

Contratto sociale e *grundnorm* al tempo degli unicorni

Gian Luca Conti

Questo contributo mira ad offrire un punto di partenza alla comprensione del funzionamento delle istituzioni della rete e delle modalità con cui producono i loro standard, ma anche a cercare di definire la rilevanza costituzionale delle grandi piattaforme della rete, e, infine, a cominciare a partecipare alla riflessione sui profondi mutamenti di paradigma introdotti dall'intelligenza artificiale e dall'articolato mondo degli smart contract.

Infosfera – Standard – Neutralità della rete – Contratto sociale

SOMMARIO: 1. La dimensione costituzionale della infosfera è il contratto sociale – 2. Il processo di formazione degli standard: la realtà della *grundnorm* – 3. Neutralità della rete e contratto per la rete – 4. Verso un nuovo tipo di contratto sociale – 5. Il contratto sociale al tempo dell'asimmetria informativa strutturale

1. La dimensione costituzionale della infosfera è il contratto sociale

Per queste righe, lo scopo (minimo) del diritto costituzionale è la circoscrizione¹ del potere attraverso norme e procedimenti capaci di razionalizzarlo e di limitarlo salvaguardando i diritti fondamentali delle persone², magari agganciandolo alla speranza di una volontà generale.

La rete, intesa come infosfera, può essere considerata come «lo spazio semantico costituito dalla totalità dei documenti, degli agenti e delle loro operazioni»³. Il potere nella rete è la capacità di definire le relazioni fra coloro che frequentano questo spazio semantico e che, sempre più spesso, lo abitano⁴.

Negli ultimi anni, la rete ha visto il consolidamento di pochi operatori che hanno saputo catturare alcune interrelazioni fondamentali fra i singoli utenti della rete e la rete stessa, costruendovi il proprio mercato⁵.

Le interazioni che questi grandi operatori consentono determinano lo sviluppo della rete e, nello stes-

so tempo, la governano, ma hanno anche a che fare con alcune libertà fondamentali dei loro utenti: la libertà di informazione e, in senso molto più ampio, quella libertà personale che consiste nel diritto a formare liberamente la propria personalità⁶; la libertà di corrispondenza; la libertà di circolazione; le libertà economiche che utilizzano la rete per l'esercizio del diritto di creare valore e di metterlo a frutto; la libertà di associazione e così via fino a comprendere probabilmente l'intero spettro delle aspettative costituzionalmente rilevanti degli individui e delle formazioni sociali che gli stessi possono comporre.

Il consolidamento dei grandi operatori e la concentrazione di vasti settori della rete nelle loro mani pone, perciò, un forte problema di diritto costituzionale: è possibile assicurare il pieno diritto di ciascun individuo allo sviluppo della propria personalità evitando che coloro che controllano gli spazi in cui la personalità dei cittadini della infosfera si manifesta possa approfittare del proprio potere?

Il diritto costituzionale, sinora, ha sempre visto la rete come un settore in profonda evoluzione, sebbene

G.L. Conti è professore ordinario di Diritto costituzionale all'Università di Pisa.

Questo contributo fa parte del numero speciale "La Internet governance e le sfide della trasformazione digitale" curato da Laura Abba, Adriana Lazzaroni e Marina Pietrangelo.



– per taluni – votato al medioevo digitale⁷, ha perfino cercato di regolare la rete attraverso modifiche al testo della Costituzione formale⁸, ma nella realtà ha fatto molto poco, si è limitato a considerare la rete come uno spazio destinato a recepire la forza dei valori costituzionali per come gli stessi esistono indipendentemente dalla rete.

È un punto importante: la Costituzione, probabilmente, non può conoscere un regime specifico dei diritti e delle libertà con riferimento alla rete: il diritto al pieno sviluppo della propria personalità non può essere diverso a seconda che lo si consideri nel prisma della rete o della vita offline⁹.

L'ordinamento giuridico sembra considerare la rete come, a suo tempo, la pace di Utrecht ha trattato la questione delle acque territoriali nel 1713 fissando in tre miglia nautiche il limite della sovranità degli Stati nazionali avuto riguardo alla gittata dei cannoni allora in uso. Gli ordinamenti giuridici hanno trovato diversi punti di contatto con la rete: il diritto di autore, ad esempio, ha contribuito a modellare la rete in diversi aspetti, così la libertà di stampa per la dottrina del *safe harbour*, su cui si avrà modo di tornare, o per la problematica delle fake news. Soprattutto la privacy¹⁰, intesa come diritto alla autodeterminazione informativa, rappresenta la manifestazione più evidente di questo tipo di approccio. Manca tuttavia un approccio complessivo alla rete e, forse ma anche probabilmente, non è opportuno.

Le istituzioni della rete, infatti, hanno dimostrato (e stanno dimostrando) una notevole capacità di regolazione e di influenza unita a una certa sensibilità costituzionale. Sanno di essere le *commodities* delle libertà costituzionali dei loro utenti.

Solo che non è un modo di regolare né un linguaggio che parla direttamente agli studiosi del diritto costituzionale: le istituzioni della rete hanno come missione quella di consentire al codice di correre e alla rete di funzionare e, nello stesso tempo, lo sviluppo della rete dipende sempre più da soggetti che hanno come scopo la massimizzazione del proprio valore¹¹.

Solo le istituzioni del mondo reale possono, in qualche modo, intervenire per regolare efficacemente le piattaforme che si stanno consolidando¹² e dal cui operare con responsabile mitezza e autentico spirito laico dipende sempre di più la capacità degli individui di maturare una propria personalità?

L'obiettivo di queste pagine è di offrire un punto di partenza alla comprensione del funzionamento delle istituzioni della rete, essenzialmente la Internet Engineering Task Force, la Internet Society, la Internet Assigned Numbers Authority, la Internet Corporation for Assigned Name and Numbers, il 3WConsortium, e delle modalità con cui producono

i loro standard, ma anche cercare di definire la rilevanza costituzionale delle grandi piattaforme della rete, come Google, Facebook, Twitter etc. e, infine, cominciare a partecipare alla riflessione sui profondi mutamenti di paradigma introdotti dall'intelligenza artificiale piuttosto che dall'articolato mondo degli smart contract.

L'idea di fondo è che solo la democrazia della rete, quel complesso insieme di istituzioni che elaborano standard e protocolli attraverso dei processi di sintesi politica capaci di promuovere il consenso all'interno della stessa rete, una democrazia minima perché fa a meno del concetto di rappresentanza, possa costruire dei limiti al potere delle grandi piattaforme, anche se questo processo è appena all'inizio e non vi è alcuna certezza sulla sua capacità di giungere a compimento¹³. Nello stesso tempo, queste pagine sono convinte che lo spazio a disposizione della sovranità per regolare la rete delle grandi piattaforme sia molto ridotto e, comunque, non distribuito equamente. Le grandi piattaforme si fanno un baffo degli editti provenienti dagli Stati anche quando questi sono accompagnati da multe di straordinaria gravità. In questa situazione in cui le istituzioni della rete tendono a occuparsi solo di codice e le istituzioni della sovranità hanno iniziato il confronto con la rete quando questa era già diventata uno spazio riservato a pochi soggetti in grado di competere con gli Stati nazionali quanto a fatturato e irraggiungibili per la difficoltà strutturale degli Stati contemporanei a comprendere il funzionamento di un ecosistema straordinariamente complesso, il diritto costituzionale appare dover fronteggiare una sconfitta. Non è così se si torna a riflettere sulle categorie fondamentali: in rete, il contratto sociale è una cosa viva, tutt'altro che un espediente retorico e la chiave del contratto sociale è lo strumento per scardinare l'anomia delle grandi piattaforme, le quali sanno benissimo di godere di una situazione di disuguaglianza ma sanno anche che le disuguaglianze per poter durare hanno bisogno di essere giustificate dinanzi a coloro che ne subiscono gli effetti.

2. Il processo di formazione degli standard: la realtà della *grundnorm*

Nel processo di formazione degli standard, la funzione normativa è esercitata al di fuori di qualsiasi condizionamento che non sia deciso su base volontaria all'interno del processo di formazione degli standard stessi. In questo procedimento, la dimensione costituzionale è *octroyée* perché se vi è qualcosa di simile a una costituzione (verrebbe da dire a uno "statuto" nel senso ottocentesco dell'espressione), questo qualcosa è volontariamente concesso dal sovrano ai suoi sud-



diti e non è il punto di arrivo né di una negoziazione, sul modello della monarchia parlamentare, né dell'esercizio della funzione costituente da parte di un popolo, né tantomeno di una revisione costituzionale.

Non è qui che la rete ha iniziato a cercare di costruire una propria identità costituzionale, se così si può dire. Questo è accaduto nel momento in cui si è cominciato a pensare alla infosfera, e più precisamente al potere di stabilire le relazioni fra i diversi contenuti della infosfera e i suoi abitanti, come a un problema costituzionale in senso proprio.

Però è qui che la dimensione costituzionale della rete (non la sua identità costituzionale) comincia a definirsi. Difatti, se ci si chiede quale è la norma che definisce la validità delle norme che vanno a comporre l'ordinamento giuridico della rete, secondo un modello astratto e strettamente gerarchico di ordinamento, che è tipico della scuola formale del diritto¹⁴, questa norma esiste ed è il protocollo TCP/IP, ovvero il protocollo fondamentale che consente a due macchine di comunicare fra di loro.

La scuola della dottrina pura del diritto si fonda letteralmente su di una ipotesi posta come palese finzione: nessuno ha mai pensato che la *grundnorm* kelseniana esista nella realtà, essa costituisce semplicemente la finzione sulla cui base è possibile costruire un sistema estremamente complesso che spiega la propria complessità a partire da questa illusione ideale.

Nella rete, è possibile sostenere che la *grundnorm* esista effettivamente perché la rete è un ordinamento giuridico che si sviluppa a partire da una serie di codici ciascuno dei quali può funzionare solo perché viene riconosciuto dal livello precedente: il mio browser legge la pagina sulla quale riascolto le mie lezioni perché è capace di leggere la programmazione HTML ma la programmazione HTML non servirebbe a niente senza la trasmissione di pacchetti che si basano per non perdersi sul protocollo TCP/IP. L'esempio potrebbe essere sviluppato ulteriormente, ma è sufficiente per consentire di immaginare qualsiasi norma sulla rete come una norma tecnica che definisce un protocollo che può funzionare solo perché viene riconosciuto dal protocollo precedente su cui si fonda, secondo uno schema che può ricordare una cipolla piuttosto che la scala di Merkl, evocata dal principio della *stufenbau*.

