



RIVISTA ITALIANA DI INFORMATICA E DIRITTO

PERIODICO INTERNAZIONALE DEL CNR-IGSG

diretta da Sebastiano Faro e Marina Pietrangelo

In questo numero

La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione

SEZIONE MONOGRAFICA

a cura di

M.R. Allegri e P. Marsocci

2
2021

Anno III, n. 2/2021 • Periodicità semestrale • ISSN 2704-7318
Periodico telematico: www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it
Direzione e Redazione: Istituto di Informatica Giuridica e Sistemi Giudiziari • Via dei Barucci 20 - 50127 Firenze

Consiglio Nazionale delle Ricerche





Rivista italiana di informatica e diritto

Periodico internazionale del CNR-IGSG

Anno III • n. 2/2021 • Periodicità semestrale
www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it

Direzione

Sebastiano Faro e Marina Pietrangelo

Comitato di direzione

Federigo Bambi, Davide Carnevali, Gian Luca Conti, Rosa Maria Di Giorgi, Elio Fameli
Enrico Francesconi Erik Longo, Elisabetta Marinai, Stefano Pietropaoli, Francesco Romano
Giancarlo Taddei Elmi

Comitato scientifico nazionale

Laura Abba, Agata C. Amato Mangiameli, Andrea Cardone, Antonio Carcaterra, Paolo Caretti
Massimo Carli, Enrico Carloni, Adriana Ciancio, Renato Clarizia, Giuseppe Corasaniti
Pasquale Costanzo, Giovanna De Minico, Carla Faralli, Giusella Finocchiaro, Tommaso E. Frosini
Mario Jori, Donato A. Limone, Aldo Loiodice, Luigi Lombardi Vallauri, Nicola Lupo
Nicoletta Maraschio, Paolo Moro, Monica Palmirani, Ugo Pagallo, Giovanni Pascuzzi
Dianora Poletti, Oreste Pollicino, Giovanni Sartor, Andrea Simoncini, Carlo Sorrentino
Lara Trucco, Stefano Trumpy, Alessandra Valastro, Franco Vallocchia, Giovanni Ziccardi

Comitato scientifico dei corrispondenti stranieri

Y. Amoroso (C), T.J.M. Bench Capon (GB), D. Bourcier (F), W. Boyd (USA), V. De Mulder (NL)
J. Dumortier (NL), F. Galindo (E), A. Gardner (USA), T. Gordon (D), G. Greenleaf (AUS)
O.P. Hance (L), W. Kilian (D), F. Lachmayer (A), P. Leith (IRL), E. Mackaay (CAN)
A. MacIntosh (GB), P. Maharg (GB), J. Mayor (USA), L.T. McCarty (USA), F. Novak (CZ)
A. Paliwala (GB), A.E. Perez-Luño (E), R. Petrauskas (LT), L. Philipps (D), Y. Pouillet (B)
A. Saarempaa (FIN), E. Schweighofer (A), P. Seipel (S), R. Susskind (GB), W.R. Svoboda (A)
H. Yoshino (J), T. Van Engers (NL), M.A. Wimmer (A), R. Winkels (NL), J. Zeleznikow (AUS)

Esperti per la valutazione

Fulvia Abbondante, Enrico Albanesi, Maria Romana Allegri, Marco Bassini, Raffaella Brighi
Elda Brogi, Simone Calzolaio, Giuseppe Cammarota, Gianluigi Ciacci, Sofia Ciuffoletti
Maria Vittoria Dell'Anna, Fabio Dell'Aversana, Rossana Ducato, Paolo Galdieri, Riccardo Gualdo
Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Alessandro Lovari, Daniele Marongiu, Paola Marsocci
Letizia Materassi, Erica Palmerini, Saulle Panizza, Anna Papa, Paolo Passaglia, Viviana Patti
Giovanni Piccirilli, Benedetto Ponti, Cecilia Robustelli, Andrea Rossetti, Simone Scagliarini
Caterina Sganga, Giuseppe Vaciago, Giulia Venturi

Redazione tecnica

Simona Binazzi (segreteria), Giuseppina Sabato (composizione dei testi), Elisabetta Marinai (sito web)

Direzione e Redazione

IGSG/CNR

Via dei Barucci, 20 • 50127 Firenze

telefono 055 43995 • fax 055 4399605 • RivistaRIID@igsg.cnr.it

www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it/index.php/RIID

Direttore responsabile

Sebastiano Faro

Registrazione presso il Tribunale di Roma al n. 127/2019

Indice



Sezione monografica

LA DIMENSIONE SOCIALE DELL'UNIONE EUROPEA NELL'ERA DELLA DIGITALIZZAZIONE

a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci

- 5 **MARIA ROMANA ALLEGRI, PAOLA MARSOCCI**
La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione
- 7 **MARIA ROMANA ALLEGRI**
Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità
- 25 **EMMA GARZONIO**
L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo
- 33 **GUIDO D'IPPOLITO**
La tutela dell'effettività dell'accesso ad Internet e della neutralità della rete
- 43 **MARCO BASSINI**
Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione
- 65 **MIRKO ALTIMARI**
L'effettività del diritto alla disconnessione: una sfida per il diritto del lavoro
- 73 **PAOLA MARSOCCI**
Sempre "al lavoro". Le garanzie costituzionali di persone e personalità connesse in Rete
- 89 **GIUSEPPE ALLEGRI**
In cerca di un nuovo modello sociale europeo nell'era digitale. Una controstoria, a vent'anni dalla Carta di Nizza



- 107 **ALESSANDRO TEDESCHI TOSCHI, GIAMPAOLO BERNI FERRETTI**
Social media, profili artificiali e tutela della reputazione.
Come l'avvento dei *social bot* per la gestione dei profili social
possa rappresentare una grave minaccia per la reputazione
delle persone e quali potrebbero essere le risposte a tale pericolo

- 131 **GIANCARLO TADDEI ELMI**
Il *Quid*, il *Quomodo* e il *Quid iuris* dell'IA. Una riflessione a partire dal
volume "Diritto e tecnologie informatiche"



- 141 **FRANCO VALLOCCHIA**
Informatica, diritto pubblico e giuristi romani.
Per un lessico giurisprudenziale del diritto pubblico romano



- 147 **ELEONORA A.A. DEI-CAS**
Recensione a: Serena Vantin (a cura di), *I pericoli del gioco d'azzardo
nell'era digitale. Strategie di prevenzione e azioni di contrasto* (collana
"Diritto e vulnerabilità - Studi e ricerche del CRID"), Torino, Giappichelli,
2021

- 149 **PIERLUIGI PERRI**
Recensione a: Jacopo Ciani Sciolla, *Il pubblico dominio nella società
della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale
intellettuale comune*, Torino, Giappichelli, 2021



La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione

Maria Romana Allegri • Paola Marsocci

Questa sezione monografica della Rivista raccoglie le relazioni presentate al webinar che si è svolto il 13 aprile 2021, intitolato *Effettività dell'accesso a Internet e comunicazione online nella prospettiva dell'Europa sociale* e organizzato dall'unità di ricerca EuPolis (coordinatrice prof.ssa Paola Marsocci) presso il Dipartimento di Comunicazione e Ricerca Sociale di Sapienza - Università di Roma. L'iniziativa ha fatto parte di un ciclo di incontri pubblici sul futuro d'Europa promossi dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso, in collaborazione con università, centri di ricerca e associazionismo, in vista del vertice dei capi di Stato e di Governo dell'Unione europea tenutosi a Oporto il 7 maggio 2021.

In tale prospettiva, si è ritenuto opportuno prevedere un'occasione di riflessione sul rafforzamento della dimensione sociale dell'Europa, per affrontare le sfide della transizione digitale, in modo da garantire pari opportunità per tutti, senza che nessuno sia lasciato indietro. Non a caso, il piano d'azione che la Commissione europea ha iniziato a predisporre fin da gennaio 2020 prevede, fra le varie linee di intervento, anche una particolare attenzione per lo sviluppo dell'economia digitale e dei sistemi di intelligenza artificiale e per il ruolo e le responsabilità delle piattaforme digitali, per cui occorre definire un nuovo e più adeguato sistema di regole. La *platform economy*, infatti, implica il controllo su larghi flussi di informazione digitalizzata, la crescita costante e continua dei soggetti (nodi) fornitori di informazione economicamente (e politicamente) rilevante, la polarizzazione e la disuguale distribuzione di condizioni e opportunità sociali ed economiche. Fra gli aspetti che maggiormente rilevano in questo contesto vanno considerati l'indispensabilità dell'accesso a Internet per lo sviluppo della persona umana (e quindi l'effettività dell'accesso a Internet come diritto sociale), le nuove

forme di condizionamento della libertà individuale che la costante permanenza online comporta (e quindi la pervasività e persuasività della comunicazione politico-istituzionale online), la progressiva definizione del "diritto alla disconnessione", che riguarda non solo la vita lavorativa, ma anche quella personale.

In particolare, gli articoli qui pubblicati – che, rispetto alle relazioni originariamente presentate durante il webinar, sono stati rivisti, ampliati e corredati di note critiche e riferimenti bibliografici – si concentrano sulle proposte del "pacchetto digitale" presentate dalla Commissione europea alla fine del 2020, come riaffermazione della "sovranità digitale" da parte dell'Unione europea (M.R. Allegri), sul funzionamento degli algoritmi e sulle loro implicazioni per la qualità dell'informazione e per la tenuta delle istituzioni democratiche (E. Garzonio), sull'accesso a Internet e sulla neutralità della Rete come precondizioni per l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali (G. d'Ippolito), sulla più recente giurisprudenza statunitense ed europea relativa alla qualificazione giuridica dei social network (M. Bassini), sul diritto alla disconnessione nell'ordinamento giuridico italiano e sul tentativo di introdurlo anche a livello europeo (M. Altimari), sulla possibile (ri)definizione del lavoro nell'economia digitale e sul fenomeno del cosiddetto "lavoro implicito" produttivo di ricchezza (P. Marsocci), sulla necessità di un nuovo welfare europeo fondato su garanzie universali di protezione sociale, come vero e proprio *ius existantiae* nell'era digitale e pandemica (G. Allegri).

Ci auguriamo così di aver fornito un utile contributo all'analisi critica delle implicazioni della transizione digitale per il futuro sviluppo della dimensione sociale europea.

Roma, 6 ottobre 2021

Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità

Maria Romana Allegri

Il “pacchetto digitale” proposto dalla Commissione europea a dicembre 2020 segna l'affermazione dell'Unione come centro di potere sovrano sull'ambiente digitale, non solo rispetto alle grandi imprese multinazionali che gestiscono il flusso di informazioni in Internet, ma anche rispetto agli Stati nazionali, i quali vanno via via perdendo la possibilità di disciplinare in modo autonomo i fenomeni che avvengono online. Per realizzare tale obiettivo, la Commissione europea si è mossa principalmente lungo tre direttrici: 1) il *data sharing* per lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale; 2) un maggiore controllo sui *gatekeeper* (cioè sulle piattaforme digitali in grado di condizionare l'accesso al mercato) onde evitare che essi possano abusare della loro posizione dominante; 3) una maggiore responsabilizzazione degli intermediari digitali per i contenuti prodotti e diffusi dagli utenti finali dei loro servizi, prestando particolare attenzione alle piattaforme di grandi dimensioni. Viene così scardinato il principio della neutralità del provider, sancito dalla direttiva europea sul commercio elettronico risalente al 2000. Attraverso la riaffermazione della propria “sovranità digitale” l'Unione europea sembra voler rivendicare la sua natura di spazio di libertà e di diritti, in grado di assicurare una governance antropocentrica e personalista dell'innovazione.

Commissione europea – Pacchetto digitale – Intermediari digitali

SOMMARIO: 1. *Introduzione: verso il 2030 con il Digital Compass* – 2. *Il trattamento dei dati come opportunità di sviluppo del mercato interno* – 3. *Il controllo sui gatekeeper come affermazione di sovranità digitale* – 4. *Verso il superamento della presunzione di neutralità del provider e del “dogma” dell'inapplicabilità di obblighi di sorveglianza* – 5. *Una questione di dimensioni: la categoria delle piattaforme digitali* – 6. *Conclusioni*

1. Introduzione: verso il 2030 con il Digital Compass

Il 9 marzo 2021 la Commissione europea ha presentato la comunicazione intitolata *2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade*¹, in cui ha delineato una prospettiva di trasformazione digitale dell'UE entro il 2030. La strategia delineata nella comunicazione si basa su quattro obiettivi-chiave da raggiungere nel prossimo decennio: 1) cittadini con adeguate competenze digitali e professionisti ICT altamente qualificati; 2) infrastrutture digitali sicure, efficienti e sostenibili; 3) trasformazione digitale del-

le imprese; 4) digitalizzazione dei servizi pubblici (e identità digitale universale per l'accesso a tutti i servizi pubblici). Il *Digital Compass* dovrebbe concretizzarsi in un programma di policy che il Parlamento europeo e il Consiglio dovrebbero adottare in codecisione, consistente in una serie di obiettivi concreti da raggiungere entro il 2030 e in un sistema di monitoraggio del loro progressivo raggiungimento, per il quale occorrerebbe sviluppare e implementare una serie di progetti *multi-countries*. I progressi ottenuti verrebbero via via registrati in un rapporto che la Commissione europea pubblicherebbe annualmente.

M.R. Allegri è professoressa associata di Diritto pubblico, dell'informazione e della comunicazione presso il Dipartimento di Comunicazione e ricerca sociale di Sapienza - Università di Roma. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci.



La comunicazione sul *Digital Compass* rappresenta l'ultimo atto della "strategia digitale" che la Commissione presieduta da Ursula von der Leyen ha varato fin dal momento del suo insediamento. Infatti, fra le sei priorità che la Commissione europea si è data per il periodo 2019-24, la trasformazione digitale dell'Europa figura al secondo posto. Per realizzare tale obiettivo, la Commissione europea si è mossa – come si vedrà più avanti – principalmente lungo tre direttrici: 1) il *data sharing* per lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale; 2) un maggiore controllo sui *gatekeeper* (cioè sulle piattaforme digitali in grado di condizionare l'accesso al mercato) onde evitare che essi possano abusare della loro posizione dominante; 3) una maggiore responsabilizzazione degli intermediari digitali per i contenuti prodotti e diffusi dagli utenti finali dei loro servizi.

Nella visione della Commissione europea, la "bus-sola digitale" che dovrà orientare il cammino dell'Unione europea verso il 2030 non potrà prescindere dal rispetto dei diritti fondamentali su cui l'UE si fonda, fra cui in particolare la libertà di espressione, la libertà di iniziativa economica, la tutela dei dati personali, il diritto all'oblio e la protezione dei diritti di proprietà intellettuale. A tal fine, la Commissione ha proposto al Parlamento e al Consiglio di approvare una dichiarazione interistituzionale, a complemento del "Pilastro europeo dei diritti sociali"², che contenga un insieme di principi finalizzati ad informare gli utenti e guidare i responsabili politici e gli operatori digitali. Questi principi riguardano: l'accesso universale ai servizi Internet; la realizzazione di un ambiente online sicuro e affidabile; la promozione dell'alfabetizzazione digitale e di competenze digitali universali tali da consentire alle persone di prendere parte attiva nella società e nel mondo; l'attenzione al rispetto dei processi decisionali democratici; l'accesso a sistemi e dispositivi digitali rispettosi dell'ambiente; lo sviluppo di servizi pubblici e amministrazioni digitali accessibili; la definizione di principi etici alla base del funzionamento degli algoritmi; la protezione e la responsabilizzazione dei bambini nello spazio online; l'accesso ai servizi sanitari digitali. Per definire con maggiore precisione il contenuto di questa "Dichiarazione di principi digitali", la Commissione europea ha aperto una consultazione pubblica che si concluderà a settembre 2021³.

Nelle pagine che seguono verranno messi in luce alcuni fra gli aspetti più significativi e innovativi di questo percorso, le cui tappe principali sono costituite dalla *Strategia europea dei dati* (febbraio 2020)⁴ e dalla conseguente proposta di regolamento sulla governance europea dei dati⁵, cui si aggiungono la comunicazione della Commissione europea *Plasmare*

*il futuro digitale dell'Europa*⁶ e le successive proposte di regolamenti sui mercati equi e contendibili nel settore digitale⁷ e sul mercato unico dei servizi digitali⁸ (dicembre 2020). Non è un caso che il "pacchetto digitale" presentato dalla Commissione europea alla fine del 2020 includa proposte inerenti tanto al trattamento dei dati quanto alla responsabilità degli intermediari digitali. I due aspetti sono infatti intimamente connessi, posto che la progressiva trasformazione del ruolo dei provider nel corso dell'ultimo ventennio li ha resi protagonisti attivi, e non solo intermediari neutrali, sia sul fronte dell'organizzazione e gestione dei contenuti *user-generated* sia su quello del trattamento dei dati dei propri utenti, naturalmente a fini di profitto⁹.

2. Il trattamento dei dati come opportunità di sviluppo del mercato interno

La *Strategia europea dei dati*¹⁰ varata a febbraio 2020 rappresenta un deciso cambio di paradigma rispetto all'impostazione seguita negli anni precedenti, culminata nell'entrata in vigore, a maggio 2018, del regolamento generale sulla protezione dei dati personali n. 2016/679 (comunemente noto con la sigla GDPR)¹¹. L'obiettivo di quel regolamento era infatti principalmente quello di proteggere i diritti e le libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, predisponendo un quadro normativo uniforme per tutti gli Stati membri dell'Unione che permettesse la circolazione dei dati personali nel mercato interno, assistito però da un solido sistema di garanzie a tutela dei diritti individuali, incentrato sul duplice principio della trasparenza delle modalità e condizioni del trattamento e del necessario consenso informato degli interessati. Il concetto fondamentale su cui si incardinava l'impianto normativo del GDPR era quello del rischio intrinsecamente connesso ai trattamenti dei dati¹². Per questo, il regolamento ha introdotto una serie di cautele, in base al principio di precauzione: per particolari categorie di dati personali considerati "sensibili" e per i soggetti particolarmente vulnerabili (ad esempio i minori) è stata predisposta una protezione rafforzata; per ridurre i rischi derivanti dal trattamento sono state incoraggiate misure precauzionali quali la pseudonimizzazione dei dati, la minimizzazione dei trattamenti e il principio di protezione dei dati fin dal momento della progettazione del trattamento e della definizione delle norme tecniche (*privacy by design e by default*); i titolari dei trattamenti di dati sono stati obbligati alla valutazione preventiva dei rischi derivanti da tali attività e all'applicazione di misure volte alla loro preven-



zione o attenuazione; è stata prevista una specifica procedura in caso di *data breach*, così come cautele nel caso di trasferimenti di dati verso paesi extra-UE.

