 600 ss.

¹³ Risale al 24 aprile 2021 la fine della collaborazione tra il M5S e l’Associazione *Rousseau*, determinando dopo poche settimane l’abbandono di Davide Casaleggio (Presidente e fondatore della stessa) dal MoVimento. Il 20 luglio 2021, il Presidente del Comitato di Garanzia del MoVimento Vito Crimi ha presentato in conferenza stampa al Senato il nuovo meccanismo di voto *on-line SkyVote*, e il giorno successivo si è svolta la prima votazione degli iscritti su tale piattaforma, esprimendosi in relazione alla scelta del candidato Sindaco pentastellato per le elezioni amministrative della città di Torino. Fonte:

dell'art. 21, lett. d) del Regolamento del Gruppo Parlamentare M5S istituito al Senato nella XVIII legislatura, sono vincolanti a pena di espulsione per i componenti del Gruppo, essendo questi ultimi configurati, ex art. 3, lett. b) dello Statuto, quali meri «portavoce» della volontà espressa dagli iscritti «nell'ambito delle piattaforme internet organizzate o comunque riconosciute dal MoVimento 5 Stelle»¹⁴.

Dal 2016 ad oggi, attraverso la piattaforma si sono svolte 334 votazioni, che hanno interessato tematiche piuttosto variegata. La più recente ha coinvolto gli iscritti in relazione alla decisione concernente il sostegno all'esecutivo guidato da Mario Draghi, approvato con il 59,3% dei consensi.

Avverso siffatta tipologia di pratica partecipativo-deliberativa la dottrina ha manifestato resistenze piuttosto intense, evidenziando multiformi profili problematici: a) la sicurezza dei dati degli utenti¹⁵; b) problemi tecnici legati alle procedure di voto¹⁶; c) mancato affidamento del controllo delle procedure di voto ad una società esterna¹⁷; d) possibilità, da parte degli iscritti, di pronunciarsi esclusivamente su proposte e questioni predefinite e «confezionate» dalla classe dirigente¹⁸.

Tra i profili problematici ivi delineati, assume particolare interesse il punto *sub b)*, in relazione alla formulazione delle questioni sulle quali sono chiamati a pronunciarsi gli iscritti. Le stesse, infatti, piuttosto che presentarsi seguendo una struttura neutra e chiara, tendono – in alcune occasioni – ad assumere una forte «carica suggestiva», nell'obiettivo di orientare le preferenze verso il risultato auspicato dal gruppo dirigente¹⁹. Numerose sono state, infatti, le critiche sollevate avverso la formulazione del quesito concernente l'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell'Interno Matteo Salvini

<https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/07/20/m5s-crimi-spiega-come-funziona-il-nuovo-sistema-di-voto-su-skyvote-esordisce-torino-con-la-scelta-del-candidato-sindaco-video/6268294/>.

¹⁴ In argomento, cfr. D. CODUTI, *L'espulsione dal gruppo parlamentare tra autodichia delle Camere e assenza di controlli* (Nota a Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 6 marzo 2020, n. 6458), in *Oss. costituzionale*, n. 3/2020, 609 ss.

¹⁵ Con specifico riferimento alla piattaforma Rousseau, infatti, si sono registrati diversi episodi di attacchi informatici, che hanno determinato la divulgazione di dati sensibili di una gran parte di iscritti, eletti e donatori legati al M5S. In merito, cfr. il Provvedimento del garante per la protezione dei dati personali n. 83 del 4 aprile 2019, disponibile *on-line* al seguente indirizzo: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9101974>.

¹⁶ Invero, non sono mancate occasioni in cui è stato dimostrato come uno stesso utente sia riuscito ad esprimere il proprio voto più volte sulla medesima questione oggetto della consultazione. Sul punto, cfr. l'esperimento condotto dalla testata giornalistica statunitense *Wired*, disponibile al seguente link: https://www.wired.it/attualita/politica/2020/08/19/rousseau-voto-piattaforma/?refresh_ce=

¹⁷ Previsto, invece, nel caso di Podemos in Spagna ove, peraltro, alcune votazioni sono state aperte tutti i cittadini, e non soltanto gli iscritti. Nel caso del M5S, invece, il controllo della regolarità delle procedure di voto era affidato alla società Casaleggio Associati, alimentando così il rischio (manifestato in più occasioni dalla dottrina) di possibili manipolazioni dei risultati registrati sulla piattaforma. Cfr. L. MOSCA – C. VACCARI, *La progressiva ibridazione dei repertori comunicativi del Movimento*, in P. CORBETTA (a cura di), *M5s. Come cambia il partito di Grillo*, Bologna, 2017, 227 ss. e G. GIACOMINI, *Da Rousseau a rousseau.it. L'ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità*, cit., 18 ss.

¹⁸ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, cit., spec. 429. Tale profilo problematico, peraltro, investe anche la selezione dei rappresentanti del MoVimento atteso che, sebbene quest'ultima costituisca un'attività esercitata “dal basso”, è altresì vero che gli iscritti sono chiamati ad esercitare la propria preferenza verso candidati scelti “dall'alto”, ossia selezionati dai vertici del partito.

¹⁹ A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era del digitale*, cit., 592; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”: di quale democrazia stiamo parlando?*, cit., 604 ss.

avanzata dal Tribunale di Catania (Sezione reati ministeriali) il 7 dicembre 2018 in relazione al cd. “caso Diciotti”²⁰ e, da ultimo, avverso il quesito relativo al supporto al Governo Draghi²¹, etichettato da una parte²² degli stessi esponenti del Movimento come «tendenzioso e manipolatorio, palesemente volto a inibire il voto contrario alla partecipazione del M5S al Governo Draghi».

Se da una parte, quindi, l'utilizzo della piattaforma per favorire il coinvolgimento della base in relazione a tematiche politiche di rilievo può essere configurato come un concreto esempio di democrazia diretta (finora esplorato, almeno in Italia, soltanto dal MoVimento), è altresì vero che gli iscritti sono chiamati a pronunciarsi su quesiti concernenti proposte e contenuti pre-confezionati dalla classe dirigente²³. Ad un processo partecipativo di tipo “orizzontale”, quindi, sembra corrispondere una spinta contraria di tipo “verticale” da parte dei *leader*²⁴, i quali tendono a «pilotare i flussi di consenso e le opinioni entro canali da essi stessi preimpostati»²⁵.

Ad ogni modo, sebbene tale contraddizione costituisca (uno dei) punti deboli della piattaforma, non sembrano del tutto condivisibili le opinioni che tendono a negare l'aderenza di tale strumento al concetto di “partecipazione democratica”. Se è vero, infatti, che quest'ultima non rappresenta «l'antitesi del principio della rappresentanza politica, bensì uno degli ingredienti necessari a produrre la sintesi del metodo democratico»²⁶, le criticità emergenti dalla piattaforma Rousseau risultano legate alla più generale crisi del sistema partitico, il quale pare abbia smarrito quasi del tutto il proprio

²⁰ Si ricorda, peraltro, che tale votazione fu preceduta da un post, pubblicato sul blog del MoVimento, dal forte accento condizionante: “(..) questo è un caso senza precedenti perché mai in passato si è verificato che la magistratura chiedesse al Parlamento di autorizzare un processo per un ministro che aveva agito nell'esercizio delle sue funzioni e non per azioni fatte per tornaconto privato o personale (..): in questo caso non ci porremo neppure il problema e lo spediremo in Tribunale”. Cfr. A. D'ATENA, *op.ult.cit.*, 592 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, 429 ss.; D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali. Contributo al dibattito sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019, 10 ss.; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”: di quale democrazia stiamo parlando?*, cit., 604 ss.

²¹ Di seguito il testo sottoposto agli iscritti: “Sei d'accordo che il MoVimento sostenga un governo tecnico-politico che preveda un super-Ministero della Transizione Ecologica e che difenda i principali risultati raggiunti dal MoVimento, con le altre forze politiche indicate dal presidente incaricato Mario Draghi?”.

²² Una parte di deputati e senatori pentastellati, infatti, ha scelto di non sostenere il nuovo esecutivo, muovendosi pertanto in antitesi agli esiti registrati sulla piattaforma che, come accennato in precedenza, risultano vincolanti a pena di espulsione ai sensi della normativa richiamata in precedenza. Fonte: <https://www.repubblica.it/politica/2021/02/10/news/m5s-voto-rousseau-286858795/>

²³ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, 429 ss. In argomento, si v. altresì G. GIACOMINI, *Da Rousseau a rousseau.it. L'ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità*, cit., 19, laddove viene evidenziato come alla «“orizzontalità” partecipativa» promossa dal MoVimento corrisponde una forte «spinta “verticista”» da parte della classe dirigente.

²⁴ Invero, sulle deliberazioni “cruciali” delle attività del MoVimento, gli esiti sono quasi monolitici, come nel caso della consultazione sul “Contratto di Governo” con la Lega (che ha registrato il 94% dei consensi) e sull'accordo con il Partito Democratico per la nascita del Governo Conte bis (esprimendosi a favore dell'accordo 63.000 su 79.000 votanti).

²⁵ D. DE LUNGO, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali. Contributo al dibattito sull'educazione alla cittadinanza digitale*, cit., 10 ss.

²⁶ M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, Napoli, 2020, 137.

ruolo di «cerniera» fra la società civile e le istituzioni rappresentative²⁷. Se da una parte, infatti, l'intento della piattaforma è quello di far recuperare al popolo una propria centralità nella definizione delle pratiche politiche, la stessa sconta l'assenza di un effettivo processo dialettico tra classe dirigente e iscritti, relegando questi ultimi al ruolo di meri attori occasionali²⁸. Pertanto, soltanto attraverso una «sincera» attuazione del metodo democratico sarà possibile arginare derive di stampo verticistico, ove l'opacità del comando monocratico rende i processi politico-partecipativi poco democratici e trasparenti²⁹.

3. Brevi riflessioni sul rendimento degli ulteriori strumenti di partecipazione democratica online: uno sguardo verso la “e-petition” sul versante sub-statale

La rivoluzione, in chiave digitale, dei tradizionali canali partecipativi sta progressivamente investendo tutti i livelli di governo. A livello *sub-statale*, infatti, il ricorso a strumenti partecipativi quali l'*e-petition* si sta diffondendo in molteplici Comuni della Penisola, registrando un positivo riscontro in termini di rendimento (se non altro per aver prodotto significativi vantaggi in termini di semplificazione burocratica, arginando così la farraginosità delle procedure ordinarie)³⁰. Invero, per poter proporre una petizione *on-line* al fine di sollecitare l'intervento dell'Amministrazione comunale su specifiche questioni di competenza della stessa, è sufficiente accedere al relativo portale disponibile alla pagina ufficiale dell'Amministrazione di riferimento con le credenziali SPID (Sistema pubblico d'Identità Digitale), CNS (Carta Nazionale dei Servizi) o, più rapidamente, con la Carta d'Identità Elettronica (CIE). Decorso il termine per la raccolta delle adesioni, l'Amministrazione è chiamata a rispondere entro sessanta giorni dalla pubblicazione della petizione proposta. Come accennato, il positivo riscontro in termini

²⁷ Si prendono in prestito le parole di G. PASQUINO, *Partiti, società civile, istituzioni e il caso italiano*, in *Stato e mercato*, n. 8/1983, spec. 195; ID., *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, 2014, 68.

²⁸ P. GERBAUDO, *The Digital Party. Political Organisation and Online Democracy*, London, 2018, spec. 131; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”*: di quale democrazia stiamo parlando?, cit., 612.

²⁹ A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, 11 ss.; M. GORLANI, *La “tardiva” attuazione legislativa dell’art. 49 Cost. nell’eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2016, 7 ss.

³⁰ Tra i Comuni che hanno previsto siffatte procedure, legittimate attraverso una previa modifica dello Statuto comunale e del Regolamento per gli istituti di partecipazione e di iniziativa popolare (garantendo, quindi, ai cittadini la possibilità di poter partecipare alle dinamiche amministrative dell'Ente anche attraverso il ricorso a «tecnologie informatiche e telematiche», ferma restando la «possibilità di avvalersi dei tradizionali canali partecipativi»: cfr. art. 8, co. 8, Statuto di Roma Capitale), si segnalano, *ex aliis*, il Comune di Vicenza (capofila dell'iniziativa), il Comune di Roma e il Comune di Trento. Di recente, anche un Comune della Regione Campania in provincia di Salerno ha deliberato ed approvato la modifica dello Statuto comunale e del Regolamento per gli istituti di partecipazione, accogliendo la proposta (presentata da una parte dei consiglieri comunali nella seduta del 21.05.2021), denominata “*Razionalizzazione tecnologica delle modalità di partecipazione dei cittadini del Comune di Scafati e conseguente proposta di modifica dello Statuto comunale e del Regolamento degli istituti di partecipazione*” (assunta a prot. n. 20379 del 26.03.2021), che prevede l'inserimento dello strumento dell'*e-petition* come ulteriore modalità di partecipazione dei cittadini alla vita dell'Ente: <https://www.comune.scafati.sa.it/index.php?action=index&p=141&art=1572>

di rendimento³¹ registrato da siffatte modalità alternative di partecipazione potrebbe tendere sempre più ad incoraggiare il ricorso a tecnologie informatiche e telematiche, purché considerati quali «strumenti complementari», che «non pretendano di soppiantare i luoghi della rappresentanza»³².

³¹ Per quel che concerne il Comune di Roma, dal 2018 ad oggi si sono svolte 16 petizioni *on-line* attraverso il canale “*Di’ la tua*” emergente dal sito ufficiale dell’Amministrazione; ed è interessante rilevare come quest’ultima abbia fornito una risposta anche alle petizioni sottoscritte da un numero davvero irrisorio di cittadini (a differenza, quindi, del Comune di Trento, che ha stabilito quale requisito minimo il numero di 200 adesioni alla petizione proposta per ottenere una risposta dagli organi amministrativi). Per quel che concerne il Comune di Vicenza, invece, tale rinnovata e alternativa modalità di partecipazione è attiva dal 2013, dalla sezione “*Partecipa al governo della tua Città*” emergente dal portale “*Vicenza online*” (<https://www.comune.vicenza.it/servizi/elenco/vicenzaonline.php>), che fino ad oggi ha registrato 81 petizioni. Dal portale del Comune di Trento denominato “*Il Comune ascolta i cittadini*”, invece, dal 2018 ad oggi si è registrato lo svolgimento soltanto di 8 petizioni, seppur coinvolgendo un numero elevatissimo di firmatari, pari a ben 6.772 (<https://www.change.org/m/trento-il-comune-ascolta-i-cittadini>). Il Comune di Trento, ad oggi, è l’unico ad utilizzare ufficialmente la piattaforma *Change.org* come strumento di *e-petition*.

³² A. D’ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell’era del digitale*, cit., 592, richiamando (cfr. nt. 47) lo studio di R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

PROVE TECNICHE DI RESILIENZA COSTITUZIONALE:
L'ASSALTO A *CAPITOL HILL* E LA CENSURA MEDIATICA DI DONALD TRUMP

ALESSANDRO FRICANO

SOMMARIO: 1. Cenni preliminari. – 2. Il *trumpismo* come laboratorio populista: la forza del potere di esternazione. – 3. L'assalto al Campidoglio: una breve ricostruzione della vicenda. – 4. Censura e ordine pubblico.

1. Cenni preliminari

«È nel sonno della pubblica coscienza che maturano le dittature» diceva Alexis de Tocqueville. Ma quanto la personalità dei leader riesce oggi a plasmare (o alterare) la democrazia ed i suoi delicati equilibri? Secondo la visione occidentale prevalente, ogni sistema democratico consolidato è in grado di trascendere le peculiarità dei singoli agenti politici. L'avvento ed il triste epilogo del *trumpismo* negli Stati Uniti, insieme alla minaccia del terrorismo islamico in Francia tra il 2012 e il 2020, dimostrano come la tenuta democratica sia entrata in crisi negli stessi ordinamenti in cui essa ha preso forma e sostanza. La democrazia si scopre nuovamente fragile. A questa sfida titanica quale risposta può offrire la scienza costituzionale? A distanza di oltre due secoli di storia la sua funzione resta immutata nel metodo. Il potere regolatore del costituzionalismo nasce dalla dialettica tra *ordine* e *disordine*. È proprio il *Xáoc* istituzionale a generare l'esigenza di una *Grundnorm* di kelseniana memoria. La frattura dell'ordine costituito non può non trovare nella Costituzione la sua soluzione. Se la dottrina dei *checks and balances* è riuscita ad attuare il principio di separazione dei poteri, di più difficile inquadramento

sono invece le tensioni interne ai poteri stessi. I processi costituzionali non sono mai lineari: necessitano inevitabilmente di lunghi tempi di sedimentazione¹. Come ricordato in tempi non sospetti dallo stesso Marx: «la storia si ripete sempre due volte: la prima volta come tragedia, la seconda come farsa». Ciò vale per l'assalto al Campidoglio del 6 gennaio 2021.

Questo breve intervento non intende analizzare la genesi delle *fake news* o dell'*hate speech*² come strumenti di ricerca del consenso, quanto più gli effetti sul piano giuridico e politologico. Il populismo, che come ogni fenomeno storico non conosce latitudini o confini temporali, ha ricordato alla scienza costituzionale che la democrazia non è un dato acquisito né un processo irreversibile. In realtà esso è come un fiume carsico destinato a riemergere e scomparire ciclicamente nella storia costituzionale occidentale. La resistenza di un ordinamento all'autoritarismo non è data dunque dall'intensità delle fratture istituzionali o dal livello di avvelenamento dell'opinione pubblica³, ma dalla maturità di una democrazia e dalla sua capacità di ricomporre ed interiorizzare i conflitti.

2. Il trumpismo come laboratorio populista: la forza del potere di esternazione

Il potere di esternazione degli organi monocratici rende arduo definire il confine tra le locuzioni compiute nell'esercizio delle proprie funzioni e quelle informali, che seppur estranee all'ufficio assumono di riflesso una rilevanza esterna.⁴ Il prestigio riconosciuto a talune cariche dello Stato impone ai titolari delle stesse un dovere non scritto di limitare allo stretto necessario la manifestazione di pensieri privati propri. Per potersi parlare compiutamente di potere di esternazione è tuttavia necessario un doppio requisito di pubblicità. Il primo afferisce all'*elemento soggettivo* ovvero alla natura pubblicistica dell'ufficio ricoperto, non rilevarebbero dunque ai fini di una qualificazione costituzionale le esternazioni di privati cittadini. Il secondo requisito invece incide

¹ La dimostrazione di quanto detto trova conferma nella complessa transizione democratica spagnola. Sono trascorsi appena quarant'anni dal fallito colpo di Stato consumatosi in Spagna il 23 febbraio 1981, in cui alcune frange militari deviate guidate dal tenente colonnello Antonio Tejero Molina fecero irruzione all'interno del *Congreso de los Diputados*. Il linguaggio della Costituzione resta la risposta più efficace, contro qualsiasi inversione autoritaria.

² Per una pregevole trattazione del tema si rinvia a I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Giappichelli, 2020.

³ «La trasposizione del dibattito pubblico nella dimensione e nell'epoca dei *social network* ha determinato la sovrarappresentazione dei discorsi di odio e di intolleranza, e, più in generale, una tendenza a procedere per via di approssimazione nella ricostruzione della verità storica o scientifica dei fatti. [...] Non sfugge il rischio che, nel tempo presente, il concetto di opinione pubblica possa infatti appiattirsi su quello di "società civile"» così L. CONTE, *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica, in federalismi.it*, 2020, fasc. 11, 337.

⁴ «Per esternazione del pubblico potere si intende la manifestazione di pensiero imputabile ad un organo pubblico, pubblica, espressa in forma atipica, atta a concorrere alla formazione dell'opinione pubblica, in quanto abbia o possa avere un significato politico-istituzionale, cioè efficacia giuridica e rilievo pubblico. Che le esternazioni siano *manifestazioni di pensiero* implica una distinzione tra queste ultime e altri comportamenti. Com'è facile intendere, non tutti i comportamenti sono manifestazioni di pensiero, ma solo quelli "comunicativi" o, in altre parole, che hanno un'intenzione comunicativa.» cit. A. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, fasc. 3, 6-7.

sull'elemento oggettivo cioè sul contenuto pubblico dell'esternazione, non rilevando i comportamenti impliciti, omissivi o di dubbia interpretazione. È pubblico il contenuto di un'esternazione idonea a condizionare astrattamente una pluralità significativa di soggetti. L'esternazione può dunque definirsi come un «comportamento dotato di significato sociale» e pertanto «potenzialmente idoneo a concorrere alla formazione dell'opinione pubblica».⁵ Più complesso comprendere la distinzione tra capacità di influenza e rischio di manipolazione o distorsione della verità. Le comunicazioni tramite *social network*, di cui ha fatto uso e abuso il quarantacinquesimo inquilino della *White House*, sarebbero viziate da un'atipicità *ab origine*. Tale difetto di tipicità si riscontra nell'assoluta estraneità dei cd. *tweet* o *post* rispetto al novero ristretto degli atti presidenziali, siano essi tipizzati dalla legge o riconosciuti dalla prassi. Oggi tuttavia l'agorà politica passa dalla rete, per cui risulta necessario comprendere se il *cyberspazio* possa definirsi o meno una porzione di pubblico spazio. Se è vero che il popolo della rete non coincide con la cittadinanza attiva, è altrettanto vero che la *piazza digitale* può talvolta mutare in *piazza reale*. La rivoluzione informatica ha stravolto le forme di partecipazione dei cittadini, sia per la costruzione del consenso che per la determinazione delle politiche pubbliche. Si pensi alle tante mobilitazioni che, partendo dalla rete, si trasformano in manifestazioni di massa⁶. Quanto detto sembra contrastare apertamente con la deriva personalistica incarnata dal *tycoon*. Sarebbe opportuno chiedersi allora cosa resti delle garanzie costituzionali dopo quattro anni di presidenza Trump. Come sottolineato dalla stessa dottrina statunitense, primo fra tutti D. L. Kriner, tali guarentigie nel complesso si sono rivelate più forti di quanto alcuni temessero, ma più fragili di quanto molti sperassero⁷. Sin dagli inizi della sua presidenza, Donald Trump ha messo in discussione gli istituti più antichi che regolano il confronto democratico e che caratterizzano il costituzionalismo statunitense, a partire dal disconoscimento della funzione di controllo politico del Congresso. Il quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti d'America sa bene che la costruzione del consenso parte dalla motivazione, come dimostrato dagli innumerevoli *executive orders* adottati per compiacere la sua base elettorale. Più un elettorato è motivato maggiore è il livello di fidelizzazione. Il mancato riconoscimento della vittoria di Joe Biden ha rappresentato l'anticamera di una *tirannia della minoranza*. La stessa minoranza che, attraverso un processo di identificazione con il leader, si è sentita legittimata dall'appello di Donald Trump. Lo *storytelling* è quello comune ad ogni narrazione populista per cui da una parte si rappresenta l'America vera e defraudata e dall'altra l'*élite*. Un vittimismo che vede la contrapposizione tra un *noi* ed un lontano e generico *loro*. Le elezioni presidenziali del 2016 che hanno decretato la vittoria di Trump hanno in questo senso dato avvio al cd. *atlantismo populista* in tutta Europa e non solo.

⁵ Cit. A. ARENA, *op. cit. ult.*, 9.

⁶ L'esempio più evidente è rappresentato dal ruolo fondamentale dei *social network* durante le primavere arabe, specie per le rivolte popolari tunisine del 2010-2011.

⁷ Così D. L. KRINER, *Trump, Populism, and the Resilience of the American Constitutional System*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, 63.

3. L'assalto al Campidoglio: una breve ricostruzione della vicenda

L'incapacità di Donald Trump ad ammettere la sconfitta e riconoscere l'esito delle elezioni si è tradotta in una vera e propria *escalation* di odio. Le affermazioni mendaci mai sostenute dai dati insieme alle tesi complottiste sulla vittoria di Biden, specie quelle propagandate dai seguaci delle teorie *QAnon*, sono sfociate in ricorsi legali per presunti brogli elettorali. Tra le cause più celebri si ricorda *Texas v. Pennsylvania*, intentata presso la Corte suprema degli Stati Uniti d'America al fine di contestare il conteggio dei voti in quegli Stati federati che registravano il sorpasso di Joe Biden su Trump. Le presunte irregolarità delle procedure elettorali in Pennsylvania, Georgia, Michigan e Wisconsin, secondo i repubblicani avrebbero in qualche modo potuto rallentare la certificazione della vittoria di Biden. L' 11 dicembre 2020 la Corte suprema ha stabilito che, ai sensi dell'Articolo III della Costituzione americana, il Texas non fosse legittimato ad agire avverso i risultati di elezioni tenute in altri Stati federati. Svanita ogni possibilità per rovesciare il risultato elettorale attraverso i numerosi ricorsi presentati, il *tycoon* ha fatto appello al *suo* popolo allo scopo di porre fine con ogni mezzo agli abusi (infondati) dei democratici.

Il fallito golpe americano ha trovato la sua genesi nella manifestazione a sostegno di Trump, nota come *Save America March*, organizzata il 6 gennaio 2021 a Washington D.C. per contestare la validità delle elezioni presidenziali. L'allora Presidente degli Stati Uniti con numerose incitazioni ha esortato i suoi sostenitori a fermare quella che a suo dire era una frode elettorale, legittimando di fatto l'assalto al Congresso al fine di interrompere la certificazione della vittoria del democratico Joe Biden prevista per quella stessa data. Donald Trump in un suo discorso alla folla dichiara: «Non vi riprenderete mai il nostro paese con la debolezza. Dovete esibire forza e dovete essere forti. Siamo giunti qui per chiedere che il Congresso faccia la cosa giusta e che conti solo gli elettori che sono stati nominati legalmente. So che ognuno di voi presto marcerà sul Campidoglio per far sì che oggi la vostra voce, pacificamente e patriotticamente, venga ascoltata. [...] Combattetevi. Combattiamo come dannati. E se non combatterete come dannati, per voi non vi sarà più un paese. [...] Cammineremo lungo Pennsylvania Avenue – adoro Pennsylvania Avenue – e andremo al Campidoglio e ci proveremo e daremo [ai Repubblicani] il genere d'orgoglio e ardore di cui hanno bisogno per riprendersi il nostro paese»⁸. La prima reazione alle violenze perpetrate dai suoi accoliti, a mezzo *tweet*, è inequivocabile: «Queste sono le cose e gli eventi che accadono quando una sacra vittoria elettorale schiacciante viene spogliata così senza cerimonie e brutalmente dai grandi patrioti che sono stati trattati male e ingiustamente per così tanto tempo. Andate a casa

⁸ «You'll never take back our country with weakness. You have to show strength and you have to be strong. We have come to demand that Congress do the right thing and only count the electors who have been lawfully slated. I know that everyone here will soon be marching over to the Capitol building to peacefully and patriotically make your voices heard today. [...] Fight. We fight like hell. And if you don't fight like hell, you're not going to have a country anymore. [...] We're going to walk down Pennsylvania Avenue - I love Pennsylvania Avenue - and we're going to the Capitol and we're going to try and give [Republicans] the kind of pride and boldness that they need to take back our country».

con amore e in pace. Ricorderemo questo giorno per sempre!»⁹. La risposta tardiva e mai di condanna del presidente arriva invece tramite un videomessaggio tutt'altro che conciliante: «So della vostra sofferenza. So che siete feriti. C'è stata un'elezione che ci è stata rubata. Abbiamo avuto una vittoria schiacciante e tutti lo sanno, soprattutto l'altro schieramento, ma ora dovete andare a casa. Dobbiamo avere pace. Dobbiamo avere legge e ordine. Dobbiamo rispettare il nostro grande popolo in legge e ordine. Non vogliamo che qualcuno si faccia male. Questo è un periodo molto duro. Non c'è mai stato un periodo in cui sia accaduta una cosa del genere, in cui hanno potuto togliere la vittoria a noi tutti. A me, a noi e al nostro paese. Questa è un'elezione truccata, ma non possiamo fare il gioco di queste persone. Dobbiamo avere pace, dunque andate a casa. Noi vi amiamo. Siete davvero speciali. Avete visto cosa succede. Voi vedete come vengono trattati gli altri, così cattivi e malvagi, so come vi sentite. Ma andate a casa, e andateci in pace»¹⁰. Nel corso della stessa giornata Guy Rosen, responsabile della "sicurezza e integrità" di *Facebook*, ha provveduto all'immediata rimozione del video perché «contribuisce ad alimentare piuttosto che diminuire il rischio di violenza in corso»¹¹. L'ex Presidente degli Stati Uniti d'America avrebbe usato l'autorevolezza derivante dal prestigio della sua carica per elogiare e supportare gli assalitori del Campidoglio al fine di ostacolare il corretto espletamento delle procedure di certificazione della vittoria dell'avversario democratico, turbando in maniera irreversibile la vita democratica del paese¹².

La contromossa di *Twitter* è immediata: «Per quanto riguarda la situazione in corso a Washington, D.C., stiamo lavorando in modo proattivo per proteggere la salute della conversazione pubblica che si verifica sul servizio e agiremo su qualsiasi contenuto che

⁹ «These are the things and events that happen when a sacred landslide election victory is so unceremoniously & viciously stripped away from great patriots who have been badly & unfairly treated for so long. Go home with love & in peace. We will remember this day forever!».

¹⁰ «I know your pain. I know you're hurt. We had an election that was stolen from us. It was a landslide election, and everyone knows it, especially the otherside, but you have to go home now. We have to have peace. We have to have law and order. We have to respect our great people in law and order. We don't want anybody hurt. It's a very tough period of time. There's never been a time like this where such a thing happened, where they could take it away from all of us. For me, from you, from our country. This was a fraudulent election, but we can't play into the hands of these people. We have to have peace. So go home. We love you. You're very special. You've seen what happens. You see the way others are treated that are so bad and so evil. I know how you feel. But go home, and go home in peace».

¹¹ «This is an emergency situation and we are taking appropriate emergency measures, including removing President Trump's video. We removed it because on balance we believe it contributes to rather than diminishes the risk of ongoing violence».

¹² «Nel caso in questione tuttavia c'era un elemento differenziale rispetto al semplice, e pur concretamente pericoloso, appello alla illegalità e alla violenza: il Presidente con le sue parole e con i suoi comportamenti stava tentando un colpo di Stato. È qui che rileva clamorosamente la differenza tra la libertà di pensiero del *quisque de populo* e la funzione comunicativa o esternatoria del Capo dello Stato: solo quest'ultimo è in grado di attentare concretamente alla Costituzione tramite un semplice messaggio su *Facebook*. Solo Trump poteva chiedere obbedienza in virtù del proprio ruolo e ordinare al contempo la disobbedienza verso gli altri rappresentanti delle istituzioni, ivi inclusi i tribunali che avevano respinto i suoi ricorsi.» così M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 199.

viola le Regole di *Twitter*»¹³. Subito dopo: «A seguito della situazione violenta senza precedenti e in corso a Washington, abbiamo richiesto la rimozione di tre tweet di @realDonaldTrump che sono stati pubblicati oggi per ripetute e gravi violazioni della nostra *policy* sulla *Civic Integrity*. [...] Ciò significa che l'*account* di @realDonaldTrump sarà bloccato per 12 ore dopo la rimozione di questi *tweet*. Se i *tweet* non vengono rimossi, l'*account* rimarrà bloccato»¹⁴. Alla sospensione temporanea è seguita quella permanente l'8 gennaio: «Dopo un'attenta revisione dei recenti *tweet* dell'*account* @realDonaldTrump e del contesto che li circonda, abbiamo sospeso definitivamente l'*account* a causa del rischio di ulteriore incitamento alla violenza»¹⁵. Secondo l'azienda infatti gli *account* dei *leader* eletti «non sono completamente al di sopra delle nostre regole e non possono utilizzare *Twitter* per incitare alla violenza». La legittimazione popolare non può dunque in alcun modo operare da scriminate. Nella scelta di sospendere in via definitiva l'*account* di Donald Trump hanno assunto un ruolo decisivo due *tweet* dell'8 gennaio¹⁶ in palese contrasto con la *policy* aziendale in materia di *Glorification of Violence* e ritenuti potenzialmente in grado di ispirare o fomentare nuove azioni criminali. Nelle motivazioni addotte dalla piattaforma, l'uso delle parole «*American Patriots*» per definire i protagonisti dell'assalto al Campidoglio è stato interpretato come un esplicito sostegno del Presidente agli autori dell'attacco. Nel dire invece: «a tutti quelli che me lo hanno chiesto, non andrò all'inaugurazione il 20 gennaio», secondo *Twitter*, verrebbe compromessa la transizione ordinata tra il presidente uscente e quello entrante. Si tratta della piattaforma *social* preferita dal *tycoon*, che prima della rimozione contava 88 milioni di follower. Dopo la «censura» di *Twitter* la risposta di Trump dall'*account* ufficiale della Presidenza degli Stati Uniti non si è fatta attendere: «Come dico da tempo, *Twitter* si è spinta ben oltre il vietare la libertà di parola e stasera i suoi dipendenti si sono coordinati con i democratici e la sinistra radicale per rimuovere il mio *account* dalla loro piattaforma, per far tacere me e voi, i 75 milioni di grandi patrioti che hanno votato per me. [...] Avevo previsto che sarebbe successo. Abbiamo negoziato con vari altri siti e

¹³ «In regard to the ongoing situation in Washington, D.C., we are working proactively to protect the health of the public conversation occurring on the service and will take action on any content that violates the Twitter Rules».

¹⁴ «As a result of the unprecedented and ongoing violent situation in Washington, D.C., we have required the removal of three @realDonaldTrump Tweets that were posted earlier today for repeated and severe violations of our Civic Integrity policy. [...] This means that the account of @realDonaldTrump will be locked for 12 hours following the removal of these Tweets. If the Tweets are not removed, the account will remain locked».

¹⁵ «After close review of recent Tweets from the @realDonaldTrump account and the context around them we have permanently suspended the account due to the risk of further incitement of violence. In the context of horrific events this week, we made it clear on Wednesday that additional violations of the Twitter Rules would potentially result in this very course of action. Our public interest framework exists to enable the public to hear from elected officials and world leaders directly. It is built on a principle that the people have a right to hold power to account in the open. However, we made it clear going back years that these accounts are not above our rules entirely and cannot use Twitter to incite violence, among other things. We will continue to be transparent around our policies and their enforcement».

¹⁶ Nello specifico, il primo: «The 75,000,000 great American Patriots who voted for me, AMERICA FIRST, and MAKE AMERICA GREAT AGAIN, will have a GIANT VOICE long into the future. They will not be disrespected or treated unfairly in any way, shape or form!!!» ed il secondo: «To all of those who have asked, I will not be going to the Inauguration on January 20th».

presto avremo una grande novità, mentre esaminiamo anche le possibilità di costruire la nostra piattaforma nel prossimo futuro. Non saremo silenziati! *Twitter* non garantisce la libertà di parola. Loro stanno promuovendo una piattaforma della Sinistra Radicale in cui alcune delle persone più cattive del mondo possono parlare liberamente... Restate collegati!¹⁷». La conseguenza immediata è stata la sospensione anche dell'*account* ufficiale della Presidenza degli Stati Uniti. Circostanza questa, che farebbe sorgere qualche perplessità di natura costituzionale. Se può ritenersi lecito oscurare il profilo di un utente – in caso di manifeste violazioni del *code of policy* e indipendentemente dalle sue funzioni – altrettanto non potrebbe dirsi dell'*account* ufficiale del Presidente degli Stati Uniti d'America.

Il 13 gennaio 2021, ad una settimana dalla scadenza naturale del suo mandato presidenziale e solo pochi giorni dopo il tentato golpe di *Capitol Hill*, è stata avviata per la seconda volta la procedura di *impeachment* contro il quarantacinquesimo inquilino della Casa Bianca per incitamento all'insurrezione. Donald Trump è l'unico presidente nella storia degli Stati Uniti ad esser messo in stato di accusa per ben due volte. Ambo i processi si sono però conclusi con l'assoluzione per il mancato raggiungimento della maggioranza di due terzi dei senatori, consentendo così a Trump la possibilità di ricandidarsi alle elezioni presidenziali del 2024¹⁸.

4. *Censura e ordine pubblico*

L'immediata decisione dei colossi del web di oscurare i profili *Twitter* e *Facebook* di Donald Trump dopo i fatti di *Capitol Hill*, ha aperto scenari inediti considerata la tradizione democratica degli Stati Uniti d'America. Un vaso di pandora che pone anche interrogativi di natura costituzionale¹⁹. La scelta senza precedenti dei colossi del *web* ha suscitato non poche reazioni di preoccupazione da parte sia delle cancellerie europee sia dei diversi *leader* dell'*internazionale populista*. Il 7 gennaio, esattamente un giorno dopo le violenze di Washington, il CEO di *Facebook* Mark Zuckerberg ha dichiarato in un *post* di aver: «[...] rimosso queste affermazioni ieri perché abbiamo giudicato che il loro effetto -- e probabilmente il loro intento -- sarebbe stato provocare ulteriori violenze. A seguito della certificazione dei risultati elettorali da parte del Congresso, la priorità per

¹⁷ «As I have been saying for a long time, Twitter has gone further and further in banning free speech, and tonight, Twitter employees have coordinated with Democrats and the Radical Left in removing my account from their platform, to silence me - and YOU, the 75 million great... patriots who voted for me. Twitter may be a private company, but without the government's gift of Section 230 they would not exist for long. I predicted this would happen. We have been negotiating with various other sites, and will have a big announcement soon, while we... also look at the possibilities of building out our own platform in the near future. We will not be SILENCED! Twitter is not about FREE SPEECH. They are all about promoting a Radical Left platform where some of the most vicious people in the world are allowed to speak freely... STAY TUNED!».

¹⁸ A lungo si è invece parlato della Sezione 4 del XXV emendamento, per procedere alla rimozione del Presidente. Circostanza non avvenuta grazie al diniego del vicepresidente Mike Pence.

¹⁹ «L'espulsione del Presidente degli Stati Uniti da Facebook, Twitter e altri social media è stata interpretata, da alcuni, come lecita applicazione delle condizioni contrattuali, da altri come una illecita censura privata» cit. M. MANETTI, *op. cit.*, 1, 2021, 195.

tutto il paese deve essere ora garantire che i restanti 13 giorni e i giorni successivi all'inaugurazione passino pacificamente e secondo norme democratiche stabilite. Negli ultimi anni, abbiamo permesso al Presidente Trump di utilizzare la nostra piattaforma in linea con le nostre regole, rimuovendo contenuti o etichettando i suoi post quando violano le nostre politiche. Lo abbiamo fatto perché crediamo che il pubblico abbia diritto al più ampio accesso possibile al discorso politico, anche controverso. Ma l'attuale contesto è ora fundamentalmente diverso, che prevede l'uso della nostra piattaforma per incitare ad insurrezione violenta contro un governo democraticamente eletto. Riteniamo che i rischi di consentire al Presidente di continuare a utilizzare il nostro servizio in questo periodo siano semplicemente troppo grandi. Pertanto, stiamo estendendo il blocco che abbiamo inserito sui suoi *account Facebook* e Instagram a tempo indeterminato e per almeno le prossime due settimane fino al completamento della transizione pacifica del potere»²⁰. L'attenzione alla transizione democratica è emersa anche nelle dichiarazioni dell'amministratore delegato di Apple Tim Cook, che ha definito il 6 gennaio «un capitolo triste e vergognoso nella storia del nostro paese», ribadendo l'impegno a «completare la transizione all'amministrazione del presidente-eletto Joe Biden».

Al di là della liceità o della ragionevolezza del provvedimento di *Facebook*, è comune l'indignazione di diversi osservatori circa il potere di aziende private di bandire i leader democraticamente eletti. Specie se tali scelte assumono margini di discrezionalità ampi o grande autonomia. La vicenda in esame è troppo complessa per potersi risolvere nel mancato rispetto degli *standard della community*²¹. In assenza di una normativa chiara e univoca in materia, è stato istituito da *Facebook* nel 2019 un organismo di vigilanza, indipendente e composto da esperti di tutto il mondo, in grado con le sue decisioni di vincolare una società privata di *social media*. Tale organismo prende il nome di Comitato per il controllo di *Facebook* (*Oversight Board*). Il 21 gennaio 2021, *Facebook* ha rinviato

²⁰ «The shocking events of the last 24 hours clearly demonstrate that President Donald Trump intends to use his remaining time in office to undermine the peaceful and lawful transition of power to his elected successor, Joe Biden. His decision to use his platform to condone rather than condemn the actions of his supporters at the Capitol building has rightly disturbed people in the US and around the world. We removed these statements yesterday because we judged that their effect -- and likely their intent -- would be to provoke further violence. Following the certification of the election results by Congress, the priority for the whole country must now be to ensure that the remaining 13 days and the days after inauguration pass peacefully and in accordance with established democratic norms. Over the last several years, we have allowed President Trump to use our platform consistent with our own rules, at times removing content or labeling his posts when they violate our policies. We did this because we believe that the public has a right to the broadest possible access to political speech, even controversial speech. But the current context is now fundamentally different, involving use of our platform to incite violent insurrection against a democratically elected government. We believe the risks of allowing the President to continue to use our service during this period are simply too great. Therefore, we are extending the block we have placed on his Facebook and Instagram accounts indefinitely and for at least the next two weeks until the peaceful transition of power is complete».

²¹ «Ciò posto, chi scrive ritiene che la chiusura degli account di Trump non possa essere spiegata nell'ottica privatistica or ora criticata, in quanto detta chiusura non è stata frutto dell'applicazione - lecita o illecita - delle condizioni d'uso delle piattaforme. Anche ammettendo che al Presidente in carica spetti il *free speech* al pari di tutti gli altri cittadini, e che alle piattaforme spetti di imporre le condizioni d'uso che preferiscono, è da dubitare infatti che i messaggi diffusi da Trump nell'ultimo periodo della sua presidenza siano qualificabili come esercizio della libertà di pensiero, e che essi siano stati rimossi/inibiti per inosservanza di clausole contrattuali.» così M. MANETTI, *op.cit.*, 197.

al Comitato la questione relativa alla permanenza di Trump sui canali *social* dell'azienda. Nella formulazione del giudizio sull'assalto a *Capitol Hill*, il Comitato per il controllo si è basato sui sei fattori del *Piano d'azione di Rabat* sull'incitamento all'odio, per valutare la sussistenza di un rischio grave ed evidente per la collettività. Sono stati pertanto presi in considerazione: il *contesto* di alta tensione politica di quei giorni, lo *status dell'autore* che rivestendo la carica di Presidente degli Stati Uniti consentiva ai suoi post una visibilità esponenziale ed una grande capacità di influenza derivata proprio dal ruolo ricoperto, le *intenzioni* di Donald Trump circa il rischio che le sue esternazioni potessero legittimare i disordini, la *forma* ed il *contenuto* delle comunicazioni del 6 gennaio in cui l'ex presidente esprimeva tutto il suo sostegno ai dimostranti facinorosi, la *portata* ed la *copertura* dei *post* in considerazione al grande seguito del *leader* e quindi al numero consistente di seguaci pari a trentacinque milioni su *Facebook* e circa ventiquattro milioni su *Instagram*, da ultimo il *pericolo imminente* per l'incolumità pubblica e la tenuta costituzionale dato lo svolgimento in quelle ore della procedura di certificazione del risultato elettorale. Il 5 maggio 2021 in forza di questi parametri, il Comitato per il controllo ha confermato le limitazioni imposte il 7 gennaio agli account *Facebook* ed *Instagram* di Donald Trump, considerandoli necessari e proporzionati. L'*Oversight Board* ha di fatto escluso a tempo indeterminato l'ex presidente degli Stati Uniti per aver violato gli *standard* della *community* di *Facebook*. La normativa prevede infatti che «per impedire e interrompere atti di violenza reali» non è consentita «la presenza su *Facebook* di organizzazioni o individui che proclamano missioni violente»; vengono altresì rimossi i «contenuti che esprimono supporto o elogio di gruppi, leader o individui coinvolti in queste attività». *Facebook* si impegna inoltre a «disabilitare gli account e collaborare con le forze dell'ordine qualora ritenessimo reale l'eventualità di seri rischi di danno fisico o minacce dirette alla sicurezza pubblica». Nonostante ciò, il Comitato per il Controllo ha espresso perplessità circa la natura permanente della sanzione, esortando l'azienda ad elaborare nuovi protocolli e raccomandazioni più chiare al fine di ovviare ad una più semplice risoluzione di controversie simili in futuro. Nessun utente, a prescindere dalla qualifica rivestita, può essere limitato nell'uso dei suoi account per un lasso di tempo indefinito e in assenza di criteri che determinino tempi e modi affinché tali *account* possano essere ripristinati in forma integrale. Il 4 giugno 2021, con una nota del vicepresidente degli affari globali Nick Clegg, l'azienda ha annunciato che gli *account Facebook* e *Instagram* di Donald Trump resteranno sospesi fino al 7 gennaio 2023 per le gravi violazioni delle regole della *community*, quale «sanzione più elevata disponibile ai sensi dei nuovi protocolli di applicazione». Al termine di questo periodo, Facebook si rivolgerà ad un *team* di esperti per valutare se vi sia ancora un pericolo per la sicurezza pubblica, in caso contrario la restrizione sarà prorogata per un periodo di tempo definito²², come richiesto dal *Oversight Board*. Nel determinare la durata delle limitazioni è stata presa in considerazione la funzione deterrente del provvedimento al fine scongiurare la

²² «At the end of this period, we will look to experts to assess whether the risk to public safety has receded. We will evaluate external factors, including instances of violence, restrictions on peaceful assembly and other markers of civil unrest. If we determine that there is still a serious risk to public safety, we will extend the restriction for a set period of time and continue to re-evaluate until that risk has receded».

reiterazione di violazioni simili in futuro²³. Una sanzione potenzialmente in grado di compromettere la ricandidatura del *tycoon* per le elezioni presidenziali del 2024.

In più occasioni Mark Zuckerberg ha ribadito la propria neutralità rispetto ai contenuti pubblicati nei propri *social network*, non qualificandosi mai come editore. Si tratterebbe invero di una censura²⁴ applicata da soggetti privati ad un soggetto legittimato dal voto democratico, sebbene questa misura corrisponda tradizionalmente all'esercizio di un potere di controllo da parte di un'autorità statale, la stessa che Zanon ha definito *Autorità Pubblica della Verità*²⁵. Quando un *free speech* può ritenersi idoneo ad incitare all'odio?²⁶ Quali sono i limiti di liceità? Possono la gravità delle circostanze o la necessità di urgenza giustificare provvedimenti così drastici? E se sì, fino a che punto? Sarebbe opportuno riqualificare i fatti alla luce del Primo Emendamento²⁷ della Costituzione degli Stati Uniti d'America²⁸, proprio in relazione alla libertà di espressione e ai limiti della stessa. Come evidenziato da più attenta dottrina, «nel *categorical approach* della Corte Suprema esistono invero alcuni tipi di messaggi cui è negata la protezione del Primo Emendamento, quali ad esempio le oscenità, le minacce, le c.d. *fighting words*, nonché l'incitamento o l'istigazione in esame»²⁹. Il ruolo svolto dai *social network* nella diffusione di contenuti sensibili da parte di utenti che rivestono una particolare carica pubblica impone il recupero della cd. dottrina del *clear and present danger*, specie se il

²³ «In establishing the two year sanction for severe violations, we considered the need for it to be long enough to allow a safe period of time after the acts of incitement, to be significant enough to be a deterrent to Mr. Trump and others from committing such severe violations in future, and to be proportionate to the gravity of the violation itself».

²⁴ Sul concetto di "censura privata" si rinvia ad A. MORELLI, *Non scomodiamo Voltaire a proposito di Trump e dei social*, in *lacostituzione.info*, 10 gennaio 2021.

²⁵ Con una lucidità quasi premonitrice, Zanon – riferendosi ad un'*Autorità Pubblica della Verità* – ragiona sulla creazione «di un'autorità indipendente cui affidare il potere di intervenire, sussidiariamente ma in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete i contenuti palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana». Prosegue l'A. secondo cui «suscita più di qualche brivido, nell'era del "politicamente corretto", immaginare un decisore pubblico, dotato non solo del potere di scriminare il palesemente falso dall'opinabile, ma soprattutto di bollare alcuni contenuti informativi come lesivi dei diritti fondamentali o della dignità umana [...] Vedrei una simile innovazione come un sinistro contributo alla definitiva affermazione di un tetro "pensiero unico", che criminalizza ogni dissenso» cit. N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *Media Laws-La rivista di diritto dei media*, n. 1/2018, 16-17.

²⁶ Alla domanda «chi decide se un linguaggio è in grado di incitare alla violenza e all'odio?» risponde il professor Alberto Gambino, secondo il quale: «Questo è il tema più delicato: deve farlo l'operatore privato oppure, democrazia vorrebbe, un soggetto legittimato a compiere queste scelte attraverso regole costituzionali che si dà uno Stato sovrano? Cioè: qual è la "magna charta" che stabilisce cosa è incitazione all'odio e cosa è libera manifestazione del pensiero? [...] Non si può lasciare tale scelta, che ha un impatto sulla formazione delle idee a livello mondiale, a un gruppo di esperti "contigui" [...] con chi ha il potere tecnico di disconnettere "sine die" il presunto colpevole di discorsi incitanti all'odio.» cit. G. V. ANDERSON, *Trump escluso dai social? Ecco a chi spetta la decisione secondo il prof. Gambino*, in *formiche.net*, 10 maggio 2021.

²⁷ «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».

²⁸ Cfr. K.W. SAUNDERS, *Violence As Obscenity. Limiting the Media's First Amendment Protection*, Duke University Press, 1996.