Il primo scalino di questa scala, piuttosto che il cuore di questa cipolla, è il protocollo TCP/IP: ogni oggetto sulla rete è contraddistinto da un numero e questo numero consente di identificare solo quell'oggetto, rendendo possibile la trasmissione fra due indirizzi IP.

Ovviamente un concetto di Costituzione di questo tipo è deludente perché manca completamente di valori: dal punto di vista della costruzione scalare dell'ordinamento giuridico non cambia molto se si è in una monarchia assoluta o in una postdemocrazia ordoliberal. Dal punto di vista della *grundnorm*, Repubblica Federale Tedesca e Terzo Reich si assomigliano molto, le formule «bisogna obbedire al Führerprinzip» e «bisogna obbedire al Grundgesetz di Bonn» sono perfettamente equivalenti.

Quello che è importante cercare, perciò, sono i valori che consentono di costruire una comunità attraverso la razionalizzazione della sovranità: si tratta di capire come il potere possa trovare la propria forma per mezzo di un indirizzo politico che si derivi direttamente dalla ricostruzione maggioritaria di un insieme di principi unanimemente e fondativamente riconosciuti come propri da una determinata comunità¹⁵.

Mentre nella rete è possibile trovare ciò che nel mondo reale è impossibile da rintracciare empiricamente perché qui esiste la *grundnorm*, al contrario, quando ci si pone il problema di quali siano i valori costituzionali che trovano nella rete composizione attraverso il principio maggioritario, ciò che nel mondo reale è assolutamente evidente e posto addirittura nero su bianco nelle costituzioni scritte nella rete non può essere facilmente rintracciato.

La rete, in sostanza, si presenta come una Costituzione in senso unicamente formale, perché il codice conosce naturalmente la *grundnorm* ma un tanto pone una questione radicale circa l'esistenza, ma anche la possibilità e comunque l'opportunità, della definizione dei valori che consentano di stabilire se il codice è stato utilizzato correttamente, ovvero la questione della possibilità di elaborare una Costituzione per la rete che vada oltre il codice e che definisca i limiti del codice.

Si tratta di una domanda che non ha allo stato una risposta normativa. Esistono diversi tentativi di consolidare sul piano costituzionale i temi che il codice apre nel tessuto molle del diritto e della politica ma anche della società. Ma soprattutto esiste l'urgenza di addivenire a una definizione di questi temi: sino a che il codice era un programma di posta elettronica, piuttosto che un browser, un motore di ricerca, un social network, una app di messaggistica istantanea, in fondo, la rete aumentava la possibilità di usufruire del mondo reale ma non determinava alcuna soluzione di continuità nella sua percezione.

Adesso che la rete degli smart contract e dei *non-fungible token* è ridefinizione delle stesse idee di proprietà¹⁶ e di autonomia negoziale, che la rete della intelligenza artificiale pone il tema della responsabilità giuridica di un soggetto che è capace di program-



mare se stesso, questa questione diventa centrale e probabilmente non più eludibile, per quanto vaga e complessa da indagare.

L'impostazione tradizionale del problema dipende dalla soluzione di una questione antica quanto le prime riflessioni sulla rete quando ci si chiedeva nei forum se chi abbandonava una conversazione dovesse salutare dicendo "Hello" e quindi rivolgersi agli umani collegati attraverso i loro calcolatori o dovesse dire "Quit" usando la stringa di codice che termina un programma. Secondo la prima impostazione, il diritto della rete è un diritto degli umani perché sono gli umani che utilizzano la rete. Nella seconda, invece, il diritto della rete è il codice e il codice dice che cosa devono fare gli umani, i quali possono tutto ciò che è possibile con le macchine e i loro programmi.

Queste due impostazioni si contrappongono fin dall'inizio della storia della rete, in un dialogo che ha visto prevalere a lungo la seconda, mitizzata nel proclama cyberpunk di John Perry Barlow¹⁷, e che, sul piano ordinamentale ha trovato il proprio apparente trionfo nell'emancipazione di Icanm fortemente voluta dall'amministrazione Clinton secondo la dottrina del *Digital Tornado*¹⁸, ma si è trattato di un trionfo che ha assunto i caratteri dell'invasione ostile quando ci si è resi conto che i grandi unicorni cannibali basavano la propria forza sulla capacità del codice di trasformarsi in ordinamento giuridico e di consentire agli stessi di definire le regole di comportamento all'interno di formazioni sociali transnazionali e popolate da oltre la metà della popolazione mondiale. È il codice che permette a Facebook di moderare le discussioni al proprio interno, ma anche di promuovere un determinato comportamento o di definire le modalità con cui i suoi utenti possono interagire fra di loro. Il codice, in questo inquietante modo, diventa ordinamento giuridico, forse suo malgrado. Definisce valori, costruisce un indirizzo politico, modella la società.

Completamente al di fuori del principio maggioritario e secondo logiche che si possono definire autoreferenziali ed elitarie¹⁹.

La lacuna di valori che caratterizza l'ordinamento giuridico della rete consente ad alcuni soggetti di muoversi liberamente, ma questi soggetti non vivono in un mondo privo di valori, definiscono loro i valori del mondo che creano attraverso il codice e, in questo modo, influenzano i valori che diventano il patrimonio dei loro utenti: il social media non è solo uno strumento per manifestare il proprio pensiero ma è anche pensiero e lo è in una maniera estremamente pervasiva. Chiunque ha il vizio di scrivere sa che scegliere lo strumento con cui comunicare influenza il pensiero che si comunica: una cosa è una

lettera scritta a mano con la stilografica e una cosa completamente diversa è un messaggio di posta elettronica o di messaggistica istantanea. Il social media conferma il modo di manifestare il proprio pensiero e lo stesso pensiero di una moltitudine di utenti. Non è solo il fatto che su Tik Tok ci si esprime per balletti, ma anche che questi balletti devono ricevere consenso da parte degli altri utenti di Tik Tok e per riuscirci hanno bisogno di essere simili, quasi uguali gli uni agli altri e se ballo come gli altri è facile che finisca anche per pensare come gli altri secondo un modello di *peer pressure* assiologica che può essere considerata estremamente pervasiva.

È qui che lavora l'assenza di valori della rete: il codice non conosce valori ma la rete e i suoi operatori, sì. Ma questi valori sono inevitabilmente strutturati sulla base del "Mi piace" e il "Mi piace" è sempre di più un mi piace perché piace anche agli altri²⁰.

Diventa una strana forma di democrazia, una forma di democrazia che elabora i propri valori dal basso e che non conosce una vera e propria sintesi politica. Non la può conoscere nei termini tipici della comunicazione politica e della dialettica politica ma la conosce solo attraverso le fluide e incerte leggi del marketing o, forse, come si è accennato in nota, attraverso le logiche algoritmiche con cui gli Unicorni gestiscono i conflitti. Per una macchina, capire che cosa è un albero è analizzare le risposte che gli umani danno quando gli si chiede di dimostrare di non essere un robot e così ciò che è giusto è il risultato della somma dei Mi piace che gli umani lasciano, come una bava distratta della loro navigazione.

Tutto questo assume una dimensione impressionante se si tiene conto dei numeri in gioco. Qualcosa che influenza oltre quattro miliardi di esseri umani²¹ può essere considerata indifferente per il diritto?

Soprattutto se questo qualcosa, alla fine, funziona in maniera non molto dissimile da Voice of America, quello strumento formidabile di comunicazione politica con cui l'occidente ha ricordato al mondo oltre la cortina quello che accadeva, una narrazione diversa della realtà. Facebook assomiglia a Voice of America, Tik Tok assomiglia a Voice of America, Google, inteso come motore di ricerca, assomiglia a Voice of America, Amazon assomiglia a Voice of America, Netflix assomiglia a Voice of America. Sono tutti dei meccanismi con cui viene narrato un mondo al mondo, con cui il mondo capace di raccontare se stesso si racconta al mondo che non ha la stessa capacità di rappresentarsi²².



3. Neutralità della rete e contratto per la rete

La neutralità della rete entra in crisi quando la rete diventa il dominio di unicorni cannibali capaci di uniformare assiologicamente la percezione della realtà di miliardi di persone. Google non è neutrale nel momento in cui utilizza la neutralità del codice per selezionare pertinenza e rilevanza nei risultati di una determinata ricerca e lo stesso vale per Amazon quando propone i suoi prodotti, Netflix quando ci chiede che cosa vogliamo vedere alla fine di una serie, Twitter quando modera una conversazione.

La rete può essere considerata ancora privata? Uno spazio occupato da quasi tre miliardi di persone, gli utenti di Facebook, o un motore di ricerca che totalizza l'86,64% delle ricerche in rete²³, Google, possono essere considerati privati? O diventano spazi che hanno anche una dimensione in qualche modo pubblica?

Un primo tentativo di dare una direzione al potere di definire le relazioni fra i contenuti e i soggetti della infosfera è il contratto per la rete proposto da Tim Berners-Lee e che ha trovato nel mese di novembre del 2019 una sua prima formalizzazione²⁴, senza poi addivenire a un vero e proprio sviluppo in senso ordinamentale.

È evocativo l'uso dell'espressione *Contract for the Web*: non può non ricordare Hobbes, Locke, Rousseau e Kant ma anche Rawls²⁵. Non può non evocare una visione contrattualistica della proprietà in cui il potere è l'oggetto di uno scambio che consente la costruzione delle libertà come autonomie. Ma questo contratto è anche qualcosa di più: non è uno strumento per comprendere un fenomeno, non è il modo con cui la sensibile coscienza di Hobbes reagisce agli scenari terribili della guerra dei trent'anni o Rousseau interpreta il clima culturale che diventerà rivoluzione di lì a pochi anni, è il tentativo di creare coscienza e consapevolezza politica, di sviluppare la consapevolezza della necessaria integrazione "contrattuale" fra privati, società e Governi, dove dire privato significa dire cittadino e quindi portatore di libertà individuali, mentre dire società non è solo libertà di iniziativa economica ma soprattutto formazioni sociali generate dalla libertà di iniziativa economica nel suo combinarsi con il codice e, infine, Governi è, forse, prima che Stati: Costituzioni.

L'idea di un contratto per la rete escogitata dalla intelligente consapevolezza di Berners-Lee rivela un bisogno: la rete si è evoluta, è diventata società, una società assai diversa da quelle sinora sviluppate dalla nostra civiltà, quasi uno stadio ulteriore nella ricerca di relazioni che caratterizza l'evoluzione e questo

ecosistema è diverso da quello in cui siamo abituati a vivere, è un mondo nuovo, davvero nuovo, che ha bisogno di una nuova fondazione, di sviluppare i valori che consentono alle persone di costruirlo come comunità, e il contratto per la rete ha rappresentato un primo tentativo di razionalizzare questo ecosistema, farlo diventare un artefatto capace di sviluppare la personalità delle persone, di dare a ciascuno ciò di cui ha bisogno per realizzarsi più pienamente.