Con la nuova *Strategia europea dei dati*, invece, l'accento si è spostato dal concetto di rischio al concetto di opportunità. Infatti, pur prendendo atto che «in una società in cui è in costante aumento la quantità di dati generati dai singoli cittadini, la metodologia di raccolta e utilizzo di tali dati deve porre al primo posto gli interessi delle persone, conformemente ai valori, ai diritti fondamentali e alle norme europei», la Commissione europea non manca di sottolineare che «il volume crescente di dati industriali non personali e di dati pubblici in Europa, unito ai cambiamenti tecnologici riguardanti le modalità di conservazione ed elaborazione dei dati, costituirà una potenziale fonte di crescita e innovazione che è opportuno sfruttare». Quindi, è particolarmente importante cogliere l'opportunità offerta dai dati per il progresso sociale ed economico, affinché le imprese private e i decisori pubblici possano compiere scelte migliori, ma è altresì necessario mantenere la convinzione che l'essere umano sia e debba rimanere sempre l'elemento centrale del framework normativo.

In questo contesto si inserisce il *Libro bianco sull'intelligenza artificiale*¹³ che, muovendo dalla strategia per l'IA già varata nel 2018¹⁴, afferma che la crescita economica sostenibile attuale e futura e il benessere sociale dell'Europa si basano sempre di più sul valore creato dai dati e che, però, l'uso dell'IA può pregiudicare i valori su cui si fonda l'Unione e causare violazioni dei diritti fondamentali. Per questo, la Commissione europea intende impegnarsi per la realizzazione di un ecosistema di fiducia, migliorando il quadro normativo applicabile ai prodotti e ai servizi basati sull'IA, riducendo i rischi connessi alla loro utilizzazione e adottando una definizione di IA abbastanza flessibile da accogliere il progresso tecnologico, ma anche sufficientemente precisa da garantire la necessaria certezza del diritto.

Più recentemente la strategia digitale della Commissione europea si è arricchita¹⁵ anche di una proposta di regolamento relativo alla governance europea dei dati (*Data Governance Act* o più sinteticamente DGA)¹⁶, volto a introdurre uno specifico regime che regoli tutte le attività inerenti al *data sharing*, con specifico riferimento al riutilizzo dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni e alla libera condivisione dei dati fra soggetti pubblici e privati, grazie ai servizi offerti dai *data sharing provider*. Alla base di questa proposta vi è la convinzione che l'economia *data-driven* produrrà enormi benefici per i cittadini e che occorra quindi impegnarsi per la realizzazione di uno «spazio comune europeo di dati», in cui i

dati possano essere utilizzati indipendentemente dal loro luogo fisico di conservazione. A tal fine, occorre migliorare le condizioni per la condivisione dei dati nel mercato interno, creando un quadro armonizzato per gli scambi di dati attraverso lo strumento legislativo vincolante del regolamento, affrontando gli ostacoli al buon funzionamento di un'economia basata sui dati e predisponendo un quadro di governance a livello dell'Unione per l'accesso ai dati e il loro utilizzo, in particolare per quanto riguarda il riutilizzo di alcune tipologie di dati detenuti dal settore pubblico, la fornitura di servizi di condivisione dei dati da parte dei fornitori agli utenti commerciali e agli interessati, nonché la raccolta e il trattamento dei dati messi a disposizione a fini altruistici da persone fisiche e giuridiche. Il riutilizzo sicuro dei dati personali e dei dati commerciali riservati, a fini statistici, di ricerca e di innovazione, dovrebbe essere garantito dall'applicazione di tecniche – quali l'anonimizzazione, la pseudonimizzazione, la privacy differenziale, la generalizzazione o la soppressione e la casualizzazione – che consentono l'analisi dei dati nel rispetto della privacy individuale. Le imprese e gli interessati, infatti, dovranno poter confidare nel fatto che il riutilizzo di determinate categorie di dati protetti¹⁷, detenuti dal settore pubblico, sarà effettuato in maniera tale da rispettare i loro diritti e interessi. Alcune disposizioni del DGA si riferiscono agli intermediari digitali che forniscono servizi di condivisione di dati: è necessario, infatti, che tali soggetti mantengano una posizione neutrale riguardo ai dati scambiati tra titolari e utenti dei dati, agendo solo in qualità di intermediari nelle transazioni e non utilizzando per altri fini i dati scambiati. È anche prevista l'istituzione di un Comitato europeo per l'innovazione in materia di dati, organo indipendente con funzioni, tra le altre, di garanzia di coerenza ed uniformità nell'applicazione del regolamento, di supporto e assistenza alla Commissione europea, di facilitazione della standardizzazione della governance europea dei dati, di promozione della cooperazione tra le autorità competenti.

Un aspetto particolarmente innovativo della proposta di regolamento sulla governance dei dati è l'introduzione del concetto di «altruismo dei dati», ovvero la possibilità di utilizzare i dati messi a disposizione su base volontaria dalle stesse persone cui i dati si riferiscono, oppure non personali messi a disposizione da persone giuridiche, per finalità di interesse generale, quali ad esempio l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, la mobilità, l'elaborazione di statistiche ufficiali, l'erogazione di servizi pubblici, la ricerca scientifica e lo sviluppo tecnologico. Attraverso questo sistema, ci si aspetta di poter creare grandi banche di dati, la cui analisi



potrà favorire anche lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale e di apprendimento automatizzato. È importante, però, che chi cede i propri dati per queste finalità cosiddette “altruistiche” – anche eventualmente sulla base di un consenso espresso in via generale, perché non sempre è possibile determinare con esattezza le finalità ultime del trattamento al momento della cessione del dato – debba avere fiducia nel fatto che i dati messi a disposizione servano effettivamente scopi di interesse generale e non vengano utilizzati per finalità di lucro. Si propone, quindi, la creazione di appositi enti non profit, stabiliti nell’Unione europea, cui le persone fisiche e giuridiche cui i dati si riferiscono potranno cedere i propri dati per le suindicate finalità; tali enti, iscrivendosi in un apposito registro tenuto dalla Commissione europea, otterranno la qualifica di “organizzazioni per l’altruismo dei dati”, tenute alla trasparenza sulle finalità e modalità dei trattamenti e sottoposte alla vigilanza delle competenti autorità nazionali.

La cessione altruistica dei propri dati si fonda sull’assunto che i dati siano beni di rilevanza economica che appartengono alla persona cui si riferiscono e di cui il *data subject* può liberamente disporre nel rapporto contrattuale con il gestore della piattaforma, cedendoli a titolo di controprestazione per l’erogazione di un servizio. Tuttavia, ciò che rileva principalmente in questo caso non è tanto la concezione proprietaria del dato, quanto il controllo che il *data subject* deve poter mantenere sulla circolazione dei propri dati¹⁸. Infatti, al di là delle esigenze di tutela dei diritti della personalità e della libertà del consenso prestato al momento della cessione dei dati¹⁹, è innegabile che lo sviluppo di un mercato digitale dei dati possa servire a tutelare anche esigenze collettive nel campo, ad esempio, della sanità, della sicurezza, della ricerca storica o scientifica, della protezione ambientale. Del resto, già da alcuni anni il quarto considerando del regolamento UE n. 2016/679 ci ricorda come il trattamento dei dati personali debba essere al servizio dell’uomo ed il diritto alla protezione delle informazioni di carattere personale vada considerato alla luce della sua funzione sociale, anziché come una prerogativa assoluta, e vada temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità.

3. Il controllo sui *gatekeeper* come affermazione di sovranità digitale

Il secondo aspetto su cui si è focalizzata l’attenzione della Commissione europea nella sua strategia digitale è quello di una nuova e più efficace regolamentazione del mercato interno dei servizi digitali,

in modo da aumentare e armonizzare le responsabilità delle piattaforme online e dei prestatori di servizi di informazione, rafforzando allo stesso tempo la sorveglianza sui contenuti diffusi attraverso i servizi digitali di intermediazione. Quindi, nella comunicazione *Plasmare il futuro digitale dell’Europa*²⁰ la Commissione ha espresso l’esigenza che le tecnologie digitali contribuiscano al progresso dell’Europa migliorando la vita delle persone e la competitività delle imprese europee, ma che nello stesso tempo siano orientate al rispetto dei valori su cui l’UE si fonda. Per questo, la Commissione ritiene che occorra prevedere nuove regole finalizzate a contrastare comportamenti e contenuti illeciti online, a definire con maggior chiarezza le responsabilità di coloro che fungono da controllori dei flussi di informazioni e di dati, e ad accrescere la trasparenza sul modo in cui le informazioni vengono condivise e gestite su Internet.

In questo contesto si iscrivono le proposte facenti parte del cosiddetto “pacchetto digitale” che la Commissione europea ha presentato il 15 dicembre 2020: il *Digital Markets Act*²¹ e il *Digital Services Act*²². Si tratta al momento di due proposte fra loro complementari, il cui iter di approvazione è ancora lungo e che, se e quando verranno approvate dal Parlamento europeo e dal Consiglio, potranno risultare anche significativamente modificate rispetto alla versione originaria. In ogni caso, la scelta dello strumento normativo del regolamento in luogo della direttiva (in base all’art. 114 TFUE, che prevede l’adozione di misure per garantire il funzionamento del mercato interno) è segno della volontà di pervenire all’uniformazione delle condizioni alle quali gli operatori digitali dovranno soggiacere per poter prestare i propri servizi nel mercato interno dell’UE, rendendo così più agevole la loro operatività transfrontaliera, ma anche il controllo sulle loro attività.

Il *Digital Markets Act* (o più sinteticamente DMA) costituisce in qualche modo l’inevitabile completamento di un percorso già iniziato con il regolamento (UE) 2019/1150, volto a promuovere maggiore equità e trasparenza nelle condizioni contrattuali praticate dalle piattaforme digitali (compresi i motori di ricerca) nei confronti degli utenti commerciali, cioè di quei soggetti imprenditoriali che si servono di servizi digitali di intermediazione per promuovere l’offerta al pubblico dei propri prodotti, affinché la crescente dipendenza delle imprese dagli intermediari digitali non si traduca indirettamente in condizioni più svantaggiose per gli utenti finali, cioè i consumatori²³. Già nel regolamento del 2019, infatti, si esprimeva l’esigenza di assoggettare a una qualche forma di regolamentazione l’assoluta discrezionalità con cui gli intermediari digitali interagivano con gli



utenti commerciali, limitando la loro libertà di impresa e producendo distorsioni nel sistema di libera concorrenza del mercato interno. A integrazione del suddetto quadro normativo, la proposta in esame muove dalla constatazione che le grandi piattaforme digitali, svolgendo un ruolo di intermediazione per la maggior parte delle transazioni tra utenti finali e utenti commerciali, controllano l'accesso ai mercati digitali in cui operano e, grazie alla loro posizione di predominio sul mercato e alla possibilità di tracciare e profilare in modo completo gli utenti finali, possono attuare pratiche sleali nei confronti degli utenti o di altri operatori digitali. Proprio per reagire alla scarsa contendibilità dei mercati digitali e alle pratiche concorrenziali sleali in tale settore, la proposta di regolamento individua alcuni servizi digitali "di base", che sono controllati da un numero limitato di grandi piattaforme digitali – fra cui i servizi di intermediazione, i *social network*, i motori di ricerca, i servizi per la condivisione di video, i servizi di messaggistica, i sistemi operativi, i servizi *cloud*, i sistemi di pubblicità – e stabilisce una serie di indicatori e parametri piuttosto precisi in base ai quali il prestatore di tali servizi può essere considerato un *gatekeeper*, cioè un controllore dell'accesso al mercato. I *gatekeeper*, proprio in ragione della loro influenza sul mercato, dovranno astenersi dal mettere in pratica tutti quei comportamenti – nei confronti di utenti commerciali, di inserzionisti pubblicitari, di editori e di fornitori di servizi ausiliari – che possono essere considerati sleali rispetto al principio di libera concorrenza o che comunque limitano l'apertura e la contendibilità dei mercati digitali. Alla Commissione europea spetterebbe il compito di monitorare l'osservanza degli obblighi gravanti sui *gatekeeper*, di disporre a talune condizioni la sospensione temporanea, di aggiornarli periodicamente anche in base all'esito di apposite verifiche di mercato, di adottare decisioni nei casi di inosservanza, che possono comportare per il *gatekeeper* anche l'applicazione di una sanzione pecuniaria eventualmente assistita da penalità di mora. In tal modo, il ruolo della Commissione europea nel controllo della concorrenzialità nel settore dei servizi digitali di base diverrebbe estremamente rilevante.

Tralasciando in questa sede l'analisi dettagliata delle norme contenute nella proposta di regolamento²⁴, sembra opportuno considerare il *Digital Markets Act* – così come anche il suo "gemello diverso", il *Digital Services Act* – come elemento sintomatico di un conflitto sull'esercizio della sovranità nello spazio di Internet fra grandi piattaforme digitali, Stati nazionali e Unione europea²⁵.

La sovranità, intesa come potestà suprema di determinare le regole vigenti in un determinato ter-

ritorio anche attraverso l'esercizio di poteri coercitivi e, allo stesso tempo, come rivendicazione di piena indipendenza e autonomia rispetto a centri di potere esterni, nasce come un attributo proprio dello Stato, intrinsecamente legato alla sua dimensione territoriale. Tuttavia, la natura a-territoriale di Internet rende inefficace l'esercizio del potere statale, privando l'ordinamento giuridico nazionale del suo tradizionale ambito di applicazione, quello cioè di un territorio delimitato da confini. Nello spazio sconfinato di Internet, la sovranità statale risulta indebolita e lo Stato perde il suo potere coercitivo e di controllo rispetto ai comportamenti degli altri soggetti che operano nel medesimo spazio, risultando sempre più incapace di controllare i grandi attori globali. Si affermano allora nuovi centri di potere privati, fra cui quelli delle grandi piattaforme digitali che, nella prassi, non solo si sottraggono alla potestà statale, ma per certi versi si pongono sullo stesso piano dello Stato stesso in termini di esercizio della sovranità. Esse hanno infatti progressivamente acquisito *de facto* il potere, difficilmente limitabile, di dettare le regole applicabili nell'ambiente di Internet, tanto da determinare la governance del sistema e in qualche modo anche la sua stessa architettura²⁶. Non è quindi errato affermare che oggi la sovranità si sta trasformando in una questione essenzialmente tecnica, dal momento che il ricorso all'architettura (intesa come infrastruttura progettuale tecnologica) al fine di regolare le condotte dei destinatari delle norme implica la disarticolazione dei principi stessi su cui si fondano gli ordinamenti giuridici costituzionali contemporanei, in particolare quello della formazione della norma giuridica attraverso procedimenti democratici²⁷.

Ma c'è di più. Il principio della sovranità popolare, sui cui si fonda lo Stato costituzionale democratico-pluralista, è sottoposto alle tensioni derivanti dalle trasformazioni delle tecnologie algoritmiche, che permettono alle piattaforme digitali di influenzare le scelte (anche politiche) dei propri utenti e di coartarne in qualche modo la volontà. Infine, stiamo assistendo a un passaggio ulteriore, quello cioè che vede le piattaforme digitali non più solo rivendicare la propria autonomia e indipendenza dal potere statale in nome di sovrastanti logiche di mercato, ma pretendere addirittura di porsi a presidio del sistema di valori alla base degli ordinamenti liberaldemocratici²⁸, nel momento in cui esse si arrogano il potere di determinare unilateralmente, in base a regole autoprodotte, quali tipi di comportamenti, informazioni e contenuti possono essere espressi attraverso i servizi da esse offerti e quali invece debbano essere inibiti o censurati.



Ciò è avvenuto perché i governi nazionali, non potendo intervenire direttamente sui mezzi di comunicazione per via del divieto di censura previsto a livello costituzionale, ricercano più o meno indirettamente la cooperazione degli intermediari digitali affinché siano questi ultimi a praticare forme di censura preventiva (privatizzata) attraverso il filtraggio dei contenuti o altre metodologie di controllo consentite oggi dall'evoluzione tecnologica²⁹. Ne è derivata, nel tempo, una sostanziale discrezionalità, elasticità e spesso arbitrarietà nell'applicazione delle policy di *content moderation* da parte dei gestori delle piattaforme digitali, favorite dal fatto che gli intermediari digitali, che sono in grado di condizionare la diffusione di contenuti di terzi, potrebbero tendere verso un atteggiamento di cautela precauzionale, onde evitare conseguenze per loro sfavorevoli. Infatti, la cosiddetta "privatizzazione sostanziale della censura"³⁰, in assenza di controlli pubblici e di garanzie che essa avvenga nel rispetto del bilanciamento dei diritti e degli interessi sottostanti, può comportare il rischio di rimozione integrale dei contenuti contestati, con grave pregiudizio per la democrazia ed il discorso pubblico.

In questo contesto si inserisce l'Unione europea, che con il *Digital Markets Act* ha compiuto una decisa scelta di campo: quella cioè di affermarsi come centro di potere sovrano nel mercato interno dei servizi digitali, dettando regole cogenti che riducono gli spazi di autonomia dei *gatekeeper* di Internet, imponendosi non solo sulle pretese autoregolative delle piattaforme digitali, ma anche sulla potestà legislativa degli Stati nazionali. La proposta di regolamento, infatti, non lascia agli Stati membri alcun margine di manovra – anzi dichiara esplicitamente la volontà di impedire agli Stati membri di applicare normative nazionali specifiche al fine di evitare la frammentazione del mercato interno (considerando n. 9) –, vieta alle autorità nazionali di adottare qualsiasi decisione in contrasto con quelle assunte dalla Commissione europea ai sensi del regolamento (art. 1, par. 7) ed esclude le autorità nazionali persino da qualsiasi forma di controllo sull'applicazione del regolamento stesso, demandando tale compito integralmente alla Commissione europea.

Un simile atteggiamento si riscontra anche nella proposta di *Digital Services Act*, di cui si parlerà nel paragrafo successivo, ma solo relativamente alle piattaforme di dimensioni molto grandi. Queste ultime, infatti, per via della loro dimensione multinazionale sfuggono inevitabilmente al controllo e alla giurisdizione dei singoli Stati membri; per questo motivo, a differenza delle piattaforme digitali di "dimensioni normali" – che sono sottoposte alla vigilanza dei

Coordinatori dei servizi digitali degli Stati membri (art. 41) e che possono subire sanzioni stabilite da autorità nazionali (art. 42) – quelle molto grandi, secondo la proposta di DSA, sono soggette a un sistema di vigilanza rafforzata ed eventuale sanzione di cui è responsabile unicamente la Commissione europea (artt. 50-66).

Così, attraverso la riaffermazione della propria "sovranità digitale" – intesa in questo caso come potestà di regolamentazione e controllo delle *tech companies* – l'Unione europea sembra voler rivendicare un sistema di tutele che la connota come spazio di libertà e di diritti, capace di assicurare un governo antropocentrico e personalista dell'innovazione³¹. Le minacce derivanti dall'impiego di sofisticate tecnologie informatiche richiedono l'intervento dei poteri pubblici al fine di assicurare un'effettiva e concreta tutela dei diritti fondamentali delle persone; di qui la rivendicazione da parte di un organismo sopranazionale come l'UE del potere di disciplinare l'innovazione digitale e difendere tali diritti. Di fronte, dunque, al sempre più pervasivo utilizzo della tecnologia nella vita privata e pubblica, l'Unione europea intende riaffermare la propria sovranità digitale all'interno dei propri confini territoriali e con riguardo ai propri cittadini, nei confronti non solo dei grandi players digitali ma anche dei suoi Stati membri.