²⁹ Cit. M. MANETTI, *op. cit.*, 198.

rischio coincide con il rovesciamento dell'ordinamento costituito³⁰. Quando la natura delle espressioni sia tale da creare un pericolo chiaro e presente, mettendo potenzialmente a rischio la tenuta democratica, queste esternazioni non possono considerarsi giuridicamente protette. Justice Oliver Wendell Holmes, teorico della dottrina del *clear and present danger* e per trent'anni giudice della Corte suprema, nel celebre caso *Schenck v. United States* del 1919 scrisse: «*The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that the United States Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree*». L'evoluzione giurisprudenziale tuttavia non può non tenere conto dell'avvento delle nuove tecnologie digitali ma soprattutto della diffusione istantanea e su larga scala delle comunicazioni.³¹ Quanto detto investe irreversibilmente anche i cd. *Internet Service Provider* che negli ultimi cinque anni hanno intensificato il ricorso ad algoritmi e segnalazioni al fine di rimuovere contenuti considerati offensivi³². La gestione del cyberspazio nella prevenzione dei rischi per l'incolumità pubblica si muove così tra libertà e autorità. Le esigenze di controllo non possono tuttavia sfociare in uno Stato etico o censore, né tantomeno nell'autogoverno assoluto ed indiscriminato delle piattaforme. Una polarizzazione tutt'altro che semplice da dirimere data la pluralità di interessi coinvolti. Occorre stabilire se aderire al principio per cui le piattaforme digitali debbano fornire un servizio pubblico o se invece sono da considerare alla stregua di spazi privati in grado di autonormarsi. Si può in forza di una legittimazione popolare ricusare un provvedimento simile? Sotto un profilo soggettivo ovviamente no. Aldilà delle ragioni di opportunità, si tratta pur sempre di società private che come tali agiscono entro i limiti di quanto sia loro

³⁰ «L'interpretazione del Primo emendamento attraverso l'uso della dottrina del *clear and present danger* viene orientata – soprattutto durante la Prima guerra mondiale e ulteriormente precisata nell'epoca maccartista, periodo di pesante censura rispetto al dissenso politico – verso la prospettiva conservatrice: le deroghe poste dal legislatore alla disposizione costituzionale, soprattutto in tempo di guerra, sono ragionevoli quando l'uso di alcune espressioni rappresenti un serio rischio, anche se in un ipotetico futuro, di rovesciamento dell'ordinamento costituito. Secondo questa lettura, la pericolosità potenziale della parola giustifica l'incriminazione non solo dell'istigazione, ma anche dell'apologia e di tutti gli attacchi critici che manifestino la mera intenzione di provocare l'evento proibito dalla legge.» cit. F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'"hate speech": un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, 2017, fasc. 1-2, 44.

³¹ Secondo Pollicino con il caso *Brandenburg v. Ohio*, in materia di libertà di espressione: «la Corte ha stabilito un margine di tutela particolarmente ampio in favore delle forme di dissenso di natura politica, richiedendo che tre diversi criteri siano rispettati da ogni atto volto a regolare l'esercizio della libertà di parola: in primo luogo, occorre che l'individuo intenda promuovere non soltanto una generica condotta illecita ma una condotta illecita "imminente" (elemento temporale); in secondo luogo, la condotta illecita che il parlante intende stimolare deve verificarsi secondo un elevato grado di probabilità (elemento probabilistico); da ultimo, deve essere intenzione del parlante provocare tale condotta (elemento finalistico-psicologico)». L'A. si chiede: «Quale dovrebbe essere la risposta dell'ordinamento se però soltanto uno o pochi degli ascoltatori fossero provocati a commettere atti di violenza illegali e imminenti? [...] Il test di *Brandenburg v. Ohio* è stato dettato dalla Corte suprema in riferimento a un caso in cui soltanto un numero relativamente esiguo di individui poteva essere attinto dal messaggio di incitazione alla violenza. Ma cosa succede a traslare, ad applicare questo messaggio nel contesto di Internet? [...] Dunque, i requisiti stringenti definiti dalla Corte suprema potrebbero subire un allentamento nel caso in cui vi sia un rischio maggiore legato alla particolare diffusività del mezzo.» cit. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, n. 1, 18-19.

³² F. ABBONDANTE, *op. cit. ult.*, 53.

consentito, specie se si considera che la decisione di oscurare *The Donald* su *Facebook* e *Instagram* sia stata presa da un organismo terzo ed imparziale come l'*Oversight Board*. Sotto il profilo oggettivo occorrerebbe invece operare un bilanciamento tra la salvaguardia dell'ordine pubblico e la libertà d'espressione. Sebbene l'importanza dei *social media* sia enorme, non si tratta comunque di canali istituzionali. Non è stata pertanto inibita in alcun modo la comunicazione ufficiale in quanto il Presidente disponeva di altri mezzi formali. Si trattava pur sempre dell'*account* personale, restando nella sua disponibilità i due *account* istituzionali della Casa Bianca³³. La funzione *restrittiva* è quindi al contempo una funzione *preventiva*. Le restrizioni opererebbero cioè con l'obiettivo di tutelare la tenuta democratica e l'incolumità delle istituzioni. La censura mediatica di Donald Trump costituisce dunque un precedente inedito che impone una riflessione circa la regolamentazione lacunosa o quasi del tutto assente, la discrezionalità delle misure adottate e la parità di trattamento dei soggetti passivi.

³³ Ci si riferisce nello specifico a @POTUS, in qualità di *President of the United States*, ed a @WhiteHouse.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

I PARTITI POLITICI E LE PIATTAFORME DIGITALI:
PIÙ TECNOLOGIA E MENO DEMOCRAZIA?

ERIKA LA FAUCI

SOMMARIO: 1. Alcune esperienze europee relative all'uso delle piattaforme digitali da parte dei partiti politici. – 1.1. La piattaforma Rousseau e la sua dubbia democraticità: l'assenza di *quorum* e l'ambigua formulazione dei quesiti. – 1.2. Ulteriori elementi di dubbia democraticità della piattaforma Rousseau: la mancanza di dibattiti e la fungibilità fra rappresentanti e rappresentati. – 2. La mutata veste del Movimento Cinque Stelle: un nuovo Statuto ed una nuova piattaforma per un Movimento rinnovato? – 3. Conclusioni.

1. Alcune esperienze europee relative all'uso delle piattaforme digitali da parte dei partiti politici

L'avvento delle nuove tecnologie – e, conseguentemente, l'incidenza di queste ultime sull'esercizio del potere pubblico – non può essere pienamente compreso se non ponendo l'attenzione sul sempre più frequente ricorso dei partiti politici alla rete¹: tanto per fini meramente comunicativi, quanto per creare occasioni di confronto diretto con i propri elettori all'interno di apposite piattaforme digitali.

¹ Proprio al fine di evidenziare la stretta connessione fra nuove tecnologie e partiti politici, si parla dell'esistenza di veri e propri "partiti digitali". V., da ultimo, P. GERBAUDO, *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Bologna, 2020.

Com'è noto, il partito (*rectius*, movimento) che in Italia si è maggiormente avvalso di queste ultime è il Movimento Cinque Stelle che ha fatto della piattaforma Rousseau il proprio punto di forza.

Tuttavia, si può rilevare come – ormai da diversi anni – anche altri partiti in Europa abbiano deciso di ricorrere a piattaforme digitali al fine di coinvolgere maggiormente i propri elettori nell'assunzione delle decisioni politiche. È questo il caso, ad esempio, di *Podemos* e del *Piratenpartei*². Ciascuno di essi, infatti, se pur con caratteristiche differenti, è accomunato dal medesimo fine: operare una profonda revisione della democrazia rappresentativa ed introdurre nuove forme di democrazia diretta.

Ciononostante, l'utilizzo delle piattaforme digitali da parte dei partiti in questione muta in relazione all'importanza che questi attribuiscono al momento deliberativo e consente, così, di poterne distinguere sostanzialmente due modelli differenti. Il primo, infatti, riconosce alle votazioni *online* cui hanno partecipato gli iscritti alla piattaforma un valore meramente consultivo e, pertanto, fa sì che i vertici del partito non siano tenuti ad assumere una decisione conforme alla volontà espressa telematicamente dai propri elettori³. Viceversa, il secondo modello considera i risultati delle consultazioni digitali come vincolanti per il partito che abbia ricorso ad una piattaforma per consultare i propri iscritti: con la conseguenza, dunque, che le preferenze espresse dagli elettori condizioneranno la linea politica da assumere rispetto al tema oggetto di votazione⁴.

Ebbene, da ricondurre alla prima *species* delle piattaforme digitali, è, indubbiamente, la piattaforma *LiquidFeedback* (adottata dal Partito Pirata tedesco) che, invero, presenta dei caratteri del tutto peculiari. In primo luogo, infatti, il sistema prevede il c.d. “voto registrato”, ossia la registrazione delle preferenze espresse dagli iscritti: ciò implica, evidentemente, che le votazioni avvengano in modo palese e che, pertanto, sia possibile tracciare i singoli orientamenti espressi dagli elettori nelle votazioni cui essi hanno preso parte⁵. Com'è ovvio, tale particolarità non è del tutto irrilevante atteso che, per un partito politico, avere costantemente sotto controllo le opinioni del proprio elettorato non può che costituire una risorsa molto utile per lo svolgimento della propria attività. Allo stesso tempo, però, ciò potrebbe facilmente indurre gli iscritti a non votare al fine di non rendere pubbliche le proprie opinioni.

Da qui nasce, forse, la seconda caratteristica di *LiquidFeedback* che in questa sede merita una speciale attenzione e che riguarda la possibilità per gli utenti di avvalersi di un voto per delega. È prevista, infatti, la facoltà per ciascun iscritto di delegare il proprio voto ad una persona di fiducia con riferimento a specifiche materie. Invero, i motivi per i quali gli utenti potrebbero decidere di ricorrere a tale possibilità sembrano essere molteplici: ciò potrebbe avvenire, infatti, o al fine di mantenere segrete le proprie intenzioni di voto o per affidare a persone dotate di specifiche competenze le deliberazioni su materie particolarmente settoriali o, il che rappresenta lo scenario

² Per un confronto fra tali partiti e le relative piattaforme v. P. GERBAUDO, *I partiti digitali*, cit., 147 ss.

³ È questo il caso del *Piratenpartei*.

⁴ Tale modello è adottato dal M5S e da *Podemos*.

⁵ Sulla trasparenza delle votazioni che avvengono su *LiquidFeedback* esprime dei rilievi critici G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teorie e tecniche*, Pisa, 2017, 186 s.

peggiore, perché cooptati da un numero ristretto di iscritti i quali, detenendo la maggior parte delle deleghe degli utenti, sarebbero in grado di incidere sull'andamento delle votazioni promettendo benefici in cambio delle deleghe (ancorché queste siano revocabili in qualsiasi momento).

Ad ogni modo, è bene precisare come fino ad ora la piattaforma *de qua* sia stata principalmente utilizzata “come strumento di sondaggio politico tra gli iscritti e come supporto alla redazione dell’agenda da presentare all’assemblea ‘fisica’ del partito, in cui però le delibere vengono adottate per alzata di mano o tramite voto segreto su scheda da depositare in apposite urne”⁶ più che come un vero e proprio mezzo di cui avvalersi per assumere importanti decisioni politiche⁷.

Insomma, sembra che ci si trovi di fronte ad un consesso digitale utile a stimolare le discussioni interne al partito, ma nulla di più: il vero confronto politico avviene, infatti, in luoghi fisici e, spesso, con votazioni segrete. Pertanto, ancorché il sistema in questione si ponga quale esempio di “democrazia liquida”⁸ in cui gli iscritti si vedono riconosciuta la possibilità di presentare proposte⁹, votare e discutere ed in cui si assiste ad una confusione fra rappresentanti e rappresentati – atteso che coloro che raccolgono le deleghe di altri possono a loro volta delegare degli ulteriori utenti¹⁰ – è evidente come questo non possa fare a meno, alla fine, di ricorrere al modello di democrazia rappresentativa “tradizionale” fatta di dibattiti e votazioni che si svolgono di presenza.

Come accennato, invece, al secondo modello – oltre al Movimento Cinque Stelle sul quale ci si soffermerà nei paragrafi successivi – è da ricondurre la piattaforma *Participa* (adottata da *Podemos*)¹¹ che consente ai propri iscritti di esprimere la propria opinione sugli “*asuntos de especial relevancia politica*”¹². Specificamente, è previsto che ciascun utente faccia parte di diritto dell’*Asamblea Ciudadana Estatal* che si configura come “*el máximo órgano de decisión de Podemos*”¹³ e che le consultazioni indette al suo

⁶ G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit. 189.

⁷ In questo senso si rinviene una notevole differenza con la piattaforma Rousseau che, com’è noto – quantomeno prima della separazione avvenuta ad aprile 2021 fra l’omonima Associazione ed il M5S – fungeva da canale principale tramite cui adottare le scelte politiche più importanti. Ad ogni modo, com’è noto, le consultazioni indette dal Movimento in seguito a tale divorzio (relative alla scelta dei candidati a sindaco per la città di Torino, all’approvazione del nuovo Statuto ed alla designazione del Presidente del Movimento) sono avvenute sulla nuova piattaforma *SkyVote* (<https://www.skyvote.it>) gestita dalla Multicast S.r.l. (su cui v. *infra* par. 3). La gestione dei dati degli iscritti ed il sito in cui vengono ospitate le urne digitali, invece, fanno capo all’Isa S.r.l. di Viterbo.

⁸ Quest’ultima, come evidenzia G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 180 s., è stata teorizzata da J.W. “Sayke” Donoso come “*a fast decentralized, collaborative question-answering system*” (v. <https://liqd.net/en/academy/>).

⁹ Uno o più utenti, infatti, possono presentare proposte le quali saranno sottoposte ad un procedimento di approvazione tale per cui sarà necessario il raggiungimento di specifici *quorum*, ossia la manifestazione della volontà degli altri utenti di approfondire l’argomento proposto. A tal proposito v. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 182 s.

¹⁰ G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 186 s.

¹¹ La piattaforma è consultabile su <https://participa.podemos.info/es>.

¹² Art. 2, c. 4, del *Documento organizzativo di Podemos* (https://podemos.info/wp-content/uploads/2021/07/2021_07_Doc_organizativo.pdf).

¹³ Art. 1, c. 1. In realtà, oltre all’*Asamblea Ciudadana Estatal*, esistono anche le *Asambleas Ciudadanas Autonómicas* delle quali fanno parte gli iscritti a *Podemos* in base alle Comunità Autonome cui questi appartengono.

interno abbiano carattere vincolante: pertanto, soltanto una nuova votazione sulla quale si sia espressa la medesima Assemblea può revocare quella precedentemente indetta¹⁴.

Tuttavia, confrontando i dati relativi all'affluenza degli iscritti a *Participa* alle ultime consultazioni, si può rilevare come la percentuale di partecipazione più alta finora raggiunta sia soltanto del 38,6%¹⁵ del numero totale degli utenti. Mediamente, pertanto, è soltanto una piccola parte degli elettori che concretamente concorre a determinare l'indirizzo politico del proprio partito partecipando attivamente alle votazioni di volta in volta indette.

Ad ogni modo, alla luce dell'esperienza tedesca e spagnola appena riportata, è evidente come il modello adottato dal M5S non sia affatto l'unico presente all'interno del panorama europeo: segno, questo, che l'esigenza di innestare forme di democrazia partecipativa "sul tronco del sistema rappresentativo"¹⁶ per alcuni partiti politici appare sempre più stringente.

Tuttavia, a parere di chi scrive, il ricorso alle piattaforme digitali – come si avrà modo di evidenziare nei paragrafi successivi – dovrebbe svolgere una funzione ancillare rispetto alle forme tradizionali di partecipazione politica più che porsi quale unica alternativa a queste ultime¹⁷. Infatti, ancorché sia necessario adeguare lo svolgimento dell'attività politica alle esigenze avvertite dalla società ed ai nuovi mezzi che questa offre, il paradigma di riferimento non potrà che essere sempre quello rappresentativo in quanto l'unico in grado di garantire il giusto, se pur controverso, equilibrio fra *démos* e *krátos* e l'unico volto ad evitare che la bilancia sia eccessivamente sbilanciata verso il primo o verso il secondo.

1.1. La piattaforma Rousseau e la sua dubbia democraticità: l'assenza di quorum e l'ambigua formulazione dei quesiti

Ponendo adesso l'attenzione più specificamente sulla piattaforma Rousseau, numerosi sono i profili che suscitano dubbi circa la democraticità delle procedure da questa adottate per assumere delle decisioni¹⁸ (ancorché, di recente, sia avvenuto un

¹⁴ Art. 4, c. 1.

¹⁵ Si trattava della votazione (svoltasi il 28 maggio 2018) con la quale sono stati confermati Pablo Iglesias e Iren Montero rispettivamente quali Segretario Generale e portavoce parlamentare di *Podemos*. I risultati delle ultime consultazioni sono consultabili su <https://podemos.info/consultasciudadanas/>.

¹⁶ L'espressione è di M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARRE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studio per celebrare la casa editrice CEDAM nel 1° centenario della fondazione (1903-2003)*, Padova, 2004, 181 ss.

¹⁷ Dello stesso avviso sono P. PASSAGLIA, *Il forum. Le sfide della democrazia digitale*, in *Gruppo di Pisa*, 15 dicembre 2019, 246 e 271 e I. RIVERA, *Il ruolo di Internet nell'ordinamento democratico contemporaneo. Prospettive evolutive e direttrici di sviluppo*, in *federalismi.it*, 1/2017, 14.

¹⁸ V. in questo senso P. BECCHI, *Democrazia diretta, democrazia digitale e M5s*, in *Cyberspazio e diritto*, 2/2017; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema "Rousseau": di quale democrazia stiamo parlando?*, in *Rivista AIC*, 1/2020 e B. BORRILLO, *La tutela della "privacy" e le nuove tecnologie: il principio di "accountability" e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020.

divorzio fra il Movimento Cinque Stelle e l'Associazione omonima tale per cui il M5S ha deciso di ricorrere alla nuova piattaforma *SkyVote* al fine di consultare i propri iscritti¹⁹).

In primo luogo, l'assenza di alcun tipo di *quorum* necessario ai fini della validità delle votazioni cui prendono parte gli utenti non può che portare con sé il rischio che si crei una vera e propria "dittatura della minoranza"²⁰: infatti, soltanto coloro che decidono di partecipare alle consultazioni *online* concorrono all'adozione delle scelte politiche più importanti del Movimento²¹. Peraltro, più che di una semplice minoranza, bisognerebbe forse parlare di una "minoranza della minoranza" perché fra gli iscritti soltanto coloro che hanno effettuato la registrazione da almeno 6 mesi possono prendere parte alle votazioni²². Si pensi, ad esempio, all'ultima consultazione svoltasi sulla piattaforma Rousseau con riferimento all'eventuale sostegno da parte del M5S al Governo Draghi. Invero, a parte l'ambigua formulazione linguistica del quesito²³, si può riscontrare come soltanto 74.537 dei 119.544 iscritti alla piattaforma ed aventi diritto al voto²⁴ abbia espresso la propria preferenza rispetto alla partecipazione del Movimento al nuovo governo²⁵. Insomma, ancora una volta sono state le minoranze le grandi protagoniste del circuito democratico "roussoviano"²⁶.

Inoltre, proprio con riferimento alla formulazione dei quesiti sottoposti dai vertici del Movimento ai propri iscritti, più di un dubbio circa la loro genuinità suscita la stesura degli stessi atteso che molto spesso questi presentano un testo ambiguo e volto, forse, più ad indurre i propri elettori ad uniformarsi alla posizione assunta da parte dei propri

¹⁹ Come accennato, al momento, sulla piattaforma *SkyVote*, sono state indette tre consultazioni relative alla scelta dei candidati a sindaco per la città di Torino (21 luglio 2021), all'approvazione del nuovo Statuto (2 e 3 agosto 2021) ed alla designazione di Giuseppe Conte quale Presidente del Movimento Cinque Stelle (5 e 6 agosto). Sul divorzio fra il M5S e l'Associazione Rousseau v. *infra* par. 3.

²⁰ P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema "Rousseau"*, cit., 614.

²¹ Esprimono dubbi rispetto alla democraticità delle consultazioni che avvengono in assenza di *quorum* predeterminati P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema "Rousseau"*, cit., 606; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 110 s. e M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *DPCE*, 3/2015, 875.

²² Come prevedeva l'art. 4, lett. c) del precedente Statuto del M5S (in vigore fino al 3 agosto 2021) e come attualmente dispone l'art. 7, lett. f) del nuovo Statuto (approvato il 3 agosto 2021, su cui v. *infra* par. 3).

²³ Il testo recitava: "Sei d'accordo che il Movimento sostenga un governo tecnico-politico che preveda un super- Ministero della Transizione Ecologica e che difenda i principali risultati raggiunti dal Movimento, con le altre forze politiche indicate dal presidente incaricato Mario Draghi?".

²⁴ Gli iscritti aventi diritto al voto erano 187.229.

²⁵ Specificamente, i voti favorevoli sono stati 44.177 (59,3 %) a fronte di 30.360 (40,7 %) voti contrari.

²⁶ Quanto all'affluenza alle consultazioni finora svoltesi sulla nuova piattaforma *SkyVote*, si può rilevare come la votazione che ha visto la più alta partecipazione degli iscritti sia stata quella relativa all'elezione del Presidente del Movimento Cinque Stelle (cui hanno preso parte 67.064 utenti su 115.130 aventi diritto al voto, ossia il 58,25%). I dati sono consultabili su <https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2021/08/Certificazione-Elezione-Presidente-5-6-agosto-2021.pdf>. Alla votazione relativa alla designazione dei candidati a sindaco per la città di Torino, invece, hanno preso parte 625 iscritti su 1529 aventi diritto il voto (ossia il 40,88%), mentre alla consultazione indetta per l'approvazione del nuovo Statuto hanno espresso la propria preferenza 60.940 votanti su 113.894 aventi diritto al voto (ovvero il 53,51%). I risultati sono consultabili su <https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2021/07/Certificazione-M5S-Torino-21.07.2021.pdf> e <https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2021/08/VERBALE-03.08.2021-1.pdf>.

*leaders*²⁷ piuttosto che a consentire loro di formare autonomamente il proprio convincimento²⁸. Non può né deve stupire, pertanto, se la pressoché totalità delle votazioni svoltesi sulla piattaforma Rousseau abbia costantemente visto una coincidenza fra la volontà dei vertici del Movimento e quella dei propri iscritti.

Peraltro, ad aumentare i dubbi circa il possibile condizionamento degli elettori del M5S da parte dei propri *leaders* era lo stesso Statuto – nella sua versione precedente a quella attuale²⁹ – nella parte in cui prevedeva all’art. 4, c. 1, lett. d) che “entro cinque giorni, decorrenti dal giorno della pubblicazione dei risultati sul sito dell’Associazione [Rousseau, n.d.r.], il Garante o il Capo Politico possono chiedere la ripetizione della consultazione, che in tal caso s’intenderà confermata solo qualora abbia partecipato alla votazione almeno la maggioranza assoluta degli iscritti ammessi al voto sulla base di quanto previsto dalla precedente lett. c)”³⁰. Ebbene, una simile disposizione non poteva che destare più di un perplessità in merito alla sua legittimità atteso che nulla escludeva – anzi lo Statuto consentiva – al capo politico del Movimento di indire una nuova votazione il cui scopo poteva essere, forse, quello di tentare di annullare la volontà della base rispetto a quella dei *leaders* del Movimento qualora l’opinione degli elettori fosse stata difforme rispetto a quella dei vertici. Peraltro, mentre per tutte le altre consultazioni non era – e non è tuttora – previsto alcun *quorum*³¹, con riferimento a tale tipo di votazioni era ed è richiesta la maggioranza assoluta affinché queste possano essere considerate valide. Una maggioranza, questa, che alla luce dei dati relativi all’affluenza degli iscritti alle consultazioni finora indette, appare con tutta evidenza alquanto difficile da raggiungere.

Se così era – ma, come si sottolineerà successivamente, tali considerazioni valgono anche con riferimento al nuovo Statuto – emblematica è l’espressione con cui una parte della dottrina ha sintetizzato il modello politico del M5S definendolo come un vero e proprio “*verticismo partecipativo*”³². Infatti, se formalmente gli iscritti sono liberi di votare e di esprimere la propria opinione su questioni di particolare rilevanza politica, di fatto, nessun potere hanno circa la scelta dei temi oggetto di tali votazioni. Pertanto, non

²⁷ In questo senso v. P. GERBAUDO, *I partiti digitali*, 189.

²⁸ Si pensi, ad esempio, alla consultazione indetta il 17 febbraio 2019 con riferimento alla decisione relativa alla concessione dell’autorizzazione a procedere per l’allora Ministro dell’Interno in merito al caso Diciotti. Il quesito, infatti, recitava: “ Il ritardo dello sbarco della nave Diciotti, per ridistribuire i migranti nei vari paesi europei, è avvenuto per la tutela di un interesse dello Stato? – Sì, quindi si nega l’autorizzazione a procedere; – No, quindi si concede l’autorizzazione a procedere”. Ebbene, è evidente come fosse altamente probabile che molti iscritti potessero entrare in confusione atteso che per negare l’autorizzazione bisognava votare sì e, viceversa, per concederla bisognava votare no. Il testo del quesito ed i risultati sono consultabili rispettivamente su <https://www.ilblogdellestelle.it/2019/02/votazione-online-sul-caso-diciotti.html> e <https://www.ilblogdellestelle.it/2019/02/risultati-votazione-online-sul-caso-diciotti.html>.

²⁹ Il precedente Statuto del M5S (in vigore fino al 3 agosto 2021) è consultabile su https://www.movimento5stelle.eu/doctrasparenza/statuto_movimento2017.pdf. Per la versione attuale v. <https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2021/07/NUOVO-STATUTO-TESTO-DEFINITIVO.pdf>.

³⁰ Il contenuto di tale disposizione è stato in parte modificato dall’art. 8, c. 1, lett. h) del nuovo Statuto del M5S (v. *infra* par. 3).

³¹ V. *infra* par. 3.

³² L’espressione è di L. CARUSO, *Il Movimento 5 Stelle e la fine della politica*, in *Rassegna italiana di Sociologia*, 2/2015.

essendovi dei “criteri predeterminati su *chi, come, quando e cosa* decidere”³³, più che di partecipazione “dal basso” sarebbe più opportuno parlare di “un’eterodirezione dall’alto”³⁴.

Peraltro, com’è stato efficacemente evidenziato, “tali forme di democrazia elettronica eterodiretta sono peggio dell’assenza di democrazia interna perché conferiscono alle decisioni adottate in seno alla piattaforma un’aura di legittimazione democratica e un’inattaccabilità politica fasulle ma generatrici di fanatismi degni di miglior causa”³⁵. Per tali motivi, dunque, l’utilizzo fatto dal M5S della piattaforma Rousseau, a parere di chi scrive, portava con sé il rischio che gli elettori fossero condizionati nelle proprie intenzioni di voto da parte di una stretta cerchia di “principi digitali”³⁶, i quali, in nome della democrazia diretta, ritenevano che i propri iscritti fossero al centro del processo decisionale politico quando, al contrario, questi non sembravano essere altro che “spettatori passivi, cullati da messaggi omogenei e accattivanti”³⁷. Insomma, più che “concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale”³⁸ sembra potersi dire che coloro che partecipavano a tali votazioni fossero chiamati a *ratificare* scelte assunte da altri ed altrove³⁹.

1.2. Ulteriori elementi di dubbia democraticità della piattaforma Rousseau: la mancanza di dibattiti e la fungibilità fra rappresentanti e rappresentati

Un ulteriore aspetto che destava – e in parte continua a destare – non pochi dubbi circa la democraticità delle procedure adottate dal M5S per svolgere le proprie consultazioni interne, era l’assenza di un previo dibattito fra gli iscritti in merito all’oggetto delle votazioni ed il brevissimo preavviso con il quale veniva comunicato alla “base” il giorno della loro indizione (almeno 24 ore prima)⁴⁰. Invero, sebbene attualmente

³³ P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”*, cit., 613. In questo senso v. A. SAITTA, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. I partiti politici*, in *Gruppo di Pisa*, 2/2019, 171.

³⁴ P. VILLASCHI, *Ibidem*.

³⁵ G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 114 s.

³⁶ L’espressione è di M. CALISE - F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019, i quali evidenziano come, nella società contemporanea, gli attori politici siano ormai divenuti dei “principi digitali” ossia i principali attori della rete della quale devono costantemente avvalersi al fine di avere un contatto continuo con i propri elettori.

³⁷ A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Diritto e società*, 3/1995, 400.

³⁸ Art. 49 Cost.

³⁹ In questo senso P. BECCHI, *Democrazia diretta*, cit., 252; P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema “Rousseau”*, cit., 613. In particolare P. GERBAUDO, *I partiti digitali*, cit., 189 ss. evidenzia come il ruolo degli iscritti a tali piattaforme sia più reattivo che partecipativo.

⁴⁰ Come prevedeva l’art. 4, c. 1, lett. b) dello Statuto del M5S in vigore fino al 3 agosto 2021, ad eccezione della convocazione dell’Assemblea per la quale era dato un preavviso di almeno 5 giorni o di 3 giorni in caso di urgenza (art. 6, c. 2), delle consultazioni relative alla modifica dello Statuto, allo scioglimento dell’Associazione o alla devoluzione del patrimonio per le quali era richiesto un preavviso di almeno 15 giorni (art. 6, c. 3) e della convocazione dei lavori del Comitato di Garanzia che doveva avvenire almeno nelle 48 ore precedenti. In realtà, gli unici riferimenti presenti all’interno del nuovo Statuto relativamente ai preavvisi necessari per l’indizione delle votazioni sulla piattaforma si riferiscono alla convocazione dell’Assemblea che deve avvenire almeno tre giorni prima della data di votazione o nelle 24 ore precedenti in caso di urgenza (art. 10, c. 2), alle votazioni aventi ad oggetto la modifica dello Statuto,

l'art. 10, 2 c., del nuovo Statuto preveda che la comunicazione relativa alla convocazione dell'Assemblea debba avvenire almeno 3 giorni prima (o, in caso di urgenza, nelle 24 ore precedenti) è di tutta evidenza come un tempo tanto ristretto impedisca a ciascun iscritto di informarsi adeguatamente sulle tematiche sulle quali è chiamato a votare e, soprattutto, precluda la possibilità di creare dei momenti dedicati al dibattito interno ed al confronto con gli altri utenti. Infatti, se in qualsiasi procedimento deliberativo non può che essere necessario “prima conoscere, poi discutere, poi deliberare”⁴¹, è evidente come nel momento in cui viene posto agli elettori un quesito che si riduce in un mero “sì” o “no”, si arrivi già al prodotto finale e più maturo di una deliberazione (*i.e.*, il voto), in assenza, tuttavia, di tutti quei passaggi prodromici ed intermedi che conferiscono democraticità a qualsiasi procedimento politico-decisionale⁴². Peraltro, una simile “sondocrazia”⁴³, trasformando “i cittadini in attori permanenti dei processi politici”⁴⁴, non fa altro che alterare “i ritmi di un sistema nel quale la democrazia rappresentativa, con le sue verifiche elettorali distanziate nel tempo, consentiva di metabolizzare le decisioni impopolari e di rendere percepibili gli effetti delle politiche a lungo termine”⁴⁵. In buona sostanza, se “la democrazia è essenzialmente tempo, il tempo che ci dà il distacco dai problemi e dalle loro soluzioni”, una “democrazia ‘in tempo reale’ non è una democrazia, ma è demagogia”⁴⁶. Ebbene, se questo è il paradigma che caratterizzava il sistema roussoviano del M5S fino a poco tempo fa – e che, in buona parte, è stato trasfuso all'interno del nuovo Statuto – non può che emergere un ulteriore elemento proprio del sistema *de quo* in contrasto con il tradizionale modello di democrazia rappresentativa: la responsabilità politica. Invero, se gli stessi iscritti alla piattaforma concorrono formalmente all'assunzione delle decisioni politiche più importanti del M5S, è evidente come si assista ad “un processo *circolare* che tende a parificare rappresentanti e rappresentati nella definizione delle scelte da adottare e da attuare a livello politico”⁴⁷ e, di conseguenza, ad

lo scioglimento dell'Associazione, la devoluzione del patrimonio, la sfiducia al Presidente, al Garante, al Comitato di Garanzia, o a suoi singoli componenti, o al Collegio dei Probiviri o a suoi singoli componenti per le quali deve essere dato un preavviso di almeno 8 giorni (art. 10, c. 3) e per i lavori del Comitato di Garanzia che, salvo “ motivate esigenze di indifferibilità ed urgenza”, devono essere convocati con almeno 48 ore di preavviso (art. 17, c. 1, lett. f). In assenza di altre disposizioni, pertanto, sembra potersi ritenere che le votazioni indette su *SkyVote* inerenti alle questioni politiche che i vertici del M5S intendono sottoporre ai propri iscritti debbano avvenire con almeno 3 giorni di preavviso o, in caso di urgenza, nelle 24 ore precedenti (come previsto dall'art. 10, c. 2, per la convocazione dell'Assemblea). A differenza dello Statuto antecedente a quello attuale, infatti, non è previsto un termine specifico per la “consultazione in Rete” degli iscritti alla piattaforma come, invece, disponeva l'art. 4, c. 1, lett. b).

⁴¹ L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Torino, 1964, 3 ss.

⁴² Invero, già S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 7, evidenziava come “è la conoscenza che, non solo per una scansione temporale, si presenta come una condizione necessaria per l'avvio stesso di un processo democratico”. V. anche G. ZAGREBLESKY, *Argomenti per il dissenso*, in AA.VV., *Costituzione, democrazia, antifascismo*, Torino, 1994, 24 s. e W. D'AVANZO, *Argomenti per il dissenso Democrazia elettronica. La partecipazione politica ai tempi dei social media*, in *Open Journal of Humanities*, 3/2019, 196.

⁴³ L'espressione è di S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., *passim*.

⁴⁴ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 67.

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 57.

⁴⁶ G. ZAGREBLESKY, *Argomenti per il dissenso*, cit., *Ibidem*.

⁴⁷ I. RIVERA, *La Rete, i populismi e i partiti politici 2.0*, in *Informatica e diritto*, vol. XXVI, 1-2/2017, 277.

una deresponsabilizzazione dei rappresentanti nei confronti dei rappresentati. Insomma, nel modello pentastellato, l'intenzione di far venir meno la distinzione fra tali due figure stravolge le coordinate della democrazia rappresentativa e fa sì che si approdi ad una democrazia diretta che, tuttavia, rischia di rimanere ingovernabile ed anonima se, invece di applicare realmente il principio dell' "uno vale uno", si finisce per consentire che alcuni (*i.e.*, i *leaders* del partito) valgano più di altri (*i.e.*, la base). In altre parole, la differenza che in ogni partito può essere rinvenuta fra i vertici politici ed i propri elettori e dalla quale apparentemente il Movimento Cinque Stelle sembra rifuggire, in realtà, ad un occhio più attento, si ripropone con tutta la sua evidenza anche nel modello pentastellato.

Infatti, come accennato precedentemente, lì dove un numero ristretto di persone all'interno del M5S ha già deciso come, quando e cosa votare, non si potrà parlare di una democrazia diretta in quanto i singoli iscritti alla piattaforma non avranno preso parte all'assunzione di tale decisione ma, al contrario, avranno unicamente risposto con un *click* ad un quesito già predisposto e determinato dai vertici del proprio partito. Pertanto, se queste sono le premesse, è evidente – come ha sottolineato una parte della dottrina – che, in tali circostanze, è “assai alto il rischio che una democrazia diretta mantenga la promessa insita nel nome: ‘democrazia diretta’ certamente, ma da qualcuno”⁴⁸.

Da ciò deriva, dunque, che l'annunciato fine del Movimento di restituire lo scettro della sovranità⁴⁹ ai cittadini per il tramite delle piattaforme digitali si dimostra vano ed illusorio. Infatti, muovendo dall'intento di minare le basi del sistema partitico tradizionale fondato sulla mediazione svolta dai partiti fra rappresentanti e rappresentati – indispensabile e necessaria – il M5S non ha fatto altro che creare una nuova forma di mediazione fra coloro che gestiscono la piattaforma e chi vi è iscritto e vi partecipa attivamente⁵⁰.

2. La mutata veste del Movimento Cinque Stelle: un nuovo Statuto ed una nuova piattaforma per un Movimento rinnovato?

Come accennato, a seguito della separazione recentemente verificatasi fra il Movimento Cinque Stelle e l'Associazione Rousseau a causa delle controversie legate alla gestione dei dati degli iscritti all'omonima piattaforma, il primo ha deciso di intraprendere una nuova fase del proprio percorso politico approvando un nuovo Statuto⁵¹ ed avvalendosi di una nuova piattaforma su cui effettuare le proprie consultazioni. Invero, già da tempo si paventava un possibile divorzio fra il Movimento e l'Associazione in ragione delle pretese creditorie che quest'ultima vantava nei confronti dei parlamentari

⁴⁸ A. SAITTA, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, cit., *Ibidem*.

⁴⁹ Emblematica l'immagine proposta da C. GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011, 71 ss. il quale parla di un “trono vuoto” della democrazia in quanto questo, nella società odierna, non sarebbe occupato né dallo Stato, né dal popolo, né dai partiti politici.

⁵⁰ P. GERBAUDO, *I partiti digitali*, cit., 104 ss.

⁵¹ Ciò è avvenuto con la consultazione svoltasi il 2 ed il 3 agosto 2021 su *SkyVote*. I risultati sono consultabili su <https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2021/08/VERBALE-03.08.2021-1.pdf>.

del M5S a causa del mancato pagamento da parte di questi ultimi delle quote che mensilmente essi si erano impegnati a versare in cambio dei servizi prestati dall'Associazione al Movimento. Di conseguenza, a seguito dell'incrinarsi sempre più di tale rapporto, il M5S (titolare del trattamento dei dati dei propri iscritti), ha diffidato il responsabile del relativo trattamento (l'A. Rousseau) a consegnargli i dati in questione e ad astenersi da ogni forma di trattamento che non fosse strettamente necessaria per l'adempimento degli obblighi previsti per legge.

Ebbene, a causa dell'inottemperanza dell'Associazione (che eccitava il difetto di legittimazione delle persone fisiche che avevano agito per conto del Movimento), il M5S ha presentato una segnalazione al Garante della Privacy al fine di ottenere i dati richiesti⁵². Il Garante, dunque, ritenendo legittime le pretese vantate dal Movimento, ingiungeva all'Associazione di consegnare a quest'ultimo entro cinque giorni dalla ricezione del provvedimento "tutti i dati personali degli iscritti al Movimento [...] e di astenersi da ogni ulteriore trattamento"⁵³. Di conseguenza, a seguito del rigetto della richiesta di sospensione del termine presentata dal Presidente Casaleggio al Garante della Privacy a seguito dell'ingiunzione, l'Associazione non ha potuto far altro che adempiere e consegnare al M5S i dati degli iscritti alla piattaforma⁵⁴.

Risoltosi, dunque, il rapporto fra il Movimento e l'A. Rousseau, il primo ha provveduto a dotarsi di un nuovo Statuto e di una nuova piattaforma. Su *SkyVote*, infatti, si è svolta la votazione relativa alla proposta di modifica dello Statuto rispetto alla quale l'87,36% dei votanti ha espresso il proprio assenso. Non potendo in questa sede soffermarsi specificamente su ogni innovazione apportata, è bene evidenziare come, con riferimento ai profili inerenti alla partecipazione degli iscritti alle consultazioni *online*, molte disposizioni siano rimaste di fatto immutate. Come il precedente Statuto, infatti, anche il nuovo non prevede alcun tipo di *quorum* per la validità delle votazioni⁵⁵ (salvo che per alcuni casi analoghi a quelli previsti anteriormente⁵⁶). Parimenti, continua ad

⁵² All'interno del provvedimento n. 223/2021 del Garante della Privacy (con cui quest'ultimo ha ingiunto all'A. Rousseau di consegnare al M5S i dati degli iscritti alla piattaforma e di astenersi da effettuare ulteriori trattamenti degli stessi) è presente una ricostruzione delle controversie occorse fra il Movimento e l'Associazione in merito alla gestione dei dati. Specificamente, ciò che il M5S principalmente lamentava era la violazione dell'art. 28, par. 3, lett. g) del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio che prevede che il responsabile del trattamento dei dati personali "su scelta del titolare del trattamento, cancelli o gli restituisca tutti i dati personali dopo che è terminata la prestazione dei servizi relativi al trattamento e cancelli le copie esistenti, salvo che il diritto dell'Unione o degli Stati membri preveda la conservazione dei dati". Il Movimento, inoltre, aveva eccepito che fosse occorso «un ulteriore trattamento dei dati degli iscritti tramite l'invio massivo 'di email di sollecito agli eletti del Movimento [...] chiedendo il pagamento di contributi e utilizzando artatamente una casella di posta elettronica riconducibile al Movimento'» e che «l'Associazione Rousseau avrebbe inviato agli iscritti medesimi una mail con la quale gli stessi venivano invitati a rivolgersi al Responsabile per la protezione dati per chiedere il trasferimento dei loro dati dall'Associazione Movimento 5 Stelle all'Associazione Rousseau 'che da quel momento può divenire anch'essa titolare autonomo del trattamento'» (v. il provv. n. 223/2021 del Garante della Privacy).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Come riportato su <https://www.ilblogdellestelle.it/2021/06/conclusa-fase-2-consegnati-i-dati-delle-funzioni-di-rousseau-e-del-portale-talenti.html> una prima parte dei dati è stata consegnata il 5 giugno 2021, mentre una seconda è stata trasmessa il 24 giugno 2021.

⁵⁵ Art. 7, c. 1, lett. f).

⁵⁶ Ad esempio per l'approvazione o la modifica dello Statuto (prevista, adesso, dall'art. 10, c. 1, lett. e).

essere riconosciuta la legittimazione a prendere parte alle consultazioni soltanto a coloro che siano iscritti al M5S da almeno 6 mesi⁵⁷.

Tuttavia, una disposizione di carattere innovativo che merita di essere qui menzionata è l'art. 7, c. 1, lett. h) del nuovo Statuto nella parte in cui prevede che “entro 5 (cinque) giorni dal giorno della pubblicazione dei risultati sul sito dell'Associazione, il Presidente e il Garante congiuntamente possono disporre l'inefficacia di una deliberazione, ed eventualmente la sua ripetizione, qualora siano rilevati vizi, irregolarità o violazioni di norme statutarie, del codice etico o regolamentari nel corso di svolgimento della stessa che possono aver alterato il risultato”. Ebbene, a differenza del precedente Statuto che, come evidenziato, rimetteva alla totale discrezionalità del capo politico (figura del tutto assente nel nuovo Statuto) o del Garante del Movimento la possibilità di chiedere la ripetizione della consultazione che si intendeva confermata solo qualora fosse stata raggiunta la maggioranza assoluta, la nuova norma contiene tre profili innovativi.

Il primo: la dichiarazione di inefficacia di una votazione e la sua eventuale nuova indizione, non può essere decisa unicamente dal Presidente o dal Garante ma congiuntamente da parte di entrambi. Un rimedio, questo, che potrebbe scongiurare – forse – il rischio che sia una sola figura a decidere la ripetizione di una votazione al fine di annullarne, presumibilmente, l'esito difforme alla propria volontà.

Quanto al secondo profilo innovativo, è bene evidenziare come lo svolgimento di una nuova consultazione non possa essere disposto per qualsivoglia motivo (a differenza di quanto prevedeva il precedente Statuto che nulla diceva in merito alle motivazioni che legittimavano l'adozione di una simile decisione da parte del capo politico e del Garante), ma può avvenire unicamente per vizi, irregolarità o violazioni di apposite norme statutarie, del codice etico o di norme regolamentari che si ritiene abbiano inficiato il risultato di una votazione. Appaiono circoscritte, dunque, le ragioni per le quali può esserne prevista una nuova indizione.

Il terzo aspetto riguarda, invece, l'assenza di alcun tipo di *quorum* per la validità dell'eventuale nuova consultazione indetta ed in ciò si può rinvenire una notevole differenza rispetto a quanto previsto dal precedente Statuto. Quest'ultimo, infatti – come precedentemente evidenziato – richiedeva la maggioranza assoluta qualora fosse stata disposta una nuova votazione, rendendo, così, più remota la possibilità che l'esito di una consultazione difforme alla volontà dei vertici del Movimento potesse prevalere su quest'ultima.

Ad ogni modo, ancorché la mancata previsione di un *quorum* tanto per una prima quanto per una seconda votazione dovrebbe essere volta ad evitare che i *leaders* del M5S indicano una nuova votazione al fine di modificare un esito a loro indesiderato, è evidente come permangano i rischi precedentemente esposti circa il potere rimesso ad una minoranza di assumere decisioni politicamente rilevanti per l'intero Movimento.

Quanto, invece, all'uso della piattaforma *SkyVote* da parte del M5S per effettuare le proprie votazioni, è bene evidenziare come alcuni degli elementi critici che già contraddistinguevano la precedente piattaforma non siano del tutto venuti meno.

⁵⁷ Art. 7, c. 1, lett. e).

Sebbene, infatti, non vi sia più la dubbia commistione di ruoli fra controllore e controllato che tanto aveva contraddistinto il rapporto fra la piattaforma Rousseau ed il Movimento – che, di fatto, facevano capo ai medesimi soggetti⁵⁸ – nondimeno, il funzionamento informatico della nuova piattaforma non appare affatto dissimile dalla precedente. Come Rousseau, infatti, anche *SkyVote* utilizza un software il cui codice è chiuso e segreto: soltanto i suoi programmatori ne conoscono il funzionamento. Dettaglio, questo, non affatto irrilevante atteso che le altre piattaforme utilizzate dai partiti nel contesto europeo – quale ad esempio *Liquid Feedback* – presentano un sistema *open source* ossia un software libero e visibile a tutti. Ciò consente a chiunque, pertanto, di poterne conoscere il reale funzionamento.

Insomma, sebbene il Movimento Cinque Stelle stia tentando di assumere una veste rinnovata, dotandosi di un nuovo Statuto e di una nuova piattaforma, alcuni dei punti nevralgici che più hanno destato e che più destano dubbi circa la democraticità dei procedimenti utilizzati al fine di consultare i propri iscritti, non sembra siano stati – al momento – del tutto espunti.

3. Conclusioni

Alla luce delle esperienze fin qui riportate in merito al ricorso dei partiti alle piattaforme digitali – nel contesto europeo e, segnatamente, in quello italiano – si può tentare di svolgere qualche considerazione finale.

In primo luogo, è bene evidenziare come l'utilizzo da parte di alcune forze politiche delle nuove tecnologie nasca dall'esigenza di rinnovare il dialogo con i propri elettori e dall'intento – soprattutto con riferimento al Movimento Cinque Stelle – di concepire la rappresentanza in termini profondamente differenti rispetto a quelli propri del modello liberal-democratico (fondato, com'è noto, sulla democrazia rappresentativa). Infatti, sebbene il M5S rifiuti di essere qualificato quale partito⁵⁹, è evidente come – in realtà – questo presenti tutti i connotati per essere considerato tale e come, pertanto, soffra delle medesime patologie dalle quali, ormai da anni, i partiti politici sono affetti⁶⁰. Ecco perché, dunque, all'interno di un contesto politico partitico sempre più complesso e difficile da delineare, il Movimento Cinque Stelle ed altre forze politiche (italiane ed europee)

⁵⁸ Com'è noto, infatti, l'Associazione Rousseau – deputata ad effettuare lo scrutinio delle preferenze espresse sulla piattaforma – era presieduta da Davide Casaleggio il quale, tuttavia, era uno dei più importanti componenti del M5S.

SkyVote, invece, è gestita dalla Multicast S.r.l. (del tutto indipendente dal Movimento).

⁵⁹ Non è un caso che, ad esempio, lo Statuto del M5S in una delle sue prime versioni (risalente al 10 dicembre 2009) fosse considerato un “non Statuto”. Inoltre, l'art. 1 definiva il Movimento come una “non Associazione” che “non è un partito politico né si intende che lo diventi in futuro. Esso vuole essere un testimone della possibilità di realizzare un efficiente ed efficace scambio di opinioni e confronto democratico al di fuori di legami associativi e partitici e senza la mediazione di organismi direttivi o rappresentativi, riconoscendo alla totalità degli utenti della Rete il ruolo di governo ed indirizzo normalmente attribuito a pochi” (art. 4). Il testo è consultabile su https://www.politicalpartydb.org/wp-content/uploads/Statutes/Italy/IT_M5S_2009.pdf.

⁶⁰ V. in questo senso A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *federalismi.it*, 22/2017.

sembrano cercare in Internet – e, segnatamente, per ciò che in questa sede interessa, nelle piattaforme digitali – un effetto palingeneticamente e taumaturgicamente dei propri mali.

Infatti, le tendenze sempre più leaderistiche⁶¹ che albergano nell'anima dei gruppi politici – unitamente al ricorso alle nuove tecnologie che velocizzano, semplificandolo al massimo, il messaggio politico⁶² – non sono altro che un modo per cercare di alleggerire (apparentemente) il rapporto fra la società ed i partiti, tentando di colmare il vuoto questi ultimi, per come per decenni li si è conosciuti, hanno lasciato⁶³.

Tuttavia, se *prima facie* si potrebbe ritenere che le piattaforme digitali siano in grado di consentire ai propri iscritti una maggiore partecipazione nell'assunzione delle decisioni politiche del proprio partito, è evidente come, se di partecipazione si può parlare, questa non sia affatto di tipo attivo, ma – per come è stata concepita dai partiti che si sono avvalsi fino ad ora di tali mezzi tecnologici – di tipo reattivo. Com'è stato efficacemente evidenziato, infatti, più che di un aumento della qualità della partecipazione, sarebbe più opportuno parlare di un incremento della sua quantità⁶⁴.

Insomma, sembra che alla base di tale modello politico vi sia l'assunto secondo cui l'avvalersi delle piattaforme digitali sia per ciò solo indice di una maggiore e migliore partecipazione dei cittadini all'attività del proprio partito e, di conseguenza, di una maggiore e migliore democrazia⁶⁵.