Non è facile comprendere quanto vi sia di Rawls o di Kant nel contratto per la rete, ma è ragionevole pensare che questo tentativo dialoghi con le intuizioni anarchiche di Barlow: dopo un lungo periodo in cui la rete ha pensato che il codice fosse la sua unica costituzione, una costituzione fondata esclusivamente su una *grundnorm* di natura tecnologica, è arrivato il momento di costruire la rete come un ecosistema fatto di persone che hanno bisogno di razionalizzare e contrattualizzare i valori che giustificano la formazione sociale di cui fanno inevitabilmente parte.

Ed è qui che viene in gioco il contratto per la rete di Berners-Lee. Nove principi che hanno come scopo la giustificazione dell'esistente ma anche la definizione dei vincoli che condizionano lo sviluppo della rete.

4. Verso un nuovo tipo di contratto sociale

Il contratto per la rete nasce in un contesto che è in sé significativo: il 2019 è l'anno in cui esce il report della Internet Society intitolato *Consolidation in the internet economy*²⁶. Questo documento evidenzia la preoccupazione per l'affermarsi sulla rete di pochi, grandissimi *player* – gli unicorni cannibali di cui si è parlato e si parlerà spesso – ciascuno dei quali domina un determinato settore di Internet. La questione, apparentemente, riguarda il diritto della concorrenza, ma in realtà è molto più profonda e coinvolge la stessa logica di costruzione delle regole sulla rete e il modo in cui chi definisce le relazioni fra oggetti e soggetti della infosfera interferisce con la formazione del consenso e le dinamiche del potere nel mondo reale.

Come si è detto, nella rete il "mito" della *grundnorm* si manifesta: l'idea per cui una costruzione logica dell'ordinamento giuridico presuppone una norma fondamentale che si colloca al livello empireo dell'aristotelico motore immobile – una condizione logica di validità trascendente – e determina la validità di tutte le norme che ne discendono²⁷ è nella rete una realtà immanente.

La rete, per questo, ha bisogno di diventare anche un laboratorio in cui le logiche del contratto sociale possono essere analizzate nel loro divenire, anziché essere ipotizzate in un passato a-storico o in via



di astrazione. A ben vedere, nella rete, nel dibattito sulla sua consistenza giuridica, possiamo osservare la dottrina del contratto sociale al lavoro constatando il passaggio dallo stato di natura a nuovi modelli di razionalizzazione e circoscrizione del potere. Nello stato di natura, tutte le macchine possono fare quello che vogliono. Nella dimensione verso cui ci stiamo muovendo le macchine sono collegate tra di loro e si pongono l'una nei confronti dell'altra in termini che sono vincolati da un protocollo che non consente unicamente la comunicazione ma si avvia a porsi il problema di quanto sia ragionevole il collegamento, che cosa ha un senso dirsi: non manca molto a che queste macchine si pongano la domanda fondamentale di due fidanzati, *perché si sta insieme?*

È un laboratorio in cui dialogano diverse visioni lungo il gradiente che conduce da una dimensione pubblica modellata sulla immagine del guardiano notturno a quella più attenta alle politiche di redistribuzione del reddito e, più in generale, alle dimensioni sociali del diritto. Il primo approccio si rivela nella visione liberale e libertaria del diritto della rete come diritto composto esclusivamente di protocolli tecnici basati sulla loro capacità di funzionare secondo standard di eccellenza: quello che conta è che ogni computer possa dialogare con qualsiasi altro computer, esattamente come in un ordinamento giuridico conta esclusivamente la definizione del diritto di proprietà e la certezza che gli effetti dei contratti siano assicurati per mezzo del processo. Successivamente, però, ci si è chiesti se alla fine tutte le architetture di rete che vengono costruite o le piattaforme che vengono realizzate abbiano un senso, un senso profondo. Assiologicamente profondo.

Il protocollo TCP/IP, come si è detto, è il principio di validità e di efficacia di tutti i protocolli che vengono utilizzati per la programmazione della rete: lo stesso *robustness principle*, su cui non è facile interrompere la riflessione, è, a ben vedere, espressione di una costruzione scalare dell'ordinamento.

La *grundnorm*, come il protocollo TCP/IP, è assolutamente neutrale. La *grundnorm* consente di riconoscere come valida qualsiasi norma che trovi la sua efficacia nella sua presupposizione e non ne vincola il contenuto. Esiste nello stesso identico significato sia nell'ordinamento della Repubblica Federale Tedesca che in quello della Repubblica Democratica Tedesca, se si possono utilizzare questi punti di riferimento come esemplari, portando innanzi una provocazione. Egualmente, il protocollo TCP/IP non condiziona in alcun modo il contenuto dei protocolli che consente di sviluppare né delle manifestazioni del pensiero che consente di rendere pubbliche o comunque accessibili nello spazio semantico della rete.

È la neutralità della rete, una neutralità direttamente interconnessa alla natura del protocollo, che ha a lungo costituito l'idea costituente della rete stessa. Tuttavia con il consolidamento della rete per effetto delle grandi piattaforme la neutralità ha consentito lo sviluppo e l'affermarsi di soggetti potenzialmente autoritari, ciascuno dei quali titolare di una forza di mercato enorme e difficilmente scalabile. Facebook, considerato come strumento di diffusione del pensiero e come spazio semantico autonomo, considerato come una *commodity* per lo sviluppo della personalità dei suoi utenti, è dotato di un potere pressoché assoluto sulle relazioni che si possono instaurare fra i suoi utenti e i contenuti che gli utenti pubblicano, un potere assoluto sulle relazioni che si instaurano fra gli utenti di questa porzione della infosfera, un potere che ambisce a diventare sovranità con la realizzazione del *Metaverse*²⁸.

Nel momento in cui la infosfera occupata, in termini potenzialmente autoritari da Facebook interessa un intorno di tre miliardi di persone, la neutralità della rete può essere considerata ancora un valore?

È questo il contesto storico in cui Tim Berners-Lee propone il suo contratto per la rete, un contesto che fa immaginare la necessità di abbandonare il mito della neutralità della rete e di contenere il potere delle grandi piattaforme²⁹.

I protocolli del contratto per la rete non trovano più il loro fondamento puro e archetipico nel *rough consensus* che li ha generati sinora e che li ha sempre voluti come neutrali, ma diventano giustificati per effetto di un contratto, diventano efficaci per effetto di un potere che nasce dal consenso liberamente espresso dai Governi, le Società³⁰ e i Cittadini, una sorta di contratto sociale, in cui l'eco di Rousseau è una suggestione forte e che vale la pena seguire per un piccolo tratto. Il contratto sociale di Rousseau è un modello di esercizio della sovranità in cui i cittadini accettano una idea di democrazia nella quale il popolo e il sovrano condividono gli stessi interessi³¹ e questi ideali rispondono alla domanda che Rousseau si pone a Venezia nel 1744, quando inizia la sua riflessione: «Qual è la natura del governo più adatto a formare il popolo più virtuoso, illuminato e saggio, insomma il migliore nel senso più ampio del termine?»³². Nel contratto sociale, ci sono delle parti e queste parti sanno che cosa devono offrirsi reciprocamente per costruire un sinallagma efficace. Soprattutto, il contratto sociale è l'espedito con cui l'intelligenza di Rousseau reagisce allo stato dell'arte di una oligarchia moderatamente illuminata che bandirà i suoi libri e la sua persona e cerca di superarlo, spiega una realtà delle cose che è perfettamente evidente ai suoi interlocutori. Il contratto per la rete segue questo schema e se ne



allontana nello stesso tempo. Per Tim Berners-Lee è impensabile il mito di un'assemblea popolare che formuli e approvi i protocolli della rete o che si imponga alle grandi piattaforme: il codice è una competenza riservata a una oligarchia illuminata che potrebbe perfino assomigliare al *petit conseil* ginevrino di metà Settecento. Ma il codice può essere considerato giusto se serve effettivamente a costruire una società più giusta³³, senza rispondere alla domanda come si definisce ciò che è giusto? Attraverso il contratto la rete va molto oltre la definizione della propria architettura e degli standard che consentono le relazioni all'interno della infosfera perché definisce in positivo i valori politici che giustificano la costruzione di un discorso giuridico³⁴.

Si tratta di un approccio nel quale la nozione di contratto sociale e quindi l'idea di costruzione di una società libera perché consapevole del prezzo della rappresentanza è fuorviante e diventa, invece, centrale il movimento verso la rete: Governi, Società e Cittadini si pongono degli obiettivi che hanno come scopo quello di consentire l'affermazione di una Internet più giusta e leale.

Si tratta di un mandato, se si vuole dare un nome a questo contratto. È il mandato che definisce le condizioni alle quali Governi, Società e Cittadini considerano ragionevole lasciare che la rete avanzi per effetto della natura onnivora del codice che la programma.

Questo approccio, a ben vedere, può essere considerato anche come molto conservatore: guarda allo spirito dei primi anni della rete, alle logiche di Werbach e del suo report intitolato *Digital Tornado*³⁵. I Governi, le Società e i Cittadini si devono impegnare per una rete che sia più libera e che si muova lungo i canoni della fiducia e della inclusione. Ma fra le parti del contratto mancano la Internet Society e la Internet Engineering Task Force, ovvero i soggetti che più di tutti gli altri guidano lo sviluppo della rete. La ragione di questa lacuna è ambigua: da una parte, il contratto sociale è un contratto per l'indipendenza della rete da coloro che ne potrebbero turbare lo sviluppo. Per questo, si è citato Werbach ma si sarebbe potuto citare John Perry Barlow, che ne costituiva la traslitterazione poetica e scamicciata.

In questa chiave, la logica del contratto per la rete è qualcosa di compreso fra il dono e l'atto di fede: mi impegno a sostenere un terzo che, però, non partecipa al mio negozio giuridico. Ovviamente sia il contratto sociale della filosofia politica che il contratto per la rete di Berners-Lee sono provocanti finzioni, ma mentre la prima è stata una invenzione brillante, la seconda, forse, è andata troppo avanti. Dall'altra parte, l'assenza delle istituzioni più anti-

che e nobili della democrazia della rete si può anche semplicemente spiegare per la loro riluttanza a un accordo che, in realtà, non dialoga con il potenziale autoritario delle piattaforme.