La medesima tendenza, del resto, era stata avviata fin dal 2016 con l'approvazione del regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR), cui si è già accennato in precedenza: la portata innovativa di quel regolamento, in vigore da maggio 2018, consiste appunto nel fatto che per la prima volta l'elemento che ne determina l'applicabilità è collegato al luogo in cui è situato l'interessato, imponendo così alle imprese multinazionali del web di adeguarsi alla normativa europea – e non a quella del paese in cui hanno la sede – ogniqualvolta trattano dati di cittadini dell'Unione o offrono servizi fruibili nel territorio dell'Unione. Dunque, anche mediante il GDPR l'Unione europea ha inteso perseguire l'obiettivo di uniformare la regolamentazione dei flussi di informazioni attraverso l'Europa, sottraendo il mondo digitale al dominio dei colossi stranieri, soprattutto nord-americani, ma anche alla variabilità delle legislazioni nazionali. In questo modo, l'UE ha tentato di rispondere in modo efficace alla necessità di stabilire confini anche nell'ambiente liquido di Internet, delimitando lo spazio di esercizio dei propri poteri sovrani e offrendo ai suoi cittadini una maggiore tutela in termini di sicurezza informatica³².



4. Verso il superamento della presunzione di neutralità del provider e del “dogma” dell’inapplicabilità di obblighi di sorveglianza

Sempre nel solco della tendenza espressa dall’Unione europea verso il recupero di sovranità del settore della digitalizzazione a scapito degli Stati membri – sia pure in modo meno marcato rispetto alla proposta di DMA – si inserisce la proposta di *Digital Services Act* (o più sinteticamente DSA), presentata anch’essa il 15 dicembre 2020³³. Quest’ultima muove dalla constatazione che, a distanza di un ventennio dall’entrata in vigore della direttiva europea sul commercio elettronico³⁴ che regola attualmente il mercato dei servizi digitali, tale settore ha subito una profonda e rapida evoluzione e trasformazione, tanto da rendere le norme vigenti inadeguate a plasmare la realtà attuale, caratterizzata da un’enorme varietà e quantità di servizi, prodotti e fornitori. La trasposizione della direttiva *e-commerce* nelle diverse legislazioni nazionali ha prodotto una certa difformità nelle soluzioni normative adottate nei singoli Stati membri dell’UE, difformità cui appunto l’introduzione di un nuovo regolamento intenderebbe ovviare. Le divergenze riguardano non solo la qualificazione delle diverse categorie di intermediari digitali e le condizioni alle quali sia possibile attribuire loro una qualche responsabilità per i contenuti da essi veicolati, ma anche la qualificazione dei contenuti illeciti online e le possibili misure per contrastarne la diffusione.

Nel presentare la proposta di DSA, la Commissione europea ha tenuto conto delle tre risoluzioni adottate dal Parlamento europeo nella seduta del 20 ottobre 2020³⁵, che contengono un deciso appello a mantenere i principi essenziali della vigente direttiva sul commercio elettronico – cioè in particolare il principio dell’irresponsabilità del provider per i contenuti *user-generated* e il divieto di obblighi di sorveglianza e filtraggio preventivi – e a tutelare i diritti fondamentali nell’ambiente online e l’anonimato online, ove ciò sia tecnicamente possibile. Le risoluzioni chiedono però anche ai prestatori dei servizi digitali una maggiore trasparenza, obblighi più stringenti in materia di informazione e un quadro più chiaro e uniforme delle loro responsabilità, fra cui anche l’introduzione di obblighi effettivi per contrastare i contenuti illegali online. Il Parlamento europeo, infine, spinge per la messa a punto di un sistema di vigilanza pubblica a livello nazionale e di Unione europea e per il rafforzamento della cooperazione tra le autorità competenti delle varie giurisdizioni nell’applicazione delle norme, soprattutto per quanto riguarda le questioni transfrontaliere. Insomma, lo scopo ultimo

della nuova legislazione sui servizi digitali dovrebbe essere quello di promuovere un ambiente digitale competitivo, rafforzando la fiducia dei consumatori nell’economia digitale, ma rispettando allo stesso tempo i diritti fondamentali degli utenti. Per questo occorrono norme armonizzate sulla lotta ai contenuti illegali online, sulle esenzioni dalla responsabilità per i prestatori di servizi e sulla moderazione dei contenuti, nonché sugli obblighi di comunicazione e trasparenza e sulle procedure di *notice-and-take-down*, al fine di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e garantire un ricorso giurisdizionale indipendente.

Tutto ciò considerato, la proposta di regolamento sui servizi digitali propone alcune modifiche e integrazioni del quadro normativo vigente, dettato dalla ormai datata direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE e interpretato secondo la relativa giurisprudenza della Corte europea di Giustizia, in ordine a molteplici aspetti.

In primo luogo, la proposta circoscrive il suo campo di applicazione ai “servizi intermediati” – cioè qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario, secondo la definizione fornita dalla direttiva UE 2015/1535³⁶ – di semplice trasporto (*mere conduit*)³⁷, memorizzazione temporanea (*caching*)³⁸ e permanente (*hosting*)³⁹, con l’esplicita esclusione dei servizi di media audiovisivi, che ricadono invece nella particolare disciplina dettata dalla direttiva 2010/13/UE⁴⁰, così come modificata dalla direttiva (UE) 1808/2018. Le nuove norme si applicherebbero ai prestatori di servizi intermediari indipendentemente dal loro luogo di stabilimento o di residenza, nella misura in cui prestano servizi nell’Unione, come dimostrato da un collegamento sostanziale con l’Unione⁴¹.

In secondo luogo, la proposta mantiene l’attuale regime di irresponsabilità dell’intermediario digitale per i contenuti *user-generated*, a condizione che il provider non dia origine alla trasmissione, non ne selezioni il destinatario e non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse⁴². In sintesi, con la proposta in esame la posizione di neutralità del provider non sarebbe più implicitamente presunta in via generale, ma qualificata di volta in volta in base a precisi requisiti, che diventano più stringenti via via che aumenta la complessità del servizio offerto⁴³. Ai prestatori di servizi di memorizzazione temporanea (*caching*), infatti, viene anche richiesto, al fine di mantenere l’esenzione dalla responsabilità, di conformarsi alle condizioni di accesso alle informazioni e alle norme sull’aggiornamento delle informazioni comunemente adottate dalle imprese del settore, nonché di astenersi dall’interferire con l’uso lecito della tecnologia uti-



lizzata per ottenere dati sull'impiego delle informazioni e soprattutto di agire prontamente per rimuovere le informazioni memorizzate o disabilitare l'accesso alle stesse non acquisita l'effettiva conoscenza del fatto che le informazioni all'origine della trasmissione siano state rimosse dalla rete o che l'accesso alle informazioni sia stato disabilitato (art. 4). Ai prestatori di servizi di *hosting*, infine, vengono richiesti ulteriori requisiti come preconditione per l'esenzione da responsabilità (art. 5): non essere effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illeciti e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non essere consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dei contenuti; inoltre, agire immediatamente per rimuovere i contenuti illeciti o per disabilitare l'accesso agli stessi, non appena acquisita la conoscenza di tali attività o contenuti illeciti o la consapevolezza di tali fatti o circostanze.

Quest'ultima precisazione è particolarmente significativa, perché fuga ogni dubbio sul fatto che il fornitore di servizi di *hosting* abbia l'obbligo di attivarsi con prontezza per contrastare la diffusione di contenuti illeciti, indipendentemente dalla modalità tramite le quali abbia acquisito conoscenza o consapevolezza della loro illiceità. Da questo punto di vista, la proposta di regolamento supera decisamente l'impostazione ambigua della direttiva 2000/31/CE attualmente vigente (art. 14) che, da un lato, chiede all'*hosting provider* di attivarsi prontamente per rimuovere i contenuti illeciti non appena acquisita la conoscenza o consapevolezza della loro illiceità ma, dall'altro, permette ai singoli Stati membri di definire autonomamente le condizioni alle quali detta conoscenza o consapevolezza possa ritenersi effettivamente acquisita, generando così divergenze interpretative e applicative a livello comunitario e nazionale, che rendono dirimente il contributo interpretativo della giurisprudenza⁴⁴. Secondo il framework normativo ad oggi vigente, infatti, poiché il presupposto per il riconoscimento dell'irresponsabilità dell'*hosting provider* è proprio il suo atteggiamento neutrale rispetto ai contenuti veicolati, un "eccesso di zelo" nella disabilitazione o rimozione di contenuti a seguito di richieste da parte degli utenti, soprattutto se non suffragate da un ordine di un'autorità amministrativa o giudiziaria, porterebbe alla paradossale conclusione di far venire meno la presunzione di neutralità del provider e, conseguentemente, la sua irresponsabilità. Al contrario, la proposta di regolamento imporrebbe al provider di adottare un comportamento proattivo di contrasto ai contenuti illeciti proprio per poter continuare a godere del regime di *safe harbour*.

L'art. 7 della proposta di regolamento è molto chiaro sul fatto che ai prestatori di servizi interne-

diari non sono imposti obblighi generali di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, né di accertamento attivo di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali⁴⁵. Il che non significa, però, che essi debbano temere di perdere l'esenzione di responsabilità qualora svolgano indagini volontarie o altre attività di propria iniziativa volte ad individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso ad essi (art. 6). Dunque, il superamento della posizione di neutralità, anche per iniziativa spontanea del provider stesso, è esplicitamente incoraggiato. Del resto, la proposta di DSA sembra allinearsi all'opinione, oggi generalmente condivisa, secondo cui il ricorso a filtri di ricerca automatizzati, soprattutto per le piattaforme di grandi dimensioni, sia in concreto l'unico strumento praticabile per garantire, da una parte, una tutela effettiva della vita privata e dei diritti della personalità degli utenti e, dall'altra parte, per non imporre oneri economici straordinari a carico del gestore del servizio, a patto di assicurare un adeguato livello di trasparenza dei parametri di funzionamento degli algoritmi di filtraggio.

Per facilitare l'acquisizione di conoscenza dei contenuti illeciti da parte degli *hosting provider*⁴⁶, l'art. 14 della proposta di regolamento introdurrebbe, sulla falsariga del modello rappresentato dal DMCA statunitense⁴⁷, l'obbligo per questa particolare categoria di intermediari digitali di approntare procedure di *notice-and-take-down* di facile accesso e uso per gli utenti, che consentano a questi ultimi di segnalare la presenza di contenuti illeciti nella piattaforma⁴⁸. In questo modo, si ovvierebbe all'attuale incertezza, derivante dal fatto che né la direttiva 2000/31/CE né la normativa nazionale di recepimento precisano le modalità attraverso le quali il provider possa acquisire effettiva conoscenza dell'illecito⁴⁹. Le notifiche però dovranno essere formulate con un certo grado di precisione: dovranno ad esempio esplicitare le ragioni per le quali si ritiene che taluni contenuti siano illegali, indicare gli indirizzi URL esatti⁵⁰ e, se necessario, ulteriori informazioni che consentano di identificare tali contenuti. Se formulate in questo modo, le notifiche permetteranno al provider di acquisire una conoscenza effettiva dell'illecito (art. 14 par. 3) e di attivarsi con *due diligence* per vagliare le notifiche e adottare le conseguenti decisioni⁵¹. L'attivazione del provider in conseguenza della notifica, gli permetterebbe di continuare a beneficiare del regime di esenzione dalla responsabilità, che invece perderebbe in caso di inerzia. Dopo aver vagliato la notifica il provider, se convinto dell'illiceità dei contenuti segnalati, potrà rimuovere tali informazioni o inibire l'accesso ad esse. È importante, però, che tale decisione sia



debitamente e dettagliatamente motivata, in modo da permettere al destinatario del servizio interessato di esercitare in modo effettivo i possibili mezzi di ricorso, scegliendo fra i meccanismi interni di gestione dei reclami, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e il ricorso per via giudiziaria (art. 15).

Naturalmente, l'azione di contrasto ai contenuti illeciti da parte degli *hosting provider* non verrà avviata solo a seguito di notifica da parte degli utenti, ma anche in conseguenza di un ordine proveniente da un'autorità amministrativa o giudiziaria degli Stati membri, emanato in base alla normativa nazionale (art. 8). Appena ricevuto tale ordine, i prestatori dei servizi saranno tenuti ad informare l'autorità nazionale che lo ha emesso delle misure adottate per ottemperarvi. L'ordine, però, dovrà essere formulato in modo chiaro e specifico e dovrà, fra l'altro, contenere la motivazione su cui si fonda l'illegalità dei contenuti contestati e soprattutto gli URL esatti⁵² in cui tali contenuti sono localizzati, nonché eventuali informazioni supplementari che ne consentano l'identificazione.

Una questione che la proposta di regolamento non pare aver definito è quella dell'esatta nozione di "contenuto illecito". Tuttavia, il considerando n. 12 ne dà un'interpretazione assai ampia: «tale concetto dovrebbe in particolare intendersi riferito alle informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che riguardano attività illegali, quali la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione non consensuale illegale di immagini private, il *cyberstalking*, la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore o le attività che comportano violazioni della normativa sulla tutela dei consumatori. A tale riguardo è irrilevante che l'illegalità delle informazioni o delle attività sia sancita dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione e quale sia la natura esatta o l'oggetto preciso della legge in questione». Conseguentemente, l'art. 2 lett. g della proposta di regolamento qualifica come contenuto illegale «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tali disposizioni».

Ciò significa che l'*hosting provider*, nella valutazione che dovrà compiere circa l'opportunità di rendere inaccessibili taluni contenuti, dovrà tener

conto di un corpus normativo assai vasto di livello tanto europeo quanto nazionale, cosa che può rivelarsi piuttosto complicata, se si considera, da un lato, la natura transfrontaliera dell'attività di gran parte degli intermediari digitali e, dall'altro, la variabilità con cui le legislazioni nazionali tipizzano le varie categorie di illeciti. Il provider, dunque, dovrebbe conoscere la normativa in vigore nei diversi Stati membri in cui opera e adottare policy più o meno restrittive a seconda del contesto nazionale di riferimento. È evidente come questo possa complicare non poco l'attività degli intermediari digitali, oltre al fatto che una disparità di trattamento per il medesimo contenuto, giustificata in base alla diversità della legislazione nazionale applicabile, potrebbe determinare l'insorgere di controversie fra operatori digitali, da un lato, e utenti o autorità nazionali, dall'altro. Proprio per tentare di ovviare a questi problemi, quindi, si registra una iniziale tendenza da parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione a raggiungere un certo livello di armonizzazione normativa almeno in relazione ad alcuni tipi di contenuti illeciti che circolano online, attraverso una legislazione settoriale che impone ai provider di adottare misure di contrasto alla loro diffusione⁵³. In tutti questi casi il diritto dell'UE grava i provider di maggiori obblighi di controllo rispetto alla disciplina generale e restringe l'area della loro irresponsabilità, accrescendo invece il livello di diligenza professionale che gli intermediari digitali devono dimostrare di aver seguito.

Mentre l'allestimento di efficaci procedure di *notice-and-take-down* è previsto dalla proposta di regolamento come onere in capo ai soli *hosting provider*, alcuni obblighi di comunicazione e trasparenza sono previsti per tutti i tipi di prestatori di servizi intermediari (artt. 10-12). Tutti, infatti, dovranno istituire un punto di contatto unico che consenta la comunicazione diretta, per via elettronica, con le autorità nazionali ed europee; inoltre, qualora essi prestino i propri servizi nell'Unione pur non essendo stabiliti al suo interno, dovranno designare un proprio rappresentante legale in uno Stato membro dell'Unione, che potrà essere ritenuto responsabile del mancato rispetto degli obblighi derivanti dal regolamento. Per quanto riguarda il rapporto con gli utenti, i prestatori di servizi intermediari dovranno esplicitare nelle condizioni d'uso del servizio, in modo chiaro, non ambiguo e facilmente accessibile, le modalità di trattamento delle informazioni fornite dai destinatari del servizio, con particolare riferimento alle tecniche di *content moderation*, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana⁵⁴. Infine, almeno una volta l'anno i prestatori di servizi intermediari dovranno pubblicare relazioni



chiare, facilmente comprensibili e dettagliate sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento.

5. Una questione di dimensioni: la categoria delle piattaforme digitali

Un aspetto interessante della proposta di regolamento in esame riguarda il fatto che gli obblighi gravanti sui diversi tipi di intermediari digitali sono graduati in base sia alle loro dimensioni sia alla complessità dei servizi da essi offerti. In particolare, la sezione 3 della proposta di regolamento DSA (artt. 16-24) si riferisce unicamente alla categoria delle “piattaforme digitali”⁵⁵, ad esclusione di quelle che possono essere considerate piccole imprese o microimprese⁵⁶. Le piattaforme digitali avranno l’obbligo ulteriore di dover allestire efficaci meccanismi interni di gestione dei reclami, in modo che gli utenti possano facilmente e gratuitamente presentare per via elettronica reclami contro le decisioni di rimozione o disabilitazione di informazioni, di sospensione o disabilitazione del servizio, di sospensione o cessazione dell’account; tali reclami dovranno essere gestiti in modo tempestivo, diligente e obiettivo e le conseguenti decisioni dovranno essere comunicate ai destinatari senza ritardo. Inoltre, in ogni Stato membro dell’Unione dovranno essere istituiti appositi organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie fra intermediari digitali e utenti dei loro servizi, cui questi ultimi dovranno poter ricorrere se insoddisfatti dell’esito del reclamo o in alternativa al reclamo stesso.

In presenza di contenuti illeciti chiunque potrà presentare segnalazioni alle piattaforme digitali, ma queste ultime faranno in modo di prestare attenzione prioritaria alle notifiche provenienti da soggetti qualificati come “segnalatori attendibili”, cioè enti accreditati dagli Stati membri che rappresentano interessi collettivi e sono indipendenti dagli intermediari digitali. Nel caso di utenti che con frequenza diffondono contenuti manifestamente illegali, le piattaforme digitali potranno reagire sospendendo nei loro confronti i propri servizi (art. 20 par. 1). Inoltre, qualora la piattaforma abbia motivo di sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un reato grave che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone, essa dovrà informarne senza indugio le competenti autorità nazionali o l’Europol, fornendo tutte le informazioni in suo possesso (art. 21).

Ulteriori obblighi gravanti sulle piattaforme digitali riguarderebbero, secondo la proposta di regolamento, i rapporti con gli operatori commerciali: la piattaforma digitale che consente a questi ultimi di

utilizzare i servizi da essa offerti per pubblicizzare o offrire prodotti o servizi a consumatori situati nell’Unione dovrà previamente acquisire una serie di informazioni dettagliate su di essi, che potranno essere messe a disposizione degli utenti e delle competenti autorità nazionali ed europee (art. 22).