Tuttavia, sebbene quanto appena affermato rischi di essere facilmente smentito dai numerosi elementi critici che tali sistemi presentano e che in questa sede si è cercato di evidenziare, ciò non significa che il ricorso dei partiti alle nuove tecnologie – e, segnatamente, alle piattaforme – sia del tutto da avversare. Queste ultime, infatti, se utilizzate – come, in verità, alcuni partiti in Europa hanno dimostrato di fare⁶⁶ – quali ulteriori mezzi grazie ai quali far nascere dei confronti e dei dibattiti fra gli elettori, non possono che essere una risorsa di cui le forze politiche, in una società fortemente tecnologica qual è quella attuale, è opportuno che si avvalgano. Nondimeno, ciò non significa che le piattaforme siano in grado di sostituire, *sic et simpliciter*, le assemblee ed i momenti di confronto fisici che connotano la vita di un partito e dei quali non sembra possa dirsi che se ne possa – o, peggio, debba – fare a meno. Certo, indubbiamente le nuove tecnologie consentono il passaggio da una democrazia “a intermittenza”

⁶¹ A tal proposito v. per tutti M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

⁶² Come evidenziato da F. MUSELLA, *Il forum. Le sfide della democrazia digitale*, cit., 251.

⁶³ Così M. MANDATO, *La partecipazione politica tra crisi e rilancio*, in *Nomos*, 1/2018, 18.

⁶⁴ P. GERBAUDO, *I partiti digitali*, cit., 31.

⁶⁵ Come sottolinea M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza*, cit., 873, “occorre [...] che i partiti politici revochino in discussione la propria identità e la propria struttura, accettando la sfida di un web che non deve portare l'illusione di maggiore democrazia, ma semmai nuove opportunità per una migliore democrazia”.

⁶⁶ Ad esempio nel caso della piattaforma *LiquidFeedback*.

(cirscritta al momento elettorale⁶⁷) ad una democrazia “continua”⁶⁸, ossia ad un costante e continuo confronto fra i rappresentanti ed i rappresentati.

Tuttavia, perlomeno allo stato attuale, sembra potersi dire che l’utilizzo da parte di alcuni partiti delle piattaforme digitali quali mezzi volti a curare palingeneticamente le patologie che affliggono la democrazia rappresentativa non abbia sortito l’effetto sperato. Come si è cercato di evidenziare precedentemente, infatti, i procedimenti deliberativi adottati da tali forze politiche soffrono del grande limite rappresentato dalla frequente eterodirezione cui sono sottoposti gli iscritti a causa della scelta da parte dei *leaders* del proprio partito del tempo, dell’oggetto e delle modalità di ogni singola votazione.

Ad ogni modo, qualora tali piattaforme fossero assistite da adeguati *caveat* volti a garantire il rispetto della democraticità al loro interno potrebbero comunque costituire, a parere di chi scrive, un momento ulteriore – e non alternativo – di confronto fra rappresentanti e rappresentati. D’altronde, se così non fosse, il pericolo che vi sia sempre più tecnologia e sempre meno democrazia nell’assunzione delle decisioni di particolare rilevanza politica sarebbe sempre più incombente e, presumibilmente, non basterebbe un semplice *click* per rimuoverlo.

⁶⁷ Com’è noto, secondo J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Roma-Bari, 1997, 137 s., “Il popolo [...] crede di essere libero, ma è in grave errore; è libero solo durante l’elezione dei membri del Parlamento; appena questi sono eletti, non è più nulla, e ritorna schiavo”.

⁶⁸ Secondo la nota espressione di S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., ID., *Iperdemocrazia. Come cambia la sovranità democratica con il web*, Roma-Bari, 2013; ID., *Una democrazia “continua”?*, in *Parolechiave*, 1/2012.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

SOUVERAINETÉ NUMÉRIQUE :
QUELLE PLACE POUR L'ÉTAT DANS LE CYBERESPACE ?

LUCIE LORENZINI

SOMMAIRE : 1. L'ère post-westphalienne : la souveraineté des États contestée. – 2. Le sens classique de la souveraineté dans la théorie de l'État. – 3. La mise à l'épreuve du concept classique de « souveraineté » par l'évolution du numérique. – 4. Les différentes approches du concept énigmatique de « souveraineté numérique ». – 5. Problématiques inhérentes au concept de « souveraineté numérique ». – 6. Quelles solutions envisager pour les États ? – 7. Propos conclusifs.

1. L'ère post-westphalienne : la souveraineté des États contestée

Depuis le XXe siècle, la souveraineté des États est amenée à évoluer, se modifier, s'adapter dans le cadre d'un nouvel ordre mondial correspondant à l'ère post-westphalienne caractérisée par la mondialisation des problématiques, la diffusion de l'information, la globalisation des activités économiques, sociales et culturelles, la comparaison des systèmes, l'organisation du pluralisme juridique et l'interdépendance des États¹. Le développement globalisé des technologies au cours des dernières décennies a conduit à ce que ces technologies, se jouant des frontières physiques, échappent aux États. Un changement de paradigme qui bouleverse la forme « nationale » du droit élaboré traditionnellement sous l'autorité de l'Etat qui, au gré des évolutions, devient peu à peu

¹ O. DE FROUVILLE, *Une conception démocratique du droit international*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 2001, 10 ss.

inadaptée. Il s'agit dès lors d'un « droit national pour une civilisation qui [elle] devient globale »².

Cette évolution remet en cause la conception classique de la souveraineté, ceci en raison de l'interdépendance entre les États qui partagent de plus en plus, mais maîtrisent de moins en moins leur destin³. Une situation qui conduit les États à « rechercher à un niveau supranational les clefs d'une souveraineté préservée même si « transférée », « fragmentée » ou « partagée » »⁴.

C'est pourquoi la réflexion de la place de l'État dans cet espace numérique virtuel, sans frontière physique, implique au préalable de rappeler le concept de souveraineté, au sens classique du terme – et à la façon dont la souveraineté étatique traditionnelle se retrouve impactée du fait du numérique –, jusqu'à envisager le concept énigmatique⁵ de « souveraineté numérique ». Ce préliminaire permettra de s'interroger sur la possibilité – ou non – de développer « numériquement » le concept de souveraineté, sous un nouvel angle : n'y aurait-il pas des manifestations numériques de la souveraineté qui puissent être envisageables comme une nouvelle facette qui déploierait le concept traditionnel ? Si tel n'est pas le cas, autrement dit si la souveraineté étatique se retrouve concurrencée par une nouvelle forme de souveraineté dite « numérique » distincte de celle traditionnelle, quel serait alors le champ dans lequel la souveraineté étatique pourrait-elle rencontrer ses limites ou, au contraire, aurait-elle vocation à se manifester plus fermement ? Ce qui nous conduirait nécessairement à nous interroger sur l'existence de nouveaux titulaires possibles de la souveraineté numérique ? En pareille hypothèse, serait-il alors toujours possible de parler « d'État souverain » face au développement du numérique qui, finalement, lui échappe en partie ? D'ailleurs au bénéfice de qui ou de quoi ? Cette perspective conduirait *in fine* à envisager l'hypothèse où l'État serait dépossédé d'une part de sa souveraineté au bénéfice de multinationales ou de sujets privés, voire de l'État qui hébergerait les sociétés concernées. Ce qui revient alors à penser que le numérique laisserait s'installer un rapport de force entre États⁶.

L'étude de l'ensemble de questions permettront d'émettre certaines hypothèses propres à faciliter la compréhension des enjeux à venir, notamment la question de la position de l'État qui tente d'affirmer sa puissance, tant sur le plan international qu'interne, dans un univers virtuel et dématérialisé.

S'il semble prématuré de postuler qu'un équilibre est en train de se créer, ce qui est sûr c'est que le rôle de l'État, au regard des plateformes numériques et des réseaux, est amené à être redistribué.

² D. ROUSSEAU, *Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 57, 4/2017, 9 ss.

³ P. TÜRK, *La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet*, in *RDJ*, n° 6, 2013, 1490 ss.

⁴ P. TÜRK, *La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet*, cit., 1490 ss.

⁵ V. par exemple : L. DEVILLERS, *La souveraineté numérique dans l'après-crise*, Format numérique, Éd. de l'Observatoire, 2020 ; M. UNTERSINGER, *Souveraineté numérique, histoire d'une notion*, in *Journal Le Monde*, 21 novembre 2019 ; P. TÜRK e C. VALLAR (dir.), *La souveraineté numérique, le concept, les enjeux*, Paris, janvier 2018 ; A. BLANDIN-OBERNESSER, *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruxelles, 2016 ; P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Paris, 2014.

⁶ P.-Y. QUIVIGER, *Une approche philosophique du concept émergent de souveraineté numérique*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 57, 3/2017, 25.

2. Le sens classique de la souveraineté dans la théorie de l'État

Traditionnellement, la souveraineté est une notion « politico-juridique »⁷ propre à la théorie de l'État. En réalité, lorsqu'on parle de souveraineté, une sous distinction s'impose.

Dans son sens politique, la souveraineté renvoie d'abord au « titulaire légitime de la puissance »⁸. C'est ainsi que l'on parle souvent de souveraineté de la nation ou encore souveraineté du peuple. C'est cette conception démocratique que l'on retrouve dans la Constitution française du 4 octobre 1958, dont l'article 3 dispose que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Le peuple exerce donc sa souveraineté au travers d'un État organisé, qui détient l'autorité sur un territoire donné. La souveraineté pour le Professeur Olivier Beaud permettrait la « juridification du pouvoir politique », elle serait un « principe au nom duquel le Souverain est autorisé ou habilité à commander »⁹.

Sur un plan fonctionnel, la souveraineté renvoie également à un monopole d'édition du droit positif¹⁰ qui décrit un pouvoir qui s'exerce discrétionnairement et exclusivement, c'est-à-dire par une autorité unique avec un très haut degré de discrétionnarité dans le cadre de frontières délimitées. La souveraineté comprend alors deux facettes : l'une interne, l'autre externe. La souveraineté dite « interne » renvoi alors à la « construction d'espaces de pouvoir unifiés » et « territorialis[és] »¹¹. La souveraineté externe procède, quant à elle, de la confrontation des souverainetés internes les unes aux autres, ce qui conduit également à l'émergence d'une pluralité de souverainetés externes¹². Ce qui constitue les contours de cette souveraineté externe c'est l'indépendance¹³, qui ne s'envisage pas sous la forme d'une puissance de commandement aux autres sujets étatiques - égaux entre-deux -, mais s'exprime sous une forme négative : « [elle] signifie qu'aucun pouvoir légal ne peut s'exercer sur [l'État] »¹⁴. Comme le souligne Anzilotti, « l'indépendance ainsi comprise n'est, au fond, que la condition normale des États d'après le droit international : elle peut être aussi bien qualifiée comme souveraineté (*suprema*

⁷ O. BEAUD, *Compétence et souveraineté*, in *Association française pour la Recherche en Droit administratif*, Paris, 2008, 14 ss.

⁸ É. MAULIN, *Souveraineté*, in D. ALLAND e S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, 1434 ss.

⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, 1994, 20.

¹⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, cit., 20 ss. ; J. BODIN, *Les six livres de la République* (1576), livre I, chap. 10, in H. ROCHAIS, M.-D. COUZINET, C. FREMONT (dir.), *Les six livres de la République de Jean Bodin*, vol. I, Paris, 1986, 309 ss.

¹¹ D. GRIMM, *La souveraineté*, in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, 2012, 584 ss.

¹² J.-A. CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des états : cours général de droit international public*, in *RCADI*, vol. 257, 1996, 60.

¹³ P. HAGGENMACHER, *L'État souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel*, in *Droits*, n° 16, 1992, 11 ss. ; E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, vol. I, livre I, chap. 1 § 4, Londres [Neuchâtel], 1758, 18 ss.

¹⁴ J. COMBACAU – S. SUR, *Droit international public*, Paris, 2014, 23 ss.

potestas) ou souveraineté extérieure, si l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international »¹⁵.

3. La mise à l'épreuve du concept classique de « souveraineté » par l'évolution du numérique

Le développement des outils numériques soulève des interrogations et inquiétudes. En effet, au gré de la montée en puissance des réseaux numériques, les concepts classiques de souveraineté, de territoire, de hiérarchie des normes, de citoyenneté et ses modes d'expression se retrouvent à être repensé¹⁶, remodelé et donnent parfois naissance à de nouvelles approches de ce concept comme en témoigne, par exemple, le concept de « souveraineté numérique ». Un terme à la mode, qui n'en reste pas moins relative floue, mais qui assurément bouscule la conception classique de souveraineté étatique¹⁷ et demeure vectrice d'une normativité ambiguë¹⁸. La conséquence majeure de la création de ce cyberspace est de créer une multiplicité de normativités. Désormais, l'État se retrouve de plus en plus concurrencé par d'autres entités productrices de normativité tels que « les opérateurs économiques, les ONG, [qui] agiss[ent] localement ou dans des réseaux transnationaux suivant des logiques qui semblent de moins en moins compatibles avec le dogme de l'État territorial, exerçant les attributs de la souveraineté à l'exclusion de toute autre entité »¹⁹. La structure pyramidale ou hiérarchique des normes cède donc du terrain au jeu horizontal des réseaux numérique²⁰s. Une « approche réticulaire [qui finalement] permet à [ces] nombreux acteurs non étatiques (milieux économiques, techniciens, société civile, ONG, groupes d'intérêt) de participer à l'adaptation des systèmes juridiques et des fondements de nombreux pans du droit, accompagnant le développement de la soft law »²¹.

Une situation qui, aujourd'hui, aboutit à une évolution du « sujet initial de la souveraineté », entendu dans un sens traditionnel – celui de l'individu attaché à l'État – vers des sujets qui correspondent à une communauté d'utilisateurs du réseau numérique, rattachés à des plateformes transnationales, dont l'objectif n'est pas la promotion de l'intérêt général. En effet, si la souveraineté est envisagée comme étant d'abord celle du peuple, alors la souveraineté numérique a pour sujets des utilisateurs du réseau qui doivent pouvoir exercer et préserver leur autonomie dans le cyberspace et se voir

¹⁵ CPJI, Avis consultatif, 5 septembre 1931, Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, op. ind. de M. ANZILOTTI, in *Recueil série A/B*, 1931, n° 41, 57 ss.

¹⁶ J. BONNET, P. TÜRK, *Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 57, 4/2017, 14 ss.

¹⁷ P. TÜRK, *La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet*, cit., 1489 ss.

¹⁸ J. BONNET, P. TÜRK, *Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel*, cit., 18 ss.

¹⁹ P. TRUDEL, *Ouverture : la souveraineté en réseaux*, in A. BLANDIN-OBERNESSER (dir.), *Droit et souveraineté numérique en Europe*, Bruxelles, 2016, 6 ss.

²⁰ H. RUIZ-FABRI, M. ROSENFELD, *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, in *Société de législation comparée*, vol. 23, 2011 ; F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

²¹ P. TÜRK, *La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet*, cit., 1489 ss.

garantir certains droits²². Or, cet espace numérique est aujourd'hui dominé, non par les États, mais par des acteurs transnationaux que sont les GAFAMI²³ et les BATX²⁴ chinois. Une situation qui conduit à un recul du pouvoir de l'État, confronté à la question de savoir comment gérer ces nouveaux pouvoirs privés qui remettent en cause l'État et ses frontières en tant qu'unique cadre ?

De plus, au-delà de changer de « sujet », la souveraineté, dans son sens traditionnel, change de territoire : l'espace numérique. Le numérique pose un défi au pouvoir souverain dans la mesure où il remet en cause le fondement territorial de sa propre domination. En effet, la montée en puissance des réseaux contribue inéluctablement à la dilution des frontières et, donc, à l'emprise des États qui se heurtent aux modes de régulation des espaces numériques²⁵. La souveraineté, dans son sens classique, n'est plus exercée sur le territoire, mais sur un univers virtuel, sans frontière physique – un cyberspace²⁶ –, indépendant de tout ancrage physique ; un espace mondial ou mondialisé. Le lien de rattachement du droit subit alors une mutation fondamentale : « la logique de réseaux supplante de plus en plus les logiques des lieux »²⁷. Ce qui est troublant quant à la nature du cyberspace, c'est le « paradoxe du constat d'une convergence générale des normes et des standards alors qu'il s'agit d'un espace extrêmement dérégulé, ou plutôt « a-régulé » »²⁸ qui est vulnérable²⁹. Dans la mesure où les données sont au cœur de l'enjeu de souveraineté, cet espace numérique demeure toutefois stratégique. Il constitue un enjeu de puissance décisif dans les rapports de force où tente de se construire une « souveraineté 2.0³⁰ ». Autrement dit, un système de souveraineté particulier de communications qui semble désigner à la fois le pouvoir suprême qui s'applique à la technique numérique et à ses applications dont l'État va être dépendant ; à la fois la puissance du système numérique, susceptible de générer son autonomie et son propre pouvoir sur d'autres formes de souveraineté (en particulier étatique) qu'il va venir concurrencer. Cette révolution du numérique redessine donc un espace qui n'est plus territorial, mais devient a-territoriale – et surtout interactif –, sur lequel les États peinent à s'imposer et où ils ne peuvent que tenter de préserver, voire de reconquérir, une part du pouvoir qui s'y exerce en entrant dans un rapport de force avec les multinationales qui règnent sur ces réseaux.

²² Ce que certains États ont nommé le « Droit à l'autodétermination informationnelle » : droit dégagé, par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 febbraio 1983, in *BVerfGE*, tome 62, 1ss. Pour une analyse : M. FROMONT, in *RD publ.* 1983, 954 ss. Ce droit a également été consacré en France à l'article 1 de la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique la loi informatique et libertés, *JO* 8 oct., n° 1.

²³ Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft et IBM.

²⁴ Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi.

²⁵ F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, cit. ; B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux*, Paris, 2002.

²⁶ S. MORTIER, *IA et cybersécurité, les instruments de conquête d'un espace non-territorialisé*, in *Droit et Patrimoine*, n°298, 1^{er} janvier 2020, 24 ss.

²⁷ P. TRUDEL, *Ouverture : la souveraineté en réseaux*, cit., 5 ss.

²⁸ G. GERMAIN, P. MASSART, *Souveraineté numérique*, in *S.E.R.*, 10/2017, p.46 ss.

²⁹ Il peut s'agir de cyberconflictualité lorsque les acteurs sont des États-puissances qui exploitent l'espace numérique à leur profit, ou encore de cybercriminalité ou de cybercriminalité.

³⁰ J.-PH. VERGNE, R. DURAND, *Cyberspace et organisation « virtuelle » : l'État souverain a-t-il encore un avenir ?*, in *La Découverte* 1/2014, 126 ss.

Pour ces raisons, l'adjectif « numérique » accolé au terme de « souveraineté » étonne³¹, dès lors que l'exercice de la souveraineté s'effectue au travers d'un État organisé qui détient l'autorité sur un territoire donné. Or, Internet conduit précisément à « la remise en cause des frontières physiques qui délimitaient classiquement l'espace d'exercice de la souveraineté étatique »³². Comment cette souveraineté dite « numérique » peut s'exercer dans un monde virtuel, non territorialisé où les responsabilités sont diluées et dont les acteurs sont difficilement localisables ? Peut-on d'ailleurs aller jusqu'à parler de territoire numérique sur lequel s'exercerait la souveraineté numérique ?

Ce qui est manifeste, c'est que cet espace déterritorialisé des réseaux numériques entraîne nécessairement une déterritorialisation des problématiques attachées au concept classique de souveraineté. Comme les modes d'expression de la souveraineté, lesquels se retrouvent bouleversés par l'irruption des technologies numériques. En multipliant les outils de communication, d'expression, l'outil numérique fait également évoluer la participation à la vie politique des citoyens notamment grâce aux plateformes numériques et aux réseaux sociaux, notamment par la pratique du *crowdsourcing*³³. Cette démocratie connectée (*e-democracy*) conduit à ouvrir de nouvelles perspectives comme en témoigne, à titre d'exemple, la participation directe des citoyens au processus constituant³⁴ (dont les résultats ne sont pas que réussite³⁵) ou encore au processus législatifs³⁶.

Le constat est là : la révolution technologique affecte la souveraineté entendue dans son sens classique d'une double façon. D'une part, du point de vue fiscal, car la plupart des plateformes numériques qui échappent à l'impôt³⁷ et, d'autre part, du point de vue de la sécurité de l'État car des entreprises privées sont détentrices de données sensibles.

³¹ F. G'SELL, *Remarques sur les aspects juridiques de la souveraineté numérique*, in *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 19, Octobre 2020, 13 ss.

³² H. RUIZ-FABRI, *Immatériel, territorialité et État*, in *Archives de Philosophie du droit*, vol. 43, 1999, 187 ss.

³³ Pratique issue du marketing : B. DONDERO, *Le crowdsourcing et les assemblées d'actionnaires*, in *Bulletin Joly Sociétés*, n°01, 02/01/2016, 1. Cette pratique correspond à un mode de production participative qui permet de valoriser les idées et expériences du plus grand nombre dans les processus décisionnels et réanime l'idéal de la démocratie directe (A. LEPAGE, *L'opinion numérique : Internet, un nouvel esprit public*, Paris, 2006 ; L. SCHEER, *La démocratie virtuelle*, Paris, 1993).

³⁴ Voir, par exemple, l'élaboration de projets de Constitution islandaise en 2011 : É. SALES, *La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 57, 4/2017 ; ou l'exemple d'élaboration de projets de Constitution au Sri Lanka en 2016, sur ce dernier point : J. BOUISSOU, *Les Sri-lankais rédigent leur nouvelle constitution sur internet*, in *Le Monde*, 1^{er} février 2016.

³⁵ L'expérience islandaise de co-écriture de la Constitution en Islande en 2011 n'a pas atteint le résultat escompté : R. HELGADOTTIR, *Une théorie du picorage constitutionnel – Leçons du projet constitutionnel islandais de 2011*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2016 495 e ss. ; J. BONNET, P. TÜRK, *Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel*, cit., 17 ss. Les auteurs relèvent que les causes principales de cet échec tiennent principalement à l'improvisation, la complexité et illisibilité des procédures, les concurrences entre la classe politique et les citoyens (entre la méthode représentative et la méthode participative), les confrontations entre les institutions (organe constitutionnel élu, cour suprême, parlement, partis politiques, communauté universitaire...), ou encore le poids des lobbys.

³⁶ Voir l'expérience française de co-écriture de la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ; Voir : A. VIDAL-NAQUET, *La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la république numérique*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 57, 4/2017, p. 59 ss.

³⁷ L.-A. BOUVIER, *Quelles voies pour l'imposition des géants du Web proposées par l'Union européenne et la France ?*, in *Revue française de finances publiques*, n° 154, 151 ss.

Ainsi, du point de vue du « pouvoir souverain », la question numérique fait peser une grave menace sur les États-nations, car les entreprises privées remettent bel et bien en cause la prétention de domination que l'État élève sur son territoire. Si l'on envisage (avec précaution) le « pouvoir souverain » - surtout l'étendue de ce pouvoir qu'un État pourrait avoir dans ce cyberspace -, c'est d'abord en tentant de définir, autant que possible, le concept de souveraineté numérique.

4. Les différentes approches du concept énigmatique de « souveraineté numérique »

Beaucoup se sont confrontés à une tentative de définition du concept énigmatique de souveraineté numérique, appréhendée finalement de manières très diverses³⁸. Le Sénat français, dans son rapport de la Commission d'enquête intitulé « Le devoir de souveraineté numérique », présenté par Monsieur Grérard Longuet le 1^{er} octobre 2019³⁹, définit cette souveraineté numérique comme « la capacité de l'État à agir dans le cyberspace », ce qui est une « condition nécessaire à la préservation de nos valeurs » impliquant non seulement « une capacité autonome d'appréciation, de décision et d'action dans le cyberspace », mais aussi la maîtrise de « nos réseaux, nos communications électroniques et nos données »⁴⁰.

De leurs côtés, certains auteurs ont proposé un cadre conceptuel⁴¹. Trois approches se dégagent de ces travaux dont chacune témoigne d'une conception particulière.

La notion de souveraineté juridique peut, premièrement, être appréhendée d'un point de vue juridique. En ce sens, la souveraineté juridique est celle de l'État⁴². D'une part, de manière offensive, il peut revendiquer le prolongement de son pouvoir et le respect de son autorité, mais surtout l'égalité dans le mode de gouvernance sur les réseaux face à l'hégémonie de certains États, comme les États-Unis et la Chine. D'autre part, de manière défensive, l'État se doit de protéger ses citoyens et leurs libertés contre les entités malveillantes.

³⁸ L. DEVILLERS, *La souveraineté numérique dans l'après-crise*, cit.; F. G'SELL, *Remarques sur les aspects juridiques de la « souveraineté numérique »*, cit., 13§7 ss; G. LONGUET, *Rapport de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, Sénat, n° 7, 2019; M. UNTERSINGER, *Souveraineté numérique, histoire d'une notion*, cit.; P. TÜRK – C. VALLAR, *La souveraineté numérique : le concept, les enjeux*, Paris, 2018; P.-Y. QUIVIGER, *Une approche philosophique du concept émergent de souveraineté numérique*, cit., 25 ss; A. BLANDIN-OBERNESSER, *Droits et souveraineté numérique en Europe*, cit.; P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, cit.; Rapport d'information du Sénat, n° 696, *Nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'internet* 2014; B. BENHAMOU – L. SORBIER, *Souveraineté et réseaux numériques*, in *Politique étrangère*, vol. 71, 3/2006.

³⁹ Rapport du Sénat français : G. LONGUET, *Rapport de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, cit., 16 ss.

⁴⁰ <http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-007-1-notice.html>.

⁴¹ P. TÜRK, *Définition et enjeux de la souveraineté numérique*, in *Comprendre la souveraineté numérique : Cahiers français*, n° 415, mai-juin 2020, 18 ss.; P. TÜRK, *Définition et enjeux de la souveraineté numérique*, 14 septembre 2020 sul sito : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/276125-definition-et-enjeux-de-la-souverainete-numerique>; P. TÜRK, CH. VALLAR (dir.), *La souveraineté numérique. Le concept, les enjeux*, Paris, 2018.

⁴² P. TÜRK, *La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet*, cit., 1489 ss.

Deuxièmement, la notion de souveraineté juridique peut être appréhendée selon une approche politique et/ou économique qui renvoie « à la capacité des acteurs du numérique d'imposer leurs propres règles sans considération des frontières territoriales »⁴³, tels que les GAFAMI⁴⁴ et les BATX⁴⁵. De telles plateformes viennent progressivement fragiliser l'activité régaliennne de l'État, comme en témoignent, par exemple, le souhait de Facebook de battre monnaie par la création de cryptomonnaie (Libra) ou encore la création d'une Cour suprême de Facebook⁴⁶, laquelle vient de rendre ses premières décisions⁴⁷.

Troisièmement, la notion de souveraineté juridique peut être appréhendée d'un point de vue libéral ou individualiste : celles des utilisateurs considérés comme la source de tout pouvoir. Cette approche renvoie à la capacité des individus de s'autodéterminer, à décider de la manière dont leurs données personnelles sont stockées, traitées et de l'identité des personnes susceptibles d'y avoir accès⁴⁸.

Enfin, la souveraineté numérique se conçoit aussi à différents niveaux qu'il soit national, européen⁴⁹ ou même international⁵⁰ (gouvernance des réseaux⁵¹).

En réalité, ces différentes approches - bien qu'utiles - ne sauraient être prises isolément. Elles permettent assurément d'envisager les différentes manières d'appréhender la notion de souveraineté numérique par ceux qui la revendiquent. Cependant, elles doivent être prises dans leur ensemble pour appréhender le concept de souveraineté numérique dans son essence même, lequel n'envisage pas les barrières de « territoire ». L'emploi de l'outil numérique est complexe⁵², il implique l'intervention de différents d'acteurs sans limite de territoire. Et, la protection des données personnelles est aussi un enjeu de souveraineté étatique.

⁴³ A. FITZJEAN Ó COBHATHAIGH, *Le cloud et la souveraineté numérique dans le nouveau monde*, in *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 1, juillet 2021, dossier 2.

⁴⁴ Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft et IBM.

⁴⁵ Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi.

⁴⁶ Baptisée « conseil de surveillance » externe à l'entreprise laquelle va recevoir des plaintes d'utilisateurs concernant des contenus retirés de Facebook ou d'Instagram.

⁴⁷ <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/la-cour-supreme-de-facebook-a-rendu-ses-premieres-decisions-sur-sa-politique-de-moderation-1285633> ; https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/01/28/moderation-des-contenus-la-cour-supreme-de-facebook-conteste-des-decisions-du-reseau-social_6067966_3234.html.

⁴⁸ P. TÜRK, *Définition et enjeux de la souveraineté numérique*, cit., p. 23 ss.

⁴⁹ B. BEAUCHESNE, La dépendance européenne et nationale face aux nouveaux acteurs du numérique, 125 ss., in Dossier revue Dalloz IP/IT Dalloz, *Souveraineté numérique : pour une régulation et une sécurisation des activités numériques*, n° 3/2021, 124 ss ; B. BERTRAND, La souveraineté numérique européenne : une « pensée en acte » ?, 249 ss. in Dossier IP/IT Dalloz : *L'Union européenne et le numérique*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n° 2/2021, 243 ss.

⁵⁰ B. BENHAMOU, *Les dimensions internationales de la souveraineté numérique*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 57, 4/2017, 87 ss.

⁵¹ C. BYSK, *La souveraineté numérique à l'heure de la gouvernance mondiale*, in *Dalloz IP/IT* 2020, 337 ss ; C. CASTETS-RENARD, V. NDIOR, L. RASS-MASSON, *Enjeux internationaux des activités numériques - Entre logique territoriale des États et puissance des acteurs privés*, Bruxelles, 2020.

⁵² Cela concerne la construction des composants électroniques de nos machines, la localisation de ces dernières, en passant par les logiciels (système d'exploitation et applications diverses), jusqu'aux ressources de l'Internet (adresses IP, noms de domaine), aucune de ces étapes n'échappant à la confrontation d'intérêts contradictoires : A. FITZJEAN Ó COBHATHAIGH, *Le cloud et la souveraineté numérique dans le nouveau monde*, cit., dossier 2.

5. Problématiques inhérentes au concept de « souveraineté numérique »

L'expression souveraineté numérique prend finalement différents sens en fonction de celui qui prétend la revendiquer. Si l'on se place du côté des États, concurrencés par des acteurs transnationaux, ils ont aujourd'hui le plus grand mal à affirmer leur souveraineté sur le cyberspace.

En particulier, négativement – et c'est cette position qui très souvent est mise en exergue – la souveraineté numérique est celle qui est considérée comme « nuisible », celle qui va déposséder l'État de son propre pouvoir alors que la puissance d'un État ne connaît aucune puissance supérieure à la sienne au-dehors (souveraineté externe) et aucune puissance égale à la sienne au-dedans (souveraineté interne)⁵³. Cette dépossession du pouvoir de l'État n'est pas sans conséquence, car il se fait nécessairement au profit d'une autre entité. Et, l'on sait combien le numérique constitue le terrain privilégié d'intérêts économiques et stratégiques majeurs qui, mis en confrontation, peuvent conduire à des dérapages multiples comme en témoigne le scandale de *Cambridge Analytica c/Facebook*⁵⁴. Dans cette affaire, des utilisateurs de Facebook (environ 90 millions) avaient répondu à un test de personnalité par tromperie puisqu'ils étaient amenés à croire que le but poursuivi était académique « à des fins de recherche », alors qu'en réalité l'objectif était de récolter des données à des fins commerciales et de prospection politique.

Dans son acception positive, la souveraineté numérique renvoie aussi à l'idée que « les États ont vocation à tenir toute leur place dans l'univers numérique » en « adoptant des réglementations leur permettant de contrôler l'espace virtuel et d'y protéger leurs citoyens » notamment par « la reconnaissance de nouveaux droits, tel le droit à la protection des données personnelles qui suppose des garanties effectives »⁵⁵.

Deux acceptions de cette nouvelle forme de souveraineté qui interrogent. Comment l'État, dépendant de la notion de territoire et de frontière, placé au milieu de ce théâtre des opérations, peut-il concrètement assoir son autorité sur ces réseaux et plateformes dématérialisés ?

Quelles seraient les nouvelles règles à adopter pour protéger ses citoyens, notamment en termes de régulation des réseaux et de protection de transfert des données personnelles à l'extérieur des territoires où sont établies les personnes concernées ? Surtout comment les États, au pluriel, peuvent-ils contrôler la circulation, le transfert, le stockage et l'utilisation des données de toutes natures ? D'autant plus, que les protections d'un État donné ne sont pas nécessairement celles d'un État tiers qui peuvent être moins protectrices.

⁵³ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I, Paris, 1920, 79 ss. L'auteur précise que « ces deux conséquences de la souveraineté ne sont que deux aspects d'une seule et même qualité de l'État souverain ».

⁵⁴ M. ROSENBERG, N. CONFESSORE, C. CADWALLADR, *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*, in *The New York Times*, 17 mars 2018; C. CADWALLADR – E. GRAHAM-HARRISON, *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*, in *The Guardian*, 17 mars 2018.

⁵⁵ F. G'SELL, *Remarques sur les aspects juridiques de la « souveraineté numérique »*, cit., 13 ss.

Finalement, les États peuvent-ils véritablement exercer et organiser leur pouvoir souverain face à ces nouvelles technologies et réseaux avec qui ils doivent cohabiter et dont ils sont, malgré tout, dépendants pour exercer leurs fonctions régaliennes ? Comme en témoignent la lutte antiterroriste ou encore le droit pour la société Microsoft d'héberger les données de santé françaises, dans le cadre du *Health Data Hub*⁵⁶.

6. Quelles solutions envisager pour les États ?

Les États mettent en place différents moyens de protection. Il est évident qu'ils ne parviendront pas à préempter la révolution numérique au point de parvenir à devenir eux-mêmes des plateformes. Sur ce point, l'exemple de l'Estonie, au travers de son initiative *X-road*⁵⁷, ne constitue qu'un cas particulier qui aujourd'hui constitue une exception.

Pour certains auteurs, l'exercice de la souveraineté n'est nullement indivisible et « l'on [pourrait] fort bien répartir les attributs entre plusieurs autorités »⁵⁸. En conséquence, pourquoi ne pas envisager la répartition de certains de ses attributs entre plusieurs autorités ? Comme, par exemple, à une instance internationale surtout que les géants du numérique ne sont pas infaillibles⁵⁹. Tel fut tout l'enjeu de la Conférence mondiale des télécommunications internationales (CMTI 12) tenue à Dubaï en décembre 2012. À cette occasion, 193 États et 800 entités du secteur privé ont mené des négociations sur l'installation d'un contrôle international d'Internet confié à l'Union internationale des télécommunications (UIT) et sur la reconnaissance d'un « droit souverain et égal de chaque État à réguler ses télécommunications »⁶⁰. Sans succès, l'ONU n'a pu s'imposer et il n'a pas été possible de dégager un consensus au sein du Groupe d'experts gouvernementaux (GGE 2017) sur l'application du droit international public au cyberspace.

De leurs côtés, les États singulièrement ou ensemble, peuvent-ils faire réellement le poids face à ces géants du numérique ? À cette question, plusieurs pistes peuvent être envisagées.

⁵⁶ O. DE MAISON ROUGE, *L'affaire Health Data Hub : entre nécessité de recherche médicale et souveraineté numérique*, in *Dalloz IP/IT* 2021, 103 ; J. SIRINELLI, *La protection des données de connexion par la Cour de justice : cartographie d'une jurisprudence européenne inédite*, in *RTD eur.* 2021, 313 ss.

⁵⁷ <https://e-estonia.com/solutions/interoperability-services/x-road/> ; <https://www.institutsapiens.fr/wp-content/uploads/2018/07/LE-stonie.pdf>.

⁵⁸ F. HAMON – M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, 2013, 160 ss. Ces auteurs retiennent une approche formelle des principes d'indivisibilité et d'inaliénabilité de la souveraineté, V. contra (pour une approche substantielle) : S. RIALS, *La puissance étatique et le droit dans l'ordre international*, in *Archives de philosophie du droit*, 1987, 212 ss ; O. BEAUD, *La puissance de l'État*, cit., 151 ss. ; J. COMBACAU, *Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État*, in *Revue Pouvoirs*, n°67, novembre 1993, 57 ss.

⁵⁹ Par exemple, en septembre 2019, Facebook a suspendu des dizaines de milliers d'applications tierces susceptibles de remettre en cause le respect de la vie privée de ses utilisateurs, Voir article de journal : *Facebook suspend des dizaines de milliers d'applications tierces*, in *Le Monde*, 20 septembre 2019.

⁶⁰ P. TÜRK, *La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet*, cit., 1502 ss.

D'une part, *l'État cherche souvent seul à trouver des solutions* afin de protéger sa souveraineté, y compris fiscale, et sécuriser l'activité économique.

Certains États – les plus autoritaires – à défaut de pouvoir maîtriser ces aspects sont prêts à se marginaliser. Tel est l'attitude adoptée par le gouvernement thaïlandais, qui en 2008, a bloqué l'accès à plus de 2 300 sites accusés d'offenser la monarchie ou de menacer le bon ordre en son sein. De la même façon, la Chine refusant de se justifier sur l'instauration d'un dispositif de censure (*Great Firewall*) qui vise à limiter l'accès à certains sites politiquement sensibles relatifs aux droits de l'homme et aux mouvements dissidents, a clairement fait savoir que la « liberté d'internet [ne peut] servir d'excuse pour s'ingérer dans les affaires intérieures d'autres pays »⁶¹.

Plus modérément, certains États cherchent à limiter les effets du numérique sur leur territoire en limitant son influence soit directement sur l'accès au réseau – en ralentissant les opérations de câblage ou en bloquant l'accès à certains contenus –, soit en instaurant un contrôle par un serveur national par lequel doivent transiter toutes les communications pour sortir sur le Réseau ou encore en instaurant des logiciels espions (cookies, traçage par mots clés, web bugs,...). C'est ce qu'a fait, en 2011, la Turquie dont la haute instance de la télécommunication a décidé de communiquer aux hébergeurs et fournisseurs d'accès une liste de 138 mots-clés censurés. Ces solutions ne sont évidemment qu'éphémères et insuffisantes sur le long terme.

D'autres États ont entrepris de créer des racines alternatives au DNS ou de se doter de leur propre réseau. Après la Birmanie en 2010, l'Iran a ainsi annoncé, en septembre 2012, le lancement de son propre réseau national, permettant de « protéger sa population des influences étrangères »⁶². L'État français, quant à lui, a développé ses propres plateformes (France connect et ALICEM⁶³) et apporte un large soutien au moteur de recherche Qwant axé sur la protection des données privées des utilisateurs, au point de décider de l'installer par défaut sur tous les ordinateurs de l'administration⁶⁴.

Enfin, d'autres États interviennent directement en adaptant leur législation nationale. Elles condamnent, par leurs instances nationales, les abus et faits dommageables commis sur Internet s'il est établi qu'ils ont été commis ou ont produit un dommage sur le territoire étatique. La difficulté de ses solutions tient à ce que ces restrictions légales, c'est-à-dire décidées unilatéralement par les États, peuvent porter atteinte au principe de neutralité du Net (*end to end*). Or, ce principe vise justement à garantir la liberté, l'égalité de traitement de tous les flux de données, mais aussi la rapidité d'accès aux utilisateurs à tous les contenus, services, applications et ressources disponibles, contre toute tentation des États de développer des techniques de gestion discriminatoire du trafic⁶⁵.

⁶¹ J. YU, porte-parole de la diplomatie chinoise, in *Le Figaro*, 20 octobre 2011.

⁶² L. IMBERT, *L'Iran veut faire Internet à part*, in *Le Monde*, 5 décembre 2012.

⁶³ L. ARCHAMBAULT – C. ROTILY, *L'usage d'Alicem validé par le Conseil d'État*, in *Dalloz IP/IT*, 2021, 230 ss.

⁶⁴ J.-K. LAURET, *Qwant, « l'anti-Google » s'allie à Microsoft et à l'État français*, Libra, 20 mai 2019.

⁶⁵ T.WU, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003, 141 ss. ; consultable en ligne à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863.

D'autre part, parallèlement à ces différentes actions individuelles, il existe aussi *une tentative des Etats – au pluriel* cette fois – de travailler ensemble pour contrer les GAFAMI. La difficulté posée par ces plateformes tient certes à leur taille, mais aussi à la particularité de leur modèle d'affaires qui entremêle marché, accès en ligne sur des applications propres et exploitation de données massives⁶⁶. Dans un commerce en pleine mutation marqué par le développement des ventes en ligne, le rôle de ces plateformes est puissant. Elles y contrôlent à la fois l'architecture à la fois l'accès au marché tout en y proposant également leurs propres biens et services⁶⁷. Une situation qui comporte « de nouveaux risques concurrentiels et ouvre un débat international sur la capacité du droit de la concurrence à les appréhender en luttant contre d'éventuels abus de position dominante ou pratiques anticoncurrentielles et [...] déloyales »⁶⁸.

En Europe, les Etats tentent de réagir en multipliant, les amendes *antitrust*. À titre d'exemple, Google a été condamné à près de 4,3 milliards d'euros pour sa pratique déloyale concernant son système d'exploitation Android installé sur les mobiles⁶⁹. Plus récemment, la Commission Européenne a proposé de réexaminer les règles de concurrence appliquées au sein de l'Union européenne avec le *Digital Services Act* qui devrait porter notamment sur le rôle et les obligations des intermédiaires en ligne ainsi que sur l'égalité des conditions de concurrence sur les marchés numériques européens. Il y serait prévu, en particulier, des règles *ex ante* spécifiques aux plateformes numériques⁷⁰. Sur un plan mondial, la réflexion se poursuit dans le cadre d'accord commun du G7 ou encore par l'autorité de la concurrence australienne qui vient de rendre un récent rapport à ce sujet⁷¹.

Le problème de toutes ces solutions est qu'il s'agit de « standards nationaux » qui peuvent à court ou long terme ne pas l'emporter au sein d'un monde globalisé et cela encore plus en cas de stratégie unilatérale de l'État. La fragilité peut se retrouver dans la concertation entre États qui ne sont pas toujours d'accord dans la position commune à adopter, précisément, à l'égard des GAFAMI. L'exemple le plus marquant est celui dernièrement de l'application de traçage pour lutter contre la pandémie de la COVID 19. La France et le Royaume uni ont décidé de développer leur propre application alors que d'autres, tels que l'Italie, l'Autriche ou l'Allemagne, ont préféré utiliser la mise à disposition par Google et Apple de l'interface de programmation permettant une coordination dans les applications de traçages entre États. Quant aux accords régionaux, ils sont limités aux pays signataires et n'ont donc pas de portée universelle⁷². Seule une

⁶⁶ F. BENHAMOU, *Quelle régulation face aux plateformes numériques ?*, in *Annales des Mines, Réalités Industrielles*, février 2018, 75 ss.

⁶⁷ F. G'SELL, *Remarques sur les aspects juridiques de la « souveraineté numérique »*, cit., §14-15 ss.

⁶⁸ P. VANNI – A. LACRESSE, *Concurrence déloyale et plateformes en ligne*, in *Revue Lamy de la concurrence*, n° 100, 1^{er} décembre 2020, 1 ss.

⁶⁹ En effet, Google n'étant pas une entreprise implantée sur le territoire de l'UE, les instances européennes peuvent malgré tout la condamner, en ce que les effets de sa pratique se font ressentir sur le marché européen.

⁷⁰ Comm. UE, communiqué de presse, 2 juin 2020, n° IP/20/962 et IP/20/977.

⁷¹ Australian Competition & Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry*, final report, 2019.

⁷² Convention de Conseil de l'Europe contre la cybercriminalité (Budapest 2001), Loi-type du Commonwealth sur la criminalité informatique et liée à l'informatique (2002), Accords de l'Organisation

concertation à un niveau international est plus que souhaitable, ceci afin de proposer une réponse à « la hauteur des enjeux du contrôle des pratiques déloyales de plateformes dont les comportements ont des effets consubstantiellement ubiquitaires »⁷³.

7. *Propos conclusifs*

Ce qui est à souhaiter c'est que cette souveraineté technologique puisse permettre aux États de développer des solutions innovantes sans dépendre d'acteurs technologiques étrangers. Se pose alors nécessairement le défi de la construction originale d'une responsabilité numérique⁷⁴.

À plus forte raison, si la souveraineté numérique s'entend dans un sens fonctionnel⁷⁵, c'est-à-dire dans la capacité d'une autorité à maîtriser un ordonnancement juridique dans un espace digitalisé qui, par nature, est difficilement maîtrisable - puisque non territorialisé⁷⁶ : ne faudrait-il pas revoir également la notion même d'ordre juridique, un Ordre capable de s'autoréguler lui-même ? En effet, traditionnellement en droit public, on considère que la souveraineté a un cadre d'application spatial (territorial). Ainsi, pendant longtemps seul l'État a été envisagé comme un ordre juridique. Cependant, avec la création de la société des nations (SDN), après la Première Guerre mondiale, s'est posée la question de l'existence d'un ordre juridique non étatique. La définition institutionnelle de l'ordre juridique, qui va être posée par les auteurs de l'entre-deux-guerre, comme Maurice Hauriou et Santi Romano ne prend pas en compte la notion de territoire qui est un élément indifférent. En effet, l'ordre juridique, au sens de Santi Romano, est un ordre qui produit ses propres normes. Appliquer au sujet qui est le nôtre, il pourrait s'agir de charte d'utilisation, de protection des données, mais aussi de décisions des algorithmes qui trient, sélectionnent, ordonnent les contenus ; ces normes doivent être coordonnées entre elles pour former une unité et assurer leur efficacité et une sanction en cas de non-respect peut être prévue⁷⁷. Dès lors, il pourrait très bien exister des ordres juridiques territoriaux et des ordres juridiques non territoriaux, tel que l'envisage Santi Romano à l'image de ce que peut l'être la SDN, l'église ou encore la mafia voire, selon Berthold Goldman, la *lex mercatoria*. Alors pourquoi pas aujourd'hui, la *lex electronica* dont les GAFAMI sont les acteurs tout puissants au regard des États ?

de Shanghai (2009), Convention Arabe du Caire pour la lutte contre la cybercriminalité (2010), Convention de Malabo du 27 juin 2014 sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel de l'UA.

⁷³ P. VANNI – A. LACRESSE, *Concurrence déloyale et plateformes en ligne*, cit. 2.

⁷⁴ F. G'SELL, *Vers l'émergence d'une « responsabilité numérique » ?*, in *Dalloz IP/IT* 2020, 153 ; B. BEVIÈRE-BOYER, *Responsabilité numérique : le défi d'une responsabilité spécifique humanisée*, in *Dalloz IP/IT* 2020, 159.

⁷⁵ La définition politique de la « souveraineté » ne fonctionne pas pour le numérique : les GAFAMI, n'ont aucune légitimité démocratique des utilisateurs !

⁷⁶ L'internet est précisément conçu pour s'affranchir des frontières.

⁷⁷ La solution en cas de non-respect de la règle pourrait très bien être confiée à un organe susceptible d'assurer la mise en œuvre des règles, ce qu'illustre par exemple la Cour suprême de Facebook et à plus forte raison, comme cela est le cas aujourd'hui : une coupure du réseaux internet.

Enfin, si la notion classique de souveraineté perd du terrain, n'est-ce pas aussi la normativité qui doit être aussi repensée ?

Finalement, comme l'indiquait Georges Scelle, en 1943, dans la langue du droit international, la « souveraineté » perd du terrain au profit de la notion de « compétence exclusive ou de compétence discrétionnaire »⁷⁸ ; aujourd'hui c'est au profit du numérique.

⁷⁸ G. SCELLE, *Pouvoir étatique et droit des gens*, in *RDP*, vol. 59, 1943, 204.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA COSTITUZIONE ECONOMICA
TRA OPINIONE PUBBLICA E *BUBBLE DEMOCRACY*

LEONARDO PASQUI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’impatto dei nuovi media sul discorso pubblico. – 3. Gli effetti della polarizzazione e le possibili risposte delle istituzioni. Il caso americano. – 4. Gli effetti della polarizzazione e le possibili risposte delle istituzioni. Il caso francese. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L’opinione pubblica è un concetto affrontato da numerose discipline e ciò rende più complesso il tentativo di definirne ambiti e significati, in quanto riferibili e applicabili a diversi contesti¹. Ai fini della nostra indagine, tuttavia, sembra opportuno ricorrere alla seguente definizione di Sartori, per la quale «*gli studi sulla pubblica opinione e il significato che potremmo dire tecnico della dizione vertono, in primissima istanza, su un pubblico interessato alla “cosa pubblica”. Il pubblico in questione è soprattutto un pubblico di cittadini, un pubblico che ha un’opinione sulla gestione degli affari pubblici, e dunque sugli affari della città politica. In sintesi: “pubblico” non è solo il soggetto ma anche l’oggetto dell’espressione*»². Tale espressione risulta

¹ Sul punto si veda *ex multis* J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, [1962], trad. it. di A. Illuminati, Roma-Bari, 2001; E. NOELLE NEUMAN, *La spirale del silenzio. Per una teoria dell’opinione pubblica*, [2001], Milano, 2017, G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1995 e N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, [1971], trad. it. di Flavio Spalla, Napoli, 1978.

² G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit., 177.

particolarmente rilevante ai fini dell'indagine giuridica in quanto categorizza subito i partecipanti all'opinione pubblica come cittadini, cioè soggetti riconosciuti dall'ordinamento come centri di interesse e di tutela e, allo stesso tempo, quest'ultimi si presentano come promotori del dibattito che ha ad oggetto la gestione e lo sviluppo della cosa pubblica e, di conseguenza, dell'ordinamento.

Per tali motivi, alcuni giuristi³ hanno affrontato l'evolvere dell'opinione pubblica al mutare degli strumenti e dei processi prodottisi nella società, soprattutto in quanto tale dinamica risulta essere centrale nelle moderne democrazie occidentali. Infatti, l'effetto che il dibattito pubblico riesce effettivamente ad avere sulle scelte del legislatore è un tema che dal secolo scorso interroga i giuristi, nella misura in cui pone in relazione la spinta proveniente dalla società civile (con i suoi mezzi) e il legislatore (con le sue regole).