5. Il contratto sociale al tempo della asimmetria informativa strutturale

Il contratto per la rete è stato sicuramente un passaggio importante ed è difficile capire se il suo mancato affermarsi (perlomeno sinora e con la precisazione che ha avuto comunque una discreta risonanza) sia dipeso dalla mancata adesione della parte più pura della rete o dalla sua costruzione logica che lasciava intravedere la libertà della rete e dei suoi regolatori ma che faceva anche temere la prepotenza degli unicorni.

Il tornado digitale non è stato un vento buono per tutti. I tornado lasciano sopravvivere solo i più forti, quelli che hanno a bordo i migliori equipaggi e i capitani più coraggiosi, quelli che hanno davvero saputo attrezzare le loro imbarcazioni. Nel tornado digitale, la rete non disciplina se stessa senza che i suoi attori principali, i grandi unicorni cannibali che la dominano, società che hanno un fatturato paragonabile al prodotto interno lordo di democrazie avanzate, dimostrino la loro incredibile capacità di influenzarne le regole anche costituzionali di funzionamento.

Di qui, la necessità che gli Stati, gli stanchi Stati che formano la loro volontà secondo schemi logorati dal tempo e costantemente in crisi, democrazie decomposte³⁶, intervengano sulla rete, portino nella rete il retaggio dei valori di cui sono portatori, valori intrisi del sangue della storia e che hanno un senso perché cercano di costruire un dialogo, di essere la piattaforma che consente a cittadini consapevoli e miti di dialogare e cooperare per una democrazia più consapevole e attenta ai bisogni del futuro.

La rete ha bisogno di una costituzione, di un contratto sociale, perché è sempre più rischiosamente vicina alla democrazia: i referendum nella democrazia italiana hanno rischiato di resuscitare dopo un lungo sonno, di ritrovare lo spirito della democrazia diretta che era al fondamento delle ipotesi di ristrutturazione costituzionale agitate all'inizio della diciottesima Legislatura repubblicana, solo perché la raccolta delle firme è diventata possibile anche per via digitale e subito costituzionalisti di lunga vaglia hanno protestato, hanno chiesto di limitare la deriva referendaria senza interrogarsi sulle sue potenzialità, sulla importanza di consentire al popolo di ritrovare ragioni che giustificano la partecipazione politica. La rete può essere uno strumento per questo senza bisogno di avvicinarsi ai miti che hanno caratterizzato



un movimento forse non all'altezza delle speranze dei suoi elettori.

Tuttavia la rete è anche un insieme di tecniche formidabili per manipolare il consenso. Il valore economico del *programmatic advertising* è la sua capacità di guidare le abitudini dei consumatori. Piattaforme come Amazon hanno sviluppato un know how assai efficace per vendere un prodotto piuttosto che un altro. Sinora gli unicorni cannibali non sono stati molto interessati alla politica. Se ne sono tenuti lontani: è più conveniente sviluppare le proprie abilità per vendere viti, dadi e bulloni agli artigiani piuttosto che per promuovere un senatore della Repubblica o, persino, un Presidente degli Stati Uniti. Ma durerà a lungo?

Il vero nodo della questione è che la rete non può essere regolata se non da se stessa ma che gli Stati, nello stesso tempo, non possono non introdurre i valori su cui hanno costruito le proprie democrazie e che, probabilmente, possono condurre a un'idea universale di democrazia all'interno della rete. È troppo pericoloso rinunciarci. Pericoloso per gli Stati che possono facilmente essere divorati dagli unicorni, ma pericoloso anche per gli unicorni perché queste organizzazioni sono nate per il profitto non per disegnare la società e nessun imprenditore ha interesse a perdere di vista il cuore dei propri affari.

La soluzione, come ha evidenziato la dottrina più attenta³⁷, non può che essere un compromesso, nel quale gli Stati rinunciano alla propria sovranità e ascoltano la voce della rete e, nello stesso tempo, la rete si affida agli Stati per regolare quegli aspetti della propria disciplina che hanno più a che vedere con le libertà e i diritti fondamentali delle persone. È la strada avviata dalla Unione europea con il Digital Market Act e con il Digital Service Act, una strada ancora assai lunga e complessa da seguire ma che allo stato delle cose sembra essere la più ragionevole.

Vi è un *caveat* all'inizio di queste pagine da rivolgere a chi avrà interesse a prenderle in mano e sfogliarle, regolare la rete (e quindi anche raccontare la disciplina della rete) è davvero una impresa molto simile a quella di un Governo italiano che intenda ricorrere al decreto legge per dare forma alle nuvole.

La rete cambia continuamente, cambiano continuamente i mondi che apre o che abbandona dopo averli desertificati. Regolare la rete può, se non si pone molta attenzione ai suoi processi evolutivi, condurre a banditori che urlano i loro proclami dove non ci sono più cittadini ad ascoltarli, perché la rete, l'essenza della rete, è la sua frontiera e le frontiere della rete si muovono in continuazione senza che nessuno possa fermarle, sicché il legislatore somiglierà sempre al King Canute che cercava di fermare le onde del ma-

re per salvare la sua flotta anziché cercare una baia più sicura nella Cornovaglia squassata dai vichinghi degli affannati anni che hanno preceduto il secondo millennio³⁸.

In questo senso, in questo esatto senso, il contratto per la rete rivela la propria ragion d'essere: regolare la rete non può continuare ad essere il punto di arrivo di un *laissez faire* che pigramente si lascia guidare esclusivamente da protocolli tecnici ma neppure di interventi settoriali che hanno a che vedere con quel determinato aspetto (oggi *hate speech* o il predominio delle grandi piattaforme sul piano del diritto della concorrenza) ma deve essere lo svolgimento normativo di un nuovo patto sociale che riguarda i governi, le imprese e i cittadini.

Il contenuto essenziale di questo patto sociale che qualche riga fa si è raccontato come un mandato piuttosto che come un contratto muove da un contesto di asimmetrie e risponde con la voce potente del neocontrattualismo di Rawls: le diseguaglianze sono necessarie ma possono essere giustificate solo se sono poste nell'interesse del più svantaggiato³⁹.

L'asimmetria nella rete non è immediatamente percepibile come una diseguaglianza. È un'asimmetria più profonda, riguarda, come si è detto, l'essenza dello scambio. In rete, l'essenza dello scambio, il suo sinallagma, non è immediatamente percepibile: noi sappiamo perfettamente che cosa chiediamo a Google o Amazon ma non sappiamo che cosa stiamo consegnando nel momento in cui – ad esempio – accettiamo incondizionatamente tutti i cookies che ci vengono proposti.

Il neocontrattualismo impone che questa inevitabile ignoranza non debba tornare a danno dell'ignorante, che le asimmetrie della rete giochino a favore della parte meno avvantaggiata, più fragile⁴⁰.

Le asimmetrie della rete sono inevitabili: pochissimi fra gli utenti della rete sono in grado di comprendere il funzionamento dei servizi di cui fanno uso, e non possono essere mitigate attraverso un dovere di informazione che non corrisponde a un desiderio di apprendere. È una finzione, allo stesso modo in cui se è vero che nessuno comprende le informative dei servizi di investimento, è altrettanto vero che ciascuno di noi quando non riceve un risultato apprezzabile da parte del soggetto al quale ha affidato i propri risparmi solitamente lo cambia. Così nella rete non si può pensare che l'utente medio legga con la dovuta attenzione l'informativa sulla privacy di un sito ma che lo abbandoni e che ripulisca il proprio browser nel caso in cui la presenza di cookies renda la navigazione insoddisfacente.

I valori che la rete sviluppa per giustificarsi e per limitare la propria naturale propensione alla



prepotenza e alla arroganza nascono, quindi, da una asimmetria e si giustificano all'interno di una asimmetria.

Servono per giustificare l'asimmetria stabilendo che la stessa non deve tornare a danno dei cittadini e, forse, neppure degli Stati.

È questo il prisma che consente di interpretare il contratto per la rete che è composto di complessivi nove principi, tre per ciascuno dei soggetti ai quali si rivolge.

I Governi devono assicurare a ciascuno la possibilità di connettersi alla rete. La rete deve essere accessibile in ogni sua parte e in ogni tempo, i diritti dei cittadini alla propria privacy e ai propri dati personali devono essere rispettati. Il fatto che la rete sia accessibile a tutti, in ogni sua parte e in ogni momento significa che le disegualianze generate dalla rete devono essere utilizzate per renderla accessibile anche a chi ancora non è connesso, anche a chi non è un valore economico per la rete, e questo ha un senso solo se la rete non è sfruttata dagli Stati come strumento di controllo dei cittadini.

Gli operatori della rete devono rendere la rete nel suo complesso accessibile da parte di ciascuno per un prezzo che possa essere considerato ragionevole ed equo perché tale da non determinare irragionevoli discriminazioni e gli operatori devono lavorare perché gli utenti della rete possano maturare il ragionevole convincimento che la loro privacy sarà sempre rispettata e così l'integrità dei loro dati personali in un ecosistema fondato sulla fiducia da parte dei cittadini nella professionalità degli operatori della rete i quali a loro volta sono impegnati nello sviluppo di tecnologie a servizio della parte migliore degli uomini e delle donne perché in grado di contenerne la parte peggiore. Lo scambio che si realizza sulla rete è uno scambio a favore dell'utente, della parte più svantaggiata, perché in questo scambio l'utente ottiene l'accesso a buon mercato a ciò che gli interessa e la protezione dei suoi diritti fondamentali e quello che interessa l'utente deve essere orientato verso il bene, per quanto vi sia di naïf in questa espressione.

Gli utenti finali della rete, infine, sono i destinatari di tre distinte classi di doveri che materializzano quanto necessario a far sì che gli stessi si possano validamente approfittare della asimmetria di cui sono vittime. Devono essere creativi e collaborare fra di loro: l'accesso alla rete ha un senso se la rete serve per sviluppare la personalità del suo utente e questo avviene solo se l'utente usa la rete per la propria creatività e collabora con gli altri utenti. Devono costruire comunità forti, in grado di sviluppare una forma di discorso civile al loro interno: le relazioni in rete sono relazioni umane e le relazioni umane non hanno

senso nell'effimero. Devono combattere per la libertà della rete: posso utilizzare consapevolmente la rete solo se la utilizzo anche come lo spazio di una libertà partigiana, in grado di lottare per credere nella libertà della rete⁴¹. Ciascuna di queste posizioni è a ben vedere lo strumento per consentire agli utenti di fidarsi della rete e di godere di ciò che gli viene offerto, costruendo una cittadinanza attiva, uno *status positivus*⁴², in cui il singolo utente è interessato a fare sì che lo scambio sulla rete vada a suo vantaggio e questo accade perché è un utente attivo e creativo, sicché ha interesse a ricevere delle utilità che in questo non possono che riguardare la sfera della conoscenza o del protagonismo virtuale; la sua esistenza non è isolata da quella degli altri utenti sicché le utilità che riceve possono riguardare la sua capacità di condividere relazioni e di approfondirne il senso. Infine, lotta per la rete e quindi con i suoi Mi piace cerca di comprendere quale sia il "bene" dei singoli signori della rete, che cosa consente alla rete di essere utile al progresso della umanità per un Bezos o per uno Zuckerberg deve essere compreso anche dagli utenti della rete. E in questo non ci può essere una intermediazione censoria da parte dello Stato, nello schema di Berners-Lee.