Infine, le piattaforme digitali saranno tenute alla trasparenza del numero medio dei destinatari dei loro servizi, del numero di controversie risolte per via extragiudiziale e del loro esito, del numero di decisioni di sospensione del servizio adottate come reazione ad abusi, dell’uso di strumenti automatizzati di *content moderation*, della pubblicità online (natura del messaggio pubblicitario, identità del committente, parametri utilizzati per determinare i destinatari)⁵⁷.

Fra le piattaforme digitali la proposta di regolamento considera distintamente la particolare categoria delle “piattaforme digitali di dimensioni molto grandi”, quelle cioè che raggiungono un numero di destinatari superiore a 45 milioni o comunque al 10% della popolazione dell’Unione. Solo a queste si applicano le disposizioni supplementari contenute agli artt. 25-33. Tale trattamento differenziato si giustificerebbe in ragione dei rischi sistemici posti da tali piattaforme, proprio per via delle loro grandi dimensioni, in termini di impatto sul mercato interno, influenza sull’opinione pubblica e sui processi democratici ed elettorali, diffusione di contenuti illeciti, pregiudizio per i diritti fondamentali, protezione dei minori (considerando nn. 54-57). Per prevenire ed attenuare i rischi sistemici, alle piattaforme di grandi dimensioni è richiesta una diligenza maggiore rispetto agli altri intermediari digitali (considerando n. 58). Esse infatti, utilizzando sistemi di raccomandazione basati sulla profilazione degli utenti, possono presentare loro le informazioni in un determinato ordine di priorità o secondo sistemi di classificazione precostituiti, di cui è necessario che i destinatari dei servizi comprendano i parametri di funzionamento (considerando n. 62). Occorrerebbe, inoltre, che le grandi piattaforme garantissero la trasparenza dei messaggi pubblicitari predisponendo all’uopo appositi registri accessibili al pubblico, in modo da facilitare la vigilanza sui rischi emergenti derivanti dalla distribuzione della pubblicità online, ad esempio in relazione alla pubblicità illegale o alle tecniche di manipolazione e alla disinformazione, che possono avere ripercussioni negative sulla salute e sulla sicurezza pubblica, sul dibattito civico, sulla partecipazione politica e sull’uguaglianza dei cittadini (considerando n. 63). Infine, in particolari situazioni di crisi (ad esempio terremoti, uragani, pandemie, minacce terroristiche, guerre) bisogna tenere conto



dell'importante ruolo svolto dalle piattaforme online di dimensioni molto grandi nella diffusione delle informazioni e potenzialmente anche della disinformazione: per questo è opportuno che tali piattaforme predispongano specifici protocolli di crisi da utilizzare in simili circostanze (considerando n. 71).

Muovendo da tali premesse, la proposta di regolamento chiede alle piattaforme molto grandi di analizzare e valutare annualmente eventuali rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi nell'Unione – con particolare riferimento alla possibile diffusione dei contenuti illeciti, ad eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali e alla possibilità di manipolazioni intenzionali di tali servizi anche mediante strumenti automatizzati (*bot*, *troll*, ecc.) – e di adottare una serie di misure volte all'attenuazione di tali rischi. I principali parametri utilizzati dalle grandi piattaforme nei sistemi di raccomandazione dovranno essere chiaramente esplicitati nelle condizioni generali del servizio e agli utenti dovrà essere consentito facilmente di selezionare e modificare le opzioni prescelte per ciascun sistema di raccomandazione. Una serie di informazioni riguardanti la pubblicità online (fra cui anche i parametri utilizzati per l'individuazione dei destinatari dei messaggi pubblicitari) dovranno essere raccolte in un registro pubblico e ivi conservate e mantenute accessibili per un anno. Le grandi piattaforme dovranno, inoltre, sottoporsi annualmente a proprie spese ad audit effettuati da organismi indipendenti, nominare un "responsabile della conformità" incaricato di monitorare la conformità alle disposizioni del nuovo regolamento, consentire alle competenti autorità nazionali⁵⁸ e alla Commissione europea l'accesso ai dati necessari per monitorare e valutare la conformità al regolamento, adempiere ad obblighi di comunicazione trasparente di una serie di relazioni sulla valutazione dei rischi, sulle misure adottate in tal senso, sugli esiti delle procedure di audit, ecc. Secondo gli artt. 50 e ss., le piattaforme digitali di dimensioni molto grandi saranno soggette a una complessa procedura di vigilanza rafforzata in più fasi sulla conformità alle disposizioni del nuovo regolamento, che coinvolgerà il Coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento⁵⁹, il Comitato europeo per servizi digitali⁶⁰ e soprattutto la Commissione europea; la procedura potrebbe concludersi con sanzioni pecuniarie assistite da penalità di mora.

Come si è già evidenziato, proprio le dimensioni molto grandi di talune piattaforme digitali, operanti ovviamente su scala multinazionale, sono alla base della scelta di affidare interamente alla Commissione europea la responsabilità del sistema di vigilanza rafforzata che la proposta di DSA prevede agli

artt. 50-66 e che potrebbe concludersi anche con l'applicazione di sanzioni. Così come nel "gemello" DMA, anche in questo caso il ruolo della Commissione europea è assolutamente centrale e sovrasta completamente quello delle autorità nazionali, dimostrando la volontà della Commissione europea di rafforzare la propria "sovranità digitale". Invece, per le piattaforme digitali più piccole viene mantenuta una dimensione nazionale della vigilanza, affidata ai Coordinatori nazionali dei servizi digitali: esse rimangono infatti assoggettate al controllo e alla giurisdizione delle competenti autorità degli Stati membri, che mantengono il potere sanzionatorio su di esse (artt. 41-42). Quindi, le dimensioni delle piattaforme – qualificate non in base a parametri territoriali (il numero di Stati membri interessati da tali servizi) bensì personali (il numero di persone che ne fruiscono) – determinano la maggiore o minore rilevanza del ruolo delle autorità nazionali rispetto alla Commissione europea. In altre parole, l'elemento personalistico collegato alle piattaforme digitali determina il *quantum* di sovranità che gli Stati membri possono ancora esercitare direttamente in tale ambito, rispetto al *quantum* che viene invece esercitato a livello sovranazionale.

6. Conclusioni

Alla base del "pacchetto digitale" proposto dalla Commissione europea alla fine del 2020 vi è la decisa tendenza verso l'affermazione dell'Unione come centro di potere sovrano sull'ambiente digitale, non solo rispetto alle grandi imprese multinazionali che gestiscono il flusso di informazioni in Internet, ma anche rispetto agli Stati nazionali, i quali vanno via via perdendo la possibilità di disciplinare in modo autonomo i fenomeni che avvengono online. La natura a-territoriale di Internet rende inefficace l'esercizio del potere statale e ciò ha nel tempo favorito l'affermazione di nuovi centri di potere privati, fra cui le grandi piattaforme digitali, che dettano le regole applicabili all'ambiente di Internet, ne sorvegliano il rispetto e addirittura pretendono di determinare il sistema valoriale applicabile ai servizi da esse offerti, attraverso una sostanziale discrezionalità, elasticità e spesso arbitrarietà nell'applicazione delle policy di *content moderation*. Per reagire a questa tendenza, la ricetta proposta dalla Commissione europea prevede un notevole ridimensionamento della potestà normativa degli Stati membri sugli operatori del mercato digitale, nonché la loro esclusione da qualsiasi forma di controllo sul rispetto delle regole da parte delle web company, demandando tale compito integralmente alla Commissione europea.



L'affermazione di sovranità presuppone la definizione dei confini entro i quali tale sovranità può essere esercitata. Ed ecco, allora, che nello spazio fluido di Internet, refrattario all'imposizione di barriere territoriali, si va affermando il principio per cui l'estensione e il limite dell'effettività del diritto dell'Unione sulla "vita digitale" coincide non tanto con il suo territorio (normativa applicabile alle imprese stabilite nell'Unione o che prestano i propri servizi nell'Unione) quanto con i suoi cittadini (normativa applicabile ai servizi digitali prestati o fruiti da cittadini dell'Unione). La prevalenza dell'elemento personalistico rispetto a quello geografico nell'esercizio della sovranità digitale da parte dell'Unione europea è un aspetto che occorre assolutamente evidenziare per poter inquadrare correttamente le proposte normative in esame.

In relazione alla governance europea dei dati, l'UE ha decisamente spostato la propria attenzione dalla intrinseca rischiosità dei trattamenti dei dati personali, per i quali il GDPR ha previsto una serie di cautele, alla grande opportunità che il *data sharing* rappresenta per lo sviluppo del mercato interno. A tal fine, è necessario che gli intermediari digitali che forniscono servizi di condivisione di dati mantengano una posizione neutrale rispetto ai dati scambiati, agendo solo in qualità di intermediari nelle transazioni e non utilizzando i dati per altri fini. Ciò è particolarmente importante nel caso del trattamento dei dati cosiddetto "altruistico", cioè effettuato per finalità di pubblico interesse da parte di intermediari digitali non profit appositamente costituiti.

Occorre altresì sottolineare l'evoluzione del ruolo dei provider, che nel corso dell'ultimo ventennio si sono progressivamente trasformati in protagonisti attivi sia sul fronte dell'organizzazione e gestione dei contenuti *user-generated* sia su quello del trattamento dei dati dei propri utenti, scardinando l'assioma della loro neutralità postulato dalla direttiva europea sul commercio elettronico risalente al 2000.

La questione della neutralità riguarda anche i cosiddetti *gatekeeper*, cioè le piattaforme digitali che controllano l'accesso ai servizi digitali "di base". Ad essi si chiede non solo di astenersi dal mettere in atto pratiche anticoncorrenziali a scapito di altri operatori del mercato o degli stessi utenti, ma anche di garantire la trasparenza dei messaggi pubblicitari (natura del messaggio pubblicitario, identità del committente, parametri utilizzati per determinare i destinatari) e dei criteri utilizzati dai sistemi di *content moderation* e di raccomandazione basati sulla profilazione degli utenti, nonché di analizzare e valutare annualmente eventuali rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro

servizi nell'Unione e di sottoporsi a una complessa procedura di vigilanza rafforzata. A tutti gli *hosting provider* poi, anche a quelli di minori dimensioni, viene richiesto di approntare specifiche procedure di *notice-and-take-down* per la segnalazione dei contenuti illeciti e di attivarsi prontamente per valutare le segnalazioni ricevute, rimuovere i contenuti contestati o disabilitare l'accesso ad essi. Tali obblighi, la cui quantità e complessità varia in base alle maggiori o minori dimensioni dell'intermediario digitale di riferimento, segnano di fatto il radicale superamento del principio della neutralità del provider rispetto ai contenuti prodotti e diffusi dagli utenti: il sistema di notifica consente al provider di acquisire l'effettiva conoscenza dell'illecito e, in conseguenza della notifica, il provider è tenuto ad attivarsi per poter continuare a beneficiare del regime di esenzione dalla responsabilità, che invece perderebbe in caso di inerzia. Adirittura, i provider sono esplicitamente incoraggiati a svolgere indagini di propria iniziativa volte ad individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali: dunque, si fa strada il principio secondo cui il *content filtering* automatizzato, soprattutto per le piattaforme di grandi dimensioni, sia in concreto l'unico strumento praticabile per contrastare la loro diffusione.

Tutto ciò considerato, le proposte contenute nel "pacchetto digitale" possono essere considerate come elementi sintomatici di un conflitto sull'esercizio della sovranità nello spazio di Internet fra le grandi piattaforme digitali, gli Stati nazionali e l'Unione europea. Il sociologo Zygmunt Bauman ha definito i processi di globalizzazione come «la grande guerra di indipendenza dallo spazio», ossia «una guerra durante la quale i centri decisionali, insieme alle motivazioni stesse che determinano le decisioni, gli uni e le altre ormai liberi da legami territoriali, hanno preso a distaccarsi, in forma continua e inesorabile, dai vincoli imposti dai processi di localizzazione»⁶¹. Si può allora affermare che l'Unione europea sta prendendo parte a questa guerra sforzandosi di riaffermare il proprio controllo sui flussi di informazione che corrono attraverso Internet, riconfigurando il concetto di confine e individuando un *ambitus* geografico preciso in cui poter esercitare la propria sovranità.

Note

¹Doc. COM(2021) 118 del 9 marzo 2021.

²Il Pilastro europeo dei diritti sociali è un insieme di 20 principi e diritti fondamentali in ambito sociale, adottati dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione europea il 17 novembre 2017 a Göteborg, in Svezia.

³Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Dichiarazione di principi digitali - la "via europea" per la società digitale*.

⁴Doc. COM(2020) 66 del 19 febbraio 2020.

⁵Doc. COM(2020) 767 del 25 novembre 2020.



⁶Doc. COM(2020) 67 del 19 febbraio 2020.

⁷Doc. COM(2020) 842 del 15 dicembre 2020.

⁸Doc. COM(2020) 825 del 15 dicembre 2020.

⁹G. DE GREGORIO, *The e-Commerce Directive and GDPR: Towards Convergence of Legal Regimes in the Algorithmic Society?*, EU Working Paper RSCAS n. 36, 2019, 21 p.

¹⁰Doc. COM(2020) 66 cit.

¹¹Regolamento (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). Tale regolamento è comunemente noto come GDPR (*General Data Protection Regulation*).

¹²S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in "Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento", Utet, 2017, spec. pp. 627-629; F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in F. Pizzetti (a cura di), "Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione", Giappichelli, 2018, spec. pp. 41, 46-51 e 166-167.

¹³Doc. COM(2020) 65 del 19 febbraio 2020.

¹⁴Doc. COM(2018) 237 del 25 aprile 2018 intitolata *L'intelligenza artificiale per l'Europa*.

¹⁵A completamento del regolamento generale sulla protezione dei dati personali già in vigore da maggio 2018 (regolamento UE n. 2016/679), del regolamento 2018/1807 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea e della direttiva 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

¹⁶Doc. COM(2020) 767 cit.

¹⁷Si pensi ai dati protetti da diritti di proprietà intellettuale o ai dati sensibili di natura non personale, quali ad esempio i segreti commerciali.

¹⁸F. PIZZETTI, *op. cit.*, spec. pp. 16-23 e 37; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in "Politica del diritto", 2019, n. 2, pp. 199-236.

¹⁹F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in "Contratto e impresa", 2019, n. 1, pp. 34-58; I. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in "Osservatorio del diritto civile e commerciale", 2018, n. 1, pp. 67-106; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2018, n. 2, pp. 411-440; S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in "MediaLaws", 2019, n. 3, pp. 131-147.

²⁰Doc. COM(2020) 67 cit.

²¹Proposta di regolamento relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale, doc. COM(2020) 842 cit.

²²Doc. COM(2020) 825 cit.

²³Interessanti considerazioni sul regolamento (UE) 2019/1150 in F. FOLTRAN, *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in "MediaLaws", 2019, n. 3, pp. 162-176. Si veda anche M.C. CAURASANO, *Le piattaforme online e la tutela degli utenti digitali al tempo della pandemia*, in "Persona e mercato", 2020, n. 4, pp. 466-476.

²⁴Per una accurata analisi dei contenuti della proposta di regolamento DMA si rimanda al *dossier n. 52*, 18 maggio 2021, realizzato dalla Camera dei deputati, Ufficio rapporti con l'Unione europea. Si veda ancora lo studio pubblicato a gennaio 2021 dal Centre on Regulation in Europe, intitolato *The European proposal for a Digital Markets Act: a first assessment*

e, sempre a cura del Centre on Regulation in Europe (maggio 2021), lo studio intitolato *Making the Digital Markets Act more resilient and effective*; si veda, infine, A. DE STREEL, P. LAROCHE, *The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution*, in "Concurrences", 2021, n. 2, p. 46-63.

²⁵AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del xvii convegno annuale AIC, Jovene, 2014, 217 p.; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, 2013, spec. pp. 1-56; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in "Nomos", 2019, n. 3, pp. 1-19; A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", 2019, n. 3, pp. 711-742; T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in "Consulta Online", 2020, n. 3, pp. 675-683; E. MAESTRI, *Lex informatica e soft law. Le architetture normative del cyberspazio*, in "Ars interpretandi", 2017, n. 1, pp. 15-28; 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", 2019, n. 19, pp. 1-15; A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in questa Rivista, 2020, n. 1, pp. 5-34; Id., *Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati*, in "MediaLaws", 2020, n. 3, pp. 178-195.

²⁶È certamente merito di L. LESSIG (*Code 2.0.*, Basic Books, 2006) aver sollevato l'attenzione dei giuristi sul fatto che il design (l'architettura) condizioni il comportamento e le scelte individuali tanto nel mondo reale quanto in quello digitale (*code is law*). Sulla funzione architeturale del codice si veda anche R. KITCHIN, M. DODGE, *Code/Space: software and everyday life*, Cambridge, MIT Press, 2011, 304 p. In Italia G. SARTOR (*Il diritto della rete globale*, in "Cyberspazio e diritto", 2003, n. 1, pp. 67-94) ha da tempo evidenziato come il cyberspazio sia soggetto a un graduale processo di colonizzazione da parte dei propri attori, che ne plasmano l'architettura. In particolare, sul crescente ruolo delle imprese multinazionali di promotrici di un "diritto senza Stato" derivante dalla *corporate governance* si veda G. TEUBNER, *Codes of conduct delle imprese multinazionali: effettività e legittimità*, Editoriale Scientifica, 2009, 44 p. Più recentemente ed estesamente, Id., *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, 2015, 223 p.

²⁷Fra coloro che confutano l'idea che le regole di derivazione tecnico-scientifica possano davvero costituire un fattore di disgregazione per l'ordinamento democratico fondato sulla rappresentanza politica E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in "Rivista AIC", 2015, n. 4, pp. 1-49.

²⁸L. BELLI, L. ZINGALES, *Platform value(s): A multidimensional framework for online responsibility*, in "Computer Law & Security Review", vol. 36, 2020, p. 1-8; G. TEUBNER, *Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution*, in "The Italian Law Journal", 2017, n. 1, p. 193-205.

²⁹J.M. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, in "Harvard Law Review", vol. 127, 2014, n. 8, p. 2296-2342. Id., *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in "UC Davis Law Review", vol. 51, 2018, n. 3, p. 1149-1210. Si veda anche M. BETTONI, *Profili giuridici della privatizzazione della censura*, in "Cyberspazio e diritto", 2011, n. 4, pp. 363-384.

³⁰M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in questa Rivista, 2019, n. 1, pp. 35-51. Si veda inoltre T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet. Platforms, content*



moderation and the hidden decisions that shape social media, Yale University Press, 2018, 277 p.

³¹Sulla necessità di sviluppare un “costituzionalismo digitale multilivello” mediante l’individuazione di nuovi centri di potere complementari rispetto a quelli statuali, in modo da indirizzare le *tech companies* verso il rispetto dei principi e valori costituzionali, si veda N. SUZOR, *A constitutional moment: How we might reimagine platform governance*, in “Computer Law & Technology Review”, vol. 36, 2020, p. 1-4.