Su quest'ultimo punto è bene precisare quale sia la differenza che intercorre tra dibattito pubblico e opinione pubblica a livello definitorio. Nel primo caso, si fa riferimento al «*contesto in cui avviene l'interazione tra opinioni pubblicamente espresse aventi ad oggetto questioni di pubblico interesse*»⁴, mentre nel secondo «*[tanto] al procedimento di formazione quanto ai contenuti che veicola, [l'opinione pubblica] dovrebbe essere in grado di potersi dispiegare pubblicamente senza tuttavia sovvertire il carattere democratico dello Stato*»⁵.

La relazione tra opinione pubblica e legislatore, dunque, sembra effettivamente mutare rispetto al passato, non solo perché i mezzi di comunicazione contemporanei, come si vedrà in seguito, ristrutturano i processi attraverso cui si genera il dibattito pubblico, generando fenomeni di polarizzazione, ma anche perché il numero di persone che oggi possono partecipare alla formazione dell'opinione pubblica è molto superiore rispetto al secolo scorso. Infatti, la rivoluzione digitale ha portato con sé un'importante dose di disintermediazione, rendendo possibile l'accesso al dibattito pubblico, potenzialmente, a tutti i cittadini interessati. In questo senso, se a fine Ottocento solo una bassissima percentuale della società poteva effettivamente accedere a giornali e riviste, sia in termini di lettura sia in termini di produzione di opinione, oggi il possesso di uno *smartphone* è sufficiente per restare informati, informare e scambiare idee con molte più persone di quante la storia umana abbia mai visto.

Chiaramente, tali problematiche risultano profondamente rilevanti per il diritto pubblico e, in particolare, per gli assetti democratici delle società contemporanee, ponendo il problema di come e in che misura regolare le piattaforme *social*, nella ricerca di un equilibrio tra libertà di pensiero individuale e ricadute sociali dovute a possibili storture. Tuttavia, sembra altrettanto importante notare come anche la cosiddetta costituzione economica possa risultare impattata dall'opinione pubblica e dal suo formarsi. In particolare, Albert Venn Dicey, costituzionalista inglese vissuto tra la fine

³ Cfr. A. V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, [1905], trad. it. di V. Ottonelli, Bologna, 1997. Per una rassegna sulla bibliografia in merito alla relazione tra diritto e opinione pubblica si veda L. CONTE, *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 11/2020.

⁴ L. CONTE, *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica*, cit., 309.

⁵ *Ibidem*.

del XIX e l'inizio del XX secolo, era convinto che il concetto di costituzione economica non si riferisse esclusivamente al diritto positivo, ma dovesse comprendere anche quell'insieme di istituti, regole non scritte e convenzioni che potessero dare un'immagine più dettagliata delle condizioni giuridico-economiche di un paese⁶. In questo senso, lo studioso approfondì la tematica legata alla *legislative public opinion*⁷, ponendo un forte accento sulla relazione che intercorreva tra il mutamento dell'opinione pubblica e il cambio di paradigma nelle relazioni tra Stato ed economia⁸, concentrandosi in particolar modo sulla fine del liberismo inglese e l'inizio del collettivismo⁹. In questo senso, anche la Costituzione economica di un paese viene discussa e interpretata sui *social networks*, producendo importanti fenomeni di conflittualità, come nei casi analizzati in questo lavoro: l'assalto al congresso degli Stati Uniti e i gilet jaunes. Tali esempi risultano particolarmente interessanti in quanto condividono la medesima conflittualità tra cittadini e istituzioni, ma, allo stesso tempo, ci mostrano in modo diverso come le Costituzioni economiche possono essere toccate dall'evolvere dell'opinione pubblica contemporanea. Inoltre, sarà anche importante sottolineare come le reazioni a tali manifestazioni siano state molto differenti nel caso americano e in quello francese.

Dunque, nel presente lavoro si indagherà come l'avvento dei *social network* abbia dato l'avvio a nuovi modi attraverso cui il dibattito pubblico si forma e si struttura e, in particolare, si evidenzierà come la svolta digitale, avvenuta anche tramite le piattaforme social, produce e conduce ad un'opinione pubblica che sembra muoversi in modo differente e che, per questa ragione, necessita nuovi tipi di risposte. Infatti, nella cosiddetta *platform society* «*le dinamiche politiche, sociali ed economiche si legano indissolubilmente a un ecosistema globale di piattaforme digitali. La sfera pubblica in rete facilita le interazioni sociali, la fruizione e la condivisione di informazioni, e crea nuove modalità di partecipazione e di mobilitazione; d'altra parte, si rivela soprattutto uno spazio limitato, strutturato dagli algoritmi e costruito su misura per ogni utente*»¹⁰. In questo senso, diventa ancora più problematico il fatto che l'opinione di un iscritto/cittadino/elettore possa formarsi esclusivamente sui social network, proprio perché il singolo utente diventa un bersaglio di strategie di marketing politico ed economico, che ledono impattando in profondità lo spazio di conoscenza delle persone iscritte ad una piattaforma social.

Questo interessa, come detto, il diritto pubblico in generale, ma, nello specifico, anche il diritto pubblico dell'economia, poiché le politiche economiche dei governi nazionali si devono necessariamente confrontare con il dibattito pubblico e con la risposta che l'opinione pubblica produce rispetto a tali temi.

⁶ S. SILEONI, *Il Pensiero Costituzionale di A.V. Dicey - L'Ispirazione Storica e Politologica*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 1/2007.

⁷ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, 3.

⁸ A. V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, cit.

⁹ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit., 4.

¹⁰ F. NUNZIATA, *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, 1/2021, 128.

2. L'impatto dei nuovi media sul discorso pubblico

Nell'Ottocento, arco temporale analizzato da Dicey, è chiaro come per "opinione pubblica" si intendessero le idee prodotte, promosse e divulgate dai ceti più abbienti e culturalmente attrezzati, tenendo al di fuori della sfera pubblica le istanze delle fasce della popolazione più deboli. Il mutamento prodottosi a livello socio-economico col passaggio al collettivismo, infatti, era figlio dell'elaborazione intellettuale prodotta dalla borghesia inglese, che era in grado di accedere ai mezzi culturali e informativi. Tuttavia, l'importanza dell'opinione pubblica sottolineata da Dicey ha anche l'intenzione di segnare la differenza profonda tra il nuovo modello di Stato moderno democratico, rispetto alla forma aristocratica e assolutista, che comunque si era imposta fino alla metà dell'800. In questo senso, è interessante il richiamo agli scritti di Tocqueville, che hanno la finalità di dare un colore in più al concetto di democrazia, la quale non è solo un assetto di governo, ma si caratterizza anche per contrapporsi «a qualsiasi genere di autorità aristocratica, dal momento che l'aristocrazia o l'oligarchia comportano l'esistenza di diseguaglianze nei diritti e di privilegi di classe, e hanno a proprio fondamento intellettuale o morale la convinzione che le diseguaglianze o le differenze che distinguono un gruppo di uomini da un altro abbiano un peso fondamentale e duraturo»¹¹. Dunque, nel pensiero del giurista inglese è possibile ravvisare come in uno Stato democratico sia possibile per la società civile, attraverso l'opinione pubblica, influenzare la legislazione, mutando addirittura la costituzione economica, in quanto non esistono rendite di posizione o di potere che possono essere considerate come durature¹².

Tuttavia, quale impatto può effettivamente esserci nel momento in cui i media non riescono ad includere la maggior parte della popolazione? A tal proposito, è opportuno richiamare un famoso scritto di Habermas, quale *Storia e critica dell'opinione pubblica*¹³, in cui si sottolinea come la creazione di una sfera pubblica borghese non abbia saputo inglobare le conflittualità sociali emergenti in molte aree dell'Europa moderna. Infatti, anche i nuovi media, televisione in testa, hanno solo parzialmente ampliato i partecipanti al dibattito pubblico, riproducendo, invece, la stessa divisione tra chi effettivamente influenza il dibattito e chi lo subisce.

Se nel corso del XX secolo la crescita dei *mass media* porta lo studioso tedesco a rivalutare il ruolo della pubblica opinione, che oscilla costantemente tra la creazione di un processo critico *nello* Stato sociale e la manipolazione "sopra la testa del pubblico"¹⁴, l'arrivo del web risulta un importante spartiacque, grazie al quale si sono aperte finestre alternative in cui veicolare messaggi diversi e disintermediati. In effetti, l'avvento di computer e *smartphones* ha permesso a chiunque di poter facilmente accedere ad un

¹¹ A. V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, cit., 108-109.

¹² Sul punto cfr. A. ARIENZO, *La democratizzazione della sfera pubblica al tempo di internet* in A. ARIENZO, D. LAZZARICH (a cura di), *Vuoti e scarti di democrazia. Teorie e politiche democratiche nell'era della mondializzazione*, Napoli, 2012, 233, in cui si sottolinea come «la sfera pubblica borghese nasce promuovendo se stessa nel nome della discontinuità rispetto al sistema politico, sociale ed economico precedente e affermando un nuovo sistema di verità».

¹³ Cfr. J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit.

¹⁴ *Ibidem*.

numero sconfinato di informazioni, così come di partecipare finalmente al dibattito pubblico. In questo senso, è evidente come il web dia la possibilità di discutere nuovi e differenti temi, superando la logica della mera amplificazione, come altri media tradizionali¹⁵.

Questo, chiaramente, ha avuto un ruolo decisivo nel connettere più persone che erano accomunate da interessi o valori comuni; in tal senso, è rilevante ricordare il ruolo giocato proprio dai *social network* come veicolo nell'organizzazione di manifestazioni e proteste in tutti gli angoli del pianeta¹⁶. Si può, dunque, sostenere come la rete abbia determinato nuove relazioni di potere tra gli individui, con evidenti effetti anche sul piano politico-giuridico¹⁷.

La facilità di connessione che si realizza sulle piattaforme online è sicuramente figlia della struttura e del design che le stesse promuovono, tuttavia tale dinamica è, in qualche modo, enfatizzata dalla profilazione cui ogni utente è sottoposto e che supporta il convergere di profili affini in termini di idee, preferenze e passioni politiche. Per tale dinamica, definita *microtargeting* politico¹⁸, si determina che la configurazione delle pagine dei singoli utenti, per quanto appaia neutrale, si traduce in realtà nella riproposizione di gusti e opinioni degli stessi. La conseguenza più immediata è che ogni iscritto ad una piattaforma risulta essere immerso nella propria *bolla*¹⁹, all'interno della quale difficilmente troveranno posto opinioni lontane e differenti da quelle manifestate dall'utente.

L'impatto sulla sfera pubblica è, dunque, profondamente rilevante, in quanto ad una maggiore democratizzazione dell'accesso al dibattito pubblico, sembra venire meno uno dei tasselli decisivi per i dibattiti pubblici degli Stati moderni democratici, cioè la possibilità di scambio informativo tra posizioni diverse, ai fini poi di trovare una sintesi a livello politico-istituzionale. Per queste ragioni, alcuni giuristi hanno parlato di *bubble democracy*²⁰, nella quale, appunto, viene meno quella tensione democratica di integrazione sociale e dialogo tra i cittadini; al contrario, infatti, «*la filter bubble porta alla frammentazione del discorso pubblico ed alla chiusura piuttosto che al confronto*»²¹.

Purtroppo, la frammentazione dell'opinione pubblica non è il solo risvolto problematico della *bubble democracy*, in quanto l'assenza di contraddittorio perpetrata in un sistema che si presenta come neutrale, a differenze di testate giornalistiche o televisive, che sono maggiormente riconducibili ad un orientamento politico²², conduce gli utenti

¹⁵ A. PAPA, "Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica, in *Federalismi.it*, 1/2017.

¹⁶ Cfr. I. RIVERA, *Il ruolo di Internet nell'ordinamento democratico contemporaneo. Prospettive evolutive e direttrici di sviluppo*, in *Federalismi.it*, 1/2017.

¹⁷ C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Consulta Online*, 1/2020.

¹⁸ M. BETZU, G. DEMURO, *Big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media Laws*, 1/2020.

¹⁹ D. PALANO, *Democracy and the demise of «the public». Mistrust, fragmentation, polarisation: towards a bubble democracy?*, Governare La Paura. Journal of Interdisciplinary Studies, aprile 2019.

²⁰ C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, [2017], trad. it. di A. Asioli, Bologna, 2017; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1/2018.

²¹ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 29.

²² F. FUKUYAMA, B. RICHMAN, A. GOEL, *How to Save Democracy from Technology: Ending Big Tech's Information Monopoly*, in *Foreign Affairs*, 1/2021.

della piattaforma a prendere per vero quanto letto e polarizzarsi in posizioni sempre più radicali. Tale dinamica è stata dimostrata anche in numerosi esperimenti riportati dal costituzionalista Sunstein, nei quali è possibile vedere come l'assenza di contraddittorio, anche nella realtà *offline*, porti le persone a sviluppare pensieri più estremisti di quelli inizialmente assunti²³.

In altre parole, nella *bubble democracy* i singoli utenti accedono molto facilmente al dibattito pubblico, riuscendo anche a far emergere tematiche differenti da quelle perpetrate dai media più tradizionali, ma, allo stesso tempo, subiscono fenomeni di profilazione che portano ad una personalizzazione della propria bacheca, con l'obiettivo di incontrare i gusti del singolo utente²⁴. Su questo meccanismo si colloca un ulteriore processo, per il quale le persone che si informano sui *social network* concepiscono quello che vedono in modo neutrale, facendo più fatica a distinguere le notizie vere da quelle false, anche perché, a differenza di giornali e televisione, manca un controllo da parte di professionisti. Il risultato più evidente è proprio quello di uno scontro per il quale sembra sempre più difficile costruire un'opinione pubblica capace nella sua interezza di muoversi in una certa direzione, come invece accadeva ai tempi di Dicey. La frammentazione politica si riflette, quindi, tanto a livello di dibattito che a livello politico producendo una forte polarizzazione sociale che spesso porta a forme estreme di protesta, così come si vedrà nel prossimo paragrafo, in quanto l'opinione pubblica si intreccia e si permea sempre con le dimensioni politico-economiche²⁵.

3. Gli effetti della polarizzazione e le possibili risposte delle istituzioni. Il caso americano

La frammentazione, la polarizzazione, così come l'apparente neutralità della propria bacheca sono tutti aspetti che sembrano aumentare la capacità di diffusione di *fake news*, con effetti significativi sulla vita sociale²⁶. Infatti, nella mancanza di filtro dei *social network* possono facilmente diventare virali notizie che vengono rese verosimili e che, essendo costruite per rinforzare pensieri e opinioni già presenti nella mente di molti iscritti, ottengono grande successo e condivisione. Chiaramente, tale meccanismo interessa non poco il discorso pubblico e, quindi, la formazione dell'opinione pubblica, la quale viene spesso indirizzata e mossa proprio dalla diffusione di queste notizie false (o solo parzialmente vere).

Tutto ciò che si è descritto si è condensato in un'immagine, che è quella dell'assalto a Capitol Hill. Lo scorso 6 gennaio, infatti, alcuni sostenitori di Trump hanno manifestato

²³ C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., 91 ss.

²⁴ Sul punto si confronti R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Media Laws*, 1/2020, 228, il quale sottolinea come venga meno uno degli aspetti peculiari delle democrazie moderne, cioè «il corretto dibattito tra consenso e dissenso».

²⁵ Cfr. T. PULLANO, *Quale cittadinanza europea? Dilemmi dell'opinione pubblica europea nell'età di Maastricht*, in *Scienza & Politica*, vol. 29, 57/2017.

²⁶ Cfr. V.V. COMANDINI, *Le fake news sui social network: un'analisi economica*, in *Media Laws*, 1/2018.

violentemente contro il Parlamento riunito in seduta comune ed impegnato a ratificare la vittoria di Biden, riuscendo addirittura ad entrare nel Palazzo e costringendo alla fuga molti deputati e senatori. È stato già sottolineato come sia stato decisivo il ruolo giocato dal Presidente uscente nell'aizzare la folla presente a Washington quel giorno, veicolando il messaggio che il risultato delle elezioni non fosse corretto, arrivando addirittura a chiedere al Vice-Presidente Pence che il Parlamento non procedesse alla sua ratifica²⁷.

È interessante notare, però, il ruolo giocato proprio dai *social network* in questa vicenda, in quanto essa risulta illuminante per comprendere il peso che hanno nella creazione e orientamento dei comportamenti e delle idee delle persone e di come, allo stesso tempo, siano diventati essi stessi un soggetto pubblico. Tale ultimo aspetto implica il fatto che, nel momento in cui si manifesta un momento di tensione nella tenuta democratica di un paese, gli iscritti/cittadini fanno fatica a scindere nettamente questa loro doppia natura.

Il primo aspetto che vale la pena indagare è sicuramente il fatto che le piattaforme *social* hanno svolto un ruolo decisivo nel diffondere il messaggio di Trump ai simpatizzanti, dando il via alla manifestazione che ha poi portato all'assalto di Capitol Hill. Il sistema è quello per cui «*meccanismi di propaganda computazionale vengono azionati per manipolare l'opinione pubblica, reprimendo determinati contenuti politici o diffondendo disinformazioni. Si tratta di utenti prescelti, canali fiancheggiatori, oppure account automatizzati, azionati per amplificare il traffico di contenuti e ingannare l'algoritmo di ranking delle singole piattaforme. Creando false tendenze (i cosiddetti «trending topic») e l'illusione del sostegno della maggioranza – puntando sull'effetto bandwagon, ovvero spingendo le opinioni dell'opposizione nella spirale del silenzio»*²⁸.

Senza soffermarsi sui fatti accaduti poi effettivamente al Parlamento americano, è interessante notare come il Presidente Trump (al momento dei fatti ancora formalmente in carica) abbia deciso di non pronunciarsi attraverso una comunicazione formale rilasciata alla stampa, ma abbia utilizzato ancora una volta i canali *social* per parlare direttamente al suo elettorato di riferimento e, in particolare, alle persone che in quel momento stavano occupando il Campidoglio, chiedendo loro di fare ritorno alle proprie case in modo pacifico, facendo trasparire nelle sue parole comprensione, anziché biasimo: si pensi all'affermazione «*this was a fraudulent election, but we can't play into the hands of these people. We have to have peace. So go home. We love you. You're very special*». È chiaro come in tale situazione si sia verificato un cortocircuito del sistema per cui informazione, utenti/cittadini e politici/istituzioni sono diventati un gomitolo di fatti e

²⁷ G. D'IGNAZIO, *La presidenza Biden nel post-trumpismo. "Our eyes on the future" nella ricostituzione del We The People*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2021, VII, che ha notato come «*la "battaglia di Washington" (come è stata definita da alcuni giornali americani), con il suo portato di violenza, ha causato non solo morti e feriti che macchieranno in modo indelebile la sacralità di quei luoghi, ma ha anche generato "macerie istituzionali" che necessitano di essere rimosse al più presto dal nuovo Presidente. Finora nessun Presidente in carica si era mai spinto al punto di istigare la folla e incitarla verso l'insurrezione per ribaltare i risultati di un'elezione considerata "rubata", delegittimando il Presidente eletto*».

²⁸ F. NUNZIATA, *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, cit., 135.

notizie difficile da districare²⁹. Anche solo nelle poche parole riportate, Trump utilizza i canali comunicativi digitali per ribadire ai cittadini che le elezioni sono state truccate, polarizza nuovamente il dibattito in un “noi e loro” e, in ultimo, esprime comunque parole di apprezzamento per i componenti del gruppo che assaltato il Campidoglio. In poche righe, quindi, è come se noi potessimo assistere ad un concentrato di meccanismi e storture proprie del dibattito pubblico digitale.

Dunque, se paragoniamo la nostra epoca a quella di Dicey, possiamo affermare che, se un tempo era probabilmente più semplice identificare l’opinione pubblica e il suo ruolo rispetto al legislatore, oggi, tale processo, sembra più complicato, in quanto la costruzione del dibattito pubblico è continuamente influenzata e frammentata dalle incursioni della classe politica, che generano un aumento della polarizzazione in campo.

Tale situazione, tuttavia, ha impattato profondamente il rapporto tra privato (le piattaforme) e il pubblico (cittadini e istituzioni), in quanto da più parti è scaturita la richiesta di limitare in qualche modo il comportamento del Presidente Trump e di chi, in qualche modo, venisse considerato un istigatore alla violenza. La prima reazione è stata quella della piattaforma Twitter, la quale, dopo aver cancellato il video citato in precedenza, ha proceduto a sospendere prima, e a cancellare poi, il profilo del Presidente Trump, a causa, questa la motivazione ufficiale, del rischio di ulteriori atti di incitamento alla violenza³⁰. Tale decisione, come detto, pone chiaramente un precedente importante, perché una società privata, quasi monopolista, determina chi può accedere, attraverso i *social network*, alla sfera pubblica. Il problema che si pone è il seguente: siamo sicuri che il controllo sull’accesso al dibattito pubblico e, quindi, all’opinione pubblica sia delegabile a società di diritto privato? Inoltre, richiamando la nozione di costituzione economica, nell’accezione di Dicey, quale relazione si determina tra democrazia e potere economico?

Questi interrogativi erano già stati posti dalla dottrina dieci anni fa, nel momento in cui si sottolineava come l’assenza di un intervento del legislatore avrebbe facilmente portato ad esiti negativi per la salute della democrazia: «*concentrazione dei poteri e delle risorse nelle mani delle corporations informatiche assieme ad un rafforzamento degli Stati nazionali, i quali continueranno ad imporre la loro presenza rivendicando – se non una sovranità ormai perduta sulla rete, quantomeno – il comune vantaggio ed utilizzare internet a fini economici e d’interesse (anche politico)*»³¹.

Tali questioni si intrecciano anche col tema della situazione quasi monopolistica in cui le piattaforme di *social network* si ritrovano. Infatti, la reazione di molti sostenitori dell’ex Presidente è stata quella di migrare su nuove piattaforme³²; ciò risulta particolarmente interessante, in quanto la situazione che si viene a creare va nella direzione di minare il monopolio delle piattaforme, creando un mercato più

²⁹ Sul punto cfr. M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019.

³⁰ La nota di Twitter è reperibile al seguente sito: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension (ultima cons. 17/07/2021).

³¹ G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, in *Politica del diritto*, 3/2011, 373.

³² Cfr. M. VALSANIA, *È boom per il Twitter di destra Parler e i social conservatori dopo la sconfitta di Trump*, in *IlSole 24 ore*, 12/11/2020.

concorrenziale come invocato da tanti³³. Allo stesso tempo, però, il rischio è quello di una maggiore polarizzazione dell'opinione pubblica, che si andrebbe a differenziare in tante nicchie politiche, aumentando il conflitto sociale e le difficoltà nella gestione delle notizie. Addirittura, dopo che Parler, la piattaforma social usata principalmente da sostenitori del partito Repubblicano, è stata resa non scaricabile sia da Google sia da Apple, l'ex presidente Trump ha proposto di creare un suo nuovo *social network*. In tal senso, qualcosa di simile è stato lanciato il 1° luglio 2021 dal suo ex assistente Jason Miller con la piattaforma GETTR, che si pone in concorrenza proprio con Twitter³⁴.

Il tema che si pone, quindi, è l'equilibrio tra controllo dei contenuti sulle piattaforme, accesso all'informazione e al dibattito pubblico, ma anche rapporto tra la sfera statale e aziende private. Infatti, rispetto a tale situazione, le piattaforme *social* risultano essere al contempo possibile soluzione e parte del problema³⁵. Siamo, dunque, sicuri che la garanzia di un dibattito pubblico efficace possa essere connessa al numero di piattaforme *social*? Siamo certi che sia possibile creare un'opinione pubblica consapevole e che sappia comprendere tutte le diverse conflittualità in maniera costruttiva con gli attuali algoritmi utilizzati dalle *big tech*?

Il tema, infatti, che sembra persistere, anche se secondo altri e nuovi paradigmi, riguarda chi effettivamente controlla l'opinione pubblica. Se al tempo di Dicey, c'era una classe intellettuale borghese facilmente identificabile, e se, nel Novecento, Habermas vede anche nei nuovi mezzi comunicativi (come la televisione) una nuova forma di separazione tra chi controllava gli argomenti e chi, invece, li doveva subire, oggi questo tema ha ancora rilevanza? L'uso dei *social* ha aiutato le persone finora escluse dal dibattito pubblico ad entrarci, imponendo una nuova agenda politica?

In realtà, il caso americano sembra aver messo in luce come la frammentazione del discorso pubblico riesca a portare effettivamente ad un'emersione di idee che prima non raggiungevano l'agenda nazionale, ma al contempo questi meccanismi tendono a estremizzare e a polarizzare le persone e gli schieramenti politici. In questo senso, immaginare nuove arene di confronto sociale, soprattutto in momenti di alta tensione sociale potrebbe risultare vantaggioso per la qualità dell'opinione pubblica. Per questi motivi, il caso francese legato alla protesta definita dei *gilet jaunes*, può essere un utile esempio di possibile alternativa, o quantomeno di integrazione rispetto ai meccanismi di frammentazione politica in atto negli Stati Uniti e, più in generale, nel mondo.

³³ Cfr. Il rapporto della sottocommissione antitrust della Camera americana che si occupa proprio di tale tematica, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf (ult. cons. 17/07/2021); S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019.

³⁴ Sul punto si veda M. MCGRAW, T. NGUYEN, C. LIMA, *Team Trump quietly launches new social media platform*, in *Politico*, 01/07/2021 (<https://www.politico.com/news/2021/07/01/gettr-trump-social-media-platform-497606>) (ult. cons. 17/07/2021).

³⁵ L. FLORIDI, *Trump, Parler, and Regulating the Infosphere as Our Commons*, in *Philosophy&Technology*, 34/2021.

4. Gli effetti della polarizzazione e le possibili risposte delle istituzioni. Il caso francese

Nell'autunno del 2018 una grossa protesta popolare investì la Francia, a seguito della proposta di legge del Governo, in cui era previsto un aumento delle tasse sul consumo energetico³⁶. Tale proposta venne percepita da molti francesi, in particolare da coloro che vivevano nelle aree periferiche, come particolarmente vessatoria, in quanto comportava un rincaro su costi diretti come la benzina, usata per i macchinari agricoli o per i trasporti. Si formarono dunque numerose forme di manifestazione di protesta contro le azioni e le politiche del Governo Macron e, più in generale, contro gli assetti economici contemporanei. Data, quindi, anche l'ampiezza delle tematiche affrontate, la risposta ottenuta dalla popolazione fu molto importante, dando conseguentemente vita ad un vero e proprio movimento denominato *gilet jaunes*, derivante dall'indumento indossato durante le proteste. L'origine di tale organizzazione è da rintracciare proprio nelle piattaforme *social* che servirono sia come casse di risonanza del movimento, sia come strumento di organizzazione della protesta. Com'è noto, le manifestazioni non furono del tutto pacifiche, ma si verificarono blocchi stradali, atti di vandalismo, così come numerosi scontri con la polizia. Come notato da alcuni commentatori, un aspetto peculiare di tale movimento è stato proprio quello di non avere un leader riconosciuto³⁷ e che l'unica forma di coordinamento avvenisse proprio tramite le piattaforme internet³⁸. In questo senso, i *social network* sono stati un viatico perfetto per unire le tante e diverse periferie nella protesta verso il centro, rappresentato dal governo nazionale, che sembrava non tenere conto delle specificità delle aree rurali nella redazione di normative relative all'ambiente.

A seguito di tali proteste, e a causa della crescente polarizzazione interna al paese tra chi appoggiava il movimento³⁹ e chi lo riduceva ad un gruppo di facinorosi, il governo francese fu costretto a ritirare la legge e a promuovere una serie di misure dal carattere fortemente sociale e redistributivo⁴⁰. A questo, però, il Presidente della Repubblica Emmanuel Macron decise di aggiungere anche un strumento utile a riconnettersi col paese, nel tentativo di ricomprendere la conflittualità avanzata dai *gilet gialli* all'interno di un dibattito democratico e pubblico. Dunque, il governo francese, oltre a ritirare l'iniziale proposta di legge e ad implementare nuove normative di stampo sociale, decise,

³⁶ Cfr. A. ANGELI, *Conflitto sociale e decisione pubblica nell'era digitale: il Grand Débat National nella Francia di Macron*, in *Media Laws*, 1/2020.

³⁷ Cfr. P. ROSANVALLON, *Sulla crisi della democrazia*, in *il Mulino*, 4/2020.

³⁸ A. ANGELI, *Conflitto sociale e decisione pubblica nell'era digitale: il Grand Débat National nella Francia di Macron*, cit., 2, che sottolinea «il movimento, tuttavia, non è dotato né di una struttura organizzativa interna di coordinamento né di una leadership e le sue attività sono gestite unicamente attraverso i social media, ed in particolare Facebook, Twitter e YouTube».

³⁹ Secondo la stima riportata in J.Y. DORMAGEN, G. PION, «*Gilets jaunes*», *combien de divisions ?*, in *Le Monde diplomatique*, 1° febbraio 2021, i partecipanti alle proteste dell'inverno 2018-2019 avevano toccato i 3 milioni di persone.

⁴⁰ In particolare, si fa riferimento all'aumento del salario minimo, la defiscalizzazione degli straordinari, il ritiro della proposta di un aumento dei contributi per i pensionati che guadagnavano meno di 2000 euro al mese. Per approfondire si rimanda a R. SORRENTINO, *Macron, le misure contro la collera: aumento del salario minimo e tagli fiscali per lavoratori e pensionati*, in *Il Sole24 Ore*, 10 dicembre 2018.

allo stesso tempo, di avviare il cosiddetto *gran débat national*⁴¹. Tale strumento di democrazia deliberativa, già presente nel diritto pubblico francese⁴², aveva l'obiettivo di coinvolgere la popolazione, da metà gennaio a metà marzo 2019, su quattro tematiche dirimenti quali: sistema fiscale e spesa pubblica, organizzazione dello Stato e dei servizi pubblici, democrazia/cittadinanza e transizione ecologica⁴³. Il risultato è stato il coinvolgimento di milioni di persone che, attraverso internet, assemblee locali e addirittura lettere, hanno potuto esprimere la loro idea su questi temi così importanti per l'assetto economico della società.

Il risultato in termini numerici è stato sicuramente importante: si pensi, infatti, che ci sono stati 1 932 884 contributi online, 10 134 riunioni locali, 16 337 comuni hanno aperto dei *cahiers citoyens*, mentre 27 374 sono state le lettere inviate. La grande partecipazione popolare ha segnato sicuramente un successo per la democrazia, intesa come forma di dialogo e partecipazione dei cittadini, mostrando come effettivamente ci fosse, e ci sia probabilmente tutt'oggi, una grande voglia da parte dei cittadini di sentirsi parte del dibattito pubblico, custodendo anche la voglia e la volontà di incidere sulle scelte nazionali.

L'altra faccia della medaglia di ogni processo di democrazia partecipativa è costituita dalla capacità e dalla volontà delle istituzioni pubbliche di tradurre in norme quanto prodotto durante il confronto tra cittadini. Nello specifico, la grande mole di informazioni, pareri, documenti espressi durante i tre mesi del *gran débat national* lascia comunque in mano all'esecutivo la scelta di quanto e come mettere in atto le direttive espresse dai cittadini. In questo senso, è chiaro come la scarsa vincolatività dei risultati possa minarne l'efficacia sul lungo periodo: «*l'incapacità di soddisfare le ampie aspettative generate, potrebbe dunque essere foriera di nuove tensioni o generare un'ulteriore disaffezione dei cittadini nei confronti della politica*»⁴⁴.

Tuttavia, quello che sembra essere peculiare di tale esperienza è la capacità di ricomprendere la conflittualità economico-sociale dei cittadini all'interno di uno spazio, questa volta non virtuale, permettendo agli stessi di provare ad incidere proprio in quella che abbiamo definito, seguendo l'indicazione di Dicey, la *costituzione economica*. In questo senso, l'aspetto più significativo del dibattito nazionale francese è stata la possibilità di uscire dalle logiche proprie della sfera pubblica digitale cercando nuove strade per la costruzione di un dialogo tra cittadini; per queste ragioni, «*valutarne l'impatto equivale non tanto a giudicare, a livello procedurale, la consequenzialità tra opinioni espresse e decisioni prese quanto, a mio avviso, il grado di condizionamento e di influenza sul decisore pubblico*»⁴⁵. Torniamo, dunque, alla possibilità di creare una

⁴¹ Cfr. A. ANGELI, *Conflitto sociale e decisione pubblica nell'era digitale*, cit.; M. TRETTEL, *Il "grand Débat national": un'altra occasione per riflettere sulla democrazia deliberativa*, in *lacostituzione.info*, 24 febbraio 2019.

⁴² Per una rassegna sull'utilizzo del *débat public* in Francia si rimanda a P. PICIACCHIA, *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in *DPCE Online*, vol. 44, 3/2020.

⁴³ Per un approfondimento si rimanda al sito ufficio dell'iniziativa: <https://granddebat.fr>.

⁴⁴ A. ANGELI, *Conflitto sociale e decisione pubblica nell'era digitale*, cit., 7.

⁴⁵ P. PICIACCHIA, *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, cit., 3221.

legislative public opinion, per la quale i cittadini riescono effettivamente ad incidere sulla normativa nazionale. Risulta di particolare interesse notare come nel caso francese tanto la manifestazione dei gilet gialli, quanto i temi posti al centro del *gran débat national* rientrino proprio all'interno della nozione di costituzione economica, discussa in apertura. Nello specifico, infatti, tematiche come il salario minimo, la transizione ecologica con le sue ripercussioni territoriali e sociali, i servizi pubblici, il sistema fiscale e, ovviamente, la spesa pubblica sono state per un anno al centro del dibattito pubblico francese, non solo nel senso che gli organismi politici tradizionali ne hanno discusso formalmente in Parlamento o nelle altre sedi formalmente preposte, ma soprattutto perché i cittadini, prima in forma di manifestazione (purtroppo anche violenta), poi nei circuiti della democrazia partecipativa, sono stati attori primari di tali temi. Ciò che, dunque, sembra prodursi di innovativo rispetto al passato è la possibilità per le persone di entrare massicciamente nel delineamento dell'opinione pubblica, acquisendo la capacità di influenzare effettivamente il legislatore, anche su temi delicati e complessi come appunto i rapporti tra Stato e mercato.

Dunque, sarà fondamentale analizzare a distanza di tempo, quanto il governo francese ha effettivamente prodotto in accordo con le linee emerse dal dibattito pubblico nazionale; tuttavia, a prescindere da questo, si prefigurano sicuramente nuovi scenari di contatto tra opinione pubblica e ordinamento giuridico, all'interno, ma anche, e forse soprattutto, all'esterno dei *social network*.

5. Conclusioni

In questo lavoro, abbiamo cercato di far emergere come la relazione tra opinione pubblica e legislatore sia stata mutata dall'avvento dei *social network*, i quali hanno, in parte, esacerbato alcuni aspetti già presenti nei dibattiti nazionali, ma, dall'altra, si caratterizzano per possedere determinate caratteristiche proprie, che hanno trasformato le regole del gioco. In particolare, la frammentazione del discorso pubblico, così come la polarizzazione delle opinioni espresse sui nuovi media, sembrano essere entrambe figlie degli algoritmi utilizzati dalle piattaforme *social* per delineare bacheche che riescano ad essere il più possibile aderenti alle preferenze del singolo iscritto. Tale situazione pone chiaramente un importante tema di raccolta dati e orientamento delle opinioni, in quanto i *players* mondiali in questo settore sono un numero davvero limitato, per cui si forma una concentrazione di conoscenza nelle mani di pochi. Tuttavia, come abbiamo già avuto modo di illustrare, bisogna essere cauti nell'invocare più concorrenza in questo settore, in quanto il rischio è quello di creare ulteriori *echo-chambers*, cioè altre camere dell'eco che ci restituiscono sempre più forte la nostra idea, con sempre meno possibilità di interagire con profili di persone che la pensano diversamente da noi, come nei casi citati di Parler o di Gettr.

In tale contesto, l'esperienza francese è simbolo di qualcosa di differente. Nello specifico, essa può essere sicuramente catalogata come un'esperienza condivisa; ciò risulta particolarmente interessante, in quanto quest'ultime sono in forte riduzione a causa

dell'aumentare dell'offerta in termini di proposta di contenuti⁴⁶ che, come sottolineato, tende alla frammentazione. Al contrario, l'organizzazione di questo tipo di spazi ha numerosi aspetti positivi: in *primis*, fungono da collante sociale, in quanto permettono ai cittadini di confrontarsi effettivamente su tematiche comuni. In secondo luogo, le esperienze condivise, soprattutto se mediate da istituzioni pubbliche, possono avvicinare persone che si vedrebbero come estranee, considerandosi così «*reciprocamente come concittadini che hanno speranze, obiettivi e problemi comuni. Questo è un bene soggettivo – sentito e percepito come un bene – per coloro che vi sono direttamente coinvolti. Ma può anche essere un bene oggettivo, specialmente se porta a progetti cooperativi di diverso tipo*»⁴⁷. In questo senso, l'esperienza condivisa, soprattutto se mediata dal settore pubblico, agisce esattamente in mitigazione tanto della frammentazione quanto della polarizzazione, permettendo, inoltre, il formarsi di un'opinione pubblica capace effettivamente di incidere sulle scelte del legislatore.

Dunque, a doverose misure pro-competitive nel mercato digitale promosse dalle istituzioni nazionali e internazionali, chiaramente inserite all'interno di un quadro più ampio di riflessione sul rapporto tra democrazia e *social media*, sarà opportuno affiancare misure che permettano di creare nuovi spazi di condivisione e inclusione, oltre a quelli digitali, ridisegnando così i rapporti tra pubblico e privato e, soprattutto, tra democrazia e costituzione economica.

⁴⁶ Sul punto cfr. C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., 178 ss.

⁴⁷ *Ivi*, 182.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

**UN AN APRÈS, QUELLE RÉVOLUTION NUMÉRIQUE POUR LE
PARLEMENT FRANÇAIS À L'HEURE DE LA CRISE SANITAIRE ?**

CAMILLE RIGHETTI

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. Le début de la crise : la nécessaire adaptation du travail parlementaire, en l'absence de révolution numérique. – 2.1. L'adaptation du travail législatif, sans recourir aux outils numériques. – 2.2. Le recours restreint aux outils numériques dans l'adaptation du contrôle parlementaire. – 3. Un an après : l'impossible révolution numérique dans le fonctionnement du Parlement en temps de crise. – 3.1. Le projet inachevé de révolution numérique dans le travail parlementaire. – 3.2. Le rejet d'une révolution numérique dans le travail parlementaire.

1. Introduction

« Partout où ses membres sont réunis, là est l'Assemblée nationale ». Cet extrait du Serment du Jeu de paume, prononcé à l'aube de la Révolution française, fait écho, de manière surprenante, avec le contexte de la crise sanitaire et ce, pour deux raisons principales.

D'une part, l'idée de révolution peut être transposée aux bouleversements engendrés par la situation inédite de pandémie.

En effet, l'apparition et la progression foudroyante du virus de la Covid-19, dans le monde entier et notamment en Europe, ont profondément modifié le fonctionnement de

nos sociétés modernes¹. La France, comme la plupart des pays européens, s'est mise sous cloche pour mener sa propre bataille contre le virus. « Nous sommes en guerre »² proclame le président français, lors de son allocution du 16 mars 2020, annonçant la mise en place du confinement généralisé sur tout le territoire français pour endiguer la propagation de l'épidémie. Le pays se fige mais ne s'arrête pas : établissements et services indispensables à « l'effort de guerre » continuent à fonctionner. Dès lors, afin de concilier la nécessaire continuité des activités avec ces nouvelles restrictions sanitaires, les secteurs, privés comme publics ont massivement recours aux technologies numériques (télétravail, visioconférence, audioconférence, etc.). Ces modalités d'organisation, qui appartiennent désormais au langage courant, désignent une nouvelle façon de travailler (lorsque, bien évidemment, c'est possible). L'introduction massive des nouvelles technologies dans le quotidien, dans le travail peut être qualifiée de révolution numérique. En effet, en partant de l'acception traditionnelle du terme de révolution – un « changement radical et profond touchant à la vie d'une société »³ –, on peut dire que les sociétés modernes connaissent à l'heure de la crise sanitaire un bouleversement profond. Toute l'organisation est repensée dans l'urgence autour des outils numériques : le travail à distance est mis en place pour éviter toute présence physique sur le lieu de travail. Il devient indispensable pour assurer la continuité des activités tout en assurant la protection de la vie de leurs membres et ainsi préserver la santé publique.

C'est en cela que l'idée de révolution, ici numérique, peut germer dans ce contexte de crise sanitaire.

D'autre part, le Serment du Jeu de paume renvoie également à la question de la réunion des parlementaires à l'heure des restrictions sanitaires.

Le Parlement d'aujourd'hui se réunit, en commissions et en séance plénière, pour voter les lois, contrôler l'action du gouvernement et évaluer les politiques publiques⁴. Cependant, les mesures inédites de confinement ont fait apparaître des problèmes complexes, auxquels les parlements modernes n'ont jamais été confrontés : ils ne peuvent pas se réunir pour des raisons sanitaires. Et cela tient à la particularité même du travail parlementaire : comme l'illustre le Serment du Jeu de paume et comme l'étymologie du nom l'indique, la participation physique et la collégialité dans la conduite des affaires (délibérer et décider) constituent l'essence même d'une assemblée. Toutefois, ne pas se réunir est impensable⁵. Tout l'enjeu est de réorganiser, dans l'urgence, le fonctionnement, des assemblées parlementaires pour que les 577 députés et 348 sénateurs français

¹ Pour un panorama européen des mesures prises pour adapter le fonctionnement des parlements, voir E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE (dir.), *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des parlements en Europe*, Paris, 2020.

² Discours à la Nation du président de la République Emmanuel Macron, le 16 mars 2020.

³ Dictionnaire en ligne de l'Académie française (<https://www.dictionnaire-academie.fr>).

⁴ Article 24 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁵ Même en temps de guerre, le Parlement français ne s'est jamais interrompu. De même, la Constitution actuelle prévoit qu'en période d'exception, que ce soit en situation d'état de siège (article 36) ou encore de pouvoirs exceptionnels du président (article 16), le Parlement doit siéger. Cf. en ce sens, P. JENSEL-MONGE, A. DE MONTIS, *La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la Covid-19 : un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions*, in *Confluence des droits-La revue*, 2020 (<https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1275>).

puissent, dans le respect des mesures sanitaires, assurer la continuité des missions qui leurs sont assignées par la Constitution. Dans un tel contexte, l'idée d'un parlement virtuel a nécessairement émergé : les parlementaires pourraient alors légiférer, contrôler et évaluer à distance⁶. D'ailleurs, l'adaptation des conditions de travail des gouvernements est facilitée par leur configuration réduite, s'accommodant plus rapidement à une réalisation à distance de leurs nombreuses activités, renforcées dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire.

La question centrale de ce propos porte alors sur la réorganisation du Parlement français à l'heure de la crise sanitaire : l'adaptation, dans l'urgence, de ses modalités de fonctionnement est-elle passée par une introduction massive d'outils numériques ? Le cas échéant, évolue-t-il, un an après, dans le sens d'une révolution numérique de son fonctionnement ?

L'étude du bouleversement de la vie parlementaire française à l'heure de la crise sanitaire est ainsi particulièrement intéressante au regard de tous ces paramètres. La question de sa réorganisation amène à étudier, dans un premier temps, les choix initiaux adoptés par les assemblées, notamment l'usage (ou le non-usage) des outils numériques, lors de la première phase de la crise (2). Puis, dans un second temps, il s'agira d'interroger, un an plus tard⁷, l'effectivité de ces choix et d'examiner ceux envisagés pour assurer le fonctionnement du Parlement en cas de crises futures (pas uniquement sanitaire). L'adaptation du travail parlementaire permet ainsi d'assurer la continuité de la vie démocratique, sans pour autant connaître de révolution numérique (3).

2. Le début de la crise : la nécessaire adaptation du travail parlementaire, en l'absence de révolution numérique

La réponse apportée par le Parlement français s'avère être pragmatique, en comparaison avec celles adoptées par divers parlements européens⁸. Pour permettre un travail dans l'urgence et en plein confinement, les assemblées continuent à exercer leurs missions constitutionnelles selon un fonctionnement mobilisant un nombre très réduit de parlementaires, sur la base du principe de la présence physique. Le recours aux outils numériques n'est pas envisagé pour la réalisation des activités législatives (2.1.), ou du moins, ils sont employés de manière limitée pour les activités de contrôle, elles-mêmes restreintes au regard du contexte (2.2.).

⁶ Cette même question s'est posée à l'ensemble des parlements des pays touchés par le virus de la Covid-19. Pour un exposé de la situation italienne, voir, en langue française, A. LECIS COCCO ORTU, *Le Parlement italien à l'ère du Covid-19 : le télétravail comme alternative à l'effacement ?*, in *Confluence des droits_La revue*, 2020 (<https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1374>).

⁷ Le 16 mars 2021 marque tristement le premier anniversaire de l'état d'urgence sanitaire.

⁸ M. D. CREGO, R. MAŃKO, *Parliaments in emergency mode : How Member States' parliaments are continuing with business during the pandemic*, in *European Parliamentary Research Service*, 2020 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649396/EPRS_BRI\(2020\)649396_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649396/EPRS_BRI(2020)649396_EN.pdf)).

2.1. *L'adaptation du travail législatif, sans recourir aux outils numériques*

Dès l'annonce du président de la République de la mise en place d'un confinement généralisé, les parlementaires ont dû se réunir en urgence.

En effet, si les premières mesures pour prévenir la propagation du virus de la Covid-19 ont été prises par décisions ministérielles fondées sur le Code de la santé publique, il a vite été nécessaire d'organiser et de renforcer, par une loi spéciale, les prérogatives de l'exécutif pour lui permettre d'agir de manière rapide et efficace. C'est tout l'objet de la loi du 23 mars 2020 instituant l'état d'urgence sanitaire⁹. Au demeurant, durant la première phase de la crise, l'activité législative s'avère être abondante : il est également nécessaire de voter en urgence toutes sortes de lois pour parer, au mieux, les conséquences sociales, économiques, fiscales engendrées par la situation sanitaire dégradée¹⁰. Toutefois, comme la gravité de la situation l'impose, elles ne sont qu'une validation législative de mesures gouvernementales, organisant la dépossession temporaire du Parlement¹¹, adoptées *via* des procédures accélérées à l'extrême¹² et surtout, avec un nombre très réduit de parlementaires.

En effet, toutes ces lois sont adoptées selon des modalités aménagées de réunion et de vote, en séance plénière comme en commission, établies par la Conférence des présidents de l'Assemblée le 17 mars¹³ et celle du Sénat, le 19 mars¹⁴, afin de concilier la nécessaire continuité de la vie démocratique française avec le respect des mesures sanitaires.

La solution du Parlement est de cette manière profondément pragmatique : étant donné que la présence physique des parlementaires est au cœur de l'activité parlementaire, il s'agit alors de limiter leur nombre au sein des hémicycles, tout en assurant la représentation de l'ensemble des sensibilités politiques. C'est, sans aucun doute, la seule solution envisagée car les assemblées affichent une certaine hostilité envers l'idée d'un parlement virtuel¹⁵. Pour cela, elles se fondent sur le contenu normatif

⁹ La loi n. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 porte création d'un nouvel état d'urgence qui n'existait pas, jusqu'à maintenant, dans l'arsenal normatif français. Cf. A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, in *Semaine Juridique (Édition générale)*, n. 13/2020, 613 ss.

¹⁰ Voir J.-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, *Un Parlement sous assistance respiratoire*, in E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE (dir.), *op. cit.*, 51 ss.

¹¹ Ces nombreuses lois habilite le gouvernement à légiférer par ordonnances, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution.

¹² La procédure accélérée est une procédure d'urgence, activée par le gouvernement, qui lui permet d'abrèger les discussions parlementaires autour de l'examen du texte de loi et, d'obtenir son adoption très rapidement. Cette procédure est un instrument du parlementarisme rationalisé, prévu à l'article 45 de la Constitution. Cf. E. LEMAIRE, *La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire*, in *JP Blog*, 5/7/2021.

¹³ Relevé de conclusions de la Conférence des présidents du 17 mars 2020 (<https://www2.assemblee-nationale.fr/15/la-conference-des-presidents>).

¹⁴ Rapport sur l'activité du Sénat en séance plénière au cours de l'année parlementaire 2019-2020, 165 ss. (http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/seance/rapport_annuel/2019-2020/Tome_I_Presentation_generale.pdf).

¹⁵ Cf., la position opposée du Parlement britannique, V. BARBÉ, *Entre continuité et innovations, la question de l'effectivité de la démocratie à distance*, in E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE (dir.), *op. cit.*, 121 ss.

clair de la Constitution et des règlements des assemblées, qui exigent la présence physique des députés¹⁶. Par ailleurs, il n'existe pas réellement de *quorum* à l'Assemblée et au Sénat, il est alors tout à fait possible de faire voter les lois par un nombre très réduit de parlementaires et donc, de recourir à la pratique de la délégation de vote.

Ce choix pragmatique peut également s'expliquer pour des raisons à la fois historiques, comme peut le rappeler le Serment du Jeu de paume, et technique, relative au principe de sécurité et de sincérité du vote et surtout, de faisabilité à l'échelle de la séance plénière. La symbolique y joue également un rôle primordial : un des risques présentés par la numérisation du travail législatif serait d'altérer le caractère solennel et cérémonial de la délibération parlementaire, affaiblissant ainsi son poids politique sur la scène institutionnelle¹⁷.

Dès lors, à l'Assemblée nationale, chacun des huit groupes parlementaires est représenté par un maximum de trois membres : le président, ou son représentant, et deux députés. Au total, 24 députés ont participé à l'adoption des textes urgents liés à la crise sanitaire. Au Sénat, la présence dans l'hémicycle est limitée, à compter du 24 mars 2020, à 18 sénateurs (trois pour les groupes les plus importants, deux pour les autres, prenant ainsi en compte le poids des groupes)¹⁸.