Il mandato sociale che si è cercato di intravedere nasconde anche una libertà negativa che si può leggere in due modi: da una parte l'individuo deve sempre poter fare a meno della rete e dall'altra parte l'individuo deve poter utilizzare la rete per evadere dagli Stati: la rete è anche la diffusione di un modello guidato dai Mi piace, da una parte, ma anche capace di erodere gli indirizzi politici espressi dalle singole sovranità nazionali. Le sovranità consentendo ai cittadini di accedere alla rete consentono anche di accedere a dei valori alternativi a quelli espressi dal singolo Stato.

Il modello di Berners-Lee è fondato sulla idea che la libertà nella rete sia la possibilità di essere proprietari dei dati che ci riguardano. Questi dati non possono essere oggetto di un'aggressione da parte dello Stato, lo Stato consente l'accesso, ma non può utilizzare l'accesso per sorvegliare i cittadini. Questi dati, però, per il singolo utente della rete, esprimono una ricchezza latente, il singolo cittadino non è in grado di valorizzarli: li trasferisce perché per lui non hanno nessun valore positivo. È una proprietà che non ha una vera funzione sociale, esiste solo in una economia molto più grande di quella in cui opera il singolo titolare dei dati. Si ha nella privacy una scissione fra la proprietà e la funzione sociale: la proprietà è degli individui, la funzione sociale è degli Unicorni, o comunque di operatori professionali.

Nella costruzione del contratto per la rete, il punto di riferimento è una cittadinanza attiva ma anche



consapevolmente passiva: attiva perché interessata allo sviluppo della rete come luogo in cui si può affermare la propria personalità ma anche consapevolmente passiva perché cosciente che lo sviluppo della propria personalità in rete dipende dalla fiducia che si può nutrire in chi ha progettato i servizi che utilizziamo e questo significa che il centro del contratto per la rete è la capacità della rete stessa di essere e diventare un luogo in cui le persone si possono esprimere con fiducia⁴³. La privacy è il luogo in cui questo si manifesta con maggiore evidenza: perché l'utente della rete ha un pieno diritto sui propri dati personali, una proprietà assoluta, ma questa proprietà assoluta non è funzionalizzabile nell'interesse della rete senza l'intermediazione della rete, e rispetto a questa intermediazione il singolo utente non può che essere consapevolmente passivo, per quanto possa essere interessato a lottare per l'indipendenza della rete o a costruire comunità forti in cui esprimersi.

La logica dell'ordinamento giuridico si inverte: non è lo Stato che protegge i diritti degli individui, ma la protezione dei diritti dipende dalla consapevolezza (un diritto coattivo nel linguaggio giusnaturalista che si è evocato) degli utenti che aderiscono "combattivamente" a un servizio che è indispensabile per la valorizzazione di una utilità altrimenti latente: se Facebook utilizza i dati dei propri utenti in maniera spregiudicata, il vero rimedio non è una sanzione da parte di uno Stato, quanto piuttosto il danno reputazionale che Facebook subisce e la difficoltà per un utente della rete di fidarsi di Facebook per la costruzione della propria identità nel *Metaverse*.

Alla fine di tutto questo ragionamento, viene da interrogarsi sulla natura della rete: siamo in uno spazio pubblico o in uno spazio privato? Ha un senso interrogarsi su qualcosa di evanescente e virtuale come il diritto costituzionale della rete?

Abbiamo la *grundnorm* davanti agli occhi, siamo nel laboratorio di un contratto/mandato sociale "in action", ma tutto questo avviene nel segreto negoziale del rapporto fra l'utente e la piattaforma o in uno spazio che si apre a una dimensione pubblicamente democratica, pressoché costituzionale?

La risposta merita di essere articolata in maniera apparentemente diversa per la rete di coloro che definiscono i protocolli di rete, le regole che si applicano *erga omnes*: questo spazio è naturalmente pubblico.

Ma altrettanto vale per la rete delle grandi piattaforme perché le grandi piattaforme dialogano direttamente con le libertà individuali di una infinità di esseri umani. Sono le grandi piattaforme, gli Unicorni, che possono addivenire all'obiettivo di giustificare le diseguaglianze nell'interesse dei più oppressi, a materializzare l'essenza del contratto sociale per

la rete che è quella di far sì che le asimmetrie siano giustificate nell'interesse di chi è meno consapevole. Sono questi soggetti quelli da cui dipende una corretta funzionalizzazione in senso sociale della altrimenti inerte proprietà dei dati individuali.

Quanto questo tipo di rete possa divenire, per mezzo dell'embrione di contratto sociale che vi si intravede, l'incubatrice di un nuovo modello di Stato sociale dipende dalla capacità dei cittadini e dei governi di interagire fra di loro e con gli operatori professionali della rete e questo, ovviamente, allo stato delle cose, non è affatto facile da prevedere.

Quello che invece si può dire è che la rete non è uno spazio pubblico nel senso proprio del termine, non è una istituzione e non risponde a logiche istituzionali. Lo spazio del disordine in rete non è colmato dalla forza degli apparati e delle burocrazie. È uno spazio meta-pubblico, se così si può dire, perché la valorizzazione e lo sfruttamento della inerte proprietà individuale dei dati personali, ovvero la gran parte del plusvalore generato dagli Unicorni, è ammissibile solo se in cambio vengono offerti dei servizi e delle utilità in grado di pareggiare le asimmetrie fra gli operatori della rete e gli utenti della rete.

Questo nuovo modello di contratto/mandato sociale è, e questa è la conclusione di queste pagine, il necessario punto di partenza per qualsiasi riflessione si ponga l'obiettivo di prendere sul serio la rete sul piano costituzionale.

Note

¹Nelle diverse stesure del manoscritto che ha condotto a queste pagine, si era ipotizzato che lo scopo minimo del diritto costituzionale fosse la definizione giuridica del potere. Ci si è poi chiesti che cosa accade dopo avere definito, che cosa accade se la definizione non riesce a contenere e si è deciso di utilizzare il lemma *circoscrizione*, con l'idea di rappresentare un'azione geometrica, il tentativo di racchiudere una forma all'interno di un perimetro e di classificare quel perimetro come un poligono e, più precisamente, un poligono di cui si conosce il nome, si sa computare l'area e il perimetro. L'idea che tutte le figure geometriche possano essere circoscritte è molto alchemica: J.E. CIRLOT, *Il dizionario dei simboli*, ed. it., La Nave di Teseo, 2021, *ad vocem*. In realtà, il diritto costituzionale degli antichi come dei contemporanei ha la cruda ambizione di incarcerare il potere. Lo è riuscito a fare più o meno bene sposando il vapore dell'illuminismo e penetrando il cemento dell'età contemporanea con i suoi valori universali. Vi riuscirà nel freddo impero del silicio?

²È l'impostazione di T.E. Frosini, (T.E. FROSINI, *Internet, la libertà e la legge*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2015, n. 1, part. IX), per il quale: «la lotta per il diritto a Internet si svolge su più piani: sociale, politico e giuridico (per tacere dell'economico), da declinare sotto il prisma della comparazione e avvolgere in unico *fil rouge*, che è quello della riduzione del potere politico statale che schiude nuovi orizzonti alla libertà individuale, quale libera discussione e critica dei problemi ritenuti comuni, il cui fine è di vagliare le soluzioni alla luce delle conseguenze indesiderate che esse direttamente



o indirettamente implicano. L'ordinamento giuridico, ovvero il diritto vivente, è il risultato effettivo dei comportamenti e dell'incontro spontaneo delle "pretese" di innumerevoli individui, ciascuno dei quali persegue i propri scopi sotto l'usbergo del valore della libertà come fine e l'ordine sociale spontaneo come mezzo». Per un'analisi delle diverse posizioni sulla costituzionalizzazione della rete: M. SANTANIELLO, E. DE BLASIO, N. PALLADINO et al., *Mapping the debate on Internet Constitution in the networked public sphere*, in "Comunicazione e politica", 2016, n. 3, p. 327 ss.

³Vedi L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, 2017.

⁴Questo potere può essere incarcerato? Può essere guidato? Può essere costretto all'eteronomia? O è un potere in sé costituzionale, che rispetta unicamente le regole che si dà perché è l'unico capace di definire il proprio modo di essere? La vera questione quando si guarda alla rete nella sua dimensione costituzionale è la trasfigurazione della costruzione scalare dell'ordinamento. Vi è nell'astrazione aristotelica presupposta alla *grundnorm* una ragione pratica evidente: alla fine, il potere esiste, è lo spirito del mondo, lo si può intravedere mentre passa a cavallo. Questo potere può essere definito, circoscritto, incarcerato. Perché se ne conoscono le logiche, si sa come si ciba e a che cosa ambisce. Lo stesso vale per la rete? La rete esiste per effetto di un codice e di un protocollo che oramai possono essere considerati adespoti. Solo chi governa questo codice e questo protocollo può imporre un momento, nel senso fisico dell'espressione, alla rete. La *grundnorm* della rete non è una necessità aristotelica, è *lex informatica*, con tutte le ambiguità che caratterizzano questa nozione, su cui volendo: G.L. CONTI, *Lex informatica*, in "Osservatorio delle fonti", 2021, n. 1.

⁵In questi termini, Isoc, *Global Internet Report 2019. Consolidation in the internet economy*, dove fra le altre cose si legge: «From the dominance of Facebook in social messaging, Google in search and Amazon in online shopping, the largest Internet platforms are capturing fundamental human interactions. This dominance, and the finances and reach that accompany it, enable the platforms to extend their influence and reach into new market spaces, from autonomous vehicles, to AI, to cloud services and beyond. This leverage is built on unprecedented network effects, vast troves of user data, business agility, and regulatory freedom that few other companies enjoy».

⁶È lo schema della libertà personale intesa anche come libertà psichica o morale, v., P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1962, p. 205; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, 1967, per il quale l'art. 13 avrebbe ad oggetto il libero sviluppo della persona umana e non già una mera tutela contro gli arresti arbitrari, ma soprattutto C. PINELLI, *Diritto di essere se stessi e pieno sviluppo della persona umana*, in "Rivista AIC", 2021, n. 4 (il testo riprende la relazione dell'Autore al Convegno AIC che si è svolto a Napoli nel dicembre 2021).