³²Si veda in proposito C. SARTORETTI, *Il regolamento europeo sulla privacy: confini, sovranità e sicurezza al tempo del web*, in “Federalismi.it”, 2019, n. 13, pp. 1-31.

³³Doc. COM(2020) 825 cit. Si veda in proposito il dossier n. 51 (12 maggio 2021) predisposto dalla Camera dei deputati, Ufficio rapporti con l’Unione europea. Rispetto alla proposta di DMA, nel DSA gli Stati membri mantengono un certo ruolo nella vigilanza sugli intermediari digitali, almeno con riferimento alle piattaforme di dimensioni “normali”, nonché la responsabilità principale del controllo sull’applicazione della normativa.

³⁴Direttiva 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 (direttiva sul commercio elettronico).

³⁵P9_TA(2020)0272, P9_TA(2020)0273 e P9_TA(2020)0274.

³⁶Direttiva 2015/1535/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d’informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell’informazione.

³⁷Ad esempio, i servizi di connessione a Internet.

³⁸Per esempio, i servizi di posta elettronica, di messaggistica istantanea o di *home banking*.

³⁹Tutti i servizi che prevedono la memorizzazione permanente di informazioni, fra cui *ex multis* i social network o i servizi di *cloud storage*.

⁴⁰Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi).

⁴¹Il collegamento sostanziale sussisterebbe non solo nel caso in cui il prestatore del servizio è stabilito nell’Unione, ma potrebbe anche desumersi sulla base dell’esistenza di un numero considerevole di utenti in uno o più Stati membri o dell’orientamento delle attività verso uno o più Stati membri.

⁴²Sulla (ir)responsabilità del provider per i contenuti diffusi dagli utenti attraverso le piattaforme digitali mi sia consentito il rinvio a M.R. ALLEGRI, *Ubi social Ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, FrancoAngeli, 2019, spec. pp. 53-74, nonché alla bibliografia ivi citata. Si vedano inoltre, fra gli scritti più recenti su questo argomento: 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 “MediaLaws, Law and Media Working Paper Series”, 2019, n. 4, pp. 1-182; R. COSIO, *La responsabilità del prestatore di servizi di hosting*, in “Jus civile”, 2020, n. 4, pp. 887-905; 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”, 2020, n. 2, pp. 108-147; M.L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Egea, 2018, 266 p.; C. NOVELLI, *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in questa Rivista, 2019, n. 1, pp. 97-106;

R. PANETTA, *Il ruolo dell’Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile*, in “Responsabilità civile e previdenza”, 2019, n. 3, pp. 1017-1035; E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in “Rivista di diritto industriale”, 2017, n. 1, pp. 75-122.

⁴³Per la verità, il percorso verso il riconoscimento anche normativo dell’ineludibile funzione “attiva” (cioè di organizzazione e gestione dei contenuti) delle piattaforme digitali, intimamente connessa alla loro stessa natura, è iniziato già da qualche anno. Ad esempio, la direttiva 2018/1808/UE del 14 novembre 2018, che ha modificato la precedente direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi, contiene una definizione di “servizio di piattaforma per la condivisione di video” (art. 1, par. 1, lett. a bis) secondo la quale, pur non avendo responsabilità editoriale, il gestore della piattaforma determina l’organizzazione del servizio «anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento». Analogamente, la direttiva 2019/790/UE sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, del 17 aprile 2019, stabilisce all’art. 2 par. 6 che il «prestatore di servizi di condivisione di contenuti online» ha lo scopo di «di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d’autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro». È evidente, quindi, che a un intermediario di questo tipo non può essere attribuita una posizione di neutralità rispetto ai contenuti veicolati dalla piattaforma. Del resto, l’art. 17 della medesima direttiva addirittura impone al fornitore di tali servizi di attivarsi presso i titolari dei diritti di proprietà intellettuale al fine di ottenere da essi l’autorizzazione a diffondere le opere protette dal diritto d’autore e prescrive che, onde sfuggire alla responsabilità derivante dalla divulgazione non autorizzata di opere protette, il provider debba dimostrare di aver compiuto il massimo sforzo per ottenere l’autorizzazione, di aver adottato elevati standard di diligenza professionale e di aver agito tempestivamente, in seguito a segnalazione dei titolari dei diritti, per disabilitare l’accesso ai contenuti contestati. Si assiste quindi, in relazione alla protezione del diritto d’autore, a un completo capovolgimento della posizione del provider rispetto alla direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE: se nella direttiva *e-commerce* la posizione di neutralità del provider era presunta ai fini dell’esenzione dalla responsabilità, in quella sul diritto d’autore invece, per il medesimo fine, è necessario che il provider dimostri di aver tenuto un comportamento proattivo.

⁴⁴In particolare, gli artt. 16 e 17 del d. lgs. 70/2003, con cui la direttiva *e-commerce* è stata recepita nell’ordinamento giuridico italiano, non paiono pienamente conformi alla direttiva, lasciando infatti intendere che la conoscenza dell’illecito da parte del provider possa considerarsi acquisita solo in conseguenza di una comunicazione proveniente dalle competenti autorità giudiziarie e amministrative e non *altrunde*, e che il provider debba attivarsi per la rimozione o disabilitazione dei contenuti illeciti sono su richiesta delle suddette autorità e non anche spontaneamente. Tuttavia, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (ad esempio, CGUE, *L’Oreal c. eBay*, 12 luglio 2011, causa C-324/09; CGUE, *GS Media BV c. Sanoma ed altri*, 8 settembre 2016, causa C-160/15) la responsabilità civile dell’*hosting provider* sussiste invece in tutti i casi in cui egli abbia avuto effettiva conoscenza dell’illiceità di talune attività o taluni contenuti, a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche, anche formali, della comunicazione ricevuta, che potrebbe provenire anche dallo stesso utente danneggiato; inoltre, la limitazione di responsabilità non può essere applicata al provider che, sulla base dei crite-



ri di diligenza e ragionevolezza, abbia omesso di attivarsi per impedire la prosecuzione dell'illecito. Anche a livello nazionale, pur omettendo di esaminare in questa sede la cospicua giurisprudenza di merito (per la quale si rimanda alla bibliografia citata nella nota 42), va ricordata almeno la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., n. 7708 del 19 marzo 2019 (*RTI c. Yahoo!*). In tale occasione la Corte ha affermato che la nozione di hosting provider attivo – quello cioè che «svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito» e che pertanto non si sottrae all'applicazione delle comuni regole sulla responsabilità civile – «può ormai ritenersi dunque un approdo acquisito in ambito comunitario». Così, in linea con quanto già affermato da tempo da CGUE (12 luglio 2011, causa C-324/09), la Cassazione ha ribadito che la valutazione del giudice sulla conoscenza da parte del provider dell'esistenza di un'attività o di un'informazione illecita va condotta alla stregua della diligenza professionale esigibile dall'operatore economico.

⁴⁵In particolare, in *Scarlet extended c. Sabam*, 24 novembre 2011, causa C-70/10, la CGUE ha categoricamente escluso che sia possibile imporre ad un fornitore di servizi di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio preventivo dei contenuti. La *ratio* del divieto era allora rinvenibile nell'eccessiva complessità e onerosità di tali sistemi, che avrebbero causato «una grave violazione della libertà di impresa del fornitore di cui trattasi, poiché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico». Più o meno negli stessi termini («un'ingiunzione siffatta non rispetterebbe l'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari di diritti d'autore, e, dall'altro, quella della libertà d'impresa, di cui beneficiano operatori quali i prestatori di servizi di hosting») si è espressa la CGUE anche in *Sabam c. Netlog*, 16 febbraio 2012, causa C-360/10. Se si ragiona solo in termini di libertà di impresa, a distanza di un decennio da tale sentenza, in considerazione dell'enorme sviluppo che hanno avuto le tecnologie algoritmiche e del fatto che abitualmente ormai le piattaforme digitali adottano sistemi di monitoraggio e moderazione dei contenuti, si può per lo meno discutere dell'opportunità di mantenere in vita tale divieto. Se invece si ragiona in termini di libertà di manifestazione del pensiero, e si parte dal presupposto della rischiosità di affidare a *tech companies* private il ruolo di controllori/censori dei contenuti espressi online, la *ratio* del mantenimento del divieto è perfettamente giustificabile. Del resto, che oggi procedere a un monitoraggio selettivo dei contenuti non sia più un'operazione particolarmente onerosa per il provider è un elemento che la CGUE ha acquisito nella recente sentenza *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook*, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, in cui ha ammesso che l'intermediario digitale debba necessariamente operare in tal senso al fine di individuare i contenuti non solo identici, ma anche equivalenti a quelli contestati. Secondo la Corte, infatti, considerata la facilità di riproduzione delle informazioni in Internet, tale obbligo di sorveglianza attivo risulta necessario per assicurare la protezione efficace della vita privata e dei diritti della personalità e non comporta un onere eccessivo a carico dell'intermediario digitale. Così la Corte ha configurato un obbligo di sorveglianza anche rivolto al futuro, applicato a tutti gli utenti della piattaforma e a tutte le informazioni ivi presenti, volto anche a prevenire il successivo caricamento di informazioni identiche o equivalenti a quelle contestate e quindi il ripetersi di analoghe violazioni. Sulla sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* si veda il commento di O. POLLICINO, *op. cit.*

⁴⁶L'art. 2 lett. f della proposta di regolamento definisce i prestatori di servizi di hosting come quelli che quelli che memo-

rizzano le informazioni fornite da un destinatario del servizio su richiesta di quest'ultimo. In questa categoria potrebbero rientrare, ad esempio, i fornitori di servizi di cloud.

⁴⁷*Digital Millennium Copyright Act*, 1998.

⁴⁸Con la proposta di DSA, l'allestimento di procedure di *notice-and-take-down* da parte degli *hosting provider* – al momento previsto solo nell'ambito della cooperazione volontaria instaurata mediante l'adesione ai codici di condotta promossi dalla Commissione europea per contrastare lo *hate speech* (2016) e la disinformazione (2018) online – diventerebbe un obbligo giuridicamente vincolante.

⁴⁹Tale lacuna è stata quindi colmata per via giurisprudenziale. In Italia la giurisprudenza dominante ritiene che la diffida trasmessa dal soggetto danneggiato all'indirizzo del fornitore del servizio (*ex art. 1219 c.c.*) sia l'unico strumento idoneo a denunciare prontamente la lesione (attuale o potenziale) di una privativa industriale, del diritto d'autore o dei dati personali di un soggetto. Peraltro, qualora il diritto che si intende tutelare derivi da fatto illecito, la diffida sarebbe addirittura facoltativa. Tuttavia, non è chiaro il contenuto che la diffida deve avere per poter compiutamente mettere il provider nelle condizioni di potersi attivare rimuovendo il contenuto contestato senza pregiudicare il suo diritto o quello dell'utente a veicolare le informazioni. In varie occasioni, la giurisprudenza di merito in Italia ha affermato che una diffida priva dell'indicazione degli URL (*Uniform Resources Locator*) o dei link al materiale illecito sarebbe inidonea a individuare gli esatti contenuti illeciti contestati, ma va evidenziato che l'onere di indicare gli URL non è affatto previsto dalla direttiva 2000/31/CE e, anzi, può apparire in contrasto con il tenore delle sue disposizioni.

⁵⁰Come spiegato nella nota precedente, la normativa attualmente vigente non prevede in alcun modo che l'effettiva conoscenza dell'illecito da parte dell'*hosting provider* possa avvenire solo se il soggetto leso, in sede di diffida cautelare, indichi precisamente gli URL corrispondenti ai contenuti di cui si chiede la rimozione, anche se ciò è stato più volte richiesto dalla giurisprudenza nazionale. Peraltro, in *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook*, *cit.*, la CGUE ha stabilito, in sede di rinvio pregiudiziale, che i giudici nazionali possono ordinare a un prestatore di servizi di hosting (nella fattispecie Facebook) di rimuovere o di bloccare l'accesso non solo a contenuti illeciti specificatamente indicati dal ricorrente, ma anche a informazioni «identiche» o «equivalenti» ad essi. Certamente, la nozione di contenuto equivalente possiede un'intrinseca vaghezza che si presta a interpretazioni discrezionali del provider. Per questo, dovendo necessariamente prescindere dall'esatta indicazione dell'URL, la Corte ha stabilito che il giudice, onde assicurare la certezza del diritto, dovrà individuare in maniera chiara, precisa e prevedibile i contenuti da rimuovere, individuando gli elementi specifici da prendere in considerazione (ad es. il nome della persona interessata dalla violazione, oppure le circostanze in cui è stata accertata tale violazione) e consentendo all'utente la possibilità di contestare la misura adottata dall'*hosting provider* nei suoi confronti. Su questa sentenza si leggano i commenti di R. COSIO, *op. cit.*, p. 897 ss.; G. DE GREGORIO, *Moderazione dei contenuti in rete: poteri privati tra prospettive locali e prospettive globali*, in «Quaderni costituzionali», 2020, n. 1, pp. 176-180; O. POLLICINO, *op. cit.*

⁵¹Onde evitare condotte abusive, nel caso di utenti che con frequenza presentano notifiche o reclami manifestamente infondati, le piattaforme digitali potranno reagire sospendendo per un ragionevole periodo di tempo il trattamento di notifiche o reclami da essi presentati (art. 20 par. 2).

⁵²Sulla attuale ambiguità normativa riguardo alla necessità di indicare o meno gli URL esatti si vedano le note nn. 49 e 50.

⁵³Fin dal 2008, con la *decisione-quadro 2008/913/Gai* del Consiglio del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune for-



me ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, gli Stati membri dell'UE si sono impegnati a prevedere sanzioni penali per i comportamenti di stampo razzista e xenofobo, in particolare «l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica», nonché «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra», quando però tali comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di gruppo – o di un suo membro – «definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica». A questa prima categoria di contenuti illeciti, che possono essere veicolati anche online, si aggiungono quelli previsti in alcune direttive settoriali approvate nello scorso decennio. In primo luogo, la direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, che ha introdotto sanzioni penali minime, che gli Stati membri possono eventualmente aggravare, per una serie di reati commessi ai danni di minori e che impone agli Stati membri (art. 25) l'adozione di misure per assicurare la tempestiva rimozione o il blocco delle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico. In secondo luogo, la direttiva antiterrorismo 2017/541/UE, che qualifica una cospicua serie di reati consistenti in attività terroristiche, collegati al terrorismo o riconducibili al terrorismo, imponendo agli Stati membri di prevedere nel proprio ordinamento giuridico la punibilità di tali condotte, nonché (art. 21) di adottare le misure necessarie a contrastare i contenuti online che incitano a commettere atti di terrorismo. In terzo luogo, la direttiva sui servizi di media audiovisivi 2018/1808/UE, che prevede (art. 28 ter) che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video adottino misure adeguate contro quei contenuti audiovisivi che possono risultare nocivi per lo sviluppo fisico e mentale dei minori o, più in generale, che istigano alla violenza, all'odio o alla discriminazione. Infine, la direttiva copyright 2019/790/UE, che consente al provider (art. 17 par. 4) di rendere accessibili sulla propria piattaforma materiali coperti dal diritto d'autore solo a seguito della stipula di un contratto di licenza d'uso con il titolare del diritto. A queste quattro direttive, che vanno nel senso di una più chiara tipizzazione dei contenuti illeciti online, va aggiunta la proposta di regolamento relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online – doc. COM(2018) 640 del 12 settembre 2018 – che stabilisce una definizione di contenuti terroristici online in conformità alla definizione di reati di terrorismo di cui alla direttiva 2017/541/UE. In particolare, secondo la proposta di regolamento, i prestatori di servizi di hosting sono tenuti a prevenire la diffusione di contenuti terroristici attraverso misure proattive che possono comportare anche l'uso di strumenti automatizzati e, su richiesta delle competenti autorità, sono tenuti a rimuoverli. I contenuti terroristici sono definiti dall'art. 2 par. 5: messaggi che istigano alla commissione di reati di terrorismo, anche mediante l'apologia, o che incitano a contribuire alla loro commissione; contenuti che promuovono le attività di gruppi terroristici, incoraggiando la partecipazione o il sostegno nei loro confronti; istruzioni su metodi e tecniche da utilizzare per commettere reati di terrorismo.

⁵⁴Sulle ragioni alla base dell'opacità dei sistemi di *content moderation* utilizzati dalle piattaforme digitali e sulla necessità di una maggiore trasparenza in quest'ambito, anche attraverso la pubblicazione di una *content moderation notice* destinata agli utenti, si veda G. DE GREGORIO, *Democratizing online content moderation: A constitutional framework*, in "Computer Law & Security Review", vol. 36, 2020, p. 1-17.

⁵⁵Le piattaforme digitali sono considerate (art. 2 lett. h della proposta di regolamento) un tipo particolare di prestatori di servizi di *hosting*. Esse sono caratterizzate dal fatto che, oltre alla memorizzazione delle informazioni, provvedono anche alla loro diffusione al pubblico (come, ad esempio, è il caso dei social network) a meno che tale attività non sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio (come è il caso, ad esempio, dei commenti degli utenti che accompagnano gli articoli di un giornale online).

⁵⁶Quelle, cioè, che rispondono alla definizione fornita nell'allegato alla raccomandazione 2003/361/CE.

⁵⁷Al momento la trasparenza della pubblicità politica è prevista solo in via di autoregolamentazione e le piattaforme utilizzano in tale ambito policies molto differenziate fra loro. Si veda su questo M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, FrancoAngeli, 2020, spec. pp. 102-104, 140-158, 175-185. Al di là dello specifico caso della pubblicità politica, al momento non vi sono indicazioni normative riguardanti la trasparenza dei messaggi pubblicitari *tout court* diffusi via Internet. Peraltro, la proposta di DSA incoraggia esplicitamente l'adozione di codici di condotta da parte degli intermediari digitali per favorire corretta applicazione del regolamento (art. 35), con un particolare riferimento alla predisposizione di codici di condotta specificamente dedicati alla trasparenza della pubblicità online (art. 36). La Commissione europea e il Comitato per i servizi digitali contribuirebbero alla definizione dei contenuti di tali codici di condotta, in modo che rispondano adeguatamente agli obiettivi previsti, e si occuperebbero del monitoraggio relativamente alla loro attuazione. La formula prescelta, dunque, è quella della co-regolamentazione, in luogo della mera *self-regulation*.

⁵⁸La proposta di DSA prevede la creazione di nuove autorità nazionali (i Coordinatori nazionali dei servizi digitali) su cui si veda la nota successiva.

⁵⁹Il Coordinatore dei servizi digitali, previsto dalla proposta di regolamento agli artt. 38-41, sarebbe una nuova autorità nazionale indipendente preposta alla vigilanza sul rispetto del regolamento e responsabile per tutti gli aspetti relativi alla sua applicazione, mediante l'esercizio di poteri sia investigativi che esecutivi.