Les parlementaires, autorisés à participer physiquement aux discussions et aux votes, expriment les voix de tous les membres de leur groupe, qui ne peuvent siéger en raison des jauges sanitaires. Dès lors, et pour compenser cet accès restreint aux chambres, les possibilités de délégation de vote sont élargies. Faisant partie intégrante des pratiques parlementaires, elles posent des questions juridiques qui ne sont pas nouvelles, mais inédites au regard de leur ampleur. En effet, la délégation de vote est un dévoiement du principe constitutionnel de vote personnel¹⁹, mais sa pratique reste tolérée. Tolérée, d'une part, sous les effets de l'ordonnance de 1958 qui l'autorise exceptionnellement²⁰ et, d'autre part, par le Conseil constitutionnel²¹.

Une telle pratique révèle, une nouvelle fois, l'importance du groupe dans notre système parlementaire. Cette tendance existe déjà mais elle se trouve exacerbée par ce contexte inédit : le député ou le sénateur seul trouve difficilement à s'exprimer en dehors du groupe. Le caractère personnel du mandat parlementaire est lui aussi dévoyé. Si

¹⁶ Les règlements du Sénat (à l'article 53) et de l'Assemblée nationale (article 63) prévoient que le vote se fait à main levée et donc, en présence physique.

¹⁷ Pour une réflexion générale, à partir de celle de l'Italie, voir I. CIOLLI, M. LUCIANI, *Le Parlement italien dans la pandémie a eu du mal à maintenir sa centralité vis-à-vis du gouvernement et des régions*, in E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE (dir.), *op. cit.*, 71 ss.

¹⁸ Cette jauge sanitaire augmentera au fur et à mesure des décisions de déconfinement et de l'amélioration de la situation sanitaire. En ce sens, J.-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, *op. cit.*, 53 s. ; pour un aperçu général, E. LEMAIRE (dir.), *Les groupes parlementaires*, Paris, 2020.

¹⁹ Prévu à l'article 27 de la Constitution.

²⁰ Ordonnance n. 58-1066 du 7 novembre 1958 portant loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote.

²¹ Voir, en particulier, la décision n. 61-16 DC du 22 décembre 1961, *Loi organique modifiant l'ordonnance n. 58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote* ; décision n. 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre sociale* ; décision n. 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*.

l'urgence de la situation le justifie, le recours aux outils numériques n'est pas envisagé comme un substitut à la participation (physique) individuelle aux activités législatives²².

Ainsi, la tyrannie de l'instant, propre à tout contexte de crise, exige un centre de pouvoir capable d'agir de manière rapide et efficace : le parlement y est impropre car il se base sur les besoins de temps pour discuter, délibérer et décider. Par manque de temps, de moyens (et sans doute de volonté), la solution d'un fonctionnement en formation restreinte, sans recourir aux outils numériques, apparaît comme la seule solution pour répondre, dans l'urgence, aux besoins législatifs. Et ceci, au prix d'une subordination politique du Parlement par l'absorption de l'essentiel de ses activités législatives par le gouvernement.

2.2. Le recours restreint aux outils numériques dans l'adaptation du contrôle parlementaire

Comme tout état d'exception, l'état d'urgence sanitaire accorde à l'exécutif des pouvoirs étendus pour la gestion de la crise. Dans un régime démocratique, ce renforcement doit s'accompagner d'une intensification des activités de contrôle de son action car, même dans un contexte de crise, le gouvernement demeure soumis aux principes de responsabilité et de transparence de ses activités²³.

Dans la pratique, la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale, en décidant de réduire les activités « aux fonctions essentielles de l'institution »²⁴, conduit à fortement alléger le contrôle des mesures prises par le gouvernement dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire²⁵.

En séance plénière, les activités de contrôle sont limitées aux questions d'actualité au gouvernement²⁶. Elles se déroulent (également) selon les conditions restrictives fixées par les Conférences des présidents : dans la mesure où les questions nécessitent la présence de parlementaires pour poser la question et celle du ministre pour y répondre, ne seront alors physiquement présents dans les hémicycles que les orateurs, les présidents de groupes ainsi qu'un nombre réduit de ministres. Le nombre de questions est alors limité à, au moins, une question par groupe politique, selon l'assemblée concernée²⁷.

²² Cf. J. GRAINDEPICE, *L'incontournable réunion du Parlement en pleine crise sanitaire et les adaptations apportées à son fonctionnement*, in *Les Petites affiches*, n. 84/2020, 14 ss.

²³ Voir M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La fin des apparences. A propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire*, in *Actualité Droits libertés*, 2020.

²⁴ Communiqué de presse de la présidence de l'Assemblée nationale du 16 mars 2020 (<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/informations-et-mesures-relatives-au-coronavirus-a-l-assemblee>).

²⁵ J.-B. JACOB, *A propos d'un inédit familial : le contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire*, in *Les Petites affiches*, n. 85/2020, 6 ss.

²⁶ Dans le respect de l'article 48 de la Constitution.

²⁷ Rapport sur l'activité du Sénat en séance plénière au cours de l'année parlementaire 2019-2020, 164 ss. ; relevé de conclusions de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale du 24 mars. Ces modalités évoluent au gré de l'amélioration de la situation sanitaire du pays et des mesures de déconfinement.

Elles assurent le moment fort de la semaine parlementaire, bien qu'il s'agisse généralement plus d'un spectacle que d'un contrôle de fond, en raison de la forte attention médiatique qu'elles suscitent. Toutefois, la solution de séance de questions en formation restreinte ne permet pas un contrôle approfondi²⁸. Aussi, pour compenser l'interdiction de se rendre dans les hémicycles, les parlementaires privilégient les questions écrites pour interroger le gouvernement, pour la simple et bonne raison que c'est une des seules procédures dématérialisées qui n'exige pas leur présence physique²⁹. Toutefois, le gouvernement n'est pas aussi réactif que les assemblées : l'augmentation du nombre de questions n'est pas accompagnée d'un taux de réponses équivalent, bien au contraire³⁰.

Les commissions permanentes jouent également un rôle très important dans la réalisation de la fonction de contrôle. Du fait de leur configuration réduite, l'adaptation des modalités de travail s'accommode davantage à l'usage des technologies numériques, permettant d'éviter une participation physique. En effet, les activités de contrôle des commissions se déroulent selon une technique hybride, mêlant une présence physique réduite (généralement, la personne auditionnée aux côtés du président et du rapporteur de la commission ou de la mission) et une participation du plus grand nombre en visioconférence³¹. Les auditions des membres du gouvernement, régulièrement menées, les groupes de travail sectoriels, la mission d'information³² constitués à l'Assemblée et les missions de suivi établies par thématiques³³ au Sénat se déroulent selon ces mêmes modalités à distance.

La mise en place d'un contrôle sectorisé, par commission et coordonné, permet d'assurer un suivi plus approfondi, plus exigeant de l'action gouvernementale dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Toutefois, du fait d'une configuration juridique et politique différente à l'Assemblée et au Sénat, l'intensité du contrôle opéré varie. En effet, malgré l'objectif affiché, la mission d'information de l'Assemblée, essentiellement composée et menée par la majorité parlementaire, évitera de mettre en difficulté le gouvernement dans sa gestion de la crise sanitaire³⁴. Le Sénat, quant à lui, n'est pas tenu, ni juridiquement, ni politiquement, de soutenir la majorité présidentielle : au contraire la

²⁸ Cf. J.-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, *op. cit.*, 56 ss.

²⁹ D'ailleurs, une légère augmentation de leur nombre peut être constatée dans les deux assemblées. Voir E. LEMAIRE, *Le Parlement face à la crise du Covid-19*, in *JP Blog*, 2/4/2020.

³⁰ Voir le rapport sur l'activité du Sénat en séance plénière, 174 ss.

³¹ Relevés des conclusions de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale, du 7 avril, 5 mai et 16 juin 2020 (<https://www2.assemblee-nationale.fr/15/la-conference-des-presidents>).

³² La mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus - Covid 19 est créée par la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale le 17 mars ([https://www2.assemblee-nationale.fr/15/missions-d-information/missions-d-information-de-la-conference-des-presidents/impact-gestion-et-consequences-dans-toutes-ses-dimensions-de-l-epidemie-de-coronavirus-covid-19/\(block\)/68849](https://www2.assemblee-nationale.fr/15/missions-d-information/missions-d-information-de-la-conference-des-presidents/impact-gestion-et-consequences-dans-toutes-ses-dimensions-de-l-epidemie-de-coronavirus-covid-19/(block)/68849)).

³³ A la différence d'une mission d'information, les groupes de travail et les missions de suivi ne formulent pas de propositions ni ne produisent de rapports : ce sont des espaces d'échanges entre la majorité et l'opposition, permettant d'informer la commission sur les conséquences pratiques des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire dans les secteurs relevant de la compétence de la commission.

³⁴ Le 3 juin 2020, la mission d'information se dote des pouvoirs d'une commission d'enquête, pendant six mois, en vertu de l'article 5 *ter* de l'ordonnance n. 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires (attribution qui a pu susciter des doutes juridiques). Elle sera dissoute, malgré les nombreuses critiques, le 27 janvier 2021.

Chambre est dans l'opposition depuis le début de la législature actuelle et, en se saisissant pleinement de ses prérogatives de contrôle en cette période d'exception³⁵, elle joue un rôle assumé de contre-pouvoir.

Ainsi, au niveau des commissions, l'usage des outils numériques apparaît précieux pour toutes les activités qu'elles réalisent, autres que législatives. Le contrôle a cet avantage qu'il n'a pas nécessairement besoin de la présence physique des parlementaires ou du moins, pas de l'ensemble de ses membres. Néanmoins, cette dématérialisation du travail parlementaire, principalement en visioconférence, s'est (nécessairement) accompagnée de problèmes techniques : problèmes d'échos, de connexion, de webcam, de débit internet etc. Par ailleurs, elle modifie les rapports de force politique qui peuvent se jouer au moment du contrôle, surtout lors des auditions. Il est vrai que les échanges, par écrans interposés, manquent cruellement de fluidité, ce qui altère le caractère solennel du moment. Sans doute profitant de ces difficultés, le gouvernement aurait fait preuve d'un certain manque de transparence³⁶.

Les moyens de contrôle sont ainsi adaptés mais leur mise en œuvre est (auto)limitée. Si l'usage des outils numériques permet d'assurer un certain contrôle des activités du gouvernement, encore faut-il que les parlementaires se saisissent pleinement de leurs prérogatives de contrôle. C'est d'ailleurs l'une des caractéristiques de la V^e République : la combinaison de la rationalisation et du fait majoritaire, exacerbée par le contexte sanitaire dégradé, participe à brider les activités de contrôle³⁷. Activités sur lesquelles sont apposées, en cette période inédite, des rustines numériques qui ne couvrent pas l'ensemble des fonctions parlementaires. Par conséquent, si le Parlement assure, en ce début de crise, la continuité de ses missions constitutionnelles, ce n'est pas au prix d'une révolution numérique. Ce n'est pas non plus au prix d'une révolution de son fonctionnement. Dans ce cas, le terme de révolution peut recouvrir un autre sens : dans le domaine de l'astronomie, la révolution décrit « un mouvement orbital d'un corps céleste qui repasse à intervalles réguliers par le même point »³⁸. Cette révolution semble mieux coller à l'image du Parlement qui, par intervalles, peut-être réguliers, s'efface au profit de l'exécutif. Certes, son auto-marginalisation est commandée, à l'instar de tout état d'exception, par la gestion de la pandémie³⁹. Cependant, un an plus tard, le Parlement doit mener une réflexion pour se moderniser en profondeur et réinvestir ses missions et ce, en passant par le recours aux nouvelles technologies dans ses activités parlementaires. Toutefois, une telle évolution semble fortement limitée, si ce n'est chimérique.

³⁵ Dans le cadre de ce contrôle, le Sénat emploie, sans doute, l'arme la plus puissante dont dispose le Parlement : le 30 juin 2020, la commission d'enquête pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la Covid-19 et de sa gestion est créée. Elle rend un rapport, en décembre, qui dresse un premier bilan critique, dévoilant des défaillances de l'exécutif dans la gestion de la crise (http://www.senat.fr/commission/enquete/gestion_de_la_crise_sanitaire.html).

³⁶ Cf. E. LEMAIRE, *Le Parlement face à la crise du Covid-19*, op. cit.

³⁷ Ce qui n'est pas propre à la France, voir A. FOURMONT, B. RIDARD, *Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire*, in *Question d'Europe – Fondation Robert Schuman*, n. 558/2020.

³⁸ Dictionnaire en ligne de l'Académie française.

³⁹ Voir F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *L'Assemblée nationale aux temps de la pandémie de covid 19. Si le grain ne meurt...*, in *Revue française de droit administratif*, n. 4/2020, 623 ss. ; T. MULIER, *La crise du Covid-19, reflet des anomalies du fonctionnement de la V^e République*, in *JP Blog*, 11/06/2020.

3. Un an après : l'impossible révolution numérique dans le fonctionnement du Parlement en temps de crise

Afin de tirer les leçons de la crise sanitaire, une réforme du règlement de l'Assemblée nationale est proposée pour anticiper son fonctionnement en temps de crise. Si elle se voulait être innovante, quant aux différentes pistes de modernisation de ses règles d'organisation et de travail (3.1.), le Conseil constitutionnel l'a jugée contraire à la Constitution de 1958. Dès lors, bien qu'une révolution numérique semble ne pas pouvoir aboutir, ou n'est pas envisagée comme le témoigne la réforme du règlement du Sénat, cette réflexion sur le fonctionnement du Parlement révèle des préoccupations grandissantes, et à plus long terme, concernant sa mise à l'écart et la responsabilité du gouvernement, en période de crise comme en période ordinaire (3.2.).

3.1. Le projet inachevé de révolution numérique dans le travail parlementaire

Le 26 janvier 2021, une proposition de résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale⁴⁰ est déposée : elle concerne la réorganisation de l'Assemblée en temps de crise. Son article unique prévoit que, en cas de « circonstances exceptionnelles de nature à affecter de façon significative les conditions de participation, de délibération ou de vote », la Conférence des présidents peut adapter temporairement les modalités de participation, de délibération et de vote des députés aux réunions de commission et de séance publique, « le cas échéant par le recours à des outils de travail à distance, en tenant compte de la configuration politique de l'assemblée »⁴¹.

En effet, la crise sanitaire témoigne de la capacité d'adaptation des institutions parlementaires : les textes d'urgence nécessaires ont été débattus et les missions de contrôle ont pu être maintenues. Cependant, le choix du Parlement d'assurer la continuité de ses missions en formation restreinte montre, un an après, ses limites.

Le système de délégation de vote, par exemple, se révèle être source de frustrations pour les députés qui ne peuvent ni siéger ni s'exprimer en dehors de leur groupe politique. C'est tout le caractère personnel du mandat parlementaire qui est mis à mal. Toutefois, en période ordinaire, ce dévoiement est admis par les règles de fonctionnement des

⁴⁰ Cette proposition est largement issue du rapport rendu, le 12 novembre 2020, par le groupe de travail, chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise, créé par la Conférence des présidents le 5 mai. Cf. S. WASERMAN, *Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise*, 12/11/2020 (<https://www2.assemblee-nationale.fr/15/la-conference-des-presidents/groupe-de-travail/travaux-parlementaires-en-periode-de-crise>) ; et, pour une vision d'ensemble P. BLACHÈRE, *Déconfiner le Parlement ? À propos du rapport du Groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise*, in *La Semaine Juridique (Édition générale)*, n. 51/2020, 2257 ss.

⁴¹ *Proposition de résolution n. 3798 tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise*, 26/1/2021.

assemblées. La crise sanitaire révèle un problème patent qui ne permet plus, ou difficilement, aux parlementaires d'agir seuls en dehors du groupe⁴².

Ce point souligne également les limites quant à la représentativité. En effet, la mise en place de la présence forfaitaire de trois membres par groupe, au plus fort de la crise, est jugée insatisfaisante : la pratique de « vote des textes à deux députés par groupe, dans la période de sidération qui a suivi l'apparition du virus » est « contre nature au regard des règles de proportionnalité usuelles »⁴³. C'est pourquoi la proposition privilégie la règle de la représentation proportionnelle des groupes, en fonction de leur effectif, de manière à véritablement tenir compte de la configuration politique de l'assemblée.

Le point de friction central est représenté par le vote, alors que, curieusement, il est le plus facile à résoudre grâce à la technologie, comme l'illustre certaines expériences étrangères avec la mise en place du vote à distance. Toutefois, si au début de la crise, il n'a pas été envisagé dans le cadre des activités législatives, il est, aujourd'hui, timidement considéré en cas de circonstances exceptionnelles, qui pourraient empêcher l'ensemble des députés de se réunir physiquement⁴⁴. Cette innovation est considérée comme nécessaire par ceux qui estiment que les possibilités offertes par le monde numérique, bien qu'elles ne soient pas une « solution miracle »⁴⁵, peuvent être utilisées pour accroître, plutôt qu'étouffer, l'efficacité des activités législative et de contrôle. En ce sens, la proposition envisage le développement des modalités de participation selon des techniques hybrides, mêlant la présence physique et la participation à distance (notamment pour les députés les plus éloignés de Paris).

La mise en place du vote à distance est toutefois limitée aux scrutins dits à date prévisible. En séance plénière, il s'agit du vote sur l'ensemble d'un texte ou encore, sur une déclaration du gouvernement qui donne lieu à un vote du Parlement (en vertu de l'article 50-1 de la Constitution). En commission, dans le cadre des fonctions de contrôle, les députés pourront procéder à la nomination de rapporteurs ou à l'adoption de rapports d'information à distance. Ces adaptations des modalités de vote doivent se faire dans le respect « des principes du vote personnel ainsi que de clarté et de sincérité du débat parlementaire »⁴⁶, conformément à l'article 27 de la Constitution et aux interprétations du Conseil constitutionnel (notamment de l'article 3 de la Constitution)⁴⁷.

⁴² A l'inverse, l'absentéisme des députés est un phénomène dénoncé depuis de nombreuses années. En période de crise, il continue d'affecter le fonctionnement de l'Assemblée, comme l'illustre le débat sur le suivi de la crise sanitaire qui s'est tenu le 24 mars 2021 dans le cadre de l'une des semaines de contrôle. Il s'est, en effet, déroulé dans un hémicycle quasi-vide, symbole du désintérêt des députés (surtout de l'opposition) face à la politique menée par le gouvernement.

⁴³ *Rapport n. 3893 sur la proposition de résolution de M. Sylvain Waserman et plusieurs de ses collègues tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise (3798)*, 17/2/2021, 20.

⁴⁴ Les promoteurs de la réforme du règlement sont d'ailleurs clairs sur ce point : « même si l'absence totale des députés – et, partant, une dématérialisation complète des procédures – n'est pas une option retenue : l'Assemblée nationale ne saurait fonctionner sans la présence d'un minimum de représentants », in *Proposition de résolution n. 3798*, 3.

⁴⁵ *Ibid.*, 4.

⁴⁶ *Ibid.*, 5.

⁴⁷ Cf. décision n. 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, décision 2005-526 DC du 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*.

Pour le reste, tels que les scrutins à bulletin secret, le vote à distance ne peut être mis en place. Dans le cadre de la procédure législative ordinaire, le vote des amendements (habituellement très nombreux) ou encore le vote des articles de lois en sont exclus car ils ne peuvent être programmés à l'avance, étant intrinsèquement liés à l'évolution des débats, alors qu'ils représentent l'essence même du travail parlementaire. C'est également le cas des votes pour les nominations personnelles, dans le cadre de l'élection du bureau de l'Assemblée, de celui des commissions ou encore lorsque ces dernières se prononcent sur une nomination. En raison de leur solennité, les votes portant sur la responsabilité du gouvernement, que ce soit dans le cadre d'une déclaration de politique générale ou de celui de motion de censure, ne peuvent être pratiqués à distance.

Au demeurant, le vote à distance est déjà pratiqué et bien développé dans plusieurs parlements en Europe et ce, depuis le début de la crise. C'est le cas du Palais de Westminster⁴⁸ ou encore en Belgique. La Chambre de députés belge a modifié, dans l'urgence, dès le mois de mars, son règlement pour permettre le vote à distance en cas de survenance d'une « situation grave et exceptionnelle qui menace la santé publique et qui empêche des membres de la Chambre d'être physiquement présents »⁴⁹. Le vote électronique peut se faire à l'aide d'un logiciel de visioconférence, soit à main levée, soit par un vote nominal réalisé verbalement et vaut, contrairement à la retenue française, pour toutes les procédures (sur les motions de censure, les amendements, les articles d'un texte, etc.). Toutefois, la mise en place d'un tel dispositif semble être facilitée par des règles organisationnelles de travail plus légères (ne serait-ce qu'en matière de rythme de séances) et donc difficilement transposables à l'Assemblée nationale⁵⁰. De même, la forme la plus aboutie du vote à distance est, sans doute, celle mise en place par le Parlement européen, qui a instauré un processus très sécurisé et précisément organisé⁵¹. Toutefois, les mêmes réserves peuvent être émises au regard des modalités d'organisation du Parlement français.

Dès lors, cette réforme du règlement proposée semble pérenniser, pour des situations de crise futures, les solutions adoptées au cours du printemps 2020 (débats réduits, délégation de vote etc.). De plus, le dispositif se fonde sur une notion entendue largement, en cas de « circonstances exceptionnelles », attribuant une grande latitude d'interprétation à la Conférence des présidents pour aménager, elle-même, les modalités de travail et d'organisation à l'Assemblée. En amont, elle doit préalablement informer l'ensemble des présidents de groupes. Dès l'activation du dispositif, une garantie supplémentaire est insérée (jugée insuffisante pour certains⁵²) : il s'agit d'une clause de

⁴⁸ P. EVAN *et. al.*, *Parliaments and the Pandemic*, Londres, 2021.

⁴⁹ Article 42 alinéa 3 *bis* du règlement de la Chambre des représentants.

⁵⁰ Sur la situation belge, voir J. CLARENNE, C. ROMAINVILLE, *Le droit constitutionnel belge à l'épreuve de Covid-19*, in *JP Blog*, 4/5/2020 ; J.-É. GICQUEL, *Organisation des travaux de l'Assemblée nationale en temps de crise : Un texte à retravailler*, in *La Semaine juridique (Édition générale)*, n. 16/2021, 423 s.

⁵¹ Sur la situation du Parlement européen, voir G. RICHARD-MOLARD, *Un Parlement à distance* et K. WELLE, *Protéger les députés et le personnel, assurer la continuité des activités et mettre en œuvre une solidarité concrète*, in E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE (dir.), *op. cit.*, 141 ss.

⁵² Voir les débats autour de l'adoption de la proposition de résolution in *Rapport n. 3893 sur la proposition de résolution de M. Sylvain Waserman*, 9 ss. ; A. FOURMONT, *Parlement de crise ou crise du Parlement ?*, in *Blog Club des Juristes*, 17/3/2021.

revoyure, prévoyant que « tous les quinze jours à compter de leur adoption, la Conférence des présidents se prononce sur le maintien ou la modification des décisions prises »⁵³.

Depuis, la proposition de réforme du règlement a fait l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel, saisi conformément à l'article 61, alinéa 1^{er}, de la Constitution⁵⁴. Pour autant, malgré les quelques avancées suggérées, elle n'aurait pas bouleversé le fonctionnement de l'Assemblée.

3.2. Le rejet d'une révolution numérique dans le travail parlementaire

Par sa décision du 1^{er} avril 2021⁵⁵, le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution la résolution du 1^{er} mars modifiant le règlement de l'Assemblée nationale pour organiser les activités parlementaires en temps de crise.

La décision d'inconstitutionnalité est aussi courte qu'explicite, elle tient en deux motifs : « à l'exception de la mention selon laquelle, le cas échéant, elles peuvent consister en un recours à des outils de travail à distance, ces adaptations ne sont ni limitées ni précisées par la résolution, qui se borne à prévoir qu'elles doivent respecter le principe du vote personnel et les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, lesquels s'imposent en tout état de cause »⁵⁶. Le Conseil considère, dès lors, qu'il ne peut « mesurer la portée des adaptations permises par cette résolution pour exercer le contrôle de constitutionnalité des règles de fonctionnement de l'Assemblée nationale »⁵⁷.

Au demeurant, depuis sa création en 1958, le Conseil constitutionnel n'a prononcé l'inconstitutionnalité d'une proposition de résolution de règlement d'assemblée pour non-conformité totale que 3 fois sur 86 décisions rendues sur le fondement de l'article 61 de la Constitution⁵⁸. Il faut dire que la proposition de résolution s'illustre également par sa brièveté, au motif qu'il n'aurait été « ni nécessaire ni opportun d'inscrire ces modalités dans le Règlement au risque de perdre la souplesse de fonctionnement indispensable »⁵⁹. Ce motif n'est cependant pas retenu par le Conseil.

De plus, en accordant une sorte de blanc-seing à la Conférence des présidents pour déroger temporairement aux dispositions du règlement en cas de circonstances exceptionnelles, sans de réelles garanties, la résolution semble être invalidée pour "incompétence négative". Cette expression, empruntée au contrôle de constitutionnalité des lois, trouve tout à fait à s'appliquer dans la mesure où elle caractérise la situation dans laquelle le législateur « renonce à fixer les règles et les principes fondamentaux et permet,

⁵³ Proposition de résolution n. 3798, 6 s.

⁵⁴ Les règlements doivent obligatoirement faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, sur saisine du président de l'assemblée concernée.

⁵⁵ Décision n. 2021-814 DC du 1^{er} avril 2021, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise*.

⁵⁶ *Idem*, § 6.

⁵⁷ *Idem*, § 7.

⁵⁸ Recensement disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/type/dc-reglement?items_per_page=All.

⁵⁹ S. WASERMAN, *Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise*, 12/11/2020, 18.

explicitement ou implicitement, à une autre autorité d'intervenir à sa place »⁶⁰. De cette manière, et au regard de sa composition, la décision reviendrait aux seuls groupes de la majorité. Le Conseil semble ici agir comme un garde-fou en faveur de l'opposition, pour éviter que les soutiens parlementaires du gouvernement ne dominent sans partage le processus⁶¹.

En revanche, la révolution numérique apparaît empêchée par le juge constitutionnel alors que, paradoxalement, certaines questions, telles que les hypothèses de recours au vote à distance, se trouvent être assez précises⁶². Malgré tout, la proposition de résolution aurait pu être déclarée conforme avec des réserves d'interprétation. Le Conseil pouvait, sans doute, chercher les précisions manquantes dans les débats et rapports afférents à l'adoption de ladite proposition. En réalité, il ne s'agissait que de donner une accroche parlementaire à la pratique⁶³.

Cela étant dit, la brièveté de la décision de non-conformité peut laisser libre cours à de multiples interprétations, mais il apparaît clair que le Conseil joue ici un rôle d'aiguilleur⁶⁴. De cette manière, le juge ne demande pas à l'Assemblée de passer par la voie de la révision constitutionnelle, il ne lui interdit pas non plus d'adopter des dispositions dérogatoires, il lui donne simplement des directives pour revoir sa copie, à savoir d'y apporter plus de précisions⁶⁵. La Chambre peut alors s'engager dans un nouveau chantier réglementaire tout en détaillant, explicitement, les garanties concrètes attachées au respect du vote personnel et au principe de sincérité du scrutin, dans les cas de recours au vote à distance.

Comme à l'Assemblée, un projet de réforme du règlement du Sénat est présenté en avril 2021. Toutefois, à la différence de la chambre basse, aucune innovation sur le plan du numérique n'est envisagée. En effet, la proposition de résolution tendant à modifier le règlement de l'assemblée vise à améliorer le suivi des ordonnances, rénover le droit de pétition, renforcer les pouvoirs de contrôle du Sénat, mieux utiliser le temps de séance publique et renforcer la parité⁶⁶. Il ressort des débats (en réalité, dès le début de la crise)

⁶⁰ A. VIDAL-NAQUET, *L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative*, in *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n. 46/2015.

⁶¹ Cf. J.-É. GICQUEL, *Organisation des travaux de l'Assemblée nationale en temps de crise : Un texte à retravailler*, *op. cit.*, 423 s.

⁶² Cette décision peut révéler un aveu d'impuissance du Conseil face à l'autonomie du droit parlementaire, voir A. GELBLAT, *(Dés)aveu prétorien quant à la mise en place d'un « état d'urgence parlementaire »*, in *JP Blog*, 9/04/2021.

⁶³ Cf. A. FOURMONT, *Révision du Règlement de l'Assemblée nationale : refus du droit parlementaire d'exception*, in *JP Blog*, 25/3/2021.

⁶⁴ La "théorie de l'aiguilleur", selon l'expression du doyen Louis Favoreu, signifie que « le contrôle de constitutionnalité joue le rôle d'un aiguillage en orientant les réformes vers la voie normative adéquate » in L. FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 2/1994, 578. Voir également, du même auteur, *Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, in *Revue de droit public*, 1982, 419 s.

⁶⁵ Ce qui est précisé dans le communiqué de presse de la décision n. 2021-814 DC du 1^{er} avril 2021 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm>).

⁶⁶ *Proposition de résolution n. 545 visant à améliorer le suivi des ordonnances, rénover le droit de pétition, renforcer les pouvoirs de contrôle du Sénat, mieux utiliser le temps de séance publique et renforcer la parité*, 29/04/2021. Elle vise à mettre en œuvre quelques propositions émises par le groupe de travail chargé de réfléchir à la modernisation des méthodes de travail du Sénat, réunit de décembre 2020 à mars 2021. Voir le dossier législatif (<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppr20-545.html>).

une grande opposition envers la mise en place de procédures de vote et de participation à distance⁶⁷. Comme le titre l'indique, la proposition de modification du règlement du Sénat vise à garantir la continuité et, surtout, renforcer l'efficacité de ses activités en période de crise, sans pour autant aborder l'idée d'un Parlement à distance : les sénateurs, même en période de crise, continueront à siéger et travailler normalement.

Par conséquent, un an après la crise sanitaire, le Parlement n'a pas *révolutionné* son fonctionnement, ni d'un point de vue numérique, ni d'un point de vue traditionnel. Il apparaît évident que, pour l'instant, les assemblées entendent la réunion de leurs membres uniquement sur le principe de la présence physique. Toutefois, ce n'est pas tant le problème de l'usage des outils numériques, qui ne saurait être qu'un pis-aller, mais celui de parlementaires qui n'investissent pas pleinement les prérogatives constitutionnelles à leur disposition⁶⁸. Cette critique est caractéristique de la V^e République qui, combinant les effets de la rationalisation du parlementarisme et du fait majoritaire, connaît une prééminence du pouvoir exécutif. En période de crise, cet état déséquilibré des pouvoirs est exacerbé et les défauts du système accentués, au nom de l'urgence de la situation. Cependant, plus d'un an après, la situation sanitaire de la France (et du monde) demeure dégradée, la période d'état d'urgence sanitaire qui est censée être éphémère semble se pérenniser⁶⁹, le Parlement est toujours dépossédé de sa fonction législative, le gouvernement "légifère" par ordonnances tout en étant soumis à un contrôle limité⁷⁰. La véritable révolution que peut alors connaître l'institution parlementaire française est celle d'accepter que « le véritable office d'une assemblée représentative n'est pas de gouverner, elle y est radicalement impropre ; mais bien de surveiller et de contrôler le gouvernement »⁷¹. La réforme du règlement du Sénat est un des nombreux premiers pas en ce sens. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'esprit de la V^e République, mais de redonner aux principes démocratiques de responsabilité et de représentativité tout leur sens, de pousser les parlementaires à investir pleinement leurs prérogatives, en période de crise comme en période normale.

C'est l'un des principaux enjeux auxquels sont confrontés tous les parlements (dans une mesure plus ou moins large) car l'impact de la pandémie de la Covid-19 révèle, une fois de plus, le risque éternel que l'une des branches du gouvernement utilise une situation de crise pour rééquilibrer (ou déséquilibrer) le pouvoir toujours plus en sa faveur.

⁶⁷ Lors des débats en commission portant sur l'examen de la proposition de résolution n. 545, le rapporteur François-Noël Buffet est venu préciser que « le vote à distance est proposé dans les amendements. Le président du Sénat y est profondément hostile. Il est opposé au Parlement virtuel », in *Rapport n. 628 sur la proposition de résolution visant à améliorer le suivi des ordonnances, rénover le droit de pétition, renforcer les pouvoirs de contrôle du Sénat, mieux utiliser le temps de séance publique et renforcer la parité*, 26/5/2021, 55.

⁶⁸ Comme le décrit finement Guy Carcassonne par sa célèbre formule « ce qui manque à l'Assemblée nationale, ce ne sont pas les pouvoirs, mais les députés pour les exercer », in Préface de R. DOSIÈRE, *L'Argent caché de l'Élysée*, Paris, 2007.

⁶⁹ Loi n. 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

⁷⁰ Les ordonnances sont, en effet, devenues une part déterminante de l'activité législative. Sur ce sujet, voir les inquiétudes de la Défenseure des droits, Claire Hédon recueillies in F. CREUX-THOMAS, « Jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, le Parlement donne tout simplement un "blanc-seing" au Gouvernement », in *La Semaine Juridique (Édition générale)*, n. 10/2021, 248 ss.

⁷¹ J.S. MILL, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, Paris, 1877, 135.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LA DISSOLUZIONE DELLO SPAZIO PUBBLICO.
IL FATTORE “TECNOLOGICO” TRA GEODIRITTO E GEOPOLITICA

FRANCESCO SEVERA

SOMMARIO: 1. La tecnica come formante dello spazio digitale. – 2. Il sistema giuridico digitale e il necessario vincolo esterno. – 3. Variabili geogiuridiche, geografiche e geopolitiche. – 4. Una prospettiva anteica per il diritto pubblico.

1. *La tecnica come formante dello spazio digitale.*

Cominciamo da alcune, pur minime, evidenze. Il fattore tecnologico rappresenta a tutti gli effetti un formante della società moderna. Esso non solo si afferma in una dimensione globale, sovrapponendo (e non aggiungendo) allo spazio pubblico nazionale un ulteriore campo di rapporti, economici e culturali (dunque giuridicamente rilevanti), che sfugge ad una compiuta regolamentazione statale, ma ancor più crea nuove soggettività e identità, sganciate dall'appartenenza, sia essa appunto statale o corporativa.

Ciò che forse risulta meno intuitivo è piuttosto la natura di tale elemento di costruzione del tessuto sociale. Ben lontano dall'aver una mera funzione strumentale, esso sottende (nasconde) una specifica e definita formula di ermeneutica della realtà. Su questo, molto dobbiamo alla speculazione filosofica di Emanuele Severino, che identifica nella “tecnica” un elemento destinale per il pensiero europeo e, più in generale, occidentale (un aggettivo che esprime una qualificazione assai incerta e discussa in

realtà)¹. Nella sostanza, quel che dice il filosofo bresciano è che, almeno da Parmenide in poi, la mente dell'uomo europeo non è stata più capace di concepire l'essere come unico ed eterno, ma ne ha piuttosto offerto una rappresentazione binaria, dialettica, oppositiva, intesa dunque a distinguere tra ciò che è e ciò che non è. Il sentiero della notte parmenideo² è tutto fondato su questa idea di passaggio dall'essere al nulla: il divenire che si propone come elemento onnipresente della realtà, così distorcendola. Infatti, se le cose mutano, non conta più ciò che esse sono, ma ciò che potranno diventare, conta la regola del loro mutamento; non la loro ontologia ma la legge che le può trasformare. L'astrazione è la misura della tecnica, che rappresenta lo strumento elevato a espressione massima di potenza. Il fenomeno giuridico non è estraneo a questo processo, ma partecipa della secolarizzazione sganciando sempre più la norma da ogni possibile fondamento trascendente e trasformandola in mera espressione della volontà politica. Il nichilismo si realizza in una cesura tra l'elemento dispositivo di una norma e il retroterra valoriale che essa esprime (o dovrebbe esprimere). È il positivismo kelseniano, che impedisce ogni giudizio di valore su una norma, permettendone unicamente un giudizio di validità³. Tutto ciò, evidentemente, non ha mancato di produrre conseguenze anche nell'ambito più strettamente pubblicistico del fenomeno giuridico.

Lo studio dello spazio pubblico come luogo (vero e proprio τόπος) in cui si incontrano differenti soggetti a cui sono imputate specifiche situazioni giuridiche meritevoli di essere tutelate e che, in quel medesimo spazio, si rapportano con il potere pubblico, portatore dell'interesse collettivo, a volte in opposizione con il legittimo interesse del singolo, si lega logicamente e inevitabilmente all'idea che debba esistere un elemento preposto e preordinato di appartenenza e riconoscimento. Il luogo comune presuppone un νόμος comune, che a sua volta si radica su un ήθος comune⁴. A voler andare al fondo dei processi di costruzione degli ordinamenti giuridici, la coincidenza tra ordinamento e sua localizzazione rappresenta la circostanza fondante e costitutiva di ogni diritto, di ogni νόμος che è la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo⁵.

L'avanzamento della tecnica travolge questo concetto, perché dissolve la stabilità di questo principio e lo sostituisce col continuo mutamento delle condizioni. Il mutare,

¹ Per un approfondimento del pensiero di Emanuele Severino si suggerisce E. SEVERINO, *Essenza del nichilismo*, Milano, 1982 o ancora E. SEVERINO, *Sul divenire*, Modena, 2014. Per le implicazioni della dottrina del filosofo bresciano nel campo del diritto pubblico si suggerisce C. SBAILLO, *Perché l'Europa è condannata a vincere. Premessa allo studio delle ricadute del pensiero di Emanuele Severino nella dottrina giuspubblicistica*, in DPCE online, 2020/4

² Parmenide, in uno dei pochi frammenti rimasti del suo poema in esametri dedicato alla Natura, il II in particolare, traccia due differenti strade per ricercare la verità: la prima, che egli definisce della persuasione e che segue la verità - Πειθοῦς ἐστὶ κέλευθος - Ἀληθείη γὰρ ὀπηδεῖ -, predica l'innegabilità dell'essenza dell'essere, l'impossibilità che egli divenga il nulla, in quanto quest'ultimo non ha essenza; la seconda, che egli definisce il sentiero impercorribile - παναπευθέα -, il sentiero della notte, predica l'essenza del non essere, aprendo all'idea che le cose che sono possano divenire nulla. È proprio partendo da Parmenide che Severino riscrive la storia del pensiero occidentale, che ha percorso, sino alle estreme conseguenze, quella strada oscura che il maestro greco avevo inteso come impraticabile.

³ Su questo N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996.

⁴ Si suggeriscono, sul tema, le straordinarie pagine di M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, 1994, 105 ss.

⁵ Questa la definizione data in C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, Milano, 1991, 59.

come abbiamo visto, è la regola propria della tecnica e lo spazio pubblico non sfugge alla logica progettuale del divenire. Per dirlo brutalmente, all'idea che tutte le cose mutino (passino dall'essere al nulla) segue il fatto che il fondamento delle stesse sia inafferrabile e che dunque si finisca per intendere il divenire stesso quale fondamento. È tutta qui la sostanza del nichilismo occidentale (che non ha risparmiato il diritto), che si esprime nel destino della tecnica, nella creazione incessante delle condizioni per l'efficace perseguimento degli scopi, a prescindere dagli scopi⁶.

La fede nel divenire dà avvio ad una dinamica distruttiva, che da una parte fonda il discorso pubblico, inteso come spazio in cui dare "dignità" alle opinioni degli uomini – a quella *πόλις* che è la dimensione originaria dell'uomo; dall'altra impone la disperata ricerca di un fondamento, di un orientamento a cui convertire la realtà, che però risulta sottoposto ad una indefettibile falsificazione, che sgancia principio e azione. Il tentativo schmittiano di legare il *νομος* all'*Erde* è l'estremo e ultimo sforzo di preservare il diritto dalla secolarizzazione kelseniana. Una missione suicida! Soprattutto perché il filosofo renano non nega il piano inclinato dell'astrazione, ma ne indica solo una forma di resistenza⁷.

Si può dire, dunque, che la tecnica ha creato un surrogato del tradizionale spazio pubblico statale. Internet certo e ancor più i *social networks* rappresentano un luogo di interazione, che ha però caratteri peculiari e totalmente nuovi. Le dinamiche dei rapporti virtuali, l'informazione su sé stessi e sugli altri, la tutela dell'identità personale non si basano su un modello di garanzia (nel costituzionalismo classico i diritti sono posti a garanzia delle libertà dell'individuo davanti al potere dello Stato), ma su un modello partecipativo (l'autocomprensione di sé stessi nella mera partecipazione a quello spazio). In questo senso, il diritto non nascerebbe più da un rapporto, sia esso Stato/individuo ovvero individuo/individuo, ma dalla mera regolazione di una situazione e nella necessaria sanzione di chi non rispetta le regole della partecipazione.

Da queste osservazioni preliminari si comprende bene come il fattore tecnologico e la sua pervasività ponga una sfida di tipo esistenziale alla scienza giuspubblicistica. La sovrapposizione tra spazio pubblico tradizionale e spazio pubblico digitale resta difficile da leggere con le tradizionali categorie del diritto pubblico. La tecnica, infatti, diluisce la componente collettiva della società, che è fondamentale al contrario per delineare la componente etica condivisa della comunità. Distrugge la storicità del diritto, facendone mera interazione convenzionale, contrattuale perfino, tra monadi, negando la complessità dei rapporti tra collettività e singolo. La necessità è allora quella di immaginare un nuovo ruolo per la scienza giuspubblicistica, individuando nuovi strumenti interpretativi e soprattutto cercando di isolare i caratteri essenziali delle nuove declinazioni di spazio pubblico, sì da ricostruire il ruolo scientifico e sociale dello studio delle dinamiche pubbliche. Una prospettiva che non può essere ridotta nell'angusto spazio di un saggio,

⁶ Su questo C. SBALLO, *Sul sentiero della notte. La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*, Pisa, 2020.

⁷ Su questo F. SEVERA, *Resistere o assecondare il nichilismo giuridico. Alcune considerazioni sullo spazio giuridico a partire da un recente studio sul tema*, in *Nomos*, 2021/1.

ma di cui certo si possono tratteggiare gli elementi costitutivi e istituzionali in alcune preliminari osservazioni.

2. Il sistema giuridico digitale e il necessario vincolo esterno.

Siamo nel 2015, quando, in occasione di *Talks at Google*, evento durante il quale l'omonima società californiana permette ai suoi dipendenti di dialogare con importanti personalità del mondo della cultura e della politica, Eric Schmidt, che della Google Corporation allora era amministratore delegato e oggi presidente del consiglio di amministrazione, accolse nella sede del colosso digitale Henry Kissinger, già Segretario di Stato degli Stati Uniti d'America sotto l'amministrazione di Richard Nixon. Schmidt, nell'introdurre il suo ospite, si abbandonò ad un paragone certo immodesto (ma significativo per il nostro studio), sostenendo come sia ben possibile una comparazione tra il libro da lui scritto, *How Google works*⁸, e il grande capolavoro di Kissinger, *World Order*⁹: come in quest'ultimo scritto l'autore ha fornito una straordinaria chiave di lettura degli equilibri geopolitici tra le nazioni, così nel primo si vuole narrare delle logiche e delle nuove dinamiche dello spazio digitale¹⁰.

L'episodio è significativo, poiché tradisce una viva tendenza a rapportare e commisurare con le medesime categorie il "mondo reale" e il "mondo digitale". In un certo senso entrambi sono dei τόποι, degli spazi con una loro autonomia, ma in un rapporto di sovrapposizione (se non di opposizione). Il fattore tecnologico, infatti, ben oltre un mero ruolo funzionale all'ordinamento pubblico, si dispone quale vero e proprio elemento fondativo di uno spazio ulteriore ed estraneo ai processi normativi del primo. Anche quando la tecnica è strumentale alla più efficiente realizzazione di specifiche esigenze pubbliche ovvero quando essa è assimilata e funzionalizzata ai bisogni e agli equilibri propri dello spazio pubblico "tradizionale", mostra comunque la difficoltà di essere completamente ricondotta nei limiti della sovranità statale.

Questo risulta particolarmente evidente se si pensa all'applicazione delle tecniche di valutazione e sfruttamento dei *big data* (di origine soprattutto commerciale) nell'ambito del consenso politico e in prospettiva elettorale. L'idea che si possano intercettare le inclinazioni politiche di un soggetto attraverso l'analisi delle molteplici tracce digitali generate dai sistemi di localizzazione, transazione e interazione digitale rappresenta certo uno strumento formidabile di orientamento politico, capace di definire e veicolare messaggi e stimoli in maniera pervasiva e personalizzata. Cosa che però comporta profonde ripercussioni in tema di diritto alla riservatezza e che, avvenendo nella dimensione globale della rete, sfugge alla mera dimensione politica statale (nazionale),

⁸ E. SCHMIDT – J. ROSENBERG, *How Google works*, New York, 2014.

⁹ H. A. KISSINGER, *World Order*, New York, 2014

¹⁰ L'episodio è citato in A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, Milano, 2020, 320 ss.

lasciando uno spazio di intervento anche a forze esterne, spesso con espliciti intenti destabilizzanti¹¹.

Lo spazio digitale, cioè il complesso di interazioni che la tecnica sviluppa, suggerisce e orienta su scala globale, anche quando è strumentale alle logiche dello spazio pubblico, non è mai pienamente funzionale ad esso né mai ad esso completamente sottoposto. Vive di prospettive ultranee rispetto al campo della sovranità statale (come anche della sovranità sovranazionale e internazionale), si autoregola, spesso in contrapposizione con le regole dello Stato, crea rapporti che sfuggono alla lettura tradizionale che ne dà la scienza giuspubblicistica. A quel chiaro raffronto cioè tra diritto individuale e autorità dello Stato.

Il discrimine appare così evidente. Il problema del governo della tecnica non si comprende pienamente se non è messo in relazione con l'autonomia dello spazio digitale rispetto al tradizionale spazio pubblico. Il primo non potrà mai essere pienamente strumentale al secondo e, nonostante gli ampi spazi di complementarità, il primo non potrà che sovrapporsi al secondo. In questa prospettiva, appare errato parlare di strumenti di controllo dello spazio digitale, quanto piuttosto più puntuale sarebbe definirli quali strumenti di resistenza: appare infatti così sovrumana e tutto sommato illogica la prospettiva di regolazione dello spazio digitale da parte dell'autorità statale, la quale rischia solamente di finire a rotolare con maggiore velocità lungo il piano inclinato del nichilismo. Diverso è ragionare su un controllo degli elementi di influenza dell'uno sull'altro, degli spazi di interazione che tra essi esistono.

La questione dei confini tra spazi di sovranità è stata sempre al centro della dialettica tra Stati nazionali, ma si ripropone in forme del tutto nuove quando ci confrontiamo con la necessità di individuare i limiti tra aree spaziali di influenza che agiscono su piani diversi e ben oltre il dato fisico-naturalistico della frontiera tra territori. Le molteplici relazioni costruite dal fattore tecnologico, per sua natura globale, sfuggono ormai alla singola autorità giuridica dello Stato nazione, tanto che al dato fisico della separazione tra Stati si oppone il libero flusso di informazioni, dati ed economie caratteristico dello spazio globale digitale¹². Una vera e propria contrapposizione. E abbiamo allora, ad esempio, il settore finanziario che sfrutta un'area di operatività per l'appunto senza confini e capace di entrare in connessione ed estrarre valore da qualsiasi settore economico di qualsiasi paese in cui abbia interesse a farlo; abbiamo poi, però, il dato fisico, le persone, i corpi in carne ed ossa, su cui le barriere funzionano, tanto più visibili in un tempo in cui il fenomeno migratorio, sia esso umanitario ovvero economico, sta assumendo dimensioni importanti e richiede soluzioni impellenti. Si può dunque parlare al plurale di spazi pubblici che esprimono una sovranità istituzionale e giuridica statale e che si realizzano in dati confini, contrapposti ad uno spazio pubblico digitale di dimensione globale, che questi stessi confini supera e assorbe sistematicamente.

¹¹ Si veda sul tema L. CALIFANO, *Autodeterminazione vs. eterodeterminazione dell'elettore: voto, privacy e social network*, in *federalismi.it*, 2019/16. Della stessa autrice, L. CALIFANO, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data*, in *federalismi.it*, 2017/9.

¹² Sul tema G. LUEBBE-WOLFF, *Transnational Judicial Interactions and the Diplomatization of Judicial Decision-Making*, in C. LANDFRIED (a cura di), *Judicial Power. How constitutional Courts affect political transformation*, Cambridge, 2019, 366 ss.

Il confine territoriale può essere dunque concettualmente inteso come la realizzazione visibile di una condizione unitaria nel discorso politico e giuridico propria di una comunità; lo spazio digitale si declina, invece, in una molteplicità di singole relazioni, che tendono alla autoregolamentazione binaria o al massimo ad una più ampia regolamentazione di gruppo.

L'inferenza tra le due sovranità spaziali appare anch'essa in una dimensione dialettica. Da una parte gli Stati nazionali tendono a regolamentare le interazioni dello spazio pubblico digitale, sia con sforzi unilaterali sia nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario e pattizio - si comprende bene come la prospettiva unilaterale con difficoltà riesca a fraporsi alla dimensione globale del fenomeno tecnologico, mentre una maggiore efficacia mostra il tentativo di regolamentare a livello multilaterale il fenomeno. Dall'altra, sono le stesse dinamiche dello spazio digitale a sottrarsi al sistema statale e interstatale di regolamentazione, creando una pluralità di "sistemi giuridici globali" che sfuggono al diritto nazionale e internazionale. Non si parla qui di un "leviatano globale", cioè di un gigantesco e sconfinato sistema giuridico che imita in chiave mondiale le organizzazioni degli Stati nazionali, quanto piuttosto di un sistema giuridico propriamente particolaristico, in cui si sviluppano una pluralità di sovranità interattive sì, ma confinate anch'esse, perché agenti nella dimensione "para-comunitaria" di gruppi di utenti che in esse si riconoscono. A tutti gli effetti degli "spazi confinati"¹³, ma spesso non istituzionalizzati, informalmente organizzati, legittimati perché inseriti nel più ampio sistema di appartenenza digitale.