⁷S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, Laterza, 2014, part. p. 67 e, già, G. AZZARITI, *Internet e costituzione*, in "Politica del diritto", 2011, n. 3, p. 367 ss. nonché D. D'ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo fra post-modernità e nuovo medioevo*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2002, n. 31, I, part. p. 77 ss. Il tema del medioevo digitale è ben presente alle costruzioni di M. CASTELLS, *The rise of network society*, II ed., Wiley Blackwell, 2011.

⁸In questi termini, il disegno di legge costituzionale A.S. (XV Legislatura) 2485, nel quale si prevedeva l'introduzione di un art. 21 bis nella Costituzione del seguente letterale tenore: *Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale.*

La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire la violazione dei diritti di cui al Titolo I della parte I. Il disegno di legge è stato assegnato alla prima commissione affari costituzionali che tuttavia non ne ha mai iniziato l'esame. Si possono ricordare, nella XVII Legislatura, alla Camera dei deputati le vicende relative alla Dichiarazione dei diritti di Internet, il cui valore giuridico sta nell'affermazione di alcuni principi, invero piuttosto vaghi, sia quanto al loro tenore che alla loro efficacia e validità, ma chi scrive è piuttosto conservatore per quanto riguarda la dogmatica giuridica. Non è stato molto più fortunato l'art. 34 bis che il disegno di legge costituzionale A.S. (XVII Legislatura) 1561 intendeva introdurre e che avrebbe previsto: «Art. 34-bis. – Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete internet, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. – La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale». In questo caso, però, la trattazione in commissione ha visto sia un certo numero di audizioni informali che l'elaborazione di un testo base attraverso la discussione di diversi emendamenti.

⁹È la impostazione di S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet*, in "Politica del diritto", 2010, n. 3, part. p. 348, per il quale: «Si può dire, anzi, che il riferimento a diritti e libertà fondamentali, nel nuovo contesto identificato dalla rete, esige una rilettura proprio dell'insieme dei diritti elaborato dall'intera modernità costituzionale. Se guardiamo, ad esempio, alla nostra Costituzione, non si può sfuggire ad alcune domande: le "formazioni sociali" (art. 2 della Costituzione) possono essere anche le comunità virtuali create nel cyberspazio? Le garanzie della libertà personale (art. 13) devono essere estese anche al "corpo elettronico" seguendo la traiettoria della rilettura dell'*habeas corpus* come *habeas data*? Regge la distinzione fra dati "esterni" e "interni" delle comunicazioni quando queste si svolgono su Internet, modificando i termini in cui deve parlarsi della loro libertà e segretezza (art. 15), come ha fatto la Corte costituzionale tedesca con una sentenza del 2 marzo 2010? Come si attegge in rete la libertà di associazione (art. 18)? Il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21) deve essere messo in rapporto con il diritto all'anonimato nelle comunicazioni elettroniche? L'accessibilità alla proprietà (art. 42.2) deve tradursi nella libera appropriabilità di determinati beni per via elettronica, secondo una logica dei *commons* che tende anche ad escludere l'identificazione personale dei soggetti che accedono?».

¹⁰D. POLETTI, *Vere sfide e falsi miti del GDPR*, in "Nuovo diritto civile", 2019, n. 2, part. p. 43 ss.; Id., *Condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in "Giurisprudenza italiana", 2019, c. 2783 ss.

¹¹C'è differenza fra un soggetto economico che ricerca la massimizzazione del profitto che può conseguire attraverso la creazione di plusvalore e un soggetto economico che ricerca la massimizzazione del proprio valore che può essere indipendente dalla realizzazione di profitti nell'immediato. Le grandi società della rete hanno fondato il proprio valore sull'intelligenza della rete e delle sue potenzialità di sviluppo piuttosto che sulla immediata realizzazione di ricavi e, per questo, hanno sempre sviluppato una visione politica della rete, in senso ampio.

¹²Le grandi piattaforme, tutte, tendono in primo luogo a consolidarsi estendo via via il loro potere ad altri mercati. Lo schema del Digital Market Act parla esplicitamente di società *entrenched*, espressione che rende davvero l'idea perché fa pensare a una fortezza che occupa una posizione di dominio su una valle sorvegliandone l'accesso. Notoriamente le questioni di antitrust devono essere sempre osservate non tanto sul piano della posizione di mercato che in un certo momento una determinata impresa occupa quanto piuttosto dei mercati



ai quali questa impresa impedisce o condiziona l'accesso. La concentrazione delle grandi piattaforme non rileva tanto per lo spazio di mercato che le grandi piattaforme occupano ma per quelli che condiziona definendone le condizioni di sviluppo. La posizione di Google sul mercato dei motori di ricerca non ha impedito ad altri operatori di entrare nel mercato della pubblicità on line. Ma si può dire che se Google non fosse stato nello stesso tempo il loro formidabile concorrente e fornitore queste imprese sarebbero egualmente profittevoli? Non sono discorsi astratti se si pensa all'impatto dell'antitrust sul futuro della rete e del mercato del software nel caso IBM: una guerra persa (il Vietnam dello Sherman Act), milioni e milioni di dollari sprecati ma che hanno determinato un comportamento da parte di IBM maggiormente attento alle necessità della concorrenza, meno aggressivo, inducendola ad esempio a firmare un accordo di fornitura non in esclusiva per il sistema operativo fornito da un Bill Gates assai giovane. Sul tutto, J.W. CORTADA, *IBM. The Rise, the Fall and the Reinvention of a Global Icon*, 2019, MIT University Press.

¹³Il patrimonio genetico del processo di formazione ed elaborazione degli standard non ha molto a che fare con la democrazia e, soprattutto, con la stessa idea di rappresentanza. È il patrimonio di signorie assolute, in cui il fatto che un determinato soggetto sovrintenda una certa funzione (Jon Postel per IANA, Tim Berners-Lee per il W3C) è ciò che assicura la coerenza degli standard che vengono via via elaborati e la loro aderenza alla logica complessiva della rete. Questo modello si fonda sulla neutralità dello standard rispetto ai contenuti di cui consente la diffusione. Gli standard sono lo spazio in cui si tessono infinite connessioni semantiche. Le piattaforme hanno sviluppato spazi ulteriori in cui la programmazione rende semplice alle persone comuni condividere il proprio pensiero. Qui la programmazione non è più neutrale. È lo strumento di una impresa commerciale. Nel punto di incontro fra questi due modelli, vi è la necessità costituzionale della rete, perché il codice smette di essere neutrale e la sua mancanza di neutralità impone di riflettere sulle ragioni che consentono di determinare il senso delle relazioni che si sviluppano nella rete intesa come spazio semantico, secondo la ricostruzione di Floridi.

¹⁴In questo modello, la validità è validità in un determinato ordinamento giuridico. Allo stesso esatto modo in cui la coscienza è la coscienza di un determinato soggetto. La validità è relativizzata per effetto di metaregole costitutive che ne definiscono le condizioni di validità (*Gültigkeitsbedingungen*), le quali sono disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti, di talché una regola può essere considerata valida in un determinato ordinamento giuridico solo se rispetta le regole di validità di quel determinato ordinamento giuridico. La metaregola costitutiva principale è la *Grundnorm*. Per una semplificazione di questi concetti: A.G. CONTE, *Condizioni di antinomia*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2006, n. 2, part. p. 461 ss., ma vedi anche C. LUZZATI, *A che cosa serve la norma di riconoscimento? Un'analisi funzionale*, in "Ragion pratica", 2003, n. 2, p. 449 ss.; R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1997, n. 2, p. 463 ss.

¹⁵La dottrina dei valori è intuitivamente tirannica: ogni valore porta con sé una visione del mondo che vuole essere unica nella misura in cui esso per esistere non tollera il bilanciamento con altri valori che ne diminuirebbero l'importanza. Ciascun valore ambisce a essere primario e assoluto e la Costituzione lo riconosce come primario e assoluto perché è primario e assoluto nel momento in cui viene definito. Su tutto questo, anche come punto di partenza per ulteriori sviluppi della ricerca: T. GAZZOLO, "Valore" e "limite" in *Carl Schmitt. Per una lettura della "Tirannia dei valori"*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2010, n. 2; P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito*

giusfilosofico italiano nell'immediato dopoguerra, in "Filosofia politica", 2009, n. 2; M. BENINI, *Confrontarsi col nemico. Analisi della ricezione del pensiero di Carl Schmitt nella cultura politica anglosassone*, in "Filosofia politica", 2013, n. 2. La funzione di indirizzo politico – oltre lo Stato autoritario – presuppone una Costituzione laica, nella quale convivono diversi valori, tutti egualmente primari e assoluti, i quali trovano un equilibrio grazie alla intermediazione del principio maggioritario, perché nel momento in cui l'unico valore che consente ai valori primari e assoluti di convivere in uno stesso testo contemporaneamente senza generare delle antinomie insuperabili è il principio di eguaglianza per cui nessun cittadino ha in sé il diritto di portare dei valori che siano incompatibili con quelli degli altri cittadini ma tutti i cittadini hanno il diritto di essere portatori di valori reciprocamente incompatibili, secondo uno schema che rammenta molto l'*overlapping consensus* liberale, allora si ha che l'equilibrio fra i valori diventa una questione di cui può essere arbitro unicamente il principio maggioritario e che l'essenza dell'indirizzo politico come strumento per dare senso all'attività dello Stato è l'esatta misura di un determinato punto di equilibrio fra valori reciprocamente incompatibili determinata dal principio maggioritario e dall'anarchia della funzione di governo. In questo caso, possono tornare utili: E. ROSSI, *Legitimacy and Consensus in Rawls' Political Liberalism*, in "Iride", 2014, n. 1; A. PISANÒ, *Overlapping consensus e diritti umani*, in "Rivista di filosofia del diritto", 2014, n. 2.

¹⁶Sulla proprietà, è interessante consultare: C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Rubbettino, 2017, su cui vedi la *recensione* di L. NONNE, in "Osservatorio del diritto civile e commerciale", 2019, n. 1. Niente come la rete degli smart contract e dei *non-fungible token* determina il definitivo venire meno della semplicità immaginaria alla base della nozione di proprietà che ha caratterizzato il pensiero di Portalis, per come esposto al corpo legislativo: la proprietà non può più essere considerata la conseguenza della natura delle cose. Ma nello stesso tempo, viene anche meno una delle caratteristiche fondamentali della codificazione della proprietà: la sua natura di *instrumentum regni*.