⁶⁰Il Comitato europeo dei servizi digitali (artt. 47-49) sarebbe un gruppo consultivo presieduto dalla Commissione europea e composto dai coordinatori dei servizi digitali, rappresentati da funzionari di alto livello. Il Comitato è definito "indipendente", ma è in realtà composto da Autorità nazionali, con la precisazione che al suo interno ogni Stato membro dispone di un voto, mentre la Commissione europea non ha diritto di voto. Quindi, a dispetto della dichiarata indipendenza, l'organo avrebbe le caratteristiche di una struttura intergovernativa di coordinamento. I suoi compiti consisterebbero nella consulenza e nell'assistenza prestata ai Coordinatori nazionali dei servizi digitali e alla Commissione europea.

⁶¹Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, 1999, p. 17.



The digital future of the European Union: new categories of online intermediaries, new forms of liability

Abstract: The “digital package” proposed by the European Commission in December 2020 marks the affirmation of the Union as a center of sovereign power over the digital environment, not only with respect to the large multinational companies that manage the flow of information on the Internet, but also with respect to the national States, which are gradually losing the possibility to regulate the phenomena occurring online independently. To achieve this goal, the European Commission has moved mainly along three lines: 1) the data sharing for the development of artificial intelligence systems; 2) a greater control over gatekeepers (i.e., digital platforms that can condition access to the market) in order to prevent them from abusing their dominant position; 3) a greater accountability of digital intermediaries for the contents produced and disseminated by the end users of their services, paying particular attention to large-scale platforms. This undermines the principle of provider neutrality, sanctioned by the European directive on electronic commerce dating back to 2000. Through the reaffirmation of its digital sovereignty, the European Union seems to reclaim its nature as an area of rights and freedom, capable to ensure an anthropocentric and personalist governance of innovation.

Keywords: European Commission – Digital Package – Online Intermediaries



L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo

Emma Garzonio

La transizione digitale è uno degli obiettivi principali della Commissione europea nei suoi attuali 5 anni di insediamento, 2019-2024. Nel contesto più ampio del rafforzamento della dimensione sociale dell'Europa e con l'obiettivo di una transizione ad un'economia *data-agile*, numerose sono state ad oggi le proposte legislative europee per disciplinare la vastissima materia digitale, declinate lungo linee di intervento diversificate. L'ultimo tentativo in tal senso, la proposta di riforma dello Spazio digitale europeo del dicembre 2020, articolata nei due "pacchetti" del *Digital Services Act* e del *Digital Markets Act*, prevede una serie di nuove norme per i servizi digitali e le piattaforme, specialmente di grandi dimensioni. Particolare attenzione è rivolta al funzionamento e al ruolo degli algoritmi, alle implicazioni per la qualità dell'informazione e per la tenuta democratica dei paesi ed alla necessità di maggiore trasparenza di quei meccanismi di selezione e classificazione che sottendono alla loro operatività. Proprio sulla comprensione del ruolo che hanno gli algoritmi e delle conseguenze sul nostro vissuto quotidiano verte questa ricerca di impianto multidisciplinare, che esamina gli orientamenti Ue di disciplina del settore digitale e che, tramite *literature review* di studi di sociologia dei media e *communication studies*, trae preziosi strumenti interpretativi e concettuali sul tema del potere dell'algoritmo e delle sue declinazioni. Tramite la definizione della cornice teorica, costruita con l'analisi di contributi dei *media studies* sul tema dell'algoritmo e del quadro giuridico europeo in materia digitale, si esamineranno le connessioni tra *algorithmic power*, costruzione di senso, disinformazione, con l'obiettivo di comprendere la portata del mutamento che "l'algoritmo trasparente" implicherebbe.

Transizione digitale – Media algoritmici – Diritto europeo – Piattaforme digitali – Disinformazione

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il potere dell'algoritmo – 3. Algoritmi e disinformazione – 4. La regolamentazione dello spazio digitale: il DSA e la trasparenza degli algoritmi – 5. Conclusioni

1. Introduzione

La rivoluzione digitale della nostra epoca, fatta di costante avanzamento tecnologico e di sempre maggiore interconnessione di flussi di dati, di mercati, di realtà, porta con sé numerose trasformazioni del nostro vivere quotidiano ed altrettanto numerose implicazioni per gli individui e per le società. Lo sviluppo sempre più rapido della *digital economy*, l'onnipresenza delle piattaforme digitali, la sempre maggiore rilevanza dei sistemi di intelligenza artificiale ha

richiesto un adeguamento ed un aggiornamento sia della cornice regolatoria della materia digitale, sia degli sforzi teorici e concettuali per la comprensione di un fenomeno di ampia portata. Oggi si parla infatti di *platform society* e *platform economy*: sempre più vaste porzioni della nostra quotidianità – come individui, come istituzioni, come società – sono appaltate a questo tipo di strumenti, che di giorno in giorno incrementano il proprio controllo sui flussi di informazione, acquisiscono porzioni di mercato e definiscono la realtà sensibile di ciascuno.

E. Garzonio è dottoranda in Comunicazione, ricerca sociale e marketing presso Sapienza - Università di Roma. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegrì e Paola Marsocci.



Superata la divisione tra media *mainstream* e *new media*, l'informazione viaggia oggi su binari che non sono più paralleli ma che si intrecciano: media "tradizionali", testate online, social network, informazione selezionata da motori di ricerca compongono la variegata dieta mediale del cittadino medio. La politica ha da tempo colto le sterminate possibilità di mezzi di comunicazione che velocizzano l'intermediazione tra elettori e leader ed oggi le campagne politiche si fanno sempre più sull'arena digitale. Così come si acquista sempre più dai *marketplace* digitali, ci si affida sempre più a piattaforme di delivery, persino le modalità del viaggiare sono ridefinite da piattaforme di hosting. Tutti questi strumenti, oltre ad avere conseguenze tangibili non solo online ma soprattutto nel "mondo reale", offline (il superamento di assetti aziendali diventati quasi obsoleti nell'arco di un decennio, o il fenomeno della gentrificazione, relativamente agli esempi portati) hanno anche una natura comune: quella di essere media algoritmici. La selezione e classificazione di enormi quantità di dati online non può esistere senza le funzionalità dispiegate da componenti algoritmiche. Il ruolo e la capacità predittiva dell'algoritmo si estende ben oltre la semplice codifica ed influenza, in modo più o meno sottile, la percezione della realtà che ogni individuo ha, sia tramite il potere di selezione – in alcuni casi, di manipolazione – dell'informazione disponibile, che con un più pervasivo potere di produzione della vita sociale.

La comprensione di un argomento così sfaccettato e complesso beneficia di un approccio multidisciplinare al tema, che sappia assemblare un quadro teorico e concettuale tramite i numerosi e ricchi contributi di sociologia dei media sul tema del potere dell'algoritmo, ed allo stesso tempo tracciare l'evoluzione della disciplina giuridica del digitale a livello europeo, che con le più recenti proposte legislative arriverebbe a regolamentare il vastissimo settore dei mercati e dei servizi digitali. Si è scelto dunque di procedere su due fronti, quello della revisione della letteratura dei *media studies* sul tema dell'algoritmo e quello dell'analisi della cornice giuridica di riferimento in contesto europeo, con l'obiettivo di esaminare le connessioni tra *algorithmic power*, costruzione di senso, disinformazione e di comprendere la portata della "rivoluzione della trasparenza" prefigurata nelle più recenti proposte di regolamento.

2. Il potere dell'algoritmo

Siamo talmente abituati ad interfacciarci con media algoritmici che spesso non facciamo caso a quanto siano presenti nella nostra quotidianità e con quali

implicazioni. Da quando i social media in particolar modo hanno guadagnato ampia visibilità e rilevanza come oggetto di studio e di valutazione (anche etica), la parola "algoritmo" sicuramente ci è diventata più che familiare, come anche i concetti di privacy e proliferazione dei dati. Tuttavia, non sempre ci soffermiamo con attenzione sul ruolo, sui compiti, sulla valenza degli algoritmi in porzioni sempre più ampie delle nostre vite. La nostra esistenza, oggi, è infatti vissuta attraverso *specifici* tipi di media¹: trovare dei biglietti per un volo o un evento tramite un motore di ricerca, scoprire un nuovo ristorante tramite un sistema di filtraggio collaborativo basato sulle raccomandazioni, ascoltare una playlist suggeritaci da un sito di streaming musicale, acquistare regali su un negozio online, chattare con gli amici, guardare online la propria serie Tv preferita, fare *scrolling* del nostro *newsfeed* social significa avere un alto grado di interazione con media algoritmici, ossia media le cui funzioni vitali dipendono da operazioni algoritmiche.

La nostra vita non è semplicemente permeata dai media ma ha luogo e si sposta sempre più in un nuovo panorama mediale di tipo algoritmico. La premessa a questo spostamento è il concetto di "coproduzione" della vita sociale, delle pratiche, della tecnologia: le persone interagiscono con specifiche *media companies*, con specifiche piattaforme ma allo stesso tempo le piattaforme interagiscono con le persone. I social media e altre numerose compagnie commerciali digitali ci suggeriscono contenuti, indirizzano i nostri gusti, raccomandano determinate scelte, ci forniscono ciò che i loro algoritmi hanno previsto essere per noi più interessante, rilevante, consumabile.

Le piattaforme agiscono come "intermediari performativi"², non si limitano a rappresentare dei mondi così come sono ma partecipano attivamente alla loro costruzione: in altre parole, Facebook non si limita, come dice il suo slogan, a "connetterti con gli amici e con il mondo attorno a te" ma costruisce "il mondo attorno a te". Così come Netflix, sulla base di un'infinita disponibilità di dati, analizza i *pattern*, gli schemi ricorrenti nelle scelte – dunque nei gusti – dei propri utenti per proporre contenuti analoghi (si pensi alla funzione "A chi ha visto X è piaciuto anche Y", "Suggeriti per te"): *chi* cataloga i dati, li ordina, li classifica, enuclea schemi e fa previsioni è l'algoritmo. La popolarità di un contenuto – un film, un post, una canzone, un oggetto da acquistare, un locale da visitare – non è solamente una misura quantificabile che aiuta le compagnie come Facebook o Netflix nel determinare la rilevanza del contenuto stesso. Gli input forniti dagli user – mi piace, lo ascolto, lo guardo: lo rendo popolare – e gli schemi che da essi emergono sono trasformati in mezzi di produzione. Quello che



noi vediamo sulle piattaforme, il mondo che viene costruito davanti a noi, è il risultato di quello che abbiamo precedentemente fatto su quelle piattaforme. Si tratta di una produzione di contenuti *data-driven*, che non è un processo inerentemente sbagliato o poco etico: la domanda che molti studiosi si sono posti³ è però se affidarsi ai dati ed all'analisi predittiva⁴, nonché alla *platform politics*⁵ ed a quelle "decisioni nascoste" che danno forma al nostro ambiente mediale digitale⁶ possa convogliare forzatamente la produzione culturale e mediale in direzioni particolari e dunque plasmare le condizioni della nostra quotidianità.

Oggi il termine "algoritmo" corrisponde ad una serie di istruzioni codificate che un computer deve seguire per svolgere un dato compito: quello per cui gli algoritmi sono impiegati è prendere decisioni, ossia selezionare e rendere visibile in modo "sensato" l'enorme quantità di dati prodotti e disponibili sul web. La domanda fondamentale diventa "chi o che cosa" abbia il potere di stabilire le condizioni per ciò che può essere visto e conosciuto, e con quali possibili effetti. In questo senso si parla di *algorithmic power*: il potere che gli algoritmi e i software hanno di stabilire i requisiti di ciò che può diventare sensibile e intelligibile nel nostro ambiente mediale.

Il potere dell'algoritmo non è limitato all'istruzione codificata che dice alla macchina cosa fare e va ben oltre la sua capacità classificatoria (il ranking delle notizie che ci appaiono nella nostra *newsfeed* sui social, o nei risultati di un motore di ricerca). Quando parliamo dello *algorithmic power*, questa nozione potrebbe anche non riguardare direttamente l'algoritmo nel senso più tecnico del termine: i sistemi algoritmici rappresentano un insieme di strategie all'interno delle quali è insito il potere. E tale potere è politico, dove "politica" è intesa nel senso ampio di capacità di creazione del mondo, della realtà. Gli algoritmi classificano, estraggono, predicono, processano dati e così facendo fanno sì che il mondo ci appaia in un modo invece che in un altro: le realtà non sono date ma sono portate alla luce ed attualizzate da e tramite i sistemi algoritmici.

Tra gli esempi più tangibili del potere dell'algoritmo di dare forma al nostro quotidiano e persino di orientare aspetti importanti della nostra percezione e socialità, Bucher⁷ esamina la socialità programmata, l'amicizia "misurabile" – *computable friendship* – e la "colpa per associazione" *guilt by association*. Il fenomeno della socialità programmata (ossia come i social network riescono ad innescare relazioni sociali online e a classificare gli utenti per sfruttare al meglio i dati che forniscono) è comprensibile se guardiamo come funziona "l'amicizia" sui social network: le relazioni sociali sono effettivamente attivate online

ma da chi sono attivate, per quali motivi e tramite quali meccanismi? Sappiamo che utenti poco *engaged*, poco coinvolti e connessi, mettono a repentaglio l'esistenza delle piattaforme, dunque la logica chiave dal punto di vista delle piattaforme è programmare delle condizioni per l'*engagement*. Per creare una *user base* fedele, Facebook cerca di connettere i suoi utenti ad altri amici, perché l'amicizia richiede e crea un impegno tra esseri umani. L'algoritmo dunque prima ti aiuta – suggerendoti – a trovare amici del tuo presente e del tuo passato, o persone con cui hai interagito e successivamente gioca un ruolo fondamentale nel farti mantenere e coltivare quei legami online (ad esempio notificandoti il loro compleanno e suggerendoti di far loro gli auguri, magari condividendo pubblicamente contenuti che stimolino reazioni ed interazioni tra altri utenti). Facebook e le altre piattaforme di social networking vogliono che gli utenti si sentano investiti nelle loro relazioni e per questo hanno costantemente perfezionato negli anni funzionalità che ricordano loro gli "obblighi sociali" dell'amicizia. L'algoritmo funziona come una forza allusiva che ti incoraggia a connetterti con altre persone ed a sentirti coinvolto con modalità che sono offerte dalla piattaforma e di cui beneficia la stessa piattaforma: la socialità e la connettività sono risorse per lo sviluppo di nuovi modelli di business digitale – qualcuno beneficia economicamente delle attività online degli utenti⁸.

La *computable friendship* dei social media prevede inoltre che l'amicizia – che nel mondo reale è una relazione sociale spontanea, volontaria, affettiva – sia soggetta a meccanismi che privilegiano la quantificazione e metrificazione: alla relazione tra utenti l'algoritmo assegna punti, le interazioni vengono misurate, gli utenti vengono classificati col fine di determinare la probabilità che un'amicizia online venga stretta. In prospettiva computazionale, le "amicizie" non solo altro che equazioni orientate alla massimizzazione dell'*engagement* con la piattaforma.

Infine, particolarmente interessante è la *guilt by association*, una tecnica di advertising usata sulle piattaforme social in quei casi in cui l'utente non sia sufficientemente *engaged*. Poiché questi utenti non forniscono sufficienti informazioni personali – sia volontariamente, sia con le tracce che la loro attività online lascia – queste vengono estratte dai loro contatti, così come le informazioni sulla base delle quali vengono personalizzati e orientati i contenuti e le pubblicità. Mentre si arriva facilmente a comprendere come le azioni di ciascun utente determinino quali contenuti questo veda online, è più difficile concepire come gli utenti giochino un ruolo fondamentale anche nel determinare quello che i propri contatti ve-



dono online. La “colpa” dell’utente è quella di essere complice dell’azienda nel proporre ai propri “amici” contenuti pubblicitari personalizzati, *ad targeting*: il margine con cui gli utenti vengono sfruttati, spesso senza averne coscienza, per promuovere prodotti e contenuti è estremamente ampio in quest’epoca di media algoritmici – ed altrettanto problematico.

3. Algoritmi e disinformazione

Un altro, cruciale aspetto del potere degli algoritmi di orientare non solo la nostra socialità, le nostre interazioni ma anche la nostra percezione del mondo è legato al fenomeno della disinformazione. Il ricco report pubblicato nell’agosto 2020 dal Joint Research Centre della Commissione europea⁹ analizza come *newsfeed* e sistemi di raccomandazione automatizzati siano progettati per massimizzare l’attenzione e dunque l’*engagement* degli utenti, soddisfacendo le loro preferenze determinate in base all’analisi predittiva: questo si può tradurre nell’evidenziare contenuti polarizzanti e fuorvianti, purché profittevoli per l’autoalimentazione della piattaforma.

La classificazione dei contenuti – compresi i messaggi politici – nei *newsfeed*, nell’ordinamento dei motori di ricerca e nei sistemi di raccomandazione può influenzare causalmente le nostre preferenze e percezioni: ciò che vediamo (e ciò che ci viene nascosto – senza troppa fatica, oggi è sufficiente che non rientri nei primi risultati di una ricerca online) determina in ampia misura la nostra conoscenza del mondo. Tutti questi processi – selezionare, ordinare, catalogare, suggerire – sono inscindibili dall’esistenza dell’algoritmo, che è alla base di queste operazioni.

Il documento identifica due attributi fondamentali dell’economia dell’attenzione e della psicologia umana che creano facilmente le precondizioni per il diffondersi della disinformazione: da una parte abbiamo meccanismi algoritmici che promuovono contenuti attraenti, dall’altro la forte predisposizione e curiosità dell’essere umano per contenuti emozionali negativi (rabbia, paura, ansia). La maggior parte delle fake news sfrutta esattamente questo tipo di leve emozionali. Inoltre l’*asimmetria ideologica* presente nelle ormai note camere d’eco sui social, con utenti di matrice ideologica di destra populista che mostrano più probabilità di consumare e condividere informazioni inaffidabili¹⁰, crea una propagazione esponenziale di contenuti con finalità manipolatorie e radicalizzanti del dibattito politico, che pongono minacce concrete anche al di fuori dell’arena digitale.

Il legame a filo doppio tra il potere dell’algoritmo e la disinformazione, l’amplificazione manipolativa di contenuti dannosi, è ampiamente evidenziato anche

dalla *Comunicazione della Commissione sul Piano d’azione per la democrazia europea*¹¹ che il pacchetto regolatorio delle leggi sui servizi e mercati digitali andrà a sostanziare. Nel Piano d’azione sono state raccolte alcune delle preoccupazioni più evidenti in merito al ruolo che intermediari digitali e algoritmi giocano nella diffusione di disinformazione e manipolazione ed ai rischi per la tenuta democratica dei paesi e la trasparenza dei processi elettorali. Viene evidenziato in particolare, sul versante delle campagne di disinformazione politica online, come «gli strumenti per tali campagne sono tanto più efficaci in quanto combinano i dati personali e l’intelligenza artificiale con la profilazione psicologica e tecniche complesse di *microtargeting*»¹² e come «sistemi quali la classificazione e gli algoritmi di raccomandazione, che rendono più facile l’accesso dei cittadini alle informazioni pertinenti, possono anche essere manipolati, in particolare attraverso azioni coordinate e non autentiche» – *coordinated inauthentic behaviour* – «per facilitare l’ampia diffusione della disinformazione sulle piattaforme online»¹³.