Ora, il fatto che lo spazio pubblico digitale si ordini secondo un modello frammentato, secondo dinamiche parcellizzate e che si atleggiano a una giuridicità che è sostanziale più che formale, che si orienta secondo la pratica e la consuetudine prima ancora che su regole certe, ecco tale suo particolarismo non ne segna una minorità. Non ne esclude il carattere intrinsecamente giuridico e non esclude il fenomeno ad una lettura secondo diritto. In qualche modo, non esiste molta differenza tra questo sistema giuridico digitale e l'ordine giuridico che si sviluppò nell'Europa nei mille anni successivi alla caduta dell'Impero romano d'occidente. In quel vasto periodo, come anche vale oggi per il mondo digitale, l'organizzazione giuridica si realizzava in una pluralità di ordinamenti, «con un recupero della produzione giuridica alla pluralità delle forze dell'esperienza»¹⁴, con una costruzione incerta, alluvionale, perfino informe, ma congeniale ad un mondo complesso e articolato, con un meccanismo di fonti aperto (più di quanto non siano i moderni ordinamenti statali) ai apporti giurisprudenziali, dottrinari e soprattutto consuetudinari. Né più né meno di uno spazio pubblico digitale in cui il concetto di sovranità appare sfilacciato e deviato in un'infinità di rivoli, di declinazioni e dunque di circostanze ed esperienze, in cui l'elemento giuridico è frutto di un'intesa e di una consuetudine tra utenti, di regole concordate o frutto delle autorità di gestione dei singoli servizi di cui si usufruisce.

¹³ L'espressione esatta è "*bordered spaces*", usata più volte in G. LUEBBE-WOLFF, *ult. cit.*, 366 ss.

¹⁴ Così in P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Milano, 2021, 34.

Eppure, va comunque marcata una differenza tra il passato e il presente, che è appropriata diversità terminologica innanzitutto. Nel medioevo il fenomeno giuridico poteva dirsi “ordine”. Infatti, «la società medievale è giuridica, perché si compie e si salva nel diritto, giuridica è la sua costituzione più profonda [...]. A paragone delle risse della disordinatissima superficie contrasta l’ordine della secreta ma presente costituzione giuridica. Un ordine [che] si colloca al di là del potere politico e dei suoi detentori [...] collocato nel terreno fondo e sicuro delle radici supreme, dei valori. Un valore – immanente – la natura delle cose, un valore – trascendente – il Dio nomoteta della tradizione canonica [...] costituiscono un *ordo*, un *ordo iuris*»¹⁵. Il sistema “disordinatissimo” degli ordinamenti confliggenti è calato in un *ἦθος*, in un comune e riconosciuto legame spaziale – la *christianitas* – che condivide valori superiori perfino alla volontà politica contingente. È la distinzione greca tra *νομος* e *ψήφισμα*, tra la legge e i decreti dell’assemblea, la prima ispirata dagli dèi della *πόλις*, i secondi sottoposti ai volatili sentimenti del popolo¹⁶. È il medesimo superstite rapporto che nel diritto costituzionale del secondo dopoguerra lega le Carte costituzionali e la legge.

Ecco, il complesso modello giuridico dello spazio pubblico digitale resta un sistema e non diventa un ordine, proprio perché manca di quell’istanza etica fondativa, del legame spaziale che prima di essere mera disposizione fisica, lo è di condivisione spirituale. Il fattore tecnologico resta al fondo un elemento di natura strumentale, astratto perché non ontologicamente autonomo. La tecnica è pura astrazione, regola di trasformazione, che si impone, sul piano inclinato del nichilismo, come unica chiave di lettura della realtà. Ma certo non modifica la sua natura funzionale: non è un caso che quanti accedono allo spazio digitale non siano definibili in altro modo se non come meri “utenti”, non certo “cittadini”. In questo senso, tale spazio digitale resta al fondo meramente strumentale ad un *ἦθος* (come anche una pluralità di *ἦθοι*) che è estraneo, ulteriore e ultroneo rispetto ad esso. La sua finalizzazione è sempre vincolata all’esterno.

E qui vacilla un concetto che abbiamo dato per scontato fin ad ora in questo lavoro. Se lo spazio pubblico (rilevante ai fini dello studio della scienza giuspubblicistica) si realizza quale espressione visibile (fisica dunque) dell’ordinamento politico e civile di un popolo, cioè derivazione nel reale di un *νομος* condiviso, lo spazio digitale manca di queste caratteristiche, perché mero sistema organizzativo globale, che non esprime un proprio fondamento etico, ma si realizza funzionalmente a *νόμοι* ulteriori e ad esso estranei. È realmente l’espressione destinale massima del nichilismo, in quanto pura espressione di potenza, svincolata da legami, confini e diritto, di cui ognuno (ogni utente) può usufruire. Il governo del fattore digitale, come dicevamo, resta dunque strettamente legato a formule di resistenza e alla regolazione delle finalità d’uso di questo strumento globale, con l’intento di tenere saldo l’ancoraggio fisico di questo ai preesistenti spazi giuridici statali.

¹⁵ Così in P. GROSSI, *ult. cit.*, 27.

¹⁶ Tale discriminazione è ben descritto in M. CACCIARI, *ult. cit.*, 111.

3. Variabili geogiuridiche, geografiche e geopolitiche.

La geografia della tecnica non si manifesta dunque in uno spazio “confinato”, cioè spazio di esercizio della sovranità, limite e definizione del potere, al contempo spazio comunitario e nomogenetico. Al contrario, essa acquista la dimensione di uno spazio “connesso”, che vive di flussi, scambi, connettività, che superano le frontiere fisiche e si consacrano alla metafisica dell’illimitato¹⁷. Da ciò evidentemente deriva che, in questo nuovo spazio di rapporti, la sovranità faccia più fatica ad esprimersi nella sola dimensione statale – sarebbe inadeguata a gestire un complesso di relazioni infinito nel tempo e nello spazio. Nell’ampia corrente delle connessioni digitali, la sovranità viene diluita e in qualche modo viene condivisa su più livelli e per il tramite di più autorità. Almeno a prima vista, il governo del fattore tecnologico implica un superamento dell’ottocentesco concetto dello Stato nazione, già andato in crisi nel secondo dopoguerra, e la costruzione di modelli di sovranità condivisa che superino la mera dimensione statale, facilitando la costruzione di processi di integrazione regionali, come in effetti è l’Unione europea¹⁸.

Eppure, tale prospettiva sembra sottovalutare il carattere funzionale della tecnica, che già prima abbiamo richiamato. In breve, il fattore tecnologico non può fondare un ordine giuridico, perché manca di un fondamento condiviso e si atteggia a mera dimensione funzionale. La regolamentazione dello spazio digitale può avvenire dunque soltanto ove esso venga agganciato ad un ulteriore vincolo ctonio, ad una dimensione spaziale che sia ancora capace di esprimere una sovranità legittimata dall’ethos condiviso di un popolo.

Ora, non si può ignorare come l’esercizio della sovranità presupponga (necessiti di) una legittimazione, di un riconoscimento del potere nella sua istituzionalizzazione e nel suo esercizio. Ben oltre il dualismo bobbio tra legittimazione della sovranità secondo la natura delle cose ovvero secondo il consenso¹⁹, nei moderni Stati costituzionali la sovranità “appartiene al popolo”: «oltre che un fatto di imputazione-legittimazione, la sovranità del popolo segnala il fine dell’organizzazione politico-costituzionale: poiché il popolo si realizza a partire da e mediante la costituzione, i principi supremi sono ciò che permettono a una moltitudine di individui di diventare un popolo. Il processo di unificazione politica, detto altrimenti, si realizza lungo le traiettorie tracciate dai principi costituzionali, vivificati dal continuo riferimento alle forze egemoni della società e agli

¹⁷ Interessante suggestione in questo senso è quella che viene da P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma, 2016: il politologo indiano, naturalizzato statunitense, sostiene che la geografia politica non rappresenti più una chiave di lettura adeguata alla realtà geopolitica di oggi. Al contrario, una geografia di tipo funzionale, cioè fondata sullo studio di strumenti e infrastrutture di connessione, che siano aeroporti, porti, oleodotti o banda larga, potrebbe restituire un quadro più aderente alla complessa rete di rapporti propri del mondo globalizzato.

¹⁸ Parla di “sovranità condivisa” B. CARAVITA, *Letture di diritto costituzionale*, Torino, 2020, 19. Nel contesto del mondo digitale e globale, «la sovranità è condivisa, vive in una sorta di gigantesco condominio, nel cui cortile si affacciano una pluralità di *player*, ognuno in grado di condizionare le scelte dell’altro in modo più o meno significativo». In questa prospettiva, la dimensione regionale (sovranaazionale) appare quella più adeguata a disciplinare lo spazio digitale – così sempre B. CARAVITA, *ult. cit.*, 65 ss.

¹⁹ Teoria sviluppata dal politologo torinese a commento della speculazione filosofica di Thomas Hobbes - si veda N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino, 2004.

interessi che da quelle forze sono selezionati di volta in volta»²⁰. Questa declinazione già implica una resa alla scomposizione nichilista, perché in sostanza concepisce l'ordinamento costituzionale come una regola intesa a presiedere i processi di trasformazione e mutamento della società, del popolo come aggregazione di soggetti abbandonati al divenire. Ciò implica che il popolo possa esistere solo se si pensa giuridicamente; non è preesistente alla Costituzione, non è autonomo portatore di valori, ma si realizza se si riconosce sottoposto ad una comune regola di organizzazione e trasformazione. Ecco allora che, in questa modernità, la dimensione statale reca già nella propria natura quell'impronta di astrazione che le impedisce di offrire un utile aggancio alla dimensione digitale. Ancor meno può mostrare questa capacità una dimensione sovranazionale, se non incardinata in un sistema di condivisione di valori – nel caso del sistema euro-unitario il richiamo dei Trattati istitutivi al rispetto delle identità costituzionali dei paesi membri è di certo espressione di questo tentativo di ancoraggio ad elementi spaziali chiari e condivisi, che però ancora appaiono troppo sfumati²¹. Se ne deduce così la sostanziale incapacità dello spazio pubblico moderno al governo del fenomeno digitale, se non attraverso il recupero di quel *vóμος* costitutivo che solo può rappresentare il retroterra stabile di resistenza al piano inclinato nichilista. In qualche modo, la spinta alla secolarizzazione, che trova manifestazione compiuta nello spazio digitale, non ha risparmiato in realtà lo spazio pubblico tradizionale, in una inversione del concetto di sovranità che vede il popolo ancillare alla regola (alla forza ordinante del diritto) e non la regola costruita in funzione del popolo (l'ordinamento come forza di razionalità e di sintesi della preesistente spinta comunitaria). In questo senso, il rischio è che sia lo spazio digitale a risucchiare lo spazio tradizionale, che cioè l'istanza ctonia, l'aggregazione originaria della potenza, l'istanza politica per eccellenza, sia infine surclassata da altre forze e altri elementi, da altre variabili di potenza.

Tra tutte, la forte presenza nella dimensione digitale di dinamiche essenzialmente privatistiche, che perseguono propri interessi specifici, non da ultimo economici²². Il modello di business su cui si fondano le grandi società tecnologiche (le cosiddette *Big tech*) e la loro dipendenza dalla pubblicità le ha obbligate a sottostare alla necessità permanente di attrarre l'attenzione del pubblico, fomentando l'uso delle applicazioni. Nel già citato campo della propaganda politica si è osservato come la profilazione degli utenti al fine di potenziare l'efficacia dei messaggi elettorali risponda anche a logiche di massimizzazione dei profitti. Vi è un evidente interesse dei colossi societari che gestiscono i *social network* a generare dibattito, radicalizzazione e instabilità, perché questo importa maggiori interazioni, spinge gli utenti ad un interesse frenetico e sempre nuovo per i temi più disparati, che diventano più attrattivi se semplici, condensati,

²⁰ Così A. MORRONE, *Sovranità*, in *rivistaaic.it*, 2017/3, 78.

²¹ Si guardi all'articolo 4.2 del TUE quando afferma che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale». Plurimi sono poi i riferimenti alle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» nel testo degli allegati al TFUE. Sul tema si veda P. FARAGUNA, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

²² Sulle dinamiche delle società tecnologiche nello spazio digitale si veda F. BALAGUER CALLEJÓN, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos*, 2019/3.

divisivi, settari. Problema ulteriore è quello che deriva dagli altri attori globali che utilizzano la rete per i medesimi propositi di instabilità, in funzione di altri interessi, anche geopolitici. Attività questa che indirettamente però favorisce il profitto economico delle Società tecnologiche, le quali con più difficoltà procedono ad azioni di limitazione e repressione del fenomeno; di certo molto meno di quanto invece fanno per sanzionare attività che ritengono possano delegittimare la loro immagine pubblica, in funzione dell'ideologia più diffusa tra i loro utenti. Un sistema di preclusione e censura che sfugge ad ogni possibile controllo esterno e non si fonda, appunto, su elementi di garanzia specifici (se non apparenti e difficilmente assimilabili a forme di garanzie giurisdizionale, come pure qualcuno ha sostenuto), ma su valutazioni di tipo relazionale e di percezione, per evitare che alcune questioni si possano declinare in maniera diversa da quella generalmente accettata dalla maggioranza, così da far perdere credibilità e consenso al privato gestore.

Ancora, per quanto risulti difficile costruire formule di controllo giuridico da parte degli Stati nazionali sullo spazio digitale, ciò non toglie che il fattore tecnologico resti oggi lo strumento più forte della politica di potenza di alcune nazioni; di certo dei due grandi protagonisti dell'attualità geopolitica, gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Popolare Cinese. Lo spazio digitale rappresenta oggi il principale luogo di confronto e competizione tra le potenze mondiali: «oggi come ieri, le nazioni continuano a competere per la supremazia economica o politica. Con l'era digitale, però, queste sfide si combattono con armi ben più sofisticate dei fucili o dei cannoni [...]. Queste armi possono colpire ovunque, in qualsiasi momento e in vari modi: politicamente, socialmente ed economicamente. Per vincere queste battaglie non c'è bisogno di avere alle spalle poderose truppe, e se durante la Guerra fredda esisteva la corsa all'armamento nucleare, oggi esiste la corsa all'armamento digitale»²³. Non è un caso che da internet al microprocessore, dal cellulare a Siri, le tecnologie utilizzate dalle grandi società del *web* sono nate o comunque sono state sviluppate nell'ambito della ricerca militare americana e i futuri sviluppi delle stesse sono strettamente legati alla sperimentazione nel campo della sicurezza²⁴. Ciò significa che le Società tecnologiche sono pur sempre strettamente dipendenti dagli sviluppi propri dell'ambiente militare, se è vero che la spesa federale di Washington in innovazione tecnologica è il doppio di quella del settore privato americano. In questo senso, la dinamica economica può certo andare in secondo piano,

²³ Così J. FORESI - J. CARAVELLI, *I segreti del Cybermondo*, Milano, 2019, 20.

²⁴ In realtà, almeno in origine, il progetto di internet non nasce in ambito militare, ma con finalità di ricerca. È il 1957 quando il presidente Eisenhower, al fine di contrastare lo sviluppo tecnologico sovietico, fonda la *Advanced Project, Research Agency*, che doveva occuparsi di migliorare l'allocazione delle risorse umane e finanziarie dedicate alla ricerca scientifica. In questo ambito nasce il progetto di *internet*, su un'idea del giovane psicologo James Robnett Licklider, con l'idea di creare uno strumento di reperimento di materiale di ricerca consultabile da chiunque in qualunque luogo della terra. Partendo da questa prospettiva enciclopedica, l'ingegnere Larry Roberts sviluppò nel 1967 l'idea dell'*Arpa Net*, il *network* di computer dell'agenzia. Solo nel 1972 tutto passa nelle mani della *Defense Advanced Project, Research Agency*, con specifici e dichiarati scopi militari. Per una puntuale ricostruzione della vicenda si veda A. DI CORINTO, *La vera storia di Arpanet. Attenzione: non nacque come progetto militare*, in *La Repubblica*, 29 aprile 2016.

ove la gestione di questi strumenti tecnologici si riveli strumentale alla stessa politica di potenza²⁵.

Ciò non toglie che il settore privato del tech stia sviluppando una sempre maggiore autonomia, finanziaria e politica, che sovente si scontra dall'interno con l'autorità degli Stati nazione, nel tentativo di condizionarla. Torniamo alla considerazione iniziale su quanto lo spazio globale creato dal fattore tecnologico abbia risucchiato nel vortice nichilista, diluendola, anche la sovranità nazionale. La dimensione globale della società tecnologica, assecondata nell'ambito finanziario dalla creazione della *World Trade Organization* con gli accordi di Marrakech del 15 aprile 1994²⁶, mostrò tutti i suoi limiti con la crisi finanziaria del 2008, che segnò anche un momento di consapevolezza politica, portando allo spostamento di ampie fasce della classe media e operaia occidentale a orientarsi su posizioni antiglobaliste e premiando i movimenti politici a ciò più sensibili. Su questa tendenza però non sembrano esserci passi indietro. L'urgenza politica delle nostre società sembra riuscire con difficoltà a trattenere e gestire il fattore tecnologico, soprattutto a contrastarlo, quale antipotere interno. Il tema è per esempio quello della gestione dei *big data*, come anche quello delle eccessive concentrazioni di capitale finanziario. Proprio in questa prospettiva l'Unione europea ha varato nel 2016 la più avanzata disciplina di garanzia e protezione dei dati digitali (entrata poi in vigore nel 2018)²⁷. Ma interessante è notare come il medesimo problema di contenimento del potere dei *big tech* sia al centro dell'azione del governo della Repubblica popolare. È del marzo 2021 l'ordine impartito dal Presidente Xi Jinping alle autorità di regolamentazione interne di intensificare la supervisione delle società di *internet*, reprimere i monopoli, promuovere una concorrenza leale e prevenire l'espansione disordinata del capitale²⁸. Oggetto dell'azione di contenimento sono i giganti della tecnologia asiatica, quali Alibaba, JD.com e Pinduoduo, come anche Didi Chuxing e Meituan, Huawei e Tencent, che, pur se meno conosciuti in Europa di quanto non siano le americane Google, Amazon, Apple e Facebook, non vantano certo meno potere e influenza. È allora interessante osservare come in questo si stia manifestando un elemento di comunanza tra Stati Uniti e Cina, se è vero che l'amministrazione di Joe Biden guarda con interesse agli elementi di resistenza che la Cina sta sviluppando nella prospettiva di contrasto appena richiamata. Uno degli infiniti paradossi di questo tempo²⁹.

²⁵ Così è accaduto all'inizio del 2021, con la sospensione di Donald Trump da ogni piattaforma *social* in seguito ai fatti di Washington del 6 gennaio. Una scelta che, secondo la ricostruzione di D. FABBRI, *Con lo scempio del Campidoglio il potere è passato agli apparati*, in Limes, 2021/1, è stata imposta ai *Big Tech* dagli apparati di sicurezza degli Stati Uniti, così da inibire ogni ulteriore possibilità di contatto tra il presidente e la sua base elettorale; questo nonostante le lamentele dei social network, preoccupati dalle conseguenze finanziarie di tale decisione.

²⁶ In G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano, 2008, si indicano il 9 novembre 1989, data della caduta del muro di Berlino, e il 15 aprile 1994, data della firma dell'Accordo di Marrakech, che sancì la nascita dell'Organizzazione mondiale del Commercio, come i due momenti che hanno segnato l'inizio del processo di globalizzazione economica e sociale dell'occidente.

²⁷ Si tratta del regolamento GDPR 2016/679.

²⁸ Ne ha dato notizia A. ANNICCHIARICO, *La guerra di Xi Jinping contro le big tech: Alibaba deve cedere i media, Pinduoduo decapitata*, in Il Sole24ore, 17 marzo 2021.

²⁹ Su questo si veda F. RAMPINI, *Fermare Pechino*, Milano, 2021.

4. Una prospettiva anteica per il diritto pubblico.

In buona sostanza, il governo dello spazio digitale implica per quest'ultimo una connotazione pubblica, cioè la concezione di tale spazio come espressione visibile di un *vóμος* condiviso. Una declinazione che è difficile approntare, se è vero che il fattore tecnologico vive in uno spazio sconfinato e si realizza in una forma pura di astrazione, che, se non legata ad un vincolo esterno, si mostra come un vasto oceano di interazioni aperto alle scorribande di corsari e pirati - le variabili di potenza di cui prima parlavamo. In questo senso, lo spazio digitale sfugge al possibile tradizionale studio della scienza giuspubblicistica (sembra al contrario meglio inquadrabile per categorie e disegno dal diritto privato) ovvero si conferma come un oggetto estraneo ad essa per dinamiche e logiche di funzionamento, che va inquadrato dunque secondo categorie nuove e diverse ove si voglia stabilire un modello organico di governo del fenomeno. Le strade possibili sono diverse.

Per dare un retroterra nomogenetico a questo flusso globale di interazioni, si potrebbe innanzitutto pensare ad un "costituzionalismo globale"³⁰, che però sconta la difficoltà oggettiva di recuperare all'unità un panorama internazionale che con difficoltà si potrebbe ricomporre. Non esiste un soggetto che si possa intestare questo tentativo e, soprattutto, che abbia la forza di invertire dall'alto quella "globalizzazione della frantumazione" di cui parla ancora Severino³¹.

Esiste, in realtà, un'alternativa totalmente opposta. L'idea, cioè, di assecondare il piano inclinato nichilista e quindi di inserire il diritto nello spazio digitale come meta-tecnologia. Un diritto funzionale alla pura funzionalità, piena artificialità, dunque, stando alla speculazione di Natalino Irti³². La strada più semplice, forse, per noi occidentali, che da sempre abbiamo a che fare con la potente energia del nichilismo, ma che implica inevitabilmente due conseguenze. Da una parte, la rinuncia al governo del fattore tecnologico, in quanto un diritto funzionale alla logica nichilista non potrebbe che porsi un mero obiettivo di proceduralizzazione, mai di piena regolamentazione e governo, che presuppone invece uno sdoppiamento dei piani tra il regolatore e chi è regolato. Dall'altra, la rinuncia a integrare lo studio di quello spazio, che pubblico non sarebbe, nel campo del diritto pubblico.

Il governo della tecnica si potrebbe realizzare solo creando elementi di resistenza alla dinamica nichilista e, dunque, con l'impegno del diritto pubblico a riattivare un processo anteico³³, cioè di ricongiunzione tra il diritto e l'elemento ctonio, il quale abbiamo visto dovrebbe essere proprio di ogni ordine che non voglia essere mero sistema. Ciò non può che partire dagli Stati nazionali e dal recupero di una sovranità della terra, cioè legittimata da un elemento che sia preesistente e condiviso, sintetico. In questa

³⁰ Su questo L. FERRAJOLI, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino, 2021.

³¹ Così E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998, 60.

³² Su questo N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2006.

³³ Il riferimento è al mito di Anteo, mito di Anteo, il gigante figlio di Poseidone e Gaia, invincibile fin quando poggia i piedi sul suolo terrestre, mentre perde le forze non appena viene sollevato da essa. È il simbolo del legame con la Terra.

prospettiva, ben si potrebbe creare un nuovo ruolo per il diritto pubblico, un nuovo modello di costituzionalismo che sia attento a ricostruire con pazienza le dinamiche di legittimazione degli ordinamenti, che rischiano oltremodo di sfilacciarsi sotto il peso delle nuove dinamiche di potenza attivate dal fattore tecnologico.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

PARLAMENTI VIRTUALI: UNA SOLUZIONE D'EMERGENZA?
RIFLESSIONI IN PROSPETTIVA COMPARATA

FEDERICO SPAGNOLI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Parlamenti telematici: uno sguardo all'emergenza (e oltre). – 2. L'informatizzazione dei pubblici poteri: un trend crescente. Gli effetti della pandemia sui Parlamenti: i casi di studio. – 3. Il Brasile: presupposti tecnici. Il *Sistema de Deliberação Remota*: caratteri e problemi dell'impiego. – 4. La Spagna: presupposti giuridici. L'applicazione estensiva dei regolamenti delle *Cortes* e i suoi limiti. – 5. Conclusioni: un confronto fra modelli. Potenzialità di esportazione: uno sguardo all'Italia.

1. Introduzione. Parlamenti telematici: uno sguardo all'emergenza (e oltre)

Il contributo intende esaminare il ricorso a strumenti telematici per lo svolgimento di sessioni parlamentari a distanza in situazioni di emergenza, tema che ha acquisito rilevante attualità in occasione della pandemia da Covid-19.

A questo fine si adotterà una lettura comparata, confrontando le condotte dei parlamenti di Brasile e Spagna nel corso dell'emergenza sanitaria. In entrambi i paesi vi è stato un rapido e ampio ricorso a modalità telematiche di riunione e votazione che ha consentito la prosecuzione delle attività parlamentari; esso non ha però avuto basi e caratteri analoghi. Si mostrerà come nei due ordinamenti considerati l'adozione di tali strumenti sia stata favorita da presupposti tecnici e giuridici consistenti, rispettivamente, in una sviluppata infrastruttura informatica parlamentare e nella previsione di casi di votazione parlamentare a distanza, che hanno condotto a risultati diversi.

Per inquadrare i temi accennati, la ricerca toccherà i seguenti punti.

In primo luogo si accennerà all'odierna importanza delle tecnologie dell'informazione per lo svolgimento di funzioni pubbliche, specie nell'attuale emergenza; si introdurranno i casi di studio e i loro fondamenti, evidenziando caratteri e problemi dei due modelli; infine, si procederà al confronto (anche alla luce della diversa forma di governo), e si valuterà la loro esportazione in altri contesti, nello specifico la loro possibile adattabilità al caso italiano alla luce di recenti proposte di riforma.

2. L'informatizzazione dei pubblici poteri: un trend crescente. Gli effetti della pandemia sui Parlamenti: i casi di studio

A livello globale è sempre più diffuso il ricorso a strumenti telematici e informatici, messi a disposizione dal progresso tecnologico, da parte delle istituzioni per favorire l'efficiente esercizio di poteri pubblici e la partecipazione democratica.

L'esempio più importante è quello del voto elettronico¹, ossia l'impiego di strumenti elettronici nell'espressione del suffragio², ricco di potenziali punti di forza ma anche di rischi, ad esempio per la sicurezza del voto³. Si pensi poi all'emergere di nuove forme di partecipazione con la c.d. *E-democracy*⁴, o alle applicazioni dell'informatica (non senza perplessità) nella produzione legislativa⁵ o nell'amministrazione della giustizia⁶, volte ad ampliare la partecipazione alla gestione della cosa pubblica e il godimento dei diritti.

La pandemia, comportando diffuse restrizioni a spostamenti e riunioni, ha accelerato il trend⁷, ripercuotendosi sulle attività degli organi pubblici e interessando in particolare i Parlamenti, colpiti nella loro natura di organi collegiali e rappresentativi

¹ Cfr. *ex plurimis*, M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, Napoli, 2020, 237 ss.; N. BRAUN, "E-voting" and external voting, in A. ELLIS, C. NAVARRO, I. MORALES, M. GRATSCHW, N. BRAUN (a cura di), *Voting from Abroad, The International IDEA Handbook*, Stoccolma, 2007, 216-225.

² Distinto in «home vote» e «voto in loco» (M. ROSPI, *Segretezza del voto*, cit., 238, che distingue anche sistemi *on line* e *off line* a seconda che i computer siano collegati o meno) o «remote e-voting» e «polling place e-voting» (N. BRAUN, "E-voting", cit., 217).

³ M. FARINA, *Il diritto di voto alla fermata del "binario elettronico"*, in *Dirittifondamentali.it*, Fasc. 3/2020, 608-637; M. SCHIRRIPA, *Il voto elettronico: strumento di partecipazione ed efficienza o pericoloso marchingegno da evitare?*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1/2019, 37 ss.

⁴ W. D'AVANZO, *Democrazia elettronica. La partecipazione politica ai tempi dei social media*, in *Open Journal of Humanities*, 3(2019), 183 s., la definisce «l'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione a sostegno della partecipazione dei cittadini ai processi democratici più propriamente politici e, dunque, alla determinazione delle scelte pubbliche». Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-democracy)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. 19, N° 3, 2003, 465 ss.

⁵ E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online* 2/2020, 3345-3367.

⁶ E. KATSH, O. RABINOVICH-EINY, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, Oxford, 2017; J. DONOGHUE, *The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice*, in *Modern Law Review*, Volume 80, Issue 6, 995-1025).

⁷ 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*, 6/2020, 216 ss.

legati ai loro luoghi di riunione⁸. In virtù della fondamentale posizione costituzionale delle assemblee, si poneva l'esigenza di contemperare la continuità d'operato con la tutela della salute dei loro componenti. Nell'impossibilità o difficoltà di svolgere sedute fisiche, le assemblee hanno fatto ricorso a diverse soluzioni a livello globale⁹.

Vi sono Paesi dove i Parlamenti hanno sospeso temporaneamente i lavori, per riprenderli al miglioramento delle condizioni sanitarie; Paesi dove si è optato per lo svolgimento di sedute telematiche per non bloccare le attività di normazione e controllo, tanto più necessarie in un periodo di emergenza e inevitabile espansione dell'esecutivo; soluzioni "ibride", dove le riunioni da remoto hanno affiancato quelle in presenza¹⁰.

Una minoranza ha optato per la totale digitalizzazione delle procedure¹¹, e in tale categoria rientrano gli esempi di Brasile e Spagna. La loro rilevanza nasce dal fatto che i due Paesi hanno adottato procedure di votazione che si segnalano per tempestività, originalità e completezza e che sembrano adombrare modelli diversi e manifestare un potenziale di esportazione.

Si esamineranno i casi per evidenziare i fattori che li avrebbero "predisposti" alla pronta attuazione delle riunioni telematiche e delineare sinteticamente le caratteristiche dei rispettivi modelli.

3. Il Brasile: presupposti tecnici. Il Sistema de Deliberação Remota: caratteri e problemi dell'impiego

Venendo al caso brasiliano, in generale gli ordinamenti latinoamericani si sono mostrati propensi, a paragone con le democrazie consolidate¹², a ricorrere a soluzioni tecnologiche per facilitare la partecipazione democratica¹³, nonostante possibili torsioni populiste¹⁴ e antiparlamentari¹⁵ di tali istituti.

⁸ Per L. G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE Online* 2/2020, 2510, «I Parlamenti sono assemblee deliberative e di controllo; il loro ruolo negli ordinamenti contemporanei non è solo quello di approvare leggi, ma anche quello di controllare l'azione dei Governi e incontrarsi come un *forum* pubblico per condurre dibattiti su questioni politicamente rilevanti» (2510), che subirebbe una *deminutio* senza il confronto diretto.

⁹ Cfr. www.ipu.org.

¹⁰ Un quadro d'insieme delle soluzioni adottate nei principali Stati europei ed extraeuropei si ha in L. G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica*, cit., 2513 ss., che evidenzia come un numero ristretto di Paesi (es. Brasile, Estonia) abbia adottato il modello "Virtual Parliament", mentre prevalente si rivela «un modello caratterizzato da forme di ibridazione degli spazi virtuali», con molte possibili declinazioni (es. Francia, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Unione Europea).

¹¹ European Parliament, *Spotlight on Parliaments in Europe, State of COVID-19 Measures in Parliaments*, N° 32-December 2020, 2 sottolineava che «Remote plenary sessions remain the exception rather than the rule» (essendo previste come ordinarie in pochi Stati e nell'Europarlamento), ma pochi mesi dopo (European Parliament, *Spotlight on Parliaments in Europe, State of COVID-19 Measures in Parliaments*, N° 33- February 2021) segnalava un'estensione dell'impiego di strumenti telematici.

¹² Contrasta le due tendenze M. SCHIRRIPIA, *Il voto elettronico*, cit., 38.

¹³ C. MARCHESE, *Il voto elettronico nelle esperienze latinoamericane: il modello brasiliano e quello venezuelano*, in *Federalismi.it*, 6/2020, 223 ss.

¹⁴ Come in Venezuela: C. MARCHESE, *Il voto elettronico*, cit., 231 ss.

¹⁵ Per C. BRUM BERNARDES, C. LESTON-BANDEIRA, *Information vs engagement in parliamentary websites- a case study of Brazil and the UK*, in *Revista de Sociologia e Política*, vol. 24, núm. 59, 2016,

Il Brasile, per via di fattori politici, sociali, economici e geografici (vasta estensione, forti disuguaglianze, normative e prassi favorevoli¹⁶ etc.), si pone da tempo all'avanguardia nel settore della democrazia digitale, come evidenzia l'esteso ricorso al voto elettronico¹⁷ (pur con criticità)¹⁸, preso a modello da altri Paesi¹⁹.

Il Congresso Nazionale ha riconosciuto l'importanza delle tecnologie dell'informazione come ausilio per lo svolgimento delle proprie funzioni e il collegamento con la società²⁰. Ciò ha condotto all'implementazione di un'estesa piattaforma di strumenti a sostegno delle sue attività²¹; spicca il portale *E-democracia*²², istituito nel 2009 presso la Camera dei Deputati, che consente alla cittadinanza di interagire direttamente con i rappresentanti e di partecipare con proposte e indicazioni al procedimento legislativo²³, attraverso il c.d. Wikilegis²⁴.

Si comprende, a partire da queste basi, perché l'assemblea brasiliana si sia mostrata particolarmente reattiva di fronte all'emergenza sanitaria²⁵. Già nel marzo del 2020 la Camera e il Senato hanno provveduto ad istituire con propri atti interni²⁶ il c.d. *Sistema de Deliberação Remota* (SDR), senza basarsi su un esplicito fondamento normativo²⁷. Si offrirà un quadro di insieme della disciplina e delle caratteristiche del sistema.

100, l'impiego della comunicazione digitale potrebbe supplire alla cronica sfiducia nelle istituzioni solo se effettivo.

¹⁶ Come la stessa Costituzione del 1988 (A. ZAGARELLA, *Democrazie digitali e partecipazione: il Brasile come laboratorio*, tesi di dottorato, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, a.a. 2019-2020, relatore T. E. FROSINI, 127 ss.).

¹⁷ C. MARCHESE, *Il voto elettronico*, cit., 225 ss., ricorda che la sperimentazione iniziò nel 1996 e fu generalizzata a livello federale dal 2000. Il sistema si fonda su *software* del *Superior Tribunal Eleitoral* e mira a garantire effettività e libertà del voto. Cfr. *Tribunal Superior Eleitoral, Electronic Voting System [Frequently asked questions]*, Brasilia, 2018.

¹⁸ J. RODRIGUES-FILHO, C. J. ALEXANDER, L. C. BATISTA, *E-voting in Brazil- the risks to democracy*, in R. KRIMMER (a cura di), *Electronic Votes 2006, GI Lecture Notes in Informatics*, Bonn, 2006, 85-94, ritengono che l'adozione non abbia tenuto conto di corruzione e povertà nella società brasiliana.

¹⁹ J. PADGET, *E-Government and E-Democracy in Latin America*, in *IEE Intelligent Systems*, Volume 20, Issue 1 2005, 95.

²⁰ P. M. SANTOS, M. V. ANATOCLES DA SILVA FERREIRA, M. DE MELO BRAGA, M. BERGER BERNARDES, A. J. ROVER, *Governo Eletrônico no Brasil: Análise dos Fatores Críticos de Sucesso e dos Novos Desafios*, in 39 JAIIO, *Anales del SID 2010 Simposio Argentino de Informática y Derecho*, 2046-2057, individuano tre campi: e-Democracia, e-Cidadania, e-Participação.

²¹ Come il c.d. *Laboratorio Hacker*, istituito nel 2013 presso la Camera (C. FERRI SOARES DE FARIA, M. REBHEIN, *A política do parlamento aberto: uma análise crítica da câmara federal brasileira*, in VIII Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasilia, 2015, 20 ss., in www.consad.org.br).

²² <https://edemocracia.camara.leg.br>.

²³ C. FERRI SOARES DE FARIA, M. REBHEIN, *A política do parlamento aberto*, cit., 12 ss. Sulle problematiche v. P. M. SANTOS, M. BERGER BERNARDES, O. MEZZAROBBA, *Democracia Eletrônica: Desafios e Perspectivas*, in *Encontros Internacionais do PROCAD, 2009, Florianópolis. Colóquio sobre a Sociedade da Informação: Democracia, Desenvolvimento e Inclusão Tecnológica, 2009*; C. BRUM BERNARDES, C. LESTON-BANDEIRA, *Information vs engagement*, cit., 95 s.

²⁴ A. ZAGARELLA, *Democrazie digitali e partecipazione*, cit., 146 ss.

²⁵ P. ALMEIDA, *A comprehensive solution for the remote deliberation during the pandemic: The case of the first Country to remote deliberate*, in *Bussola Tech*, ricorda che «From a technological point of view, the solution for the remote committees was ready in 2020».

²⁶ Rispettivamente la *Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020*, 17 marzo 2020 (attuata dall'*Ato da Mesa N° 123, de 2020*, 20 marzo 2020) e *Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020*, 17 marzo 2020 (attuato dall'*Instrução Normativa da Secretaria-Geral da Mesa n° 14, de 2020*, 20 marzo 2020).

²⁷ Si sottolinea (R. SIMÕES NASCIMENTO, *O processo legislativo na pandemia: comentários sobre as mudanças nos ritos para a aprovação das leis pelo Congresso Nacional durante a crise da Covid-19*, in F.

Il SDR risponde al modello “Virtual Parliament”, dove «la presenza di un’infrastruttura tecnologicamente avanzata consente la migrazione di tutte le attività parlamentari nel Cyberspazio, con possibilità di garantire la partecipazione e la votazione da remoto di tutti i membri, sia nelle sessioni plenarie, sia nelle commissioni»²⁸. Gli atti citati davano un inquadramento generale del nuovo sistema e ne dettavano una sommaria disciplina soggetta ad adattamenti in sede di attuazione tecnica²⁹.

Entrambi configuravano il SDR come una soluzione eccezionale e temporanea³⁰, e le sessioni plenarie virtuali erano qualificate come straordinarie³¹. A garanzia di un’integrale digitalizzazione del procedimento legislativo, lo svolgimento da remoto è stato esteso ai lavori delle commissioni della Camera³², mentre al Senato esse hanno dovuto attendere quasi un anno per tornare a riunirsi in forma semipresenziale³³.

Si prevedeva l’impiego di una piattaforma in grado di sostenere la partecipazione audiovisiva di un numero elevato di utenti per un tempo significativo, con la possibilità per ogni parlamentare di partecipare al dibattito e alla votazione, garantendo la sicurezza del procedimento e l’autenticità del voto³⁴. Si optò per la piattaforma Zoom (come in altri Paesi)³⁵, soluzione di mercato prescelta per le caratteristiche tecniche e la rapidità di implementazione³⁶, sotto la supervisione dei tecnici del Congresso³⁷, rendendo possibile uno svolgimento totalmente virtuale delle sedute con il presidente d’assemblea come *host*³⁸. La presenza in aula si limita al presidente e ai tecnici indispensabili ad assicurare un corretto funzionamento degli strumenti³⁹.

LEAL, J.V. SANTOS DE MENDONÇA, *Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e Regulação em tempos de pandemia*, Rio de Janeiro 2020, 357 s.) che i regolamenti delle camere consentono di riunirsi in un luogo diverso dalla sede abituale in casi particolari («Havendo motivo relevante, ou de força maior [...]», Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 1, par. unico; «Em caso de guerra, de comoção intestina, de calamidade pública ou de ocorrência que impossibilite o seu funcionamento na sede [...]», Regimento Interno do Senado Federal, art. 1, par. unico), norme che potrebbero ricevere un’applicazione estensiva alle sessioni telematiche.

²⁸ L. G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica*, cit., 2513.

²⁹ Le due camere hanno realizzato appositi manuali: Câmara dos Deputados, *Virtual Plenary. Strategy and Architecture* (in <https://virtual.camara.leg.br/>); Senado Federal, *Technology Transfer Handbook Remote Deliberation System of the Brazilian Federal Senate*, Brasilia, 2020 (in www.senado.leg.br/).

³⁰ *Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020*; art. 2; *Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020*, art. 1, par. unico.

³¹ *Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020*, art. 4.

³² Con la *Resolução da Câmara dos Deputados N° 19, de 2021*, 12 febbraio 2021.

³³ *Comissões do Senado voltam às atividades após um ano paradas*, in *Agência Brasil*, 23 febbraio 2021.

³⁴ *Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020*, art. 3; *Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020*, art. 2.

³⁵ L. G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica*, cit., 2511 (notando problemi di *privacy* e sicurezza riscontrati in vari casi).

³⁶ Câmara dos Deputados, *Virtual Plenary. Strategy and Architecture*, cit., 9 s.

³⁷ Come consentivano le camere stesse (*Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020*, art. 3, VI; *Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020*, art. 16).

³⁸ Câmara dos Deputados, *Virtual Plenary. Strategy and Architecture*, cit., 10 s.; Senado Federal, *Technology Transfer Handbook Remote Deliberation System of the Brazilian Federal Senate*, cit., 15 ss.

³⁹ Câmara dos Deputados, *Virtual Plenary. Strategy and Architecture*, cit., 11; Senado Federal, *Technology Transfer Handbook Remote Deliberation System of the Brazilian Federal Senate*, cit., 9.

Quanto alle forme di votazione, la soluzione è stata l'impiego di applicazioni *ad hoc*⁴⁰, accessibili da *smartphone* e *computer* del parlamentare⁴¹ mediante un apposito codice⁴²; si prevedevano garanzie per la corretta identificazione⁴³.

Le sedute dovevano trattare in via principale o esclusiva questioni urgenti connesse all'emergenza⁴⁴. Sono state modificate le procedure legislative ordinarie⁴⁵, in particolare dettando un procedimento agevolato per l'esame delle *medidas provisórias* dell'esecutivo⁴⁶. Si è previsto che i progetti di legge fossero sottoposti alle camere attraverso l'*e-mail* istituzionale del parlamentare⁴⁷, e che la trattazione normalmente riservata alle commissioni fosse svolta dal *plenum*⁴⁸.

Grazie al SDR, l'attività di produzione normativa e controllo del Congresso è stata significativa, comprendendo l'adozione di tre emendamenti costituzionali⁴⁹. L'impiego del nuovo sistema ha registrato differenze a seconda dell'assemblea e del momento. Dopo un periodo di votazioni semipresenziali⁵⁰, le camere sono tornate alle riunioni da remoto con la recrudescenza dell'emergenza⁵¹.

⁴⁰ *Infoleg* alla Camera (sviluppata dall'assemblea; *Câmara dos Deputados, Virtual Plenary. Strategy and Architecture*, cit., 2 ss.); *Remote Voting Solution* al Senato (sviluppata da un'azienda privata; Senado Federal, *Technology Transfer Handbook Remote Deliberation System of the Brazilian Federal Senate*, cit., 10 ss.).

⁴¹ *Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020*, art. 3, VIII; *Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020*, art. 15.

⁴² Entrambi i manuali contenevano guide illustrate di queste fasi: *Câmara dos Deputados, Virtual Plenary. Strategy and Architecture*, cit., 3 ss.; Senado Federal, *Technology Transfer Handbook Remote Deliberation System of the Brazilian Federal Senate*, cit., 21 ss.

⁴³ Ad es. scattando un'immagine al momento del voto (*Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020*, art. 11, § 1).

⁴⁴ *Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020*, art. 4, § 2; *Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020*, artt. 3, 5, 6. In entrambe le camere era prevista la possibilità di inserire nel programma dei lavori ulteriori materie.

⁴⁵ Tali previsioni si incontrano soprattutto nei già citati *Ato da Mesa N° 123, de 2020*, 20 marzo 2020 e *Instrução Normativa da Secretaria-Geral da Mesa n° 14, de 2020*.

⁴⁶ *Ato conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, N° 1 de 2020*, 31 marzo 2020. Erano stabiliti limiti temporali e procedurali per l'esame e gli emendamenti. Cfr. R. SIMÕES NASCIMENTO, *O processo legislativo na pandemia*, cit. e Observatório do Legislativo Brasileiro, *O processo legislativo na deliberação remota*, 15 giugno 2006, in <https://olb.org.br>.

⁴⁷ *Ato da Mesa N° 123, de 2020*, art. 13; *Instrução Normativa da Secretaria-Geral da Mesa n° 14, de 2020*, art. 3.

⁴⁸ Esclusione criticata da R. SIMÕES NASCIMENTO, *O processo legislativo na pandemia*, cit., 385 ss., come nociva per la qualità della legislazione e l'organizzazione dei lavori e per l'aumento indebito della discrezionalità del presidente d'assemblea.

⁴⁹ *Emenda constitucional de 2 de julho de 2020* (elezioni municipali dell'ottobre 2020); *Emenda constitucional de N° 108, de 26 de agosto 2020* (regime finanziario degli enti federati); *Emenda constitucional N° 109, de 15 de março 2021* (sempre in materia economico-fiscale). Cfr. R. SIMÕES NASCIMENTO, *É possível emendar a Constituição via deliberação remota durante a calamidade pública?*, in *Jota*, 29 aprile 2020.

⁵⁰ *Congresso vai funcionar de forma semipresencial depois do Carnaval*, in *DIAP*, 9 febbraio 2021; *Senado define regras para semana de trabalho semipresencial*, Agência Senado, 16 settembre 2020. Il secondo caso ha visto l'adozione di una disciplina interna (*Ato da Comissão Diretora N° 9, de 2020*, 15 settembre 2020), mentre per la Camera si è avuto il ritorno in presenza delle commissioni permanenti. Le votazioni continuano a svolgersi in linea di principio secondo il SDR.

⁵¹ *Câmara mantém sessões com deputados em plenário; Senado voltará a regime virtual*, in *G1*, 6 marzo 2021; *Câmara volta a ter sessões remotas para conter proliferação da Covid-19 no Palácio Tapajós*, in *G1*, 31 marzo 2021.

Sebbene la disciplina parlamentare enfatizzi la natura del SDR di soluzione *una tantum*, si registra una differenza di previsioni passibile di aprire la strada a più ampi utilizzi. Mentre alla Camera si stabilisce l'impiego del Sistema solo in via provvisoria per la durata della pandemia⁵², la normativa del Senato allude anche ad altre circostanze tali da rendere di fatto impossibile la riunione dell'assemblea⁵³. Pare che, almeno presso la camera alta, il SDR sia concepito come strumento ausiliario in grado di supplire alle deficienze delle procedure ordinarie in casi di emergenza possibili e al momento imprevedibili.

Tuttavia, la disciplina del SDR non è stata espressamente recepita nei regolamenti parlamentari, sebbene siano state presentate proposte in tal senso⁵⁴.

Riassunti i caratteri principali del modello ed illustrata la sua applicazione, si può cercare di trarne un bilancio.

L'ordinamento brasiliano, grazie alla presenza di un'infrastruttura informatica sviluppata a sostegno del Congresso e della partecipazione popolare, disponeva di un contesto favorevole all'impiego di strumenti telematici di riunione; questi sono stati implementati in modo rapido e completo, consentendo la continuità dei lavori durante l'emergenza.

L'attuazione non è stata senza inconvenienti. L'adattamento delle procedure legislative, pur in parte inevitabile date le circostanze, ha ricevuto critiche, sottolineandosi rapidità e scarsa trasparenza delle votazioni, che avrebbero pregiudicato la consapevolezza dei votanti e l'effettività del dibattito (nonostante le videoconferenze)⁵⁵. In più, si è stigmatizzato il mancato coinvolgimento dei cittadini in un contesto di forti disuguaglianze e da scarsa affezione per le istituzioni⁵⁶, singolare se si considera la citata propensione dell'ordinamento a favorire la partecipazione informatica⁵⁷.

Nonostante ciò, come si vedrà, le soluzioni elaborate nell'esperienza brasiliana sono state reputate significative a livello comparato.

⁵² «Fica instituído o Sistema de Deliberação Remota (SDR), cujo uso é medida excepcional a ser determinada pelo Presidente da Câmara dos Deputados para viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19)» (Resolução da Câmara dos Deputados N° 14, de 2020, art. 4).

⁵³ «O SDR consiste em solução tecnológica que viabilize a discussão e votação de matérias, a ser usado exclusivamente em situações de guerra, convulsão social, calamidade pública, pandemia, emergência epidemiológica, colapso do sistema de transportes ou situações de força maior que impeçam ou inviabilizem a reunião presencial dos Senadores no edifício do Congresso Nacional ou em outro local físico» (Ato da Comissão Diretora N° 7, de 2020, art. 1, par. unico).

⁵⁴ Ad es. il Projeto de Resolução do Senado n° 1, de 2021, 27 gennaio 2021 (<https://legis.senado.leg.br>). Si prevedeva l'introduzione di una «Seção VII. Do Sistema de Deliberação Remota» nel Capitolo XIII del Titolo VIII del Regolamento del Senato. La disciplina riprendeva per la maggior parte quella già dettata in via provvisoria.

⁵⁵ Observatório do Legislativo Brasileiro, *O processo legislativo na deliberação remota*, cit., 8; R. SIMÕES NASCIMENTO, *O processo legislativo na pandemia*, cit., 363.

⁵⁶ Observatório do Legislativo Brasileiro, *O processo legislativo na deliberação remota*, cit., 8.

⁵⁷ Per un coordinamento fra SDR e istituti di consultazione spingono M. TERNI MESTRINER, G. BAMBINI, *Sistema de Deliberação Remota deve vir acompanhado do estímulo à participação social*, in *Jota*, 6 aprile 2020.

4. La Spagna: presupposti giuridici. L'applicazione estensiva dei regolamenti delle Cortes e i suoi limiti.

In parte diverso dall'esempio brasiliano per i fondamenti normativi e per le soluzioni tecniche adottate è il caso della Spagna.