¹⁷Vedi F. MUSELLA, *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in "Politica del diritto", 2010, n. 3, ma anche F. AMORETTI, *Il cyberspazio tra Stati, corporation e... pratiche democratiche*, in "Comunicazione politica", 2009, n. 1; A. TURSI, *Cartografare contrade techno-politiche*, in "Politica & Società", 2018, n. 1; J. SWIATKOWSKA, *Cyberspace as a Domain of Complex and Multilayer Influence. A Case Study of Poland*, *ivi*.

¹⁸La nozione è stata sviluppata da Werbach in un suo famoso paper, invero rivoluzionario non solo per le idee espresse ma anche per l'esplosiva influenza che ha avuto a livello politico sugli orientamenti dell'amministrazione Clinton: K. WERBACH, *Digital Tornado: The Internet and Telecommunications Policy*, FCC, 1997. Su Werbach si tornerà più innanzi, ma già adesso vale la pena ricordare: R. COLLINS, *Online and legacy media in the UK. Part One. The changing: data & doubts*, in "Economia della Cultura", 2008, n. 4.

¹⁹Vedi M. BETZU, G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in "Media laws", 2020, n. 1 ma il tema sarà affrontato più innanzi. Qui per un viatico introduttivo, si può ricordare: M. BONESCHI, *Vietato pensare*, in "Psiche", 2021, n. 1.

²⁰Sul *Peer Behaviour*, ovvero quel modello di analisi del comportamento sociale in cui si analizzano gli effetti della pressione generata dal comportamento di un leader all'interno di un gruppo di altri soggetti i quali sono naturalmente indotti a fare propri i suoi atteggiamenti, com'è quando tutti gli adolescenti di uno stesso ambiente indossano abiti simili e perciò trovano una loro identità, vedi A. PALMONARI, *Autobiography through Adolescence*, in "Psicologia sociale", 2018, n. 1;



C. MAZZANTI, *Un nuovo approccio all'inclusione e socializzazione nel gruppo in età prescolare fondato sul modello di Levine e Moreland*, in "Psicologia sociale", 2009, n. 2. Il modello ha assunto una rilevanza normativa con l'introduzione delle *fiscal rules* nel contesto della governance economica della Unione europea: vedi J.P. FITOUSSI, F. SARACENO, *Peer Pressure and Fiscal Rules*, in J.P. Fitoussi, J. Le Cacheux, "Report on the State of the European Union", 2010, Palgrave Macmillan. Questo modello si applica molto bene al comportamento in rete, dove la stessa struttura algoritmica dell'analisi comportamentale, del giudizio etico, si presta a modellarsi sui Mi piace e i Mi piace determinano un singolare atteggiarsi del principio maggioritario.

²¹4,88 miliardi di persone nell'ottobre 2021, che corrispondono al 62% dell'intera popolazione umana. Questo ammontare è impressionante se si tiene conto che nel 2000 gli esseri umani connessi alla rete erano poco più di 400 milioni e che erano 3,66 miliardi nel 2016. La potenza di internet si palesa nella sua capacità di influenzare uniformemente la popolazione mondiale. Greg Woolf (G. WOOLF, *Roma. Storia di un impero*, ed. it., Einaudi, 2016) scrive che al tempo dell'Impero Romano una pratica agricola si diffondeva al ritmo di 20 chilometri per generazione. A che velocità si diffondono le nuove pratiche economiche? Quanto impiega la prassi degli NFT nella riproduzione delle opere d'arte per raggiungere tutti i musei del mondo?

²²M. PRICE, *Public Diplomacy and Transformation of International Broadcasting*, in "Comparative Media Law Journal", 1 gennaio-giugno 2003, p. 72-73, dove si legge: «International broadcasting is the elegant term for a complex combination of State-sponsored news, information, and entertainment directed at a population outside the sponsoring State's boundaries. It is the use of electronic media by one society to shape the opinion of the people and leaders of another. [...] The Voice of America, Deutsche Welle and the Bbc World Service are the best-known exemplars». È evidente la distanza fra una informazione guidata da uno Stato e funzionale a un suo discorso politico orientato in senso imperiale, con tutte le ambiguità connesse a questa espressione, e lo stesso fenomeno con dei contenuti che hanno come fondamento i Mi piace dei loro utenti.

²³Questo significa che un intorno di 4,23 miliardi di esseri umani (se l'86,64% delle ricerche avviene su Google, non si può pensare che ogni ricerca sia un utente: ci sono utenti che fanno molte ricerche ma ci sono anche utenti che non ne fanno perché magari usano solo i social, ma non è irragionevole immaginare che fra le due grandezze vi sia un rapporto di proporzionalità) dipende dall'algoritmo di Google per la ricerca delle informazioni di cui ha bisogno o, anche, per soddisfare le proprie curiosità.

²⁴Il processo costituente avviato da Berners-Lee ha avuto una grande eco presso i grandi operatori della rete, come si può facilmente vedere nel [sito dedicato](#). Al processo hanno aderito, fra gli altri, il W3Consortium e la World Wide Web Foundation. Non hanno aderito, invece, ISOC e IETF. Significativamente.

²⁵Sul contratto sociale, la letteratura è sterminata, una riflessione che vale anche come una prima guida bibliografica in H. HOFMANN, *La dottrina classica del contratto sociale e il "neo-contrattualismo"*, in "Filosofia politica", 1997, n. 3.

²⁶Lo si trova facilmente sul [sito della Internet Society](#), nella parte dedicata ai cd. Global Internet Report.

²⁷Vedi A. SCALONE, *Impossibile purezza. Kelsen fra scienza del diritto, politica e scienze umane*, in "Filosofia politica", 2017, n. 2, p. 315 ss., in cui si sostiene che la dottrina pura del diritto di Kelsen è, in realtà, intrisa di una visione laica della lotta politica che è intrinsecamente politica. Qualcosa che fa riflettere: se la laicità della dottrina pura del diritto

ha generato l'interpretazione dell'art. 48 della Costituzione di Weimar che ha bruciato il Reichstag nel 1934, la neutralità della rete sta generando gli autoritarismi delle grandi piattaforme sottesi al consolidamento della rete? È il quesito che genera il bisogno di una Costituzione per la rete, che non si può muovere sul piano della *grundnorm*, dove le regole della rete sono neutrali rispetto al contenuto che ospitano o, invece, deve riuscire a permeare di valori esattamente queste regole secondo un fenomeno che si è indagato in G.L. CONTI, *Lex informatica*, cit.

²⁸Nella *lettera* con cui Zuckerberg ha illustrato il *metaverse* si legge: «We are at the beginning of the next chapter for the internet, and it's the next chapter for our company too. – In recent decades, technology has given people the power to connect and express ourselves more naturally. When I started Facebook, we mostly typed text on websites. When we got phones with cameras, the internet became more visual and mobile. As connections got faster, video became a richer way to share experiences. We've gone from desktop to web to mobile; from text to photos to video. But this isn't the end of the line. – The next platform will be even more immersive — an embodied internet where you're in the experience, not just looking at it. We call this the metaverse, and it will touch every product we build. – The defining quality of the metaverse will be a feeling of presence — like you are right there with another person or in another place. Feeling truly present with another person is the ultimate dream of social technology. That is why we are focused on building this. – In the metaverse, you'll be able to do almost anything you can imagine — get together with friends and family, work, learn, play, shop, create — as well as completely new experiences that don't really fit how we think about computers or phones today. We made a film that explores how you might use the metaverse one day...»). Si deve osservare che negli stessi giorni, l'app *spotland* ha messo on line una piattaforma di realtà virtuale in cui si può diventare proprietari di un determinato spazio virtualmente fisico e la sovranità è prima di tutto la possibilità di definire i confini dello spazio.

²⁹Cfr. [Contract for the web](#). La visione su cui si fonda può essere così riassunta: «The Contract for the Web lays out a vision for the web we want and provides a roadmap for the policies and actions we need to get there. It sets standards, rooted in human rights, for the development and implementation of new technologies, and the policies and laws we need to support them. Critically, it calls for people everywhere to join the fight for the web we want, because the best way to change the priorities and actions of those in power is to speak up and demand that change». Il contratto contiene i seguenti principi: «(1) Ensure everyone can connect to the internet; (2) Keep all of the internet available, all of the time; (3) Respect and protect people's fundamental online privacy and data rights; (4) Make the internet affordable and accessible to everyone; (5) Respect and protect people's privacy and personal data to build online trust; (6) Develop technologies that support the best in humanity and challenge the worst; (7) Be creators and collaborators on the web; (8) Build strong communities that respect civil discourse and human dignity; (9) Fight for the web». Nello stesso tempo, il contratto suddivide i diversi principi a seconda del soggetto cui si rivolge, di talché ciascuno di questi principi esprime una precisa opzione assiologica del soggetto che ne è destinatario nei confronti della rete. Questi soggetti sono, in primo luogo, i Governi, intesi come Stati e, perciò, come una sorta di sindacato dei propri cittadini, considerato come il soggetto in grado di rappresentare i propri cittadini nei confronti della rete, ma anche colui che deve garantire a tutti i suoi cittadini il diritto di evadere dalla gabbia statuale per mezzo della rete; le Società, i.e. *Companies*, le imprese che proiettano in rete la propria libertà di iniziativa economica; i



cittadini, i.e. *Citizen*, che svolgono un ruolo di chiusura perché la libertà della rete è l'oggetto di un discorso politico attivo e di "lotta". Su tutto questo, il ragionamento prosegue nella prossima nota. È interessante osservare come ogni principio sia stato elaborato a partire da affermazioni provenienti da Organizzazioni Internazionali e che hanno per oggetto i diritti universali dell'uomo. Queste affermazioni nel contratto per la rete sono state considerate la base su cui elaborare un diritto costituzionale globale della frontiera tecnologica.

³⁰Il contratto per la rete parla genericamente di *companies*, forse si sarebbe potuto utilizzare l'espressione, più polemicamente liberal, *corporations*. Ma la vera espressione, quella più corretta a rappresentare la parte del contratto che intende limitare il proprio potere per sopravvivere è *platforms*, perché se si è ben compreso il fenomeno la questione non riguarda le società che occupano la rete per offrire i propri servizi ma quelle che occupano la rete piegando la neutralità delle sue logiche istitutive in senso potenzialmente autoritario. Non si dice che le piattaforme siano autoritarie. Non lo sono nella realtà. Ma non lo sono perché sono guidate da imprenditori illuminati, non perché rispondono a una logica normativa che non ne consente la deviazione in senso autoritario. Lorenzo Il Magnifico è stato il Signore illuminato di una Firenze meravigliosamente civile per merito suo, non per merito delle istituzioni repubblicane fiorentine che avrebbero potuto ospitare e generare un signore assai più sanguinoso e crudele.