Il piano d’azione evidenzia la necessità un approccio più solido rispetto al passato, con un rafforzamento del Codice di buone pratiche sulla disinformazione¹⁴ avviato nel 2018, a cui hanno aderito su base volontaria diverse grandi piattaforme, tra cui Facebook, Google, Microsoft. Il codice rafforzato ha tra i suoi obiettivi quello di definire degli indicatori fondamentali di prestazione, sulla base dei quali monitorare l’impatto della disinformazione; ridurre la “monetizzazione” della disinformazione collegata a contenuti sponsorizzati ed intensificare il *fact-checking*.

4. La regolamentazione dello spazio digitale: il DSA e la trasparenza degli algoritmi

La transizione digitale è tra gli obiettivi primari dell’attuale Commissione europea e negli anni interventi specifici sono stati intrapresi col fine di creare un’ambiente digitale adeguato alla portata di tale trasformazione. Dal 2018 si sono susseguiti regolamenti, direttive, linee guida e strategie per supportare lo sviluppo di una *data-agile economy* e allo stesso tempo tentare di normare gli aspetti più complessi e problematici della digitalizzazione. In quell’anno la Commissione ha presentato per la prima volta una strategia sull’Intelligenza Artificiale¹⁵, cui ha fatto seguito nel 2019 la pubblicazione delle *Ethics Guidelines on trustworthy AI*¹⁶ da parte del gruppo di esperti di alto livello sulle IA. Applicabile dal maggio



2018 è il Regolamento (UE) n. 2016/679 sulla protezione dei dati, cui si è aggiunto il Regolamento (UE) n. 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali, in vigore dal 28 maggio 2019. La rifusione della precedente direttiva, con l'introduzione della nuova disciplina su *open data* e riutilizzo delle informazioni nel settore pubblico, ha visto la luce nel giugno 2019¹⁷, mentre nello stesso mese veniva pubblicato in Gazzetta ufficiale il *Cybersecurity Act*¹⁸.

La forte accelerazione del processo di digitalizzazione ed il consolidamento delle piattaforme digitali nel ruolo di intermediari tra *users*, prodotti e servizi ha destato nel tempo più di una preoccupazione. Se interpretiamo la produzione normativa in un dato spazio geopolitico come espressione delle priorità e dei bisogni in quel medesimo spazio e se guardiamo alla forte spinta in termini di regolamentazione del digitale all'interno della Ue – declinata, come visto, nella disciplina delle piattaforme, della privacy dei dati, della sicurezza delle ICTs, dell'intelligenza artificiale – è evidente la costante attenzione posta dalle istituzioni europee al processo di digitalizzazione ed ai rischi ad esso connessi. Tra questi, lo scambio e la vendita online di prodotti, servizi e contenuti illegali ma soprattutto – sotto il profilo delle implicazioni per la stabilità democratica del crescente potere di piattaforme e *gatekeepers*, quando connesso al fenomeno di disinformazione e polarizzazione – l'uso improprio dei servizi online da parte di sistemi algoritmici manipolativi. Questo uso improprio amplifica la diffusione della disinformazione o persegue altri fini dannosi: nel già menzionato report del Joint Research Centre, si evidenzia la connessione causale tra le modalità di funzionamento delle piattaforme e l'impatto sui diritti fondamentali online.

Sulla scia di queste analisi, l'ambiziosa riforma dello Spazio digitale europeo proposta nel dicembre 2020 dalla Commissione tramite le due proposte legislative del *Digital Services Act* e del *Digital Markets Act*, prevede una serie completa di nuove regole per i servizi digitali, inclusi social media, shop online e altre piattaforme che operano nella Ue. L'obiettivo primario della proposta di Regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali¹⁹ – ossia il *Digital services act*, d'ora in avanti DSA – che rileva maggiormente in termini di attenzione alle componenti algoritmiche, è quello di creare un'ambiente digitale più sicuro, nel quale i diritti fondamentali degli utenti dei servizi digitali siano protetti. La legge sui servizi digitali contiene norme per i servizi di intermediazione online utilizzati quotidianamente da milioni di europei: gli obblighi dei diversi operatori online

sono commisurati al loro ruolo, alle loro dimensioni e al loro impatto sull'ecosistema digitale.

In particolare, il DSA interesserà i *servizi di intermediazione* che offrono infrastrutture di rete (fornitori di accesso a Internet, registrar di nomi di dominio), i servizi di *hosting* come *cloud* e *webhosting*, le piattaforme online che riuniscono venditori e consumatori (mercati online, app store, piattaforme di economia collaborativa e social media) ed infine le *piattaforme online di grandi dimensioni*, ossia quelle che raggiungono più del 10% dei 450 milioni di consumatori europei²⁰. Tutti gli intermediari online che offrono i loro servizi nel mercato unico, con sede o meno nell'UE, dovranno rispettare le nuove norme, mentre le microimprese e le piccole imprese avranno obblighi proporzionati alla loro capacità e alle loro dimensioni. La proposta di legge sui servizi digitali migliora notevolmente i meccanismi per la rimozione dei contenuti illegali e per l'efficace tutela dei diritti fondamentali degli utenti online, compresa la libertà di parola, stabilendo inoltre un maggiore controllo pubblico sulle piattaforme online.

Il DSA comprende misure per il contrasto alla diffusione di beni, servizi o contenuti illeciti online – come i meccanismi di segnalazione da parte degli utenti – nuovi obblighi in materia di tracciabilità degli utenti commerciali nei mercati online, la possibilità di accesso dei ricercatori ai dati chiave delle piattaforme più grandi al fine di comprendere meglio la viralità online e il suo impatto e soprattutto misure di trasparenza per le piattaforme rispetto agli algoritmi utilizzati per la raccomandazione, la moderazione e la promozione di contenuti. Per gli utenti ciò comporta la possibilità di avere accesso ad informazioni significative relative agli annunci pubblicitari mirati ed alla sponsorizzazione dei contenuti, nonché al motivo per cui tali contenuti vengono loro raccomandati. Inoltre, è previsto il diritto degli utenti di optare per la non ricezione (*opt-out*) di suggerimenti sui contenuti basati sulla profilazione. Per attenuare i rischi legati alla diffusione di contenuti fuorvianti, è prevista l'adesione delle piattaforme ai codici di buone pratiche.

La proposta di regolamento individua nelle operazioni algoritmiche di *ranking* e selezione dei contenuti il nucleo delle problematiche e dei rischi legati alla mancanza trasparenza. Nei numerosi Considerando vengono enucleate le categorie di rischi sistemici correlati ai servizi delle grandi piattaforme online, in particolare quelli legati alla “progettazione di sistemi algoritmici” che sfruttano notifiche abusive o altri metodi per ostacolare la concorrenza o mettere a tacere l'espressione, nonché quelli relativi alla manipolazione intenzionale e spesso coordinata del servizio della piattaforma tramite creazione di account



falsi, uso di bot²¹ e altri comportamenti automatizzati (o parzialmente automatizzati) che possono condurre alla rapida e ampia diffusione di informazioni fraudolente.

Sul tema del potere dell'algoritmo di suggerire, classificare e mettere in ordine di priorità le informazioni, si sottolinea come i sistemi di raccomandazione possono avere effetti significativi sulla capacità dei destinatari di reperire informazioni e interagire con esse online. Viene dunque indicato un diritto dei destinatari al bilanciamento di questo potere: i destinatari devono essere adeguatamente informati e devono poter influenzare le informazioni che vengono loro presentate. Le informazioni presentate dovrebbero indicare chiaramente i principali parametri dei sistemi di raccomandazione in modo facilmente comprensibile per far sì che i destinatari comprendano la modalità con cui le informazioni loro presentate vengono messe in ordine di priorità. Esse dovrebbero inoltre adoperarsi affinché i destinatari dispongano di opzioni alternative per i principali parametri, comprese opzioni non basate sulla profilazione del destinatario. L'articolo 12, "Condizioni generali", ristabilisce il principio di *trasparenza*. Informazioni sulle politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico, devono essere redatte nelle condizioni generali in un linguaggio chiaro e privo di ambiguità ed essere disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile.

Rispetto ai processi di natura algoritmica, sono dunque individuabili quattro direttrici lungo le quali si articola la regolamentazione: da una parte la trasparenza sia dei meccanismi di *online advertising* rivolto agli utenti sia quella dei sistemi di raccomandazione per l'accesso all'informazione, dall'altra l'audit esterno relativo ai rischi ed alla *accountability* pubblica e la condivisione dei dati con autorità ed esperti. Le operazioni di *audit* e *monitoraggio* sono iscritte in un quadro che impone la trasparenza – anche tramite ispezioni in loco da parte di revisori ed esperti nominati dalla Commissione – dei dati relativi alla precisione, al funzionamento e alle prove dei sistemi algoritmici per la moderazione dei contenuti, dei sistemi di raccomandazione o dei sistemi pubblicitari.

5. Conclusioni

La proposta di regolamento prescrive, almeno sulla carta, nuove modalità di *accountability* delle *Big Tech* e rinnova i parametri di riferimento per la regolamentazione dei servizi digitali, con obblighi commisurati al rilievo e alla grandezza delle piattaforme online. Il DSA da una parte analizza i rischi siste-

mici legati agli algoritmi e definisce modalità di valutazione di tali rischi, dall'altro stabilisce un principio di trasparenza e una cornice di riferimento per le operazioni *ex-post* di audit, monitoraggio, ispezione. Delinea inoltre sistemi di rimozione di contenuti illeciti, che dovrebbero responsabilizzare le piattaforme in caso di inerzia e di segnalazione di contenuti illeciti da parte degli utenti, con il fine di tutelare l'ambiente digitale.

Aspettative positive in merito alle implicazioni della proposta derivano dalla comunicazione trasparente cui le piattaforme sarebbero obbligate in materia sia di blocco degli account e rimozione dei contenuti, contro cui si potrà più facilmente fare ricorso, sia di profilazione e raccomandazione, fino all'importante diritto di *opt-out* da parte degli utenti. Sotto il profilo della diffusione di contenuti fuorvianti, sono state tuttavia evidenziate alcune criticità²²: il DSA infatti non specifica quando le notizie debbano essere rimosse perché cessano di costituire esercizio legittimo del diritto fondamentale di espressione e diventano atto illegale, danneggiando i diritti di altre parti.

Questo vuoto normativo in merito alla diffusione di contenuti fuorvianti apre la strada a codici di autoregolamentazione, che si tradurrebbero nella possibilità per le piattaforme digitali di continuare a definire autonomamente le proprie politiche sui codici di condotta e dunque segnare il confine tra giusto e sbagliato. Continuerebbe ad essere la piattaforma digitale, infatti, unico legislatore e titolare della valutazione dei contenuti per stabilire se siano fuorvianti o meno, con potere di decidere sulla base di norme da essa stessa stabilite.

Rispetto all'obbligo di trasparenza – previsto nei rapporti tra privati e tra parte privata ed autorità pubblica – questo diviene applicabile anche nei confronti delle piattaforme private se formulano analisi predittive, come di solito accade nel mercato *data-driven*. Il DSA evidenzia questo obbligo ponendo grande attenzione proprio alle piattaforme che utilizzano algoritmi, stabilendo che tale dovere sarà esecutivo anche nei confronti del proprietario privato dell'algoritmo.

Più ampiamente, la conoscibilità dell'algoritmo da parte degli utenti, o perlomeno un parziale svelamento di tutti quei processi nascosti che plasmano oggi il nostro ambiente digitale, rappresenta un'importante riappropriazione di coscienza e di modalità con cui controbattere alla predeterminazione dei contenuti e dell'informazione con cui entriamo in contatto. Il regolamento segue l'indirizzo della tutela dei diritti degli utenti, in special modo quello della libertà di espressione, della privacy dei propri dati e della possibilità di "difendersi" dalle tecniche di



profilazione. Se l'iter legislativo, per quanto presumibilmente lungo, confermerà l'entrata in vigore del regolamento senza modifiche sostanziali al testo, sarà interessante immaginare la riconfigurazione dello spazio digitale e dell'ambiente mediale sotto il profilo della *user experience*, dunque la portata del cambiamento in termini di consapevolezza ed esperienza da parte degli utenti.

Potremmo vedere e scoprire contenuti la cui visibilità non dipende solo da punteggi di gradimento e precedenti interazioni ma che ci possono portare oltre il confine delle nostre abitudini²³ e oltre il limite (imposto) della nostra conoscenza. L'idea che si possa scardinare la riduzione di complessità del mondo digitale con un solo regolamento è evidentemente utopica ma un piccolo passo in questa direzione è già quello di mettere in discussione i criteri che sostengono i media algoritmici. Informazione meno massificata, contenuti meno emozionali e più analitici, dibattiti condivisi e non polarizzati, eterogeneità di significati, molteplicità di esperienze: un ritorno al dettaglio e alla raffinatezza contro la dittatura della viralità e dell'appiattimento. Se "dall'alto" i processi istituzionali e l'evoluzione normativa europea sembrano lavorare in tal senso, la domanda che viene da porsi guardando all'ecosistema digitale creato da noi utenti è: saremo pronti?

Note

¹M. DEUZE, *Media Life*, Polity, 2012.

²T. BUCHER, *If... Then. Algorithmic Power and Politics*, Oxford University Press, 2018, p. 1-15.

³Per un'analisi dell'evoluzione del fenomeno dei social media e degli aspetti tecnico-culturali e socio-economici connessi, J. VAN DIJCK, *The culture of connectivity. A critical history of social media*, Oxford University Press, 2013; sul tema delle piattaforme digitali e del loro ruolo nell'organizzazione della società occidentale, J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *The Platform Society. Public values in a connective world*, Oxford University Press, 2018.

⁴Rilevano particolarmente in questo senso i casi di *bias* algoritmico, ossia quelli in cui l'analisi predittiva svolta da componenti algoritmiche pone in essere fenomeni discriminatori sulla base del genere o dell'etnia, o rinforza pregiudizi e comportamenti estremizzanti, cfr. G. GIORGINI PIGNATELLO, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: dall'anarchia giuridica alle Digital Authorities?*, in "Federalismi", 2021, n. 16, pp. 164-185. Sul tema dell'algoritmo come strumento di polizia predittiva che rischia di trasformarsi da mezzo di prevenzione di alcune tipologie di reati, a potenziale strumento di perpetuazione ed esasperazione delle discriminazio-

ni; cfr. M.C. FALCHI, *Intelligenza Artificiale: se l'algoritmo è discriminatorio*, in "Ius in Itinere", ottobre 2020.

⁵T. GILLESPIE, *The Politics of 'Platforms'*, in "New Media & Society", 2010, n. 3.

⁶In particolare sulle funzioni di *gatekeeping* delle piattaforme e dei social network e sul tema della moderazione dei contenuti, T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet. Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, Yale University Press, 2018.

⁷T. BUCHER, *op. cit.*, p. 4.

⁸*Ivi*, p. 6.

⁹S. LEWANDOWSKY, L. SMILLIE et al., *Technology and democracy: understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, Publications Office of the European Union, 2020.

¹⁰*Ibidem*.

¹¹Doc. COM(2020) 790 del 3 dicembre 2020.

¹²*Ivi*, p. 3. Su questo tema sollevato dalla Comunicazione si noti che rispetto agli strumenti di profilazione dell'individuo, secondo la definizione data dal GDPR, essi possono assumere una rilevanza pervasiva nel momento in cui i cosiddetti *algoritmi di profilazione* utilizzano la vasta quantità di informazioni personali prodotte e raccolte nel web anche unitamente a quelle provenienti dal meccanismo dei cookies; cfr. L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in "Federalismi", 2019, n. 7, pp. 2-18.

¹³Doc. COM(2020) 790, cit., p. 24.

¹⁴COMMISSIONE EUROPEA, *Codice di buone pratiche sulla disinformazione, un anno dopo: le piattaforme online presentano le loro relazioni di autovalutazione*, 2019.

¹⁵Doc. COM(2018) 237 del 25 aprile 2018.

¹⁶INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE SET UP BY THE EUROPEAN COMMISSION, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, European Commission, 2019.

¹⁷Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (rifusione).

¹⁸Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013.

¹⁹Doc. COM(2020) 825, del 15 dicembre 2020.

²⁰COMMISSIONE EUROPEA, *Un'Europa pronta per l'era digitale: nuove norme online per gli utenti*.

²¹È in particolare nell'area dei reati contro la persona che si riscontrano i più comuni impieghi dell'Intelligenza Artificiale: i *social bot* possono essere utilizzati come strumenti di molestie, dirette o indirette (come il *retweeting* o il gradimento di tweet negativi allo scopo di creare una falsa impressione di animosità su larga scala nei confronti di una persona), vedi R. BORSARI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in "Media Laws", 2019, n. 3, pp. 262-268.

²²G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in "Media Laws", 2021, n. 1, p. 19 ss.

²³C. BUONCRISTIANI, *Russel Smith e il potere dell'algoritmo*, in "Formiche", 2020.

* * *

The transparency of algorithms: objectives and implications of the European digital space reform

Abstract: The digital transition is one of the main tasks of the European Commission in its current five-year establishment, 2019-2024. With the wider objectives of strengthening the social dimension of Europe

L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo



and shifting to a data-agile economy, several European legislative proposals aimed at regulating the vast digital subject were submitted in the last years by the Union, in the areas of data privacy, cybersecurity, artificial intelligence and digital platforms. The latest attempt in this direction – the European Commission proposal for a reform of the European Digital Space of December 2020, articulated in the Digital Services Act and the Digital Markets Act – provides a set of new rules for all digital services and platforms. Particular attention is paid to the role of algorithms, the implications for the quality of information and countries' democratic stability and the need for greater transparency of those mechanisms of ranking and selection underlying algorithmic performance. This multidisciplinary paper precisely focuses on the understanding of the algorithmic power, its effectiveness and the consequences it brings on our daily lives. It will examine the EU legal framework and guidelines in the digital sector and, through a review of the sociological and media studies' literature, it will draw valuable interpretative and conceptual tools on the theme of the power of the algorithm and its declinations. Through the definition both of the theoretical framework, built with the analysis of media studies' contributions on the theme of algorithm and the European legal framework in the digital field, we will examine the connections between algorithmic power, construction of meaning and disinformation, with the aim of understanding the extent of the change that the transparent algorithm would imply.