La Costituzione spagnola (art. 79, co. 3) stabilisce che il voto dei membri delle *Cortes Generales* è personale e indelegabile. Il *Tribunal Constitucional* ha sancito un principio di necessaria personalità dello svolgimento di funzioni rappresentative da parte dei titolari di cariche elettive⁵⁸, compreso l'espletamento del mandato parlamentare⁵⁹, alla cui natura peculiare si lega l'ordinario svolgimento in presenza delle sedute parlamentari⁶⁰.

Tuttavia, già prima della pandemia, erano sorte esigenze concrete che si scontravano con un'interpretazione rigida dei principi costituzionali. Si poneva la questione delle parlamentari in caso di gravidanza o maternità⁶¹; oppure condizioni di salute tali da rendere difficoltosa o impossibile la presenza fisica, tutte situazioni personali meritevoli di tutela ai sensi dei valori costituzionali e pertanto passibili di comportare una deroga alle regole generali⁶².

La dottrina e la politica hanno guardato con attenzione a soluzioni straniere, concentrandosi sui modelli del voto a distanza, della sostituzione e della delegazione parlamentare⁶³. Anche nelle Comunità Autonome venivano sperimentati sistemi ispirati a tali schemi⁶⁴.

⁵⁸ *Tribunal Constitucional, Sentencia 19/2019, de 12 de febrero de 2019*, in «BOE» núm. 67, de 19 de marzo de 2019, 27576 ss., FJ, 4: «El ejercicio personal del cargo público representativo es una exigencia que deriva del propio carácter de la representación que se ostenta, que corresponde únicamente al representante, no a terceros que puedan actuar por delegación de aquel. Las funciones que integran el ius in officium han de ser ejercidas, como regla general, personalmente por el cargo público, pues su delegación en un tercero rompe el vínculo entre representantes y representados y afecta por ello al derecho que consagra el artículo 23.1 CE». Un commento si ha in P. MARTÍNEZ SANTA MARÍA, *Las investiduras no presenciales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2019, de 12 de febrero. Impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492-2018. (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2019)*, in *Revista de las Cortes Generales*, N° 107, 2019, 561-573.

⁵⁹ «Por esta razón, los parlamentarios deben, como regla general, ejercer las funciones propias de su ius in officium de forma personal» (TC, n. 19/2019, cit., 27584, FJ, 4).

⁶⁰ «De igual modo, y también como regla general, las actuaciones parlamentarias han de ejercerse de modo presencial. La presencia de los parlamentarios en las cámaras y en sus órganos internos es un requisito necesario para que puedan deliberar y adoptar acuerdos», considerata l'importanza del dibattito ai fini del pluralismo politico (TC, n. 19/2019, cit., 27584, FJ, 4).

⁶¹ Come ricordano S. CURRERI, C. MARCHESI, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee legislative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome*, in *Federalismi.it*, 12/2020, 80, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* esortava a consentire ai titolari di cariche elettive di godere dei permessi di maternità e paternità.

⁶² «[...] el respeto de esta voluntad exige que las funciones representativas se ejerzan personalmente por quien ha sido elegido, salvo excepciones justificadas en la necesidad de salvaguardar un bien constitucional merecedor de mayor protección» (TC, n. 19/2019, cit., 27584, FJ, 4).

⁶³ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios*, in *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Núm 24, 2010, 81-114, constatato come gran parte dei regolamenti parlamentari europei proclamano la personalità del voto, esamina le eccezioni: voto per delega (Francia, Lussemburgo); sostituzione (Francia, Belgio, Paesi Bassi, Portogallo, Stati scandinavi); voto per scritto (Grecia, Germania).

⁶⁴ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Voto parlamentario no presencial*, cit., 94 ss. La delegazione è ammessa in Catalogna, Paesi Baschi e Andalusia, poiché l'art. 79 Cost. vincolerebbe solo le *Cortes*. Le

Per le *Cortes* si giunse ad una modifica dei regolamenti parlamentari con l'introduzione di fattispecie di voto in via telematica⁶⁵. Le modifiche furono adottate nel 2011 dal Congresso dei Deputati (art. 82, co. 2 *Reglamento del Congreso de los Diputados*)⁶⁶ e nel 2013 dal Senato (art. 92, co. 2 *Reglamento del Senado*)⁶⁷ e attuate con atti interni⁶⁸.

Le norme fanno riferimento ad analoghe fattispecie: casi di gravidanza, maternità, paternità o grave malattia che impediscano la presenza fisica del parlamentare alle sedute⁶⁹, ossia i casi di temporaneo impedimento già citati, in un'ottica di uguaglianza sostanziale verso soggetti vulnerabili e di promozione della loro partecipazione politica⁷⁰.

Il ricorso alla nuova modalità di votazione non è libero: il parlamentare deve fare espressa richiesta all'Ufficio di presidenza della camera, indicando le ragioni dell'impedimento e l'intenzione di avvalersene per una o più votazioni specifiche⁷¹. Al Senato deve trattarsi di votazioni insuscettibili di divisione o modificazione, di modo che gli "assenti" siano al corrente degli argomenti del voto⁷². La presidenza, accertata la sussistenza delle «*especiales circunstancias*» giustificative, rilascia l'autorizzazione al voto telematico (specificando i punti all'ordine del giorno e la "finestra" di tempo per votare⁷³).

Tale natura eccezionale si ripercuote sull'espressione del voto. Questo deve essere necessariamente espresso prima di quelli dei presenti⁷⁴, attraverso la *intranet* della camera

forme di voto non in presenza includono modalità telematiche o elettroniche (Andalusia, Comunità Valenciana) o garanzie disposte dalla presidenza d'assemblea (Canarie, Estremadura).

⁶⁵ Come ricordano S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial"*, cit., 81, decisiva fu la positiva sperimentazione a livello autonomico. La delegazione fu scartata per contrarietà con il dettato costituzionale e la sostituzione per le estese riforme richieste.

⁶⁶ *Disposición 13243 del BOE núm 184 de 2011, Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se modifican los artículos 79 y 82.*

⁶⁷ *Disposición 12420 del BOE núm 284 de 2013, Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifican los artículos 92 y 93.*

⁶⁸ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, para el desarrollo del procedimiento de votación telemática; Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, sobre desarrollo del procedimiento de votación telemática en las sesiones plenarias del Senado.

⁶⁹ «En los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria [...]» (*Reglamento del Congreso de los Diputados*, art. 82, co. 2); «En los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave que impidan la presencia de los Senadores en las sesiones plenarias de la Cámara [...]» (*Reglamento del Senado*, art. 92, co. 3). Si noti la formulazione generica nel primo caso, riferita alle sessioni plenarie nel secondo.

⁷⁰ Si stabiliva poi (*Reglamento del Congreso de los Diputados*, art. 79, co. 3; *Reglamento del Senado*, art. 93, co. 3) che i parlamentari autorizzati al voto telematico fossero contattati fra i presenti alla votazione.

⁷¹ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 1; Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, art. 1.

⁷² *Reglamento del Senado*, art. 92, co. 3; Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, art. 5 «[...] - asuntos que permitan adelantar la emisión del voto porque no son susceptibles de modificación en el Pleno y se votan en sus propios términos. — asuntos que no puedan votarse separadamente en diversos apartados, artículos o enmiendas».

⁷³ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 2, co. 1; Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, art. 3, co. 2.

⁷⁴ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 2, co. 1 (il voto non può essere autorizzato meno di un'ora prima della votazione in presenza); Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, art. 7, co. 1 (il voto può essere espresso fra la ricezione dell'autorizzazione e l'inizio o ripesa della plenaria).

di appartenenza⁷⁵; a garanzia di autenticità, deve essere corredato dalla firma digitale del votante⁷⁶ e comprovato (alla Camera) per telefono⁷⁷. Tale ultima previsione è stata criticata come un appesantimento forse eccessivo della procedura⁷⁸.

Il parlamentare può chiedere di votare in presenza solo se non esercita o ritira il voto telematico⁷⁹; si prevedono forme speciali per il voto segreto⁸⁰.

La procedura, pur non potendo vantare l'infrastruttura del Congresso brasiliano, assicurava strumenti di digitalizzazione dei lavori e una normativa espressa a governarne l'uso, che si sarebbero rivelati fattori di vantaggio con l'emergenza sanitaria.

Quando nel marzo 2020 emersero i primi contagi nelle *Cortes* vi fu la sospensione dei lavori⁸¹. Tuttavia, fu presto deciso con atti delle presidenze delle camere⁸² di estendere il ricorso al voto telematico a tutti i parlamentari sulla base di un'interpretazione estensiva dei regolamenti, al fine di conciliare l'obbligo di presenza e la garanzia di continuità di operato delle *Cortes* con la tutela della salute e l'equilibrio fra gruppi parlamentari⁸³.

A differenza del Brasile, non furono adottati strumenti di videoconferenza, ammessi solo in casi eccezionali, anche per l'assenza di un supporto tecnico adeguato⁸⁴. In più, nonostante la generalizzazione *de facto*, formalmente restava la natura casistica del voto telematico, per cui non è mai venuta meno la possibilità di presenziare fisicamente alle sedute. La gran parte dei parlamentari si è avvalsa del voto a distanza per le sedute plenarie (per le commissioni il ricorso a strumenti telematici è stato scarso o assente)⁸⁵.

L'adesione si è rivelata ampia nel Congresso dei Deputati⁸⁶, chiamato più volte a votare l'autorizzazione al rinnovo dello stato d'allarme dichiarato e prorogato dal Governo *ex art.* 116, co. 2 Cost⁸⁷. Si poneva la necessità per la camera di continuare a

⁷⁵ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 3 (ogni deputato possiede un proprio indirizzo di accesso)

⁷⁶ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 3.

⁷⁷ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 4.

⁷⁸ S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial"*, cit., 86.

⁷⁹ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 6; Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, art. 4, co. 4-5.

⁸⁰ Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, art. 8; Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, art. 9, co. 3-4.

⁸¹ Di una «fase de incertidumbre» parlano A. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, I. NAVARRO MIEJÍA, *La actuación de las Cortes Generales durante el estado de alarma para gestión de la crisis de COVID-19*, in *Revista de las Cortes Generales*, N° 108, 2020, 259.

⁸² Una decisione della *Mesa* del Senato del 12 marzo ed una della *Mesa* del Congresso del 19 marzo 2020 (P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19*, in *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, N° Extra 8, 2020, 21 e 23).

⁸³ S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial"*, cit., 88. Il primo contagio nel Congresso riguardò un deputato di VOX, con conseguente quarantena dell'intero gruppo.

⁸⁴ A. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, I. NAVARRO MIEJÍA, *La actuación de las Cortes Generales*, cit., 283.

⁸⁵ A. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, I. NAVARRO MIEJÍA, *La actuación de las Cortes Generales*, cit., 264 s. e 268 ss.

⁸⁶ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis: actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID19*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, 30 ss.

⁸⁷ *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19* e successive proroghe.

svolgere le proprie funzioni (anche per la conversione dei *decretos-leyes*)⁸⁸. Il ricorso al voto telematico è stato minore al Senato⁸⁹, forse anche per il suo minor coinvolgimento nella gestione dell'emergenza.

Come in Brasile, ha prevalso la trattazione di questioni urgenti, e il ricorso al voto telematico è dipeso dalle condizioni sanitarie: dopo la "prima ondata" le *Cortes* sono tornate ad operare parzialmente in presenza⁹⁰. Anche il Governo⁹¹ e le istituzioni di alcune Comunità Autonome⁹² sono ricorsi a riunioni a distanza.

Tuttavia, la soluzione presenta perplessità, specie in ottica futura. Si fonda su un indirizzo interpretativo privo di formale base normativa, anche se sono state avanzate proposte di riforma volte anche ad altre eventuali emergenze⁹³. In secondo luogo, l'istituto si è rivelato poco adatto all'uso su larga scala, nonostante il tentativo di semplificare la procedura di autorizzazione⁹⁴.

Un limite è dato dalla restrizione all'espressione del voto, senza poter partecipare al dibattito. Poiché, al contrario del Brasile, le sedute "telematiche" delle *Cortes* hanno visto una partecipazione fisica, ciò ha comportato una disparità di trattamento rispetto ai presenti in aula, perlopiù i capi dei gruppi parlamentari⁹⁵.

Se non si può non riconoscere l'importanza dell'esempio spagnolo come "apripista" del voto telematico a livello europeo e di tale *background* come base per affrontare

⁸⁸ A. I. DUEÑAS CASTRILLO, *Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por covid-19*, in M. PALOMA BIGLINO CAMPOS, J. F. DURÁN ALBA (a cura di), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 2021, 43-58.

⁸⁹ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Actividad y funcionamiento*, cit., 23 s.

⁹⁰ *El Congreso estrena su "nueva normalidad"*, in *El País*, 1° giugno 2020.

⁹¹ *Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*.

⁹² P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *La ductilidad del Derecho Parlamentario*, cit., 277 ss.; J. M. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Las sesiones telemáticas de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y las entidades locales más allá de la crisis del COVID-19, con especial referencia a la innovadora experiencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, in *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n. 117, 2020, 505-532.

⁹³ 410/000006 *Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 (Grupo Parlamentario VOX)* in *Boletín Oficial de Cortes, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B: Proposiciones de ley, 6 de abril de 2020, Núm. 76-1, 1ss.*; 410/000007 *Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se habilita la posibilidad de llevar a cabo la actividad parlamentaria por medios telemáticos de manera temporal y en situaciones extraordinarias (Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos- En Comú Podem-Galicia en Común)*, in *Boletín Oficial de Cortes, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B: Proposiciones de ley, 17 de abril de 2020, Núm. 80-1, 1 ss.* La prima proposta si riferiva a «situaciones extraordinarias» dichiarate dalla *Mesa*, «en especial, aquellas situaciones que hagan imposible o muy difícil el mantenimiento del desarrollo ordinario de las sesiones de la cámara», consentendo una partecipazione in presenza limitata e proporzionale per gruppi. La seconda si applicava a casi in cui la «capacidad de desplazamiento de los Diputados y del personal del Congreso y/o su acceso a la sede se vean gravemente afectados como consecuencia de catástrofes naturales o climáticas, accidentes graves a gran escala, crisis sanitarias o parálisis de los servicios públicos esenciales, o cuando se hubieran declarado los estados de alarma, de excepción o de sitio recogidos en el artículo 116 de la Constitución española», e prevedeva il passaggio a procedure telematiche (con videoconferenza) con decisione a maggioranza dei 2/3 della *Mesa*. Le proposte sono state ritirate.

⁹⁴ A. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, I. NAVARRO MIEJÍA, *La actuación de las Cortes Generales*, cit., 285.

⁹⁵ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *La ductilidad del Derecho Parlamentario*, cit., 307.

l'emergenza, il modello continua a risentire della sua natura essenzialmente eccezionale e provvisoria.

5. Conclusioni: un confronto fra modelli. Potenzialità di esportazione: uno sguardo all'Italia

Sulla base delle ricostruzioni svolte, si procederà al confronto conclusivo fra i due modelli esaminati di applicazione di strumenti telematici a procedure parlamentari. Pur avendo entrambi lo scopo di consentire alle assemblee di continuare a svolgere le proprie funzioni durante la pandemia, i modelli di Brasile e Spagna presentano somiglianze e differenze, dovute sia agli strumenti adottati che al contesto politico-costituzionale.

Entrambi si sono caratterizzati per una reazione relativamente rapida all'emergenza grazie all'esistenza di specifici presupposti. In Brasile essi coincidevano con un *favor* verso forme di partecipazione informatica ai procedimenti democratici e la presenza di un'efficiente infrastruttura tecnica a sostegno del Congresso; in Spagna si ha un fondamento normativo per il voto a distanza, pur se su base casistica, allo scopo di assicurare l'uguaglianza sostanziale fra parlamentari.

Sul versante tecnico, i due ordinamenti hanno introdotto sistemi di votazione assistiti da garanzie di identificazione dei votanti, ma in Brasile si è scelto di trasferire integralmente la partecipazione dei parlamentari a livello telematico, mentre in Spagna si è optato per un procedimento "ibrido" (con un numero di presenti in aula non trascurabile). Il Congresso brasiliano ha implementato un sistema di videoconferenza che ha permesso di digitalizzare (con dei limiti) il dibattito, mentre nelle *Cortes* la partecipazione alla discussione è limitata ai presenti.

I due sistemi si configurano come strumenti di emergenza, privi di espresso fondamento nei regolamenti parlamentari (anche se quello spagnolo si è basato su una loro interpretazione estensiva). Il loro sviluppo e impiego hanno risentito delle diverse propensioni costituzionali dei due ordinamenti (in un caso per la garanzia della partecipazione democratica in via telematica, nell'altro per la tutela di situazioni di bisogno personale del parlamentare) e delle diverse forme di governo.

Nel sistema presidenziale brasiliano, caratterizzato da una netta separazione fra poteri, l'inerzia del Presidente nella gestione dell'emergenza ha aperti spazi di protagonismo per il Congresso⁹⁶; ciò può aver favorito modalità telematiche di riunione e decisione estese ed efficienti, volte ad assicurare un'ampia ed effettiva partecipazione alle forze politiche. La preminenza del Governo nel parlamentarismo spagnolo (accentuata nella vigenza dello stato d'allarme)⁹⁷ ha determinato un ruolo delle *Cortes* principalmente di assistenza e controllo sulle misure dell'esecutivo, soprattutto per il

⁹⁶ L. ANDREASSA, *O protagonismo do Congresso Nacional na aprovação de leis no Brasil*, in *Politize!*, 5 novembre 2020.

⁹⁷ *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*, art. 7.

Congresso dei Deputati⁹⁸. Ciò avrebbe reso prioritaria l'espressione del voto rispetto alla necessità di un dibattito telematico, adattandosi alle modalità di voto a distanza già previste.

Infine, l'attitudine all'esportazione è stata diversa. Il Congresso brasiliano, che già prima della pandemia ambiva ad un ruolo *leader* nella promozione dell'*e-democracy*, ha apertamente proposto le proprie soluzioni come modello da seguire⁹⁹. In altri Paesi dell'America Latina (es. Cile, Ecuador, Paraguay) vi è stata l'adozione di analoghe procedure di voto, anche con l'assistenza tecnica del Congresso¹⁰⁰. Il modello spagnolo, pur degno di nota, non pare aver esercitato un influsso comparabile nel contesto europeo, dove appare come una fra le soluzioni "ibride" sperimentate (ad es. nel Parlamento Europeo).

In conclusione, si farà un cenno alla situazione italiana, dove, nonostante le discussioni in dottrina¹⁰¹, il Parlamento ha continuato a riunirsi e operare in presenza.

Si segnala una proposta all'esame della Giunta per il Regolamento della Camera dei Deputati, volta ad introdurre procedure telematiche di voto e partecipazione parlamentare¹⁰². Essa si ispira all'esempio spagnolo¹⁰³, attribuendo all'Ufficio di Presidenza il compito di determinare i casi in cui i singoli deputati possano chiedere di partecipare a sedute dell'Assemblea, di Giunte e Commissioni e votazioni secondo procedure telematiche e concedere l'autorizzazione, specificando le votazioni e l'intervallo di tempo interessati¹⁰⁴. Per l'implementazione si allude a «procedure telematiche che assicurino la personalità, la libertà e la sicurezza del voto». L'espressa menzione di una partecipazione telematica ai lavori, oltre che alle votazioni, potrebbe alludere all'adozione di modelli di videoconferenza come quelli sperimentati in Brasile o nel Parlamento Europeo¹⁰⁵.

⁹⁸ Controllo ritenuto insufficiente da A. I. DUEÑAS CASTRILLO, *Las relaciones Parlamento-Gobierno*, cit. *Contra* S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial"*, cit., 91.

⁹⁹ Senado Federal, *Technology Transfer Handbook Remote Deliberation System of the Brazilian Federal Senate*, cit., 7.

¹⁰⁰ ParlAmericas, Directorio Legislativo, *COVID-19: El desafío de adaptar y fortalecer el rol de los Congreso. Un análisis desde la perspectiva de Parlamento Abierto*, Abril 2020, in www.parlamericas.org.

¹⁰¹ A favore del voto a distanza ad es. S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, Fascicolo 3/2020, 235 ss.; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio Aic*, Fasc. 3/2020, 23-32; P. VILLASCHI, *Seconda ondata Covid-19: è tempo per un Parlamento in smart working? Riflessioni a partire dalla proposta di riforma del Regolamento della Camera*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, Fasc. 1/2021, 100-120, che non ritengono di ostacolo la nozione di "presenza" ex art. 64, 3° Cost. F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *Federalismi.it*, 18/2020, 26-48, individuano il rischio di non tenere conto «della complessità e delicatezza dei procedimenti che innervano la democrazia parlamentare».

¹⁰² Camera dei Deputati, *Doc. II, n. 15, Proposta di modificazione al Regolamento (Articolo 48-ter: Partecipazione ai lavori parlamentari ed esercizio del voto secondo procedure telematiche)*, d'iniziativa dei deputati Ceccanti, et al., 1° ottobre 2020.

¹⁰³ Definito «un modello già ben sperimentato di risoluzione di questi problemi»; Camera dei Deputati, *Doc. II, n. 15*, cit., 2).

¹⁰⁴ Camera dei Deputati, *Doc. II, n. 15*, cit., 3.

¹⁰⁵ Aspetto lodato da P. VILLASCHI, *Seconda ondata Covid-19*, cit., 117.

Emerge l'apertura verso modelli esterni di ripensamento dello spazio e delle funzioni del Parlamento¹⁰⁶, anche se parte della dottrina ha espresso dubbi sull'indeterminatezza delle fattispecie di applicazione¹⁰⁷. Come hanno mostrato le diversità fra il caso brasiliano e quello spagnolo, i caratteri del nuovo istituto dipenderebbero dall'aspetto della funzione parlamentare che si volesse garantire maggiormente e dalle soluzioni tecniche adottate per affrontare possibili emergenze future¹⁰⁸, tenendo sempre presente che gli strumenti di democrazia digitale non sono sufficienti in assenza di un contesto adeguato al loro uso¹⁰⁹.

¹⁰⁶ «L'emergenza Covid ha posto un problema di aggiornamento delle modalità di partecipazione ai lavori parlamentari che in molti altri Paesi è da tempo puntualmente regolata» (Camera dei Deputati, *Doc. II, n. 15*, cit., 1).

¹⁰⁷ P. VILLASCHI, *Seconda ondata Covid-19*, cit., 115.

¹⁰⁸ P. VILLASCHI, *Seconda ondata Covid-19*, 116 ss., sottolinea il bisogno di distinguere fra casi di necessità del singolo parlamentare e la difficoltà o impossibilità per il Parlamento di riunirsi.

¹⁰⁹ A. ZAGARELLA, *Democrazie digitali e partecipazione*, cit., 158.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

I SERVIZI DI RETE SOCIALE (*SOCIAL NETWORK*) COME SPAZIO PUBBLICO D'ESPRESSIONE POLITICA. VERSO IL "GIUDICE" DIGITALE?

VINCENZO TELARO

SOMMARIO: 1. La libertà d'espressione politica nell'era digitale. – 2. Dibattito pubblico e questioni giurisprudenziali: la ricerca "*de iure condito*" di una soluzione in via interpretativa del problema. – 3. I limiti della soluzione in via interpretativa e le prospettive "*de iure condendo*" nel contesto ordinamentale italiano ed europeo

1. La libertà d'espressione politica nell'era digitale

Nell'ultimo decennio le adesioni ai servizi di rete sociale (meglio noti come *social network*) da parte di singoli utenti e di gruppi organizzati (associazioni, fondazioni, comitati etc.) sono aumentate in modo esponenziale.

Gli utenti nel momento in cui procedono all'iscrizione a tali servizi di rete sociale devono sottoscrivere virtualmente una serie di condizioni predisposte dalla piattaforma digitale nelle quali sono indicati i diritti e gli obblighi derivanti dall'adesione e relativi soprattutto ai limiti che i contenuti pubblicati devono rispettare.

La violazione delle predette condizioni, spesso, comporta una sanzione a carico dell'utente irrogata dall'erogatore del servizio, che nei casi più estremi può causare anche la sospensione temporanea o definitiva dalla piattaforma.

Orbene, i modi in cui è esercitata tale opera di censura da parte dell'erogatore del servizio, di solito, appaiono poco trasparenti, arbitrari e i mezzi predisposti dalle piattaforme a difesa degli utenti colpiti risultano insufficienti.

Gli utenti, infatti, potranno soltanto sollecitare per vie brevi e telematiche il ripristino del proprio profilo sociale, ottenendo, talvolta, soltanto risposte a carattere automatico elaborate da *server* all'uopo istituiti¹.

Il problema presenta profili di particolare importanza allorché ad essere colpita dalla sanzione digitale risulta essere una pagina espressione di movimenti e partiti politici, poiché, ormai, è pressoché imprescindibile l'uso delle piattaforme sociali ai fini del più ampio dibattito politico.

Con l'uso di una piattaforma avente carattere privato, infatti, vengono soddisfatte esigenze di diritto pubblico, con particolare riferimento al rispetto del pluralismo dei partiti previsto dalla nostra Costituzione.

La questione è di estrema attualità.

Recenti sono i fatti di cronaca relativi alla sospensione del profilo *Twitter* del precedente Presidente degli Stati Uniti d'America D. TRUMP e i risvolti giurisdizionali avvenuti in territorio italiano in ordine alla sospensione delle pagine *Facebook* di alcuni partiti politici (nella specie *Casa Pound* e *Forza Nuova*) considerate dalla piattaforma digitale in contrasto con le regole della comunità sottoscritte al momento dell'adesione.

Dai fatti verificatesi nella prassi emerge con chiarezza l'estrema discrezionalità di cui gode questo "giudice digitale" e con la quale viene giustificata l'opera di censura in questione; ad esempio, è sufficiente qui ricordare le motivazioni fornite dalla piattaforma *Twitter* in occasione della sospensione del profilo del 45° Presidente degli Stati Uniti d'America D. TRUMP, nelle quali si evidenzia che quanto postato dallo stesso, ossia «The 75,000,000 great American Patriots who voted for me, AMERICA FIRST, and MAKE AMERICA GREAT AGAIN, will have a GIANT VOICE long into the future. They will not be disrespected or treated unfairly in any way, shape or form!!! [...] To all of those who have asked, I will not be going to the Inauguration on January 20th», pare sintomo, secondo l'insindacabile giudizio del *social network*, anche alla luce dei fatti verificatesi al Campidoglio USA qualche giorno prima, il 06 gennaio 2021, di incitamento alla violenza².

Orbene, come si può notare, risulta essere una motivazione scarna e basata su indizi che hanno un basso carattere probatorio e, nonostante ciò, la piattaforma sociale in questione è riuscita ad estromettere una importante parte dell'opinione politica americana dal sistema di rete digitale che presenta una rilevanza globale.

Appare utile, pertanto, considerato il ruolo assunto dai servizi di rete digitali nel settore della comunicazione politica, indagare se l'opera di censura da essi operata debba essere limitata o meno ed eventualmente con quali strumenti giuridici intervenire.

A tal fine sembra opportuno soffermarsi, in un primo momento, sulla giurisprudenza italiana sul punto, in quanto da questa emerge con chiarezza il doppio orientamento di opinioni sviluppatosi intorno al dibattito scaturito in relazione alla

¹ Per maggiori approfondimenti sui termini del servizio, la politica dei contenuti ammessi e le procedure di segnalazione e rimozione dei contenuti dei due maggiori *social network* al momento sul web, ossia *Facebook* e *Twitter*, si rimanda ai seguenti siti internet: <https://it-it.facebook.com/terms/>; https://www.facebook.com/communitystandards/content_related_requests; <https://twitter.com/it/tos>; <https://help.twitter.com/it/rules-and-policies/twitter-report-violation#specific-violations>.

² La motivazione è reperibile in https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension.

questione oggetto d'esame e, in un secondo momento, evidenziare gli eventuali problemi che emergono in merito e che non possono essere risolti in via interpretativa da parte degli operatori del diritto.

Dopodiché si procederà ad avanzare ed esaminare le eventuali soluzioni normative alla questione che potrebbero essere assunte *de iure condendo*, anche guardando all'esperienza di diritto comparato e del diritto dell'Unione europea.

2. Dibattito pubblico e questioni giurisprudenziali: la ricerca “de iure condito” di una soluzione in via interpretativa del problema

I fatti verificatisi nella prassi, come abbia già detto, hanno dato luogo a un ampio dibattito che può essere qui sintetizzato come di seguito: da un lato, vi è chi sostiene che i servizi di rete sociale, essendo soggetti a carattere privatistico, siano sottoposti per regolare i rapporti con gli utenti alle sole norme sottoscritte al momento dell'adesione alla piattaforma digitale e che, di conseguenza, possano decidere in modo del tutto autonomo chi ammettere e chi estromettere dal servizio, in ossequio alla libera iniziativa economica privata, garantita nel nostro ordinamento dall'art. 41 della Costituzione italiana; dall'altro, invece, vi è chi ritiene che l'autonomia dei privati incontri dei limiti di natura pubblica, soprattutto quelli costituzionalmente garantiti, che devono essere rispettati da chiunque, sia da soggetti aventi carattere pubblico sia da soggetti privati.

Tali due orientamenti risultano ben esposti nei provvedimenti giurisdizionali del Tribunale di Roma del 2019 e del 2020 che hanno riguardato in Italia la sospensione delle pagine dei partiti politici *Casa Pound* e *Forza Nuova*. I due provvedimenti, tuttavia, sembrano dare apparentemente risposte differenti al problema, anche se, in realtà, non sono altro che la dimostrazione che nell'opera di bilanciamento di valori contrapposti avente natura costituzionale risulta imprescindibile la soluzione operata dal giudice nel singolo caso concreto.

Nel caso del 2019³, infatti, là dove la piattaforma *Facebook* è la parte soccombente nel giudizio, i giudici della Capitale hanno ritenuto di evidenziare che l'oscuramento della pagina di *Casa Pound* da parte dell'erogatore del servizio di rete sociale risultava in contrasto con alcuni diritti costituzionalmente garantiti e, in particolare, con quello del pluralismo dei partiti (art. 49 Cost.).

Nella decisione si afferma che «è evidente il rilievo assunto dal servizio Facebook [...] con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti (art. 49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano [...]. Ne deriva che il rapporto Facebook e l'utente [...] non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti [...] ricopre una speciale posizione [...] [e ciò comporta, dunque che] Facebook, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali [...]».

³ Trib. di Roma, Sez. Impresa, Ord. 11-12 dicembre 2019.

A sostegno di tale tesi, infatti, vi è il fatto che i partiti, ai sensi dell'art. 49 Cost., concorrono «con metodo democratico a determinare la politica nazionale»; se i partiti, dunque, non godessero tutti delle medesime occasioni di esprimere la propria ideologia politica tra gli elettori, potrebbe derivarne un grave *deficit* per la democrazia, così da mettere in pericolo le fondamenta stesse su cui si regge l'ordinamento giuridico del Paese.

A dimostrazione del ruolo assunto dai partiti nel circuito democratico vi è anche la circostanza che il legislatore costituente abbia previsto una apposita norma costituzionale per i partiti politici, quale è appunto l'art. 49 Cost., al pari di quanto avvenuto in tema di sindacati all'art. 39 Cost., divenendo così norma integrativa - secondo la tesi prevalente - o speciale - in base alla tesi minoritaria in dottrina - della disciplina prevista dall'art. 18 Cost. per le associazioni di diritto comune⁴

Nel provvedimento si prende atto, inoltre, che *Casa Pound* è un partito politico legittimamente ammesso nel dibattito politico dall'ordinamento italiano e che, se pur talvolta aderente all'ideologia di matrice fascista, tale pensiero non sembra sfociare in atti concreti che facciano pensare ad un generale accoglimento dei metodi antidemocratici adoperati nel richiamato regime, se non in sporadiche occasioni da parte dei singoli aderenti che, tuttavia, non devono confondersi con i comportamenti accolti dall'associazione partitica in sé.

L'osservazione appare in linea con la giurisprudenza, anche costituzionale, sul punto.

Nel nostro ordinamento, infatti, le manifestazioni del pensiero, anche a carattere fascista, sono tutelate dall'impianto costituzionale, salvo quando si manifestano in atti concreti dai quali si possa quantomeno dedurre una degenerazione antidemocratica; è questo l'orientamento seguito anche dalla nostra Corte costituzionale allorché si espressa in merito ai rapporti tra norme penali in tema di reati di opinione e le libertà costituzionali⁵.

⁴ A tal proposito le due tesi sono ben esposte in G. RIZZONI, *Commento all'art. 49 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino 2006, 999 ss. in cui si legge che «A sostegno [...] [della] tesi [prevalente che ritiene l'art. 49 Cost. come disposizione che integra l'art. 18 Cost.] si argomenta come il modello pluralista accolto dalla Costituzione determini il venir meno di una netta distinzione tra il diritto comune delle associazioni e il trattamento giuridico delle associazioni politiche, distinzione invece presente nella disciplina del fenomeno associativo in epoca statutaria. L'art. 18 fornisce in quest'ottica una serie di parametri fondamentali validi per tutte le realtà associative e che risultano particolarmente incisivi proprio per l'inquadramento delle associazioni a carattere politico, fra le quali rientrano certamente i partiti. Tale criterio comporta [...] che per i partiti la legislazione ordinaria non possa introdurre limitazioni ulteriori rispetto a quelle ammesse per la generalità delle associazioni dall'art. 18 attraverso una serie di principi tassativi. Dall'altra parte, per questo medesimo orientamento dottrinale, la riconducibilità del nucleo centrale della disciplina dei partiti ai principi valevoli per il diritto comune delle associazioni esclude la possibilità che per i partiti siano introdotte normative di privilegio che ne differenzino in modo sensibile il trattamento rispetto alle restanti realtà associative. Anche i sostenitori della possibilità di derivare dalle finalità previste dall'art. 49 limiti e doveri per l'azione dei partiti più severi rispetto a quelli ammessi dall'art. 18 per le restanti associazioni, concludono tuttavia che, in mancanza di una legislazione di attuazione rispetto a tali ulteriori limitazioni, la distinzione tra l'estensione delle garanzie offerte dalle due disposizioni costituzionali rimane di fatto solo teorica».

⁵ Cfr., *ex pluribus*, Corte cost. Sent. 4 maggio 1970, n. 65; Corte cost. Sent. 6 luglio 1972, n. 119; Corte cost. Sent. 27 febbraio 1973, n. 16; Corte cost. Sent. 17 novembre 1982, n. 185; Corte cost. Sent. 29 dicembre 2004, n. 428.

La tesi del Tribunale di Roma, inoltre, appare condivisibile laddove afferma che se, pur il rapporto utente - *Facebook* debba essere qualificato come un rapporto di diritto privato regolato dall'art. 41 Cost., l'autonomia dei privati deve essere sottoposta ai limiti di natura pubblicistica, soprattutto di rango costituzionale, come l'art. 49 Cost.

L'orientamento, infatti, che riconosce dei limiti costituzionali all'autonomia dei privati, oltre a quelli già previsti dal codice civile, risulta ormai costante nella giurisprudenza ordinaria e anche in quella della Corte costituzionale.

Si pensi ai numerosi arresti in ordine al rispetto del principio di buona fede da parte dei privati nell'esercizio dell'autonomia contrattuale che oggi trova fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost. e che, di conseguenza, viene ad assumere una valenza più ampia rispetto a quella riconosciuta dal codice civile, in particolare, agli artt. 1175, 1337 e 1375 per la c.d. buona fede oggettiva e 1147 per la c.d. buona fede soggettiva.

Per meglio comprendere l'avanzata della tesi dei limiti all'autonomia dei privati derivanti dal rispetto dei principi costituzionali, si noti che la giurisprudenza facendo leva sul principio di buona fede, ormai, come visto sopra, avente rango costituzionale *ex art. 2* della Carta fondamentale espressione della solidarietà sociale ivi sancita, è riuscita a pronunciare innovative decisioni nell'intera sistema del diritto privato dei contratti; a mo' d'esempio, ha affermato la responsabilità precontrattuale derivante da contratto valido, ma svantaggioso⁶; ha valutato la meritevolezza di un contratto richiesta dall'art. 1322 c.c. letta alla luce del principio di buona fede costituzionale⁷; ha imposto un obbligo di rinegoziazione del contratto, superando il secolare principio del *pacta sunt servanda*, in presenza di situazioni sopravvenute non dipendenti dalle parti⁸; oppure ha statuito la responsabilità da contatto sociale, che si verifica in assenza di un rapporto contrattuale ed è basata su una mera situazione relazionale⁹.

Sul punto, come abbiamo già detto, si è espressa anche la Consulta che, in relazione alla sospetta illegittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c. laddove non prevede la possibilità del giudice di ridurre la caparra confirmatoria manifestamente iniqua, a differenza, invece, di quanto espressamente previsto in tema di clausola penale all'art. 1384 c.c., dopo aver rigettato la questione, ha invitato il giudice rimettente a interpretare la disposizione alla luce del principio di buona fede *ex art. 2 Cost*¹⁰.

Come si può vedere dalla suesposta breve disamina della giurisprudenza, quindi, la Costituzione ormai impone dei limiti anche ai privati, tant'è che ciò ha portato la dottrina più acuta ad evidenziare che anche nel campo del diritto privato si va verso il superamento della legalità codicistica per un approccio *oltre la legalità*, basato sull'affermazione di clausole generali di natura costituzionale¹¹.

Nella seconda decisione del Tribunale di Roma, tuttavia, relativa all'oscuramento della pagina *Facebook* di *Forza Nuova*, la parte soccombente è il movimento politico¹².

⁶ R. GIOVAGNOLI, *Il contratto*, Torino, 2019, 201 ss.

⁷ *Ivi*, 287 ss.

⁸ *Ivi*, 747 ss.

⁹ R. GIOVAGNOLI, *Le obbligazioni*, Torino, 2021, 27 ss.

¹⁰ Corte cost. Ord. 24 ottobre 2013, n. 248.

¹¹ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari- Roma 2020, 63 ss.

¹² Trib. di Roma, sez. pers. e imm., ord. 24 febbraio 2020, n. 64894.

In questo caso, però, il Giudice aveva ravvisato, attraverso l'uso di un concreto supporto probatorio, la presenza di atti concreti da quali dedurre la fuoriuscita dal circuito democratico dei contenuti della pagina. Il ragionamento della prima decisione giurisprudenziale, dunque, non viene qui sconfessato, ma confermato, a dimostrazione, come abbiamo già sottolineato, dell'importante ruolo dell'interprete per il corretto bilanciamento di diritti costituzionali contrapposti.

Ciò detto, occorre osservare che ulteriori limiti al potere dei *social network* di limitare e censurare le pagine dei partiti politici presenti sulle varie piattaforme digitali potrebbero derivare dalle libertà costituzionali di associazione e di manifestazione del pensiero, di cui rispettivamente agli artt. 18 e 21 della Costituzione.

I limiti imposti a tali libertà, infatti, anche in questo caso, non possono essere ampliati da parte di valutazioni discrezionali di soggetti privati, sulla base della mera considerazione che il rapporto tra i *social network* e l'utenza trova fondamento in rapporti di diritto privato, perché altrimenti si rischierebbe una ulteriore violazione della Carta fondamentale, oltre a quella del pluralismo dei partiti così come già evidenziato dalla sopracitata giurisprudenza.

In ordinamento democratico, quindi, si rende necessario che a concorrere all'attuazione delle libertà fondamentali non siano soltanto gli attori pubblici, ma anche i soggetti privati che rivestono un particolare ruolo nella società in cui operano.

Si rammenti, inoltre, che tali libertà assumono rilievo anche nel contesto europeo e internazionale e risultano affermate in numerose Carte dei diritti fondamentali, tra cui, in particolare, nella Carta di Nizza del 2000 e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950¹³.

Non appare azzardato, di conseguenza, affermare che la linea interpretativa sul punto avanzata dalla nostra giurisprudenza, ben presto verrà probabilmente accolta in via generale negli altri ordinamenti europei.

3. I limiti della soluzione in via interpretativa e le prospettive “de iure condendo” nel contesto ordinamentale italiano ed europeo

Nel corso della trattazione si è avuto modo di appurare che l'unico rimedio per ripristinare in tempi brevi una pagina sospesa in modo temporaneo o definitivo dalle piattaforme digitali è quella di sollecitarne il ripristino direttamente all'erogatore del servizio.

Questo, ricevuto il sollecito, deciderà in modo insindacabile e sulla base di regole molto discrezionali, esercitando il potere del “giudice digitale”, chi riammettere all'uso della piattaforma sociale.

Si è visto, infatti, che le motivazioni fornite dal servizio sono sempre molto soggettive, come accaduto in occasione della sospensione della pagina di D. TRUMP,

¹³ Per una disamina sulla disciplina nell'ordinamento internazionale ed europeo in merito alle libertà qui in rilievo si veda, in particolare, C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 194 ss.

laddove *Twitter* scriveva che i contenuti postati «possono anche servire come incoraggiamento a coloro che potenzialmente considerano atti violenti che l'inaugurazione sarebbe un obiettivo "sicuro", in quanto non parteciperà [all'insediamento del nuovo Presidente] [o che] L'uso delle parole "*American Patriots*" per descrivere alcuni dei suoi sostenitori viene anche interpretato come sostegno a coloro che commettono atti violenti al Campidoglio degli Stati Uniti»¹⁴.

Si è detto, inoltre, che risulta possibile rivolgersi ad un giudice, che in tempi sicuramente meno brevi e semplici rispetto a quelli del mero sollecito digitale, potrà decidere di obbligare la riapertura della pagina sospesa e, eventualmente, condannare il servizio di rete sociale al risarcimento del danno.

Tale danno, tra l'altro, potrà anche risultare di estrema gravità allorché ad essere colpita dall'opera di censura sia una pagina di un partito politico legittimamente operante nel circuito democratico e la sospensione del profilo avviene in un periodo in cui si stanno per tenere nell'immediato le elezioni politiche.

I suesposti rimedi, però, potranno intervenire soltanto *ex post*, dopo che il danno si è comunque già verificato per un periodo più o meno lungo. Per tale motivo, quindi, sarebbe auspicabile un rimedio che interviene *ex ante*, al fine di evitare il problema.

A tal proposito un orientamento ha sostenuto che sarebbe opportuno qualificare i servizi di rete sociale come "luogo pubblico", così da sottoporli alla disciplina di cui all'art. 17 Cost. dettato in tema di libertà di riunione¹⁵, direttamente collegata, secondo autorevole dottrina, all'esercizio della libertà di espressione¹⁶.

La soluzione, tuttavia, appare a parere di chi scrive di difficile realizzazione, considerata l'assenza di "fisicità" delle piattaforme digitali¹⁷.

Appare necessario, in realtà, un intervento del legislatore nazionale o europeo, al fine di predisporre strumenti di tutela volti a regolamentare la problematica prima che si verifichi il danno.

Una soluzione appagante, a tal proposito, potrebbe essere quella che prende a prestito la disciplina già in vigore nel nostro ordinamento in tema di comunicazione politica e riguardante l'accesso delle varie espressioni partitiche agli emittenti radiotelevisive, al fine di meglio garantire il pluralismo politico.

Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina di cui alla l. 10 dicembre 1993, n. 515 e alla l. 22 febbraio 2000, n. 28, che dettano rispettivamente disposizioni in tema di «Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica» e «Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica».

¹⁴ Cfr. https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension.

¹⁵ La tesi è riportata da B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. II, 1/2020, p. 109 ss.

¹⁶ A. PACE, *Commento agli artt. 17-18*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1977, 147 ss.

¹⁷ A tal proposito B. MAZZOLAI, *op. cit.*, 116 scrive «Anche qui un primo limite, però, sarebbe individuato nell'ampio concetto di ordine pubblico che potrebbe rappresentare il cavallo di Troia attraverso cui intervenire per limitare le forme comunicative sgradite. Inoltre nell'interpretare la spazialità della dimensione virtuale si riscontrerebbe inevitabilmente l'assenza delle caratteristiche di materialità del luogo e della compresenza fisica dei soggetti, elementi essenziali della richiamata disciplina costituzionale».

Si potrebbe, infatti, estendere ed adeguare la disciplina ivi prevista anche alle piattaforme digitali di nuova generazione, così da creare le condizioni per un ritorno ad una corretta comunicazione politica.

Se si procedesse con tale estensione, si potrebbe garantire la *par condicio* tra tutti i movimenti politici nell'accesso ai servizi di rete sociale, soprattutto nel periodo più importante per un partito politico, ossia quello delle elezioni, così come già avviene nel sistema radiotelevisivo.

Un intervento legislativo in tal senso, volto ad estendere la disciplina delle predette leggi alle piattaforme digitali, è stato pure auspicato da autorevole dottrina costituzionalistica, la quale afferma «La disciplina [...] [di cui alla l. n. 515/1993 e l. n. 28/2000] è nata quando il ruolo della rete non si era ancora sviluppato. Oggi, invece, in tutti i Paesi occidentali le campagne elettorali si svolgono in maniera sempre maggiore attraverso l'uso di Internet, impiegando blog, social network [...] per animare il dibattito e orientare le scelte dell'elettore. In questo mutato contesto [...] basta essere connessi e partecipare ad un blog o a un social network per diventare produttori di informazioni, che possono avere una diffusione ampia, anche virale. La regolamentazione delle campagne elettorali, dunque, rischia di essere inefficace perché le sfuggono alcuni tra i mezzi e le modalità più importanti [...]»¹⁸.

Considerata, tuttavia, la velocità con le quali è possibile inserire informazioni in tali piattaforme, in alcuni Paesi hanno ritenuto necessario legiferare per meglio regolare l'intervento degli erogatori dei servizi e al fine di rimuovere in modo efficace le espressioni dimostrazione di manifestazioni d'odio.

Tali interventi, però, talvolta risultano essere pericolosi, perché comportano dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero nonostante, di fatto, non siano manifestazione concreta di veri atti di violenza e dimostrazione di un effettivo pericolo per la democrazia.

Dall'esperienza di diritto comparato, a questo proposito, emergono, in particolare, l'ordinamento tedesco e quello francese.

In Germania, ad esempio, è stata adottata in merito la l. 1° settembre 2017, meglio conosciuta come legge *NetzDG* (*Netzdurchsetzungsgesetz*), al fine di combattere l'odio su Internet.

Sulla falsariga dell'ordinamento tedesco, la Francia ha adottato la l. 24 giugno 2020, n. 766, c.d. *Loi Avia*, volta a «à lutter contre les contenus haineux sur internet»¹⁹.

La legge, però, ha fin subito manifestato delle criticità, legate proprio al fatto di cui si è parlato sopra, ossia dei limiti alla libertà d'espressione non giustificate dalla presenza di un effettivo pericolo per la democrazia. Per questo motivo è stata in parte dichiarata incostituzionale da parte del *Conseil Constitutionnel* con decisione del 18 giugno 2020, che ha epurato il testo dalle disposizioni più contestate nel dibattito giuridico francese²⁰.

¹⁸ Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, 170.

¹⁹ Il testo della legge nella versione originaria e modificata successivamente è reperibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000038745184/>.

²⁰ Per maggiori approfondimenti la decisione è presente in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>.

In tali situazioni, pertanto, sarebbe opportuno intervenire soltanto nei casi più estremi e con la garanzia che l'intero procedimento si svolga sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria. Ricordando in proposito il pensiero del giudice della Corte suprema americana O.W. HOLMES, tra i diversi pensieri il mezzo migliore per affermare la verità risulta essere quello dello scambio delle opinioni nel c.d. libero mercato delle idee²¹. La censura, infatti, potrebbe causare ulteriore odio e degenerare in un concreto pericolo per la democrazia di un Paese.

Per regolare l'accesso alle piattaforme digitali dei partiti politici, inoltre, potrebbe *de iure condendo* intervenire anche il legislatore europeo, così da imporre regole uniformi ai giganti del *web* da rispettare sull'intero territorio dell'Unione europea.

La libertà dei partiti, infatti, è espressamente sancita all'art. 12, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, in cui è affermato «I partiti politici a livello dell'Unione contribuiscono a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione».

L'imposizione di regole uniformi in tutti gli Stati membri per i gli erogatori dei servizi digitali, tra l'altro, è già stato previsto in un altro settore, ossia quello della *privacy*, in cui si è intervenuti con l'emanazione del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

Tale obbligo è stato di recente anche oggetto di statuizione in una Sentenza dettata in tema di diritto all'oblio emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e nella quale i Giudici di Lussemburgo hanno imposto la deindicizzazione della notizia in tutte le versioni *web* del motore di ricerca dei Paesi membri²².

In conclusione, dunque, la presa di posizione del legislatore, almeno sul piano nazionale, appare necessaria per disciplinare un fenomeno che ha già creato delle importanti questioni, sia a carattere giurisdizionale sia politico, considerato il rilievo di importanti diritti e libertà costituzionali che potrebbero essere compromesse da parte dei "detentori" di quello che si potrebbe definire, ci si permetta il termine, il "potere digitale".

Così come si è sostenuto in un precedente personale contributo, Internet è un fenomeno sociale e come tale necessita di una disciplina come avviene per tutti gli altri fenomeni sociali; nella predetta sede, infatti, si affermava che «il dibattito che dalla dottrina americana era stato paragonato alla necessità di avere un *law of the horse*, ossia un "diritto del cavallo" [...] risulta ormai anacronistico e la questione sembra incentrarsi non più sul "*se*" regolare Internet, ma eventualmente sul "*come*" provvedere in tal senso²³.

²¹ HOLMES espresso tale opinione nel celeberrimo caso *Abram v. United States in Supreme Court*, 250 US 616 (1919). In merito si veda V. DI BLASI, *Holmes and the marketplace of ideas*, in *Supr. Court Rev.*, 2004, p. 1 ss. La concezione del libero mercato delle idee, tra l'altro, era stata già avanzata qualche anno prima in Italia da V. E. ORLANDO in *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1894, 242 ss.

²² CGUE, Grande Sezione, Sent. 24 settembre 2019, C. 136/17.