³¹Scrive Rousseau: «Vorrei essere nato in un paese dove il sovrano e il popolo potessero avere un solo interesse [...] Sarei voluto nascere sotto un governo democratico saggiamente temperato» (J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, in ID., "Oeuvres complètes", a cura di R. Dératé et al., Bibliothèque de la Pléiade, 1966, III, part. pp. 404-406).

³²J.J. ROUSSEAU, *Confessions*, I, IX, in ID., "Oeuvres complètes", cit., I, part. p. 405.

³³Con timidezza di nota, vale la pena suggerire che il sinallagma della rete si muove nella oscurità: il sinallagma della rete è lo scambio fra la privacy degli utenti e i benefici che gli utenti ottengono attraverso i servizi che sottoscrivono o semplicemente utilizzano. Questo scambio solo apparentemente è chiaro: perché se il cittadino di Rousseau sa esattamente a quanto ammontano le tasse che deve pagare, qual è la durata del suo servizio militare, quali sono i dazi che le sue merci devono scontare per essere messe in vendita, nessuno degli utenti della rete conosce con la stessa esattezza il valore dei suoi dati per coloro che li utilizzano. Conosce i benefici che ottiene da Whatsapp per usare il suo smartphone come un sistema di messaggistica evoluto o come un telefono vero e proprio senza dover pagare la bolletta del traffico telefonico ma pagando solo il traffico dati, ma non sa quale uso farà Whatsapp dei dati che l'utente gli affida e, perciò, non conosce il valore della privacy alla quale rinuncia. Il contratto per la rete, perciò, non può essere un vero e proprio contratto perché non vi è un contratto quando le parti non conoscono il valore dei beni che si scambiano, al più vi è un negozio giuridico aleatorio e, perciò, è consapevolmente composto di principi, ciascuno dei quali può essere considerato espressione dei valori che animano una visione della rete libera e capace di funzionare come strumento di realizzazione della personalità umana.

³⁴È l'impostazione di S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet*, cit., part. p. 351: «proprio riflettendo su Internet possono essere individuate le vie di un costituzionalismo globale possibile, non affidato a una *vertical domestication*, con norme sovranazionali incorporate nei diritti statuali, né semplicemente translocale. Dunque una costruzione del diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, quasi una costituzione infinita». Molto criticamente G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., part. pp. 372-373.

³⁵Vedi: K. WERBACH (ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity*, Cambridge University Press, 2020, dove significativamente in premessa si legge: «Networks powered by algorithms are pervasive. Major contemporary technology trends – Internet of Things, Big Data, Digital Platform Power, Blockchain, and the Algorithmic Society – are manifestations of this phenomenon. The Internet, which once seemed an unambiguous benefit to society, is now the basis for invasions of privacy, massive concentrations of power, and wide-scale manipulation. The algorithmic networked world poses deep questions about power, freedom, fairness, and human agency. The influential 1997 Federal Communications Commission whitepaper Digital Tornado hailed the "endless spiral of connectivity" that would transform society, and today, little remains untouched by digital connectivity. Yet fundamental questions remain unresolved, and even more serious challenges have emerged. This important collection, which offers a reckoning and a foretelling, features leading technology scholars who explain the legal, business, ethical, technical, and public policy challenges of building pervasive networks and algorithms for the benefit of humanity».

³⁶Si veda, volendo, G.L. CONTI, *La potenza del fatto: crisi o decomposizione della democrazia*, in "Consulta online", 2021, n. 3, dove, fra le altre cose, si sostiene: «Democratic backsliding is a commonplace in the contemporary constitutional language. Duly elected governments which are able to reform formal constitutions in a counter democratic way. That is common said about Poland or Hungary and the cause, as common said, is populism. In Italy, or in other Eu countries which can be considered as advanced democracies, if this expression can be used or sounds good, this is not the problem. There is populism but populism is not a problem in Italy, USA or UK and so on. The real problem, in the opinion explained in this essay, is biopolitics. The Foucault idea for which the power of surveillance is governance by pleasure is the actual power and this power is not in the hands of a government or a State or a democracy, it is in the hands of net corporations, big as a modern State and surely not democratic. So the aim of a constitutional scholar who wants to defend democracy is not a discourse about populism, or the crisis of representation. The real discourse is about the real essence of internet and how we can make available fundamental rights in the code».

³⁷C.T. MARSDEN, *The Regulated End of Internet Law, and the Return to Computer and Information Law?*, in K. Werbach (ed.), "After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity", cit., dove si legge (part. p. 37): «It is often forgotten that the Werbach's 'Digital Tornado' paper heralded a model of limited state regulation, but very substantial responsible collective self-regulation ('consensus and running code') within transnational law. When that pact was broken by 4Chan script kiddies and two billion Facebook users, it moved regulation away from the responsible collectivism of the pioneers' Internet. – There were three views of regulation in 1997: the type of self-regulation I have described; a belief in state regulation by those existing vested interests in broadcast, telecommunications and newspapers; and a third view that state regulation was inevitable as the Internet became ubiquitous but needed to be as reflexive and responsive as could be maintained with human rights responsibilities. – The perspective of today allows us to rethink the apparent triumph of the first view. If 2018 can in retrospect be seen as the year that the 'Tech Bros' view of regulation faltered and was replaced (to some extent) by state and supranational intervention, then the third option, of what I describe as co-regulation, appears to be supplanting that self-regulation option. The state intervention was most notable in both scale and scope in European Union law, for data protection, consumer/prosumer protection, and also for competition enforcement».



³⁸S. BRETT, *Privacy and injunctions: the law according to King Canute*, in "IP Draughts", 2011, dove si legge, fra le altre cose: «Mr Justice Eady, in a judgment given in April 2008 during the Max Mosley saga, said that "the Court should guard against slipping into playing the role of King Canute" and should avoid "vain gestures". It is trite law that the Courts will only protect information that retains some element of confidentiality».

³⁹G. LEVI, *Aequitas vs fairness. Reciprocità ed equità fra età moderna ed età contemporanea*, in "Rivista di storia economica", 2003, n. 2; A. FERRARA, *Contrappunti rawlsiani intorno alla società giusta*, in "Parolechiave", 2015, n. 1; I. SALVATORE, *Ingiustizia e instabilità sociale. Gli impegni teoretici della giustizia sociale*, in "Rivista di filosofia", 2021, n. 1.

⁴⁰Nessuno sa che cosa succede esattamente quando accetta le informative sui cookies e quindi è ragionevole ipotizzare che questo consenso non sia perfettamente libero ma, al contrario, assolutamente condizionato e comunque viziato da una sorta di incapacità di intendere. Questa incapacità è tanto più evidente nel momento in cui la controparte contrattuale sa benissimo come valorizzare i dati personali che le vengono trasferiti. Non è qui che si deve guardare. Qui, lo scambio è chiaramente inaccettabile. Lo scambio diventa accettabile in funzione di che cosa si riceve. La logica del neocontrattualismo obbliga l'acquirente dei dati ad erogare un servizio in termini soddisfacenti per il loro venditore. Lo scambio funziona solo nella misura in cui può essere considerato a vantaggio della parte più ignorante. Questo soggetto, per un verso, cede dei dati che per lui non sono di vitale importanza. In cambio riceve un servizio che per lui è di quasi vitale importanza. Il rapporto fra ciò che viene trasferito non può andare a detrimento di colui che non ha alternative allo scambio. Tutto questo torna a vantaggio della collettività perché consente la valorizzazione di potenzialità (i dati personali) che altrimenti resterebbero inespresse. Sulla proprietà e la funzione sociale, fra i tantissimi, F. MACARIO, *Aspetti giuridici e forme di tutela della proprietà collettiva tra categorie del passato ed esigenze attuali*, in "Archivio giuridico Scialoja-Bolla", 2012, p. 30 ss.; Id., *Sub art. 832 - Contenuto del diritto*, in A. Jannarelli, F. Macario (a cura di), "Della Proprietà", vol. I, "Commentario del codice civile", dir. da E. Gabrielli, Milano, 2012, p. 367; M. COMPARTI, *Relazione introduttiva*, in Id. (a cura di), "La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali", Giuffrè, 2005, p. 5; A. FEDERICO, *La proprietà tra «funzione sociale» ed «interesse*

generale», in G. D'Amico (ed.), "Proprietà e diritto europeo", ESI, 2013, p. 138. Per una impostazione generale di questi temi: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015.

⁴¹Il richiamo a una concezione illuminista del diritto di resistenza è davvero evidente. Fra i diritti naturali, i diritti coattivi, uno spazio essenziale è riservato al diritto insopprimibile di ribellarsi al sovrano quando questi fa mostra di non avere a cuore i propri sudditi: L. SCUCCIMARRA, *Obbedienza, resistenza, ribellione. Kant e il problema dell'obbligo politico*, Jouvence, 1998. Sul tema, evidentemente, il richiamo essenziale è a Feuerbach: P.J.A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt: 1798, rist. Darmstadt, 1967, trad. it. *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Giuffrè, 1972. In questa riflessione, l'aspetto principale è che il potere del sovrano è quello che gli deriva dalla legge e dalle lettere, per usare una espressione dell'epoca, e il diritto di resistenza è un diritto teso a salvaguardare l'efficacia delle norme e delle lettere che definiscono i poteri del sovrano. Lo stesso vale nella logica del contratto (o mandato) sociale che si è tentato di definire e tratteggiare. L'utente della rete deve lottare perché la rete sia libera e questo accade quando lotta perché la rete si prenda cura di coloro che la utilizzano senza approfittarsi delle proprie asimmetrie.

⁴²Il riferimento è alla lettura di Jellinek fatta da Häberle (P. HÄBERLE, *Una prima lezione di «diritto costituzionale»*, in "Quaderni costituzionali", 2012, n. 1).

⁴³Vedi L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in "Politica del diritto", 2017, n. 2; D. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in D. Poletti, A. Montelero (a cura di), "Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna", Pisa University Press. Il tema della difficoltà di costruire un consenso consapevole perché basato su una informativa effettivamente in grado di sorreggerlo è emerso più volte nel convegno "Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole" tenuto presso l'Università di Pisa il 7-8 ottobre 2016 organizzato da Dianora Poletti e nel corso del quale è stato esposto l'intervento della Gatt, Montanari e Caggiano che si è citato sopra.

* * *

Social contract and grundnorm in the age of unicorns

Abstract: This paper aims to offer a starting point to understand how network institutions operate and the ways in which they produce their standards. It also aims to try and define the constitutional relevance of big platforms operating in the network and to begin to contribute to the reflection on the profound paradigm shifts introduced by artificial intelligence and the complex world of smart contracts.

Keywords: Infosphere – Standard – Network neutrality – Social contract