²³ V. TELARO, "*Tra vecchio e nuovo*": *costituzionalismo ottocentesco e modelli di tutela dei diritti fondamentali nella società dell'informazione*, in A. PÉREZ MIRAS, E.C. RAFFIOTTA, G.M. TERUEL LOZANO, F. VECCHIO, *Sovranità e rappresentanza, Giustizia costituzionale e nuove forme di partecipazione politica*, n. 26, 2018, 291 ss.



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

POTERE POLITICO E NUOVE TECNOLOGIE:
IL VERTICE DELL'ESECUTIVO NEL TEMPO DEL CONSENSO DIGITALE

GIUSEPPE VERRIGNO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Social network* e potere politico. – 3. Il vertice dell'esecutivo: quali gli effetti della comunicazione "personale"? – 4. In conclusione: una riflessione aperta

«[L]a cultura dell'immagine rompe il delicato equilibrio tra passioni e razionalità. La razionalità dell'homo sapiens sta recedendo. E la politica emotiva, emotivizzata, riscaldata dal video, solleva e attizza problemi senza fornire nessunissima idea di come risolverli. E così li aggrava».

G. SARTORI, *Homo videns*, 1997

1. Premessa

La rapidità che caratterizza lo sviluppo delle tecnologie digitali e l'affermazione dei cambiamenti da essa provocati entro la società contemporanea, rendono la riflessione sull'entità del loro impatto un tema decisivo per decifrare il nostro tempo. Nessun sapere pare escluso dal compito di studiare e riflettere sugli effetti della terza rivoluzione

industriale, dalla perenne interconnessione e dal sovvertimento delle regole di una convivenza sociale divenuta sempre più digitale, come sugli effetti dall'irrompere dell'odierna «quarta rivoluzione industriale»¹: riflessione da cui non è certamente escluso il diritto².

È ampiamente noto l'interesse che la riflessione giuspubblicistica ha posto al complesso binomio diritti-nuove tecnologie. Si pensi soltanto – solo per citarne alcuni – ai sempre più numerosi studi sulle piattaforme digitali in rapporto alla libertà d'espressione, dove elementi d'indagine sono *fake news* e *hate speech*; o in rapporto alla tutela della *privacy*, al cd. diritto all'oblio, al mercato dell'informazione; o, ancora, sul legame che si instaura tra l'utilizzo delle piattaforme e la protezione dei dati personali³.

Anche un altro binomio viene investito dai cambiamenti del progresso digitale: quello poteri-nuove tecnologie. Anche questo, come quello precedente, andrebbe pure studiato con grande attenzione per l'ampia portata dei cambiamenti che potrebbe proporre. Qui, opportunamente, sono già state poste in evidenza le novità indotte dall'avvento di *Internet* in rapporto alle tradizionali attività portate avanti dagli organi costituzionali, soffermandosi, quindi, sulla loro presenza in Rete⁴. Guardando, invece,

¹ Si fa qui riferimento al progresso tecnologico che mette al centro l'intelligenza artificiale, progresso che investe sempre più il nostro tempo e si appresta a rivoluzionare, appunto, assetti scientifici e sociali. «Alla base della nuova rivoluzione industriale non vi è quindi più solo lo sviluppo delle telecomunicazioni e dell'informatica, che hanno caratterizzato la fase precedente, la terza rivoluzione industriale, successiva al lungo ciclo fordista. Lo sviluppo della digitalizzazione ha permesso quell'interconnessione continua – non solo fra sistemi produttivi, ma sempre più tra le singole persone – che ha mutato la stessa quotidianità di popolazioni tra loro lontanissime per storie e tradizioni». Così «proprio il cambiamento sociale realizzatosi in questa fase di interconnessione globale permette di sviluppare quella tensione dinamica che spinge a utilizzare tutte le tecnologie disponibili a stimolare la ricerca per rispondere alla nuova domanda privata e pubblica che caratterizza questa fase storica»; P. BIANCHI, *4.0. La nuova rivoluzione industriale*, Bologna, 2018, spec. 57-60.

² «Il progresso tecnologico è così rapido da divorare sé stesso. [...] La nostra vita è stata cambiata dalle rivoluzioni tecnologiche. Queste sono state caratterizzate da velocità (in un arco oscillante tra mezzo secolo e venti anni) e diffusione (non hanno riguardato poche persone, ma l'intera società). [...] il mutamento delle tecnologie comporta anche modificazioni profonde di ordine sociale (ad esempio, scompaiono alcune professioni e mestieri), di ordine politico (ad esempio, si alimenta il mito della democrazia diretta) e di ordine giuridico (ad esempio, occorre rispettare la vita privata); così S. CASSESE, *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*, Milano, 2021, 16.

³ Sulla disinformazione e sulla libertà d'espressione *online*: G. PITRUZZELLA – O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Milano, 2020; G. PITRUZZELLA – O. POLLICINO – S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media laws*, 1/2018. Sul tema della protezione dei dati personali: J. CANNATACI – V. FALCE – O. POLLICINO (a cura di), *Legal Challenges of Big Data*, Cheltenham-Northampton, 2020; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, [2017], trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019; più in generale, G. VIGEVANI – O. POLLICINO – C. MELZI D'ERIL – M. CUNIBERTI – M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019.

⁴ «[...] 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* – 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»; così D. CHINNI, *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web. Spunti introduttivi*, in ID. (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, Napoli, 2019. Si veda anche P. CARNEVALE – D. CHINNI, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo* -

alle nuove forme di informazione e comunicazione, la domanda decisiva che dovrebbe accompagnare la riflessione della dottrina pare presto detta: quali elementi dei tradizionali ambiti d'indagine delle forme di Stato e delle forme di governo subiscono o potrebbero subire dei mutamenti per via dell'utilizzo pervasivo delle piattaforme digitali e, in particolare, dei *social network*?

Il quesito appena posto non pare scontato se si pensa solo per un attimo alle difficoltà che vivono le odierne democrazie e alle note criticità che le caratterizzano. Sul versante politico, la grande partecipazione del secolo scorso ha lasciato il posto ad una totalizzante «apatia politica»⁵. Alla tensione ideologica che animava la politica di massa, infatti, si è imposto un progressivo «disimpegno popolare» dai tradizionali canali di partecipazione, ed in particolare dai partiti politici, i quali da «cinghie di trasmissione di reclami e lamentele»⁶ divengono «partiti senza affiliati»⁷, elementi che, conseguentemente, comportano l'interruzione di quel fondamentale continuo processo di intermediazione tra corpo sociale e corpo politico. A questa distanza dalla politica si affiancano, sul versante economico e sociale, le diseguaglianze economiche, ulteriore elemento distintivo delle democrazie contemporanee. La mancata assicurazione da parte degli Stati ai cittadini più deboli di minime condizioni di sussistenza – l'inefficace espressione dei diritti sociali⁸ – contribuiscono, oltre alla predetta insofferenza verso la politica, alla critica alle «élite politiche», ad imbastire una altrettanta dura critica alle «élite economiche», protagoniste di un sistema considerato iniquo, obsoleto e che condanna grosse fette di popolazione all'invisibilità politica per via dell'unico impegno a cui quest'ultimi possono dedicarsi: la sopravvivenza⁹. La commistione di tali fenomeni,

Diritto costituzionale in trasformazione, Vol. I - Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale, Genova, 2020, 279-299.

⁵ «[...] quella situazione in cui gli individui, pur facendo parte di una data collettività – il che implica il riconoscimento formale di tutta una serie di prerogative –, di fatto non partecipano»; F. RANIOLO, *La partecipazione politica*, Bologna, 2007, 16.

⁶Sartori a tale riguardo parla delle funzioni dei partiti come «*transmission belts of claims and grievances*», «cinghie di trasmissione di reclami e lamentele»; G. SARTORI, *Parties and Party systems: A Framework for Analysis*, Cambridge, 1976, 23-29.

⁷ R. J. DALTON – M. WATTENBERG, *Parties without partisans: political change in advanced industrial democracies*, Oxford, 2000, 3. Più in generale, sulla crisi dei partiti politici si veda anche P. MAIR, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, [2013], trad. it. di G. L. Carlino, Catanzaro, 2016.

⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, Vol. 2, parte quarta, XIII, 13.13, 67-71; ID., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, 318-335, 369-393.

⁹ «Viviamo in un'epoca in cui le diseguaglianze paiono prevalere sui diritti umani fondamentali e anche in contesti come quello europeo e nazionale, tradizionalmente benestanti, sempre maggiori segmenti della popolazione si trovano a fronteggiare situazioni di difficoltà economica che non raramente si traducono in stati di povertà e limitano, quando addirittura non impediscono, il godimento di molti diritti umani fondamentali, incrementando i fenomeni di emarginazione ed esclusione sociale. Povertà, esclusione sociale, invisibili, ma spesso, barriere culturali, spingono interi settori della popolazione ai margini della società e li pongono in condizioni di enorme difficoltà e non in grado, così, di godere appieno dei diritti umani fondamentali e di partecipare attivamente alla vita politica e sociale di un Paese. Ciò si riflette pesantemente sulla pienezza del concetto di cittadinanza e finanche sulla democraticità degli ordinamenti europei atteso che uno «Stato democratico deve realizzarsi attorno all'idea di inclusione e favorire l'effettiva partecipazione dei propri cittadini alla vita politica, sociale, economica e culturale»»; C. DRIGO, *Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: una questione di dignità? Il panorama europeo*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Vol. IV – I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista, Genova, 2020, 57s.

aggravati dal tempo presente scandito dalla pandemia e dai suoi effetti economico-sociali, determinano quei sempre più ricorrenti fenomeni di «democrazia insorgente»¹⁰: dimostrazioni di contrarietà allo *status quo* che spesso travalicano il limite dell'esercizio del dissenso, tramutandosi in atti di inaudita violenza.

Nondimeno, il quesito qui proposto sembra addensarsi di spunti se si pensa alle insidie connesse all'utilizzo delle reti sociali: la disinformazione e i fenomeni «dispercettivi»¹¹, elementi che paiono ad esse connaturati. I *social*, attraverso i *feedback* costantemente elaborati dai sistemi di *machine learning*, determinano quella che, com'è

¹⁰ Urbinati ne dà una definizione: «soggettività orizzontali che sorgono contemporaneamente, mosse quasi da una regia invisibile in reazione a un determinato stato di cose, che si autorappresentano attraverso le loro proteste, senza una strategia di lotta e una espressa volontà di mediare e contrattare». L'autrice prende ad esempio vari «movimenti spontanei» come «i girotondi, i Vaffa Days, le primavere arabe, Occupy Wall Street, gli *indignados*, i forconi, i gilet gialli, le gioiose manifestazioni dei giovanissimi sul clima [...], le rivolte popolari in Cile, in Libano, in Iran»; N. URBINATI, *Pochi contro molti. Il conflitto del XXI secolo*, Bari-Roma, 2020, 7-9.

¹¹ L'AGCOM, in una sua recente indagine conoscitiva su «Piattaforme digitali e sistema dell'informazione», ne definisce i contorni affermando che «la “dispercezione” può essere definita come credenza che si pone in contraddizione con le evidenze disponibili sui fenomeni di cui sono oggetto; gli individui, in particolare, credono in essa e ritengono di essere bene informati sui relativi temi». Guardando al caso italiano, l'Autorità riporta, in questo senso, alcuni dati sconcertanti. «La distribuzione della “dispercezione” negativa nella popolazione mette in evidenza come più del 60% dei cittadini tenda ad avere un'immagine su alcuni fenomeni fortemente peggiorativa rispetto al dato reale [...]. È interessante notare che la sovrastima dell'entità delle problematiche considerate nell'analisi si verifica per quei *topic* sui quali l'attenzione dei cittadini è maggiore (immigrazione, disoccupazione, situazione economica, terrorismo, criminalità)» sostiene l'AGCOM, evidenziando altresì come «L'associazione tra “agenda personale” e dispercezioni negative può essere dovuta all'influenza di fattori sia individuali sia di contesto: in particolare da un lato possono agire distorsioni cognitive e ragionamenti emotivi, in base ai quali gli individui tendono a sovrastimare la frequenza di fenomeni dei quali si ha più spesso notizia e ad avere visioni pessimistiche su argomenti sui quali si concentrano ansie e aspettative; dall'altro lato, l'offerta di informazione è normalmente orientata a dare ampio spazio agli argomenti rilevanti nel dibattito pubblico e soprattutto alle notizie “negative”, in quanto in grado di catalizzare l'attenzione; inoltre proprio su tematiche di questo tipo si focalizzano in genere le strategie di disinformazione»; v. AGCOM, *Percezione e disinformazione. Molto “razionali” o troppo “pigri”?*, febbraio 2020, 29-48; indagine conoscitiva su «Piattaforme digitali e sistema dell'informazione» (Delibera n. 79/20/CONS). Cionondimeno, nell'ambito della predetta indagine conoscitiva, in un ulteriore studio ad essa collegato, l'Autorità ha posto l'accento sul ruolo delle piattaforme *online*, e in special modo dei *social network*, rispetto all'incremento dei fenomeni dispercettivi anzidetti e la diffusione di *fake news*. La stessa ha rilevato, infatti, come «in Italia, il 57% della produzione di contenuti *fake* riguarda argomenti di politica e cronaca, mentre circa il 20% tematiche di carattere scientifico; tutte tematiche che presentano un forte impatto emotivo, possono essere divisive, e spesso non vengono trattate adeguatamente dal sistema informativo tradizionale», evidenziando altresì come i siti di disinformazioni creano «d'improvviso un contenuto *fake*, la cui trattazione è concentrata in pochi giorni (non più di 3), e i temi sono affrontati in modo superficiale e impressionistico, mirando a stimolare gli stati d'animo delle persone; una volta innescata, la notizia falsa viene immessa e rilanciata nel sistema delle piattaforme online anche attraverso l'inconsapevole contributo degli utenti che condividono e commentano la notizia stessa sui social; la viralizzazione del contenuto *fake* e resa possibile dalle modalità di consumo dell'informazione sui social (specie per le tematiche individuate come oggetto di disinformazione), che avviene nell'ambito di comunità chiuse, distinte e polarizzate»; v. AGCOM, *News vs. fake nel sistema dell'informazione*, novembre 2018, 93; indagine conoscitiva su «Piattaforme digitali e sistema dell'informazione» (Delibera n. 309/16/CONS). Si veda, inoltre, AGCOM, *Indagine conoscitiva su piattaforme digitali e sistema dell'informazione. Documento di chiusura*, febbraio 2020; allegato B alla delibera n. 79/20/CONS. Tutti i documenti qui citati sono consultabile su www.agcom.it.

certamente noto, è stata definita «filter bubble»¹²: l'isolamento virtuale di ciascuno dei «cittadini-utenti» e la loro inconsapevole rinuncia alla corretta informazione.

Le novità apportate dalla tecnica nel campo dell'informazione e della comunicazione complicano il quadro così delineato, proponendoci una inedita quotidianità digitale che irrompe fatalmente nella vita delle democrazie moderne e nel rapporto tra potere politico e corpo sociale. In particolare, ha rappresentato un importante elemento di novità proprio l'affermarsi dei *social network*: le loro svariate funzionalità ne hanno infatti assicurato un'ampia diffusione entro le nostre comunità, rendendoli quasi – così pare – indispensabili ai più; dall'altra parte, da questa affermazione, è scaturita una nuova socialità, un nuovo modo di relazionarsi e di essere comunità, e quindi di partecipare, di dialogare, di dedicarsi alla politica. È in queste nuove *agorà*, realtà parallele alla reale quotidianità, che si incrociano con semplicità e immediatezza corpo sociale e corpo politico, facendo così assumere alle reti sociali l'odierna “insostituibile” centralità nella vita dei cittadini e nell'attività di candidati, partiti, *leader* politici, istituzioni. È da qui, da questi mutamenti nel “comunicare” e nell’“informarsi”, nel modo di occuparsi delle questioni pubbliche, è dal ruolo oggi svolto dai *social network* che deve partire l'indagine sull'apporto delle nuove tecnologie digitali sulle odierne democrazie.

2. *Social network e potere politico*

L'utilizzo quotidiano delle reti sociali ha reso ben presto le loro capacità aggregative e comunicative funzionali alla diffusione di notizie, allo sviluppo del confronto pubblico, alla raccolta del consenso, trasformandoli così in strumento politico. Pochi anni separano infatti la loro nascita¹³ dal loro primo impiego nei termini predetti; il riferimento va qui alle elezioni presidenziali negli Stati Uniti d'America del 2008, caratterizzate non soltanto per l'ampia portata storica conseguente alle origini del candidato e vincitore delle elezioni, Barack Obama, ma altresì per l'utilizzo della *rete* e dei *social network*, portato avanti da quest'ultimo. Ecco che, grazie all'utilizzo politico dei *social*, il sito *web* collegato ai *profili* personali del candidato democratico alla presidenza divennero in quell'occasione ora una formidabile cassa di risonanza per le idee, le iniziative e il programma del primo, ora un luogo di “incontri” funzionali all'organizzazione della campagna elettorale per simpatizzanti, volontari ed elettori: un *mix* che si rivelò decisivo per la vittoria finale¹⁴. Le novità apportate dal candidato

¹² Locuzione conio di E. PARISER, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, New York, 2011.

¹³ A *MySpace*, lanciato nel 2003, fanno seguito *Facebook* (2004) e *YouTube* (2005); E. ASSENTE, *Cronologia della rete*, in S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 119-132.

¹⁴ V. CHANG – J. AAKER, *Obama and the Power of Social Media and Technology*, in *Case studies of Stanford Graduate School of Business*, Case No. M321 (Ago., 2009), 1, consultabile su <https://www.gsb.stanford.edu/faculty-research/case-studies/obama-power-social-media-technology>; si vedano anche J. D. LIPTON, *From Domain Names to Video Games: The Rise of the Internet in Presidential Politics*, in *Denver University Law Review*, Vol. 86, No. 3 (2009), 693-708, consultabile su <https://digitalcommons.du.edu/dlr/vol86/iss3/8/>; C. VACCARI, *Nuovi media, strategie elettorali e*

democratico si imposero lentamente anche nell'approccio comunicativo dell'attività condotta nella qualità di Presidente e dal suo Gabinetto. I due mandati della presidenza Obama si distinguono, infatti, per la coabitazione entro le nuove *agorà* digitali della sua comunicazione personale attraverso *profili* privati e della comunicazione istituzionale del Presidente e del Governo stesso per mezzo di *profili* ufficiali. Infatti, prendendo come esempio tre dei principali *social* diffusi in quel periodo, il Governo degli Stati Uniti d'America era presente con il nome «The White House» dal 21 gennaio 2006 su *YouTube*, a partire dal 4 aprile 2007 su *Twitter*, dal 10 aprile 2009 su *Facebook*; a questi si aggiunge nel 2015 l'account ufficiale del Presidente degli Stati Uniti d'America «@POTUS» sia su *Twitter* – il 18 maggio 2015 – che su *Facebook* – il 9 novembre 2015¹⁵.

Oggi, con l'avvicinarsi di esperienze simili a quella descritta, con l'affermazione della “politica digitale” come della “comunicazione istituzionale digitale”, rientra nella normalità agli occhi dei cittadini l'utilizzo da parte di partiti, esponenti politici e organi istituzionali dei diversi *social*. Si pensi, guardando al nostro ordinamento, all'utilizzo che il Parlamento, il Governo, i diversi ministeri o la Corte costituzionale fanno dei diversi *account* istituzionali, i quali si concentrano principalmente nella divulgazione dei contenuti già pubblicati sui loro siti *web*, assumendo pertanto una posizione perlopiù servente e subalterna a quest'ultimi¹⁶. Parimenti pacifico è ormai l'utilizzo che esponenti politici e partiti fanno delle *reti social*: smantellate le poderose strutture organizzative che erano loro caratteristica distintiva, partiti e movimenti vanno alla ricerca del consenso digitale, ora disancorando la loro attività dai territori e presidiando instancabilmente le piattaforme *social*, trasferendo così i comizi sulle *live* di *Instagram* o *Facebook*, incontrando affiliati e simpatizzanti su *Zoom* o *Meet*, ora puntando tutto sulla figura del *leader* e sulla capacità di questo di calamitare consensi attraverso la condivisione costante di tutto quanto sia necessario a esaltare la sua figura. Queste trasformazioni nel modo di comunicare hanno lasciato ulteriore traccia nell'atteggiarsi di rappresentanti e titolari di organi istituzionali. Si pensi, ad esempio, alla pratica invalsa tra gli eletti di documentare

partecipazione. *La campagna presidenziale USA 2008*, in *Comunicazione politica*, 3/2009, 399-420; J. E. KATZ, *I media, la democrazia e l'amministrazione Obama. La speranza senza cambiamento?*, *ivi*, 421-432.

¹⁵ I canali ufficiali su *YouTube* e su *Twitter* sono di poco precedenti all'insediamento dell'amministrazione Obama, mentre il Governo apre una propria pagina *Facebook* soltanto l'anno dopo l'insediamento del presidente democratico. Mentre per *YouTube* vi è sempre stata una sostanziale continuità nell'utilizzo dell'account dal 2006 ad oggi, salvo l'archiviazione dei contenuti ad ogni avvicendamento tra esecutivi, i profili delle altre due piattaforme citate vengono di volta in volta archiviati ed effettuata dall'Amministrazione entrante una nuova iscrizione. In altre parole, nel passaggio di consegne tra il nuovo ed il vecchio esecutivo permane soltanto il nome dell'*account*. Tutte le date e le informazioni citate sono reperibili sulla sezione «informazioni» delle piattaforme digitali citate. Inoltre i dati reperibili sono consultabili sui siti creati appositamente a partire dal 2016, per iniziativa dell'amministrazione Obama, su www.obamalibrary.gov e <https://www.trumplibary.gov> e sulle piattaforme digitali sulle quali qui si è posto attenzione: su *Twitter* l'*account* «White House Archived» («@ObamaWhiteHouse») per l'amministrazione Obama, «The White House 45 Archivied» («@WhiteHouse45») per l'amministrazione Trump; su *Facebook* «The Obama White House» per l'amministrazione Obama e «The Trump White House Archived» per l'amministrazione Trump. Si vedano anche i seguenti link <https://www.obamalibrary.gov/research/archived-white-house-websites-and-social-media#socialmedia> e <https://www.trumplibary.gov/research/archived-social-media>.

¹⁶ Per una trattazione esaustiva sulla rilevanza giuridica nell'ordinamento italiano dell'utilizzo dei siti *web* da parte degli organi costituzionali si vedano: D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit.; P. CARNEVALE – D. CHINNI, *To be or not to be (online)?*, cit.

i propri interventi nelle aule parlamentari, dove immancabile è l'appello ai cittadini, «che ci guardano da casa»; o, ancora, ai ministri, che attraverso un *post* o un *tweet* pubblicato sul loro *account* personale documentano i loro *follower* (*rectius*: i cittadini) sulle attività compiute in veste istituzionale.

Quanto descritto, a ben guardare, rappresenta più che una semplice novità dettata dall'avvento di queste nuove forme di interazione digitali. Se infatti guardiamo al ruolo e alla funzione della comunicazione nei sistemi democratici, si può notare che la tradizionale differenza tra comunicazione istituzionale e comunicazione politica sembra non essere rimasta immutata dopo i descritti cambiamenti. La decisiva differenza tra questi due tipi di comunicazione risiede nelle finalità che queste si pongono: le finalità della comunicazione istituzionale sono quelle di rendere note informazioni e dati rilevanti non solo nei confronti di altre istituzioni ma anche dei cittadini, per tali motivi essa si contraddistingue e si ispira a principi quali quello di «imparzialità, obiettività “neutralità”, affidabilità»; al contrario, la comunicazione politica esprime e veicola giudizi di valore, opinioni e giudizi su fatti o questioni, ed è per questo orientata alla «competizione», alla «partigianeria»¹⁷, è volta alla persuasione dei soggetti a cui si rivolge: i cittadini nella loro qualità di elettori¹⁸.

A questa bipartizione oggi fa seguito un ulteriore modo di comunicare, il quale sembra porsi in mezzo alle due forme descritte. Infatti, con riferimento in particolare agli organi monocratici di espressione politica, è tutt'altro che infrequente imbattersi in un doppio canale di comunicazione: da una parte, gli *account* ufficiali degli organi istituzionali con la funzionalità divulgativa poc'anzi accennata; dall'altra i titolari degli stessi organi con i loro *account* personali. Se quindi gli *account* ufficiali diffondono anche nelle reti sociali quello che è già presente sul *web* – quindi nei loro siti istituzionali – gli *account* privati, personali, dei titolari degli organi predetti tendono sempre più spesso, da una parte, a sovrastare l'attività degli *account* ufficiali dell'istituzione da essi ricoperta per via della popolarità – cioè dal numero di *cd. follower* – che a questi canali privati è spesso connessa e, dall'altra, a impiegare i *profili* istituzionali alla diffusione di *post*, *immagini*, *video* da essi pubblicati sui loro *profili* personali. In linea di principio, l'obiettivo sotteso a tali nuove forme di informazione pare quello di consentire una più ampia diffusione delle notizie o delle attività svolte dall'organo e dal suo titolare.

¹⁷ «La comunicazione pubblica affronta temi di interesse generale e deve essere ispirata a principi quali quello di imparzialità, obiettività “neutralità”, affidabilità; mentre la comunicazione strategica – come elemento determinante del *marketing* commerciale – impone competizione, partigianeria, orientamento alla soddisfazione delle specifiche esigenze del segmento di pubblico interessato al servizio o al bene. [...] Così una possibile definizione di comunicazione istituzionale deve considerare le attività che hanno ad oggetto la circolazione delle informazioni e dei dati, giuridicamente rilevanti, per le singole istituzioni, nel rapporto reciproco e nel rapporto con i cittadini. La comunicazione politica e la comunicazione sociale hanno un contenuto analogo, ma sono attivate nel primo caso dai partiti o altri soggetti che si prefiggono finalità politiche e nel secondo caso da parti sociali (gruppi o associazioni senza scopo di lucro)»; P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, 161s e, spec. 163-188.

¹⁸ Sono molteplici le definizioni di comunicazione politica fornite dalla dottrina politologica, per brevità si vedano: D. CAMPUS, *Comunicazione politica* (voce), in N. BOBBIO – N. MATTEUCCI – G. PASQUINO (diretto da), in *Dizionario di Politica*, Torino, 2016; A. VESPAZIANI, *Comunicazione politica*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. aggiornamento XII, Roma, 2004.

Senonché, tale uso congiunto di i istituzionali e privati, rende complesso stabilire dove si interrompe l'informazione e dove inizia l'opinione di chi comunica, creando così incertezza nei cittadini. Così, tali sovrapposizioni si prestano, anche indirettamente, alla mera raccolta di quel consenso digitale a cui si faceva riferimento da parte di quest'ultimo, nel tentativo di "avvicinare" i cittadini alle attività da esso svolte e al contempo, con lo stesso obiettivo, di creare un'immagine "comune" che possa spingere i *seguaci* a immedesimarsi in lui. E per ragioni legate al "chi" comunica, e per ragioni legate al "come" comunica. Evidentemente il titolare dell'organo è anche utente tale e quale agli altri sul suo *profilo*, potendo utilizzare questo per finalità politiche come per finalità di mera *condivisione*¹⁹. Strettamente connesso a quest'ultimo punto è il "come": chi comunica lo fa spesso nelle medesime forme per tutti gli argomenti che esso tratta sulla sua *pagina* personale.

3. Il vertice dell'esecutivo: quali gli effetti della comunicazione "personale"?

Le differenze nelle modalità di comunicazione descritte paiono accentuarsi particolarmente nei capi di Governo. È fatto noto che i capi di Governo, durante l'espletamento delle loro funzioni, usino mettersi quotidianamente in contatto con il corpo sociale attraverso i loro *profili* personali sui *social network*, mischiando, nei modi descritti, comunicazione istituzionale e comunicazione personale.

Si pensi all'utilizzo della comunicazione personale del presidente degli Stati Uniti d'America, Donald Trump, il quale ha posto su un piano subalterno il suo stesso *account social* ufficiale da Presidente e quello del Governo – rispettivamente «@POTUS» per il Presidente e «The White House» per il gabinetto – oscurandoli, di fatto, con uno smodato e spesso scomposto utilizzo delle proprie *pagine* personali²⁰. O ancora, guardando al nostro paese, altri esempi sono la presidenza Renzi e, in particolare, la presidenza dei due governi Conte, dove la *pagina* ufficiale del Governo²¹, «Palazzo Chigi - Presidenza del

¹⁹ Si pensi alla pratica, ormai piuttosto diffusa, da parte di *leader*, esponenti politici o istituzionali di mischiare sulle loro *pagine* personali notizie di natura politica o istituzionale con notizie che esulano da quest'ultime, come momenti della propria quotidianità – ad esempio delle foto con la propria famiglia o con i propri amici, il racconto di un viaggio o, ancora, il consumo di un pasto.

²⁰ Pochi mesi dopo il suo insediamento è lo stesso Trump a dichiarare la volontà di utilizzare principalmente i suoi *account* privati per la comunicazione con un *tweet* pubblicato sul suo *profilo* personale «@realDonaldTrump» il 20 luglio 2017: «My use of social media is not Presidential – it's MODERN DAY PRESIDENTIAL. Make America Great Again!»; R. MORIN, *Trump: My social media use is 'modern day presidential'*, in *Politico.com*, 1 luglio 2017. La volontà del presidente è stata ampiamente rispettata se si guarda alla scarsa efficacia in termini di cittadini-utenti raggiunti. Prendendo ad esempio *Facebook*, si nota come il *profilo* ufficiale – oggi «President Donald J. Trump Archivied» – poteva contare 3,9 milioni di *like*, contro il *profilo* personale del Presidente, «Donald J. Trump», che ne contava fino alla sua chiusura 32 milioni. Guardando *Twitter* la situazione non cambia: l'*account* ufficiale – oggi «President Trump 45 Archived» (@POTUS45) – conta 33, 2 milioni di *follower* contro gli 88,9 milioni dell'*account* personale «@realDonaldTrump».

²¹ A questo proposito si evidenzia come il primo *social network* a ospitare una *pagina* del Governo italiano è stato *Twitter*: nel novembre 2012 viene creato il *profilo* «Palazzo Chigi» (https://twitter.com/Palazzo_Chigi). Fa seguito il giorno 8 maggio 2013, anch'esso con il nome «Palazzo Chigi», l'*account* su *YouTube* (<https://www.youtube.com/c/palazzochigi/about>), poi il 15 febbraio 2016

Consiglio dei Ministri» – in special modo su *Facebook* – è diventata piattaforma strumentale alla diffusione dei contenuti creati dall'*account* personale del Presidente – rimanendo sull'esempio posto, ci si riferisce all'*account* "Matteo Renzi" e all'*account* "Giuseppe Conte"²². Ecco che, in tal modo, anche qui, si determina un'alterazione della natura di *profilo* ufficiale insito nell'*account* del Governo, e la sua principale funzione: informare i cittadini sull'attività dell'intero Governo e diffondere i contenuti dei siti *Internet* istituzionali.

Questo approccio "personale" alla comunicazione ha senz'altro alimentato grande entusiasmo nel corpo sociale. Spesso i capi di Governo sono riusciti di volta in volta a mobilitare grosse fette di elettorato – come si diceva, la presidenza Trump, ma anche Renzi e Conte ne sono tangibile esempio – creando altresì, attraverso quest'uso totalizzante delle loro *pagine* personali, una progressiva fidelizzazione dei cittadini ai contenuti da essi proposti. Ciò ha all'evidenza generato in capo ad essi una legittimazione politica ulteriore, composta da caratteri quali immediatezza, virtualità, disintermediazione, divenendo così aggiuntiva o alternativa a quella prevista dai diversi meccanismi costituzionali, proprio perché plebiscitaria e digitale. Se da una parte, quindi, il positivo utilizzo di tali canali crea l'entusiasmo appresso delineato, sopperendo probabilmente in parte alla odierna diffusa disaffezione verso le istituzioni democratiche, c'è da chiedersi, al contrario, un loro utilizzo distorto o anche semplicemente più "spinto" cosa potrebbe genere.

Non sembra azzardato affermare che gli effetti "negativi" che potrebbero discendere da un utilizzo imprudente, per dir così, dei *profili* personali da parte dei vertici dell'esecutivo potrebbe comportare, anche involontariamente, lenti o dirompenti effetti distorsivi dei delicati equilibri tra poteri su cui si fondano i moderni sistemi democratici. Conseguenza di un utilizzo irresponsabile potrebbe essere, ad esempio, sul piano sistematico, lo spostamento della "rabbia sociale" che pare ormai carattere distintivo delle democrazie moderne verso gli altri poteri dello Stato, contribuendo così ad una loro la progressiva delegittimazione.

Su queste premesse, si può tentare l'individuazione di alcuni esempi di tali, possibili, effetti distorsivi sulle forme di governo.

quello su *Facebook* con il nome «Palazzo Chigi – Presidenza del Consiglio dei Ministri» (<https://www.facebook.com/palazzochigi.it>), segue, infine, *Instagram*, nel quale il 24 maggio 2017 viene creata la *pagina* «palazzo_chigi» (https://www.instagram.com/palazzo_chigi/?hl=it).

²² Per citare soltanto un esempio, si pensi alle note *live* denominate con l'*hashtag* #matteorisponde: dirette proposte dall'*account Facebook* personale del Presidente del Consiglio, poi *condivise* da quello ufficiale del Governo sulle diverse piattaforme con il meccanismo del cd. repost, funzione prevista dai *social network* che consente di riportare sul proprio *profilo* (o cd. bacheca) il contenuto e la denominazione del soggetto o della *pagina* che ha pubblicato quel contenuto, dando così la possibilità ai propri *follower* di rintracciare facilmente il suo creatore. Un esempio di tale approccio è l'attività di comunicazione portata avanti dal Presidente durante la campagna referendaria per il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 sulla riforma cd. Renzi-Boschi. In questo senso si veda, in particolare, la *diretta* del 26 novembre 2016 sul canale *Facebook* del Governo <https://www.facebook.com/palazzochigi.it/posts/1152012111533434>. Sul rapporto tra comunicazione istituzionale e comunicazione politica durante il referendum si veda P. MARSOCCI, *Il referendum costituzionale tra comunicazione istituzionale e comunicazione politica*, in *Federalismi.it*, 2/2016.

Si prenda come esempio la forma di governo presidenziale degli Stati Uniti d'America²³, in cui il Presidente è eletto con un sistema solo formalmente di secondo grado il quale gli attribuisce una forte legittimazione; un sistema in cui il vertice dell'esecutivo assume un ruolo propulsivo della forma di governo e dell'iniziativa legislativa. Pare si possa affermare che esso risulterà rafforzato e rinvigorito dal costante contatto che gli deriva dalla comunicazione con il corpo sociale, potendo ben usare tale strumento per delegittimare o fare pressione, come si diceva, sugli altri organi costituzionali. Esempio della degenerazione di tale utilizzo della comunicazione personale potrebbe essere rintracciato – da ultimo – nei fatti di Capitol Hill: la pressione del Presidente Trump, per mezzo dei suoi *canali social* personali, sull'intero sistema democratico, indirizzando contro il Congresso la protesta sulla presunta frode elettorale asseritamente consumatasi durante le elezioni presidenziali del novembre scorso²⁴.

Anche le forme di governo parlamentari, come quella italiana, non sembrano potersi ritenere al riparo dagli effetti negativi provenienti dell'exasperazione della comunicazione personale da parte del capo del Governo. È certamente noto come l'esecutivo italiano ha conosciuto e conosce un progressivo rafforzamento del ruolo Presidente del Consiglio dei Ministri che, in tempi più recenti, si è sempre più sganciato dal disegno delineato dell'articolo 95 della Costituzione, assumendo così un ruolo preminente in seno al Consiglio dei Ministri²⁵. Non pare neanche qui azzardato pensare, per un attimo, a che ruolo potrebbe avere nel disegno appena delineato, guardando agli assetti della forma di governo, la comunicazione per mezzo di *profili* privati e personali da parte di un Presidente del Consiglio che utilizzi il colore e le modalità a cui ci hanno abituato politici e partiti genericamente indicati come sovranisti o populistici²⁶.

²³ M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2011, 127-157. Cfr. G. BONETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino, 2000, Vol. II; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2011, Vol. I.

²⁴ «How else was this going to end? The violence that engulfed Washington is the culmination of a four-year saga — mostly played out on Facebook, Twitter and YouTube — where politicians and online influencers have fanned the flames of disinformation, while social media companies failed to police the most vile content on the internet»; M. SCOTT, *Capitol Hill riot lays bare what's wrong with social media*, in *Politico.eu*, 7 gennaio 2021; M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 427-430.

²⁵ Si fa riferimento alla progressiva crisi dei partiti, propulsori, fino alla fine del secolo scorso, della forma di governo, ma anche al progressivo rafforzamento del Presidente del Consiglio come rappresentante dell'indirizzo espresso dal Governo davanti le istituzioni Europee, o, ancora, al ruolo da esso assunto nel rapporto con le autonomie locali anche attraverso l'affermarsi del "sistema delle Conferenze"; si veda, da ultimo, le relazioni e la bibliografia in esse indicata in AA. VV., *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988. Atti del Convegno di Studi del 20 febbraio 2018 Roma, Università LUISS Guido Carli*, Roma, 2020.

²⁶ Si pensi qui, solo per citare un esempio, alla facilità con cui fu proposta da alcuni partiti la messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica all'indomani del rifiuto della proposta del Prof. Paolo Savona a ministro dell'Economia. «[...] l'episodio va ricordato quale massimo esempio di uso maldestro del potere politico in una democrazia costituzionale, aggravato da una giustificazione che evidenziava l'artificiosa creazione di un clima sovversivo»; così C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2018, 6s.

4. In conclusione: una riflessione aperta

Il caso qui brevemente prospettato del rapporto e delle sovrapposizioni tra comunicazione istituzionale del Governo e comunicazione personale del vertice dell'esecutivo, rende particolarmente evidenti i cambiamenti nelle modalità e nelle forme di comunicazioni introdotte dalle reti sociali. L'incontro al loro interno tra cittadini, soggetti politici e istituzioni, rende sempre più debole la distinzione tra comunicazione istituzionale e comunicazione politica per via della ormai stabile abitudine in uso da parte dei soggetti in costanza di carica di affiancare i loro *account* personali agli *account* ufficiali dell'incarico istituzionale da essi ricoperto.

La comunicazione gioca un ruolo rilevante per la democrazia, in particolare nel rapporto tra governanti e governati. Per gli ordinamenti fondati sui principi democratici, e quindi sulla sovranità popolare, sulla regola delle elezioni libere e periodiche, sui meccanismi di rappresentanza²⁷, la pubblicità dell'attività svolta delle istituzioni rappresenta un «dovere» da adempiere «nei confronti della generalità», e quindi del popolo in quanto titolare della sovranità. L'informazione sull'attività condotta consente ai cittadini, infatti, di controllare l'operato dei titolari degli organi elettivi e così di confermare l'operato degli stessi o di censurarlo e optare per forze ed esponenti politici differenti²⁸. Da questi basilari fondamenti la democrazia è stata anche definita come «governo del potere pubblico in pubblico»²⁹, in cui quindi la “segretezza” è l'eccezione, e la comunicazione e l'informazione rappresentano un presupposto generale che rende effettivi i principi democratici. La democrazia diviene da qui anche «governo

²⁷ «Nella prevalente teoria politica contemporanea dei paesi a tradizione democratico-liberale le definizioni di democrazia tendono a risolversi e a esaurirsi in un elenco più o meno ampio secondo gli autori di regole del gioco, o, come sono state anche chiamate, di “universal procedurali”. Tra queste: 1) il massimo organo politico, cui è assegnata la funzione legislativa, deve essere sempre di membri eletti direttamente o indirettamente, con elezioni di primo o di secondo grado, dal popolo; 2) accanto al supremo organo legislativo debbono esservi altre istituzioni con dirigenti eletti, come gli enti dell'amministrazione locale o il capo dello Stato (come avviene nelle repubbliche); 3) elettori debbono essere tutti i cittadini che abbiano raggiunto la maggiore età senza distinzione di razza, di religione, di censo, e possibilmente anche di sesso; 4) tutti gli elettori debbono avere voto eguale; 5) tutti gli elettori debbono essere liberi di votare secondo la propria opinione formata quanto più possibile liberamente, cioè in una libera gara di gruppi politici che competono per formare la rappresentanza nazionale; 6) debbono essere liberi anche nel senso che debbono essere posti in condizione di avere delle reali alternative (il che esclude come democratica una qualsiasi elezione a lista unica e bloccata); 7) sia per le elezioni dei rappresentanti sia per le decisioni del supremo organo politico vale il principio della maggioranza numerica, anche se possono essere stabilite diverse forme di maggioranza secondo criteri di opportunità non definibili una volta per sempre; 8) nessuna decisione presa a maggioranza deve limitare i diritti della minoranza, in modo particolare il diritto di diventare, a parità di condizioni, maggioranza; 9) l'organo di governo deve godere della fiducia del parlamento oppure del capo del potere esecutivo a sua volta eletto dal popolo»; N. BOBBIO, *Democrazia*, ID. – N. MATTEUCCI – G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di Politica*, Torino, 2016. Tra la sterminata letteratura sul tema, si vedano anche H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, [1945], trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1994; ID., *La democrazia*, Bologna, 2010; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Democrazia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964; ID., *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le “forme di Stato” e le “forme di governo”. Le costituzioni moderne*, Milano, 1988.

²⁸ A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 1036s.

²⁹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2014, 81-106.

dell'opinione»³⁰, in cui quindi «l'opinione pubblica è [...] il contenuto che dà sostanza ed operatività alla sovranità popolare» e il governo diviene «governo consentito»³¹ proprio perché sostenuto dal “consenso” del corpo sociale.

La non chiara conoscenza di informazioni, attività e iniziative degli organi politici impedisce l'affermarsi di tali principi e, quindi, di un consenso o un dissenso pieno e consapevole alle attività degli organi politici, creando un *vulnus* all'esercizio della sovranità da parte del popolo e, in particolare, alle fondamentali regole democratiche delle elezioni e dell'investitura politica. Rendendo poco chiara la differenza tra l'opinione personale o politica e l'informazione istituzionale, determinando una poco chiara consapevolezza delle attività delle istituzioni nell'opinione pubblica, le esternazioni o la comunicazione di dati e informazioni provenienti dagli organi politici che non abbiano le caratteristiche della comunicazione istituzionale si pongono in contrasto con i principi democratici. E, peggio, favoriscono pericolose forme plebiscitarie di consenso e un assetto in cui i ruoli istituzionali, i ruoli di governo, sono di chi li “occupa” e non della generalità dei cittadini.

Ad oggi, quindi, sono senz'altro da approfondire gli effetti dei cambiamenti apportati dalle nuove forme di comunicazione digitale sugli ordinamenti democratici. Per questo, le sovrapposizioni nelle modalità di comunicazione qui brevemente descritte, paiono essere un altro punto di partenza per imbastire la riflessione entro il perimetro del quesito posto alla base di queste brevi note. Il tempo della disinformazione, sempre più insidiosa entro le reti sociali, il tempo del «populismo digitale», del linguaggio aggressivo, della politica che reintroduce la logica schmittiana amico/nemico³², il tempo – per quanto qui trattato – del «populismo di governo», in cui «il Presidente spacca il paese come una mela e governa per la propria metà, chiamata popolo, contro l'altra metà, chiamata invece *establishment*»³³, ci induce, così, a guardare sempre più il rapporto tra potere politico e comunicazione digitale.

³⁰ A. V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, [1914], trad. it. di V. Ottonelli, Bologna, 1997.

³¹ G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1979.

³² C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico': saggi di teoria politica*, [1917], trad. it. di G. Miglio e di P. Schiera, Bologna, 1972, 97.

³³ Con queste parole Barberis si riferisce a Trump; M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020, 24 e *passim*.



INFORMAZIONI SUI CURATORI E SUGLI AUTORI

CURATORI

Antonello Lo Calzo, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi del Sannio di Benevento. Vice-Presidente del Comitato dei Giovani costituzionalisti del Gruppo di Pisa.

Leonardo Pace, Assistente di studio presso la Corte costituzionale. Dottore di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi «Roma Tre». Segretario del Comitato dei Giovani costituzionalisti del Gruppo di Pisa.

Giuliano Serges, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi «Roma Tre». Presidente del Comitato dei Giovani costituzionalisti del Gruppo di Pisa.

Cecilia Siccardi, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano. Vice-Presidente del Comitato dei Giovani costituzionalisti del Gruppo di Pisa.

Pietro Villaschi, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano.

AUTORI

Amir Al Hasani Maturano, Profesor ayudante de Derecho constitucional – Universidad de las Islas Baleares.

Diego Baldoni, Dottorando di ricerca in Diritto, curriculum pubblicistico – Università degli Studi di Genova.

Simone Barbareschi, Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi «Roma Tre».

Michaël Bardin, Maître de Conférences en Droit public – Avignon Université.

Chiara Bologna, Professoressa associata di Diritto costituzionale – «Alma Mater Studiorum» Università di Bologna.

Federica Camillieri, Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica – Università di Pisa.

Valentina Cavani, Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Daniele Chinni, Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi «Roma Tre».

Francesco Cirillo, Dottorando di ricerca in Law and Cognitive Neuroscience – Università degli Studi «Niccolò Cusano», Telematica Roma

Ylenia Maria Citino, Dottoressa di ricerca in Scienze politiche, curriculum Governo e istituzioni – Università degli Studi «Roma Tre».

Emanuele Cocchiara, Dottorando di ricerca in Economia e Finanza delle Amministrazioni Pubbliche – Università degli Studi di Bari «Aldo Moro».

Carlo Colapietro, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi «Roma Tre». Vice-presidente dell'Associazione Gruppo di Pisa.

Elia Cremona, Dottorando di ricerca in Diritto pubblico – Università degli Studi di Siena.

Marilisa D'Amico, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano. Presidente dell'Associazione Gruppo di Pisa.

Lavinia Del Corona, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo – Università degli Studi di Milano.

Camilla Della Giustina, Cultrice della materia di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Padova (sede di Treviso).

Luca Dell'Atti, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e pubblico comparato – Università degli Studi di Bari «Aldo Moro».

Giuseppe Donato, Dottore di ricerca in Scienze giuridiche – Università degli Studi di Messina.

Mattia Falduti, Assegnista di ricerca in Informatica – Libera Università di Bolzano.

Marta Fasan, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – School of International Studies dell'Università degli Studi di Trento.

Antonella Ferrero, Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Torino.

Nannerel Fiano, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano

Raffaella Fittipaldi, Assegnista di ricerca in Scienze politiche – Università degli Studi di Napoli «Federico II».

Virgilia Fogliame, Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Napoli «L’Orientale».

Ildè Forgione, Assegnista di ricerca in Diritto dell’economia – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Valentina Fredianelli, Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica – Università di Pisa.

Alessandro Fricano, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi del Molise.

Mónica García Goldar, Investigadora postdoctoral de Derecho Civil – Universidad de Santiago de Compostela.

Andrea Giubilei, Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi «Roma Tre».

Laura Grimaldi, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli «Federico II».

Erika La Fauci, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Messina.

Alessandro Lauro, Dottorando di ricerca in diritto pubblico e comparato – Università degli Studi «Ca’ Foscari» di Venezia e Université Paris II «Panthéon Assas».

Francesco Laviola, Dottorando di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi «Roma Tre».

Lucie Lorenzini, Maître de Conférences (Enseignant-chercheur) en Droit privé et sciences criminelles – Université de Corse (France), Laboratoire Équipe Méditerranéenne de Recherche Juridique.

Enrico Mantovani, Dottorando di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico – «Sapienza» Università di Roma.

Virginia Martínez Torres, Doctoranda FPI en Derecho Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

Fortunato Musella, Professore ordinario di Scienza politica – Università degli Studi di Napoli «Federico II».

Federica Novello, Dottoranda di ricerca in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell’impresa, curriculum Diritto comparato – Università degli Studi di Milano.

Juan Ocón García, Profesor de Derecho constitucional – Universidad de La Rioja.

Federica Paolucci, LLM Candidate in Law of Internet Technology, Università Commerciale «L. Bocconi» di Milano.

Leonardo Pasqui, Dottorando di ricerca in Diritto Europeo – «Alma Mater Studiorum» Università di Bologna.

Paolo Passaglia, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università di Pisa.

Alessandra Prozzo, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi «Roma Tre».

Pier Giuseppe Puggioni, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica – Università di Pisa.

Marco Rhao, Dottorando di ricerca in Economia e Finanza delle Amministrazioni Pubbliche – Università degli Studi di Bari «Aldo Moro».

Camille Righetti, Doctorante contractuelle – Université de Toulon, Centre de Droit et de Politique Comparés «Jean-Claude Escarras».

Luca Rinaldi, Dottorando di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei – Università degli Studi di Trento.

Domenico Rosani, Assistente universitario – Istituto di diritto italiano, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Philipp Rossi, Dottorando di ricerca – Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

María Ruiz Dorado, Investigadora de Derecho constitucional – Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo).

Luigi Rullo, Assegnista di ricerca in Scienza Politica – Università degli Studi di Napoli «Federico II».

Francesco Severa, Dottorando di ricerca in diritto pubblico, comparato e internazionale – «Sapienza» Università di Roma.

Caterina Severino, Professeur de Droit public – Université de Toulon, Centre de Droit et de Politique Comparés «Jean-Claude Escarras».

Ignazio Spadaro, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Catania.

Federico Spagnoli, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – curriculum in Teoria dei diritti Fondamentali, Giustizia costituzionale, comparazione giuridica – Università di Pisa.

Vincenzo Telaro, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Catania.

Andrea Valsecchi, Cultore della materia in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano.

Giuseppe Verrigno, Borsista Fondazione Falcone – Università degli Studi di Palermo.

Pietro Villaschi, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano.

Davide Zecca, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Centro ASK, Università Commerciale «L. Bocconi» di Milano.

Giovanni Ziccardi, Professore associato di Informatica giuridica – Università degli Studi di Milano.