Keywords: Digital transition – Algorithmic media – EU law – Digital Platform – Disinformation

La tutela dell'effettività dell'accesso ad Internet e della neutralità della rete

Guido d'Ippolito

L'accesso ad Internet, sebbene non assurga ancora al rango di diritto fondamentale o umano, è nella sostanza percepito come una situazione necessaria, una preconditione all'esercizio di diritti e libertà. Connettersi ad Internet, e farlo a parità di condizioni, è ormai indispensabile per "vivere" anche nella dimensione digitale. Non avere eguale accesso ad Internet vuol dire, infatti, essere tagliati fuori dal mondo. Ciononostante, non basta riconoscere un diritto per garantirne la sua effettività. Servono investimenti infrastrutturali, cognitivi ed educativi ma anche interventi economici al fine di consentire anche alle fasce più deboli di potersi permettere la sottoscrizione dei contratti di accesso ad Internet o l'acquisto di dispositivi e device vari. Sicché, l'articolo esamina il tema del diritto di accesso ad Internet e della neutralità della Rete non tanto dal punto di vista costituzionale o dei diritti fondamentali, quanto con riferimento alle fonti secondarie, al fine di verificare qual è lo stato dell'arte e vagliare le varie strade per garantire non tanto l'astratta possibilità di accedere ad Internet quanto l'effettività di una connessione adeguata alle più recenti esigenze.

Accesso ad Internet – Neutralità della Rete – Servizio universale – Comunicazioni elettroniche

SOMMARIO: 1. *Internet: una risorsa indispensabile per tutti ma compresa da pochi* – 2. *Il rilievo giuridico del diritto di accesso ad Internet* – 3. *La neutralità della Rete come corollario del diritto di accesso ad Internet* – 4. *La garanzia di una connessione effettiva* – 4.1. *La revisione degli obblighi di servizio universale* – 5. *Conclusioni*.

1. Internet: una risorsa indispensabile per tutti ma compresa da pochi

Intorno alle 3 del mattino di lunedì primo febbraio 2021, a poche ore dall'inizio del golpe in Myanmar, sono state registrate delle perturbazioni nelle telecomunicazioni e blocchi della rete Internet, specialmente per le linee mobili¹.

Da quel giorno, la connessione nel Paese ha subito limitazioni e blocchi a singhiozzo, sempre più frequenti, coinvolgendo anche l'accesso alle più comuni piattaforme di social network.

Come rilevato da alcuni osservatori la presa di potere in Myanmar da parte dei militari è stata accompagnata da frequenti interruzioni della rete Internet

presumibilmente per impedire ai manifestanti o ai cittadini di rimanere in contatto tra di loro, organizzarsi e opporsi, così come per impedire al mondo di venire a conoscenza di cosa stesse accadendo in quelle zone. Da quel momento è stato rilevato come la connettività birmana sia drasticamente diminuita².

Questa è solo una delle interruzioni, più o meno frequenti, più o meno estese, che nei vari paesi del mondo avvengono alla rete Internet³ e da tale dato possiamo trarre alcune riflessioni.

La prima, forse ovvia, è che sempre più Internet ha acquisito un ruolo primario nelle nostre vite. È importante rilevare come l'accesso ad Internet, la possibilità di navigare e vivere on line, non è qualcosa di residuale o addirittura di ludico o di scarso

G. d'Ippolito è dottore di ricerca in Diritto dell'economia e dei consumatori presso l'Università degli Studi Roma Tre e funzionario giuridico presso il Garante per la protezione dei dati personali. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci.



rilevo nelle nostre vite quotidiane, ma è qualcosa che attiene in maniera sempre più stretta all'esercizio di diritti e interessi di varia natura. Tra questi diritti e interessi anche l'espressione del proprio pensiero⁴, del dissenso, del diritto alla critica e alla cronaca di fatti rilevanti, come anche il diritto ad associarsi e protestare. Ma anche, il diritto alla comunicazione⁵ e propaganda politica per la quale però, oltre alla possibilità di accesso ad Internet si affianca un'imprescindibile esigenza di uguaglianza e di parità di condizioni⁶. Ancora, l'accesso ad Internet non è strumentale solo all'esercizio della libertà anzidette ma anche all'esercizio di situazioni di rilievo economico come la libertà di impresa o diritti sociali quali l'istruzione, il lavoro e la salute, fino alla possibilità di rendere efficiente la pubblica amministrazione rendendo più semplice anche la possibilità per il cittadino di relazionarsi con questa.

La seconda constatazione è che Internet non è qualcosa di astratto, intangibile o che possiamo dare per scontato. Non è un qualcosa di cui possiamo disporre a nostro piacimento, perché immutabile o insensibile ad attacchi esterni. Al contrario, anche Internet ha una sua fisicità e non è affatto al sicuro da interessi di diversa natura, sia di carattere pubblico che privato e che vanno dalla volontà di un controllo della Rete per finalità commerciali, al desiderio di svolgere sulla stessa un ruolo di egemonia o monopolio, fino alla possibilità di condizionarne, limitarne e bloccarne la fruizione da parte di cittadini o fasce rappresentative di minoranze varie. In alcuni casi, compresi nei paesi occidentali o democratici come il nostro, tali limitazioni sono addirittura inconsapevoli o ingenuamente perpetrate. Basti pensare alla difficoltà che hanno soggetti con disabilità a fruire dei contenuti e servizi pubblici offerti on line quando questi non sono adeguatamente strutturati, accessibili e fruibili⁷.

Se questo è vero, diversamente che in altri paesi in cui l'effettività di una libera ed eguale connessione è minacciata dalla presenza di regimi autoritari, in Italia il rischio riguarda più l'adeguata realizzazione delle infrastrutture (digital divide⁸) su tutto il territorio, la completa digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'investimento in competenze digitali. Sicché il vero rischio risiede nel dare per scontata la connessione che, laddove presente, non viene mantenuta, aggiornata, compresa o valorizzata.

Il rischio connesso all'aver per troppo tempo dato per scontata la connessione si è palesato in tutta la sua evidenza con l'arrivo della pandemia da Covid-19. Sebbene la Rete abbia comunque retto nonostante l'uso intenso⁹ che se ne è fatto nei mesi del "lockdown"¹⁰, solo in quel momento ci si è resi conto

di quanto sia indispensabile l'accesso ad Internet e, ancora oggi, non siano del tutto superati quei ritardi che ci avrebbero consentito di avere una didattica a distanza più agevole e inclusiva o condizioni di lavoro da casa adeguate alle esigenze.

2. Il rilievo giuridico del diritto di accesso ad Internet

All'esito di un dibattito, anche giuridico, animatosi per lo più negli scorsi decenni, il ruolo dell'accesso ad Internet¹¹ quale preconditione per l'esercizio di tutti i diritti è tendenzialmente oggi pacifico¹². Quanto meno, nell'ormai anche qui corposa letteratura giuridica, è condivisa l'idea che l'impossibilità (totale o parziale, infrastrutturale o cognitiva e sociale) di accedere alla rete Internet, di connettersi ad essa, integri una nuova forma di discriminazione sociale¹³ che, in base al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma Cost., la Repubblica dovrebbe impegnarsi a rimuovere. Non disporre di un'adeguata connessione ad Internet vuol dire infatti essere tagliati fuori dal mondo¹⁴ fino a ritenere configurabile anche un danno alla persona rappresentato in termini di perdita di *chances* di inclusione¹⁵. Ciò nella misura in cui per essere cittadini e godere di diritti come poter relazionarsi con gli altri consociati e lo Stato, bisognerà necessariamente "vivere" (un tempo si diceva semplicemente "navigare", quasi a limitare l'utilizzo della Rete ad una specifica attività, ludica ma anche professionale a seconda dei casi), anche su Internet.

Internet è sempre più sinonimo di esercizio di diritti, estrinsecazione della propria personalità a tutto tondo. Investire in infrastrutture di connessione alla Rete e, necessariamente, anche in competenze digitali vuol dire far progredire sia il singolo che la comunità.

Allo stesso tempo però, accedere *sic et simpliciter* ad Internet non basta se non si gode delle stesse condizioni e possibilità. Da qui la necessità di un'eguaglianza di condizioni anche on line. Situazione che, nel contesto digitale, può essere ricompresa nel principio di neutralità della rete.

Che l'accesso ad Internet sia da alcuni considerato un nuovo diritto, un diritto fondamentale o umano¹⁶, e che lo stesso abbia acquisito il "tono" costituzionale¹⁷ di una situazione giuridica preposta ad interessi tanto importanti¹⁸ non è più vista come un'esigenza lontana nel tempo ma eccessiva nei costi presenti.

L'idea che l'accesso ad Internet possa essere qualificato ed esplicitamente riconosciuto come diritto, sebbene non da tutti condivisa¹⁹, è oggi oggetto di



maggior attenzione²⁰. A parere del sottoscritto, inoltre, tale situazione dovrebbe essere riconosciuta e qualificata come nuovo diritto sociale²¹.

In tal senso, negli ultimi decenni sono state tante, anche in Italia, le proposte di riconoscimento del diritto di accesso ad Internet a diverso livello e in più forme. Dalla nota proposta di Stefano Rodotà di riconoscere l'accesso ad Internet in un art. 21-*bis*²² fino alla più recente proposta di art. 34-*bis* che prevede il riconoscimento di tale situazione quale "diritto sociale"²³, passando per la "Dichiarazione dei diritti in Internet"²⁴ e il Regolamento UE 2015/2120. In particolare, proprio quest'ultimo Regolamento può essere inteso come il riconoscimento giuridico di livello più alto del diritto di accesso ad Internet all'interno dell'ordinamento europeo. In tale fonte, tanto il diritto di accesso ad "un'Internet aperta" quando la *net neutrality* si rinvengono: nel diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli; nel diritto di utilizzare e fornire applicazioni e servizi e di utilizzare apparecchiature terminali a scelta degli utenti finali; nel diritto degli utenti finali di non essere soggetti a pratiche commerciali che limitino l'esercizio di tali diritti; e nell'obbligo degli operatori che offrono servizi di accesso ad Internet di trattare tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze²⁵.

Non è però questa la sede, né vi è qui l'intenzione, di ripercorrere il dibattito in tema di riconoscimento del diritto di accesso ad Internet quale diritto fondamentale o costituzionale²⁶. Quel che si cercherà di fare è "scendere di livello", facendo qualche passo in più verso i gradi sub-costituzionali delle fonti del diritto, per indagare se tali valori siano tutelati dall'ordinamento. Passando dal generale, dal mondo dei principi e dei valori costituzionali, si cercherà sinteticamente di arrivare al particolare e al concreto, passando progressivamente dai "corollari" dell'accesso ad Internet fino a ipotesi di sua attuazione tramite fonti primarie e secondarie.

3. La neutralità della Rete come corollario del diritto di accesso ad Internet

Al riconoscimento dell'accesso ad Internet quale nuovo diritto non si può non affiancare il riconoscimento e la tutela di un suo corollario: la neutralità della Rete²⁷. Si tratta del principio per il quale il traffico dati on line non può essere discriminato²⁸ e, in particolare, non sono ammesse politiche di gestione, rallentamento, restrizione o blocco del traffico dati per motivi commerciali.

Senza questo riconoscimento, sia l'effettività del diritto sia l'esigenza di uguaglianza on line sarebbero irrimediabilmente compromesse. Parafrasando Rodotà, senza il riconoscimento della neutralità della rete la connessione rischia di essere una «chiave che apre una stanza vuota»²⁹.

Ecco quindi che, se il diritto di accesso ad Internet si pone come diritto servente all'esercizio di altri interessi, la neutralità della rete è tra gli elementi che ne garantiscono l'effettività. Non certo l'unico, perché altro requisito per l'effettività del diritto stesso è investire in competenze, conoscenze e consapevolezza del digitale, dei suoi benefici e opportunità come anche dei rischi e pericoli.

In tal senso, anche la neutralità della rete è un principio a tutela degli utenti con importanti riflessi dal punto di vista della concorrenza nei mercati digitali e con riferimento alla circolazione dei contenuti.

A livello europeo entrambi questi valori trovano fondamento nel Regolamento UE 2015/2120. Se l'accesso ad Internet trova solo implicito riconoscimento nell'art. 3, par. 1, di tale Regolamento, la neutralità della Rete è invece esplicitamente disciplinata al paragrafo 3 dello stesso articolo³⁰.

Il paragrafo 1 sancisce il diritto degli utenti di «accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, e utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta [...] tramite il servizio di accesso a Internet». Situazione che corrisponde al diritto di accedere ai contenuti e servizi disponibili on line³¹.

Il paragrafo 2 stabilisce che né gli accordi tra i fornitori di servizi di accesso a Internet e gli utenti né le pratiche commerciali adottate dai fornitori di servizi possono limitare il diritto di cui al paragrafo 1, ossia la fruizione di Internet.

Il paragrafo 3 stabilisce infine che tutto il traffico dati deve essere trattato allo stesso modo. In particolare, sono vietate discriminazioni, restrizioni o interferenze del traffico motivate da ragioni economiche e commerciali, ossia non tecniche.

Tale articolo è stato interpretato dalla Corte di Giustizia dell'UE³² che, nel valutare le pratiche di c.d. *zero rating*³³ come possibili violazioni alla neutralità della Rete, ha parlato di quest'ultimo principio come una misura a tutela dei diritti degli utenti on line.

Nello specifico, la Corte ha interpretato la norma nel senso che pacchetti attuati da un fornitore di servizi di accesso a Internet mediante accordi conclusi con utenti finali, ai sensi dei quali questi ultimi possono acquistare un piano tariffario che conferisce loro il diritto di utilizzare senza restrizioni un determinato volume di dati senza che da tale volume sia



detratto l'utilizzo di talune applicazioni e di taluni servizi specifici soggetti a "tariffa zero", e, una volta esaurito tale volume di dati, possono continuare a utilizzare senza restrizioni tali applicazioni e tali servizi specifici mentre alle altre applicazioni e agli altri servizi disponibili sono applicate misure di blocco o di rallentamento del traffico, sono incompatibili con il paragrafo 2 dell'art. 3 del Regolamento 2120, in combinato disposto con il paragrafo 1 dello stesso articolo, in quanto detti pacchetti, detti accordi e dette misure di blocco o di rallentamento limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali. Inoltre, sono altresì incompatibili con il paragrafo 3 del predetto articolo in quanto le suddette misure di blocco o di rallentamento sono basate su considerazioni di ordine prettamente commerciale e non su requisiti di qualità tecnica del servizio³⁴.

In tal senso, la neutralità della Rete è anch'essa una situazione giuridica a tutela degli utenti finali, come rilevato dalla Corte che, allo stesso tempo, si pone anche come tutela della libertà e concorrenzialità dei mercati digitali³⁵.

Sicché la neutralità della Rete, quale declinazione del principio di uguaglianza nel contesto digitale, si pone a presidio di una connessione aperta, effettiva, eguale e neutrale, e contribuisce al rilievo dell'accesso ad Internet quale diritto degli utenti finali. In tal senso, come evincibile dal Considerando 1 del Regolamento 2120, la neutralità della rete garantisce «un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso a Internet e tutela[re] i relativi diritti degli utenti finali. Esso mira a tutelare gli utenti finali e a garantire al contempo il funzionamento ininterrotto dell'ecosistema di Internet quale volano per l'innovazione».

4. La garanzia di una connessione effettiva

Punto di partenza per verificare lo stato in cui si trova l'Italia con riferimento al digitale non possono che essere i risultati dall'ultimo indice Desi disponibile (2020). Tale rapporto restituisce l'immagine di un'Italia che avanza con riferimento alla connettività e diffusione della banda larga ma rimane spaventosamente indietro con riferimento al capitale umano, ossia le abilità e competenze digitali dei cittadini, nonché con riferimento ai servizi digitali offerti dalla pubblica amministrazione.

Complessivamente, il nostro Paese si posiziona al 25esimo posto in Europa come livello di digitalizzazione. Ciò è conseguenza di diversi fattori. Tra questi, sicuramente la limitata diffusione di competenze digitali, comprese quelle "di base", ma anche la ridotta

adozione e la scarsa capacità di concepire e gestire le tecnologie: dal cloud a sistemi di trattamento ed elaborazione dei dati, oltre a una ridotta sicurezza dei sistemi informatici.

Sono questi gli aspetti sui quali l'Italia deve recuperare terreno: da un lato gli investimenti in banda ultra-larga e infrastrutture di connessione alla Rete in generale, la costituzione e messa in sicurezza di sistemi, data base e servizi cloud³⁶, dall'altro creare le condizioni giuridiche ed economiche affinché, una volta diffusa la banda larga, il cittadino possa "permetterselo" e sia in grado di utilizzarla; tra queste, un'attenzione particolare merita l'istruzione e le competenze digitali, come anche la digitalizzazione della PA.

Con riferimento alla garanzia dell'effettività dell'eguale accesso ad Internet, mentre il rispetto del principio di neutralità della Rete è demandato alla vigilanza delle autorità nazionali di regolazione *ex art. 5, par. 1, Regolamento 2120* (in Italia l'Ag-Com³⁷), le strade per garantire la connessione ai cittadini sono diverse.

A livello primario non sono mancate norme, come la legge 9 gennaio 2004, n. 4, c.d. "Stanca" e il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, il "CAD", dedicate al tema dell'accessibilità. In particolare, l'art. 8 del CAD onera lo Stato di favorire l'alfabetizzazione informatica dei cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione. Mentre il seguente art. 8-*bis* impone alle pubbliche amministrazioni di garantire 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.

Si tratta tuttavia di norme dirette a consentire una libertà del cittadino³⁸ e che, con riguardo alla possibilità di accedere ad Internet, prevedono degli obblighi specifici riguardanti casi particolari³⁹.

Dunque, in tale contesto e in assenza di una norma costituzionale che tracci i principi guida e ordini gli interventi e le fonti del diritto, il soggetto che prevalentemente si è attivato a tal fine, soprattutto in tempi recenti, è il governo.

Negli ultimi anni questo si è attivato per stendere la banda larga e ultra-larga sul territorio nazionale tramite appositi piani e la costituzione di società per garantire concorrenzialità nel mercato delle infrastrutture di rete.

Da ultimo, il duplice obiettivo di rafforzare le infrastrutture di connessione alla rete insieme ad interventi di supporto per l'acquisizione e l'arricchimento delle competenze digitali (in particolare quelle di base), sembrerebbe essere recepito all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ("PNRR"),



approvato il 22 giugno 2021 dalla Commissione europea⁴⁰ che, per tali obiettivi, stanziava la cifra di 9,75 miliardi di euro.

All'interno di tale documento, infatti, l'attenzione al digitale risulta centrale nella misura in cui è ben evidenziata non solo l'importanza della "connettività" ma anche le possibilità che derivano dalla sua applicazione trasversale e dal fattore abilitante e di crescita tanto per il singolo quanto per la comunità tipico del diritto di accesso ad Internet.

Si legge, infatti, nelle pagine del PNRR, che l'investimento in digitalizzazione e innovazione è necessario per "svecchiare" e "sburocratizzare" la pubblica amministrazione, anche tramite l'utilizzo di sistemi di cloud e l'interoperabilità dei dati delle amministrazioni⁴¹, semplificare la vita dei cittadini e rendere più efficiente il sistema paese⁴². A ciò si aggiunge, da un lato la necessità di investire in "interventi di supporto" per l'arricchimento delle competenze digitali dei cittadini, dall'altro il rafforzamento delle tutele di cybersecurity.

Tutto ciò non può che basarsi sulla realizzazione di infrastrutture di comunicazione adeguate. Ecco perché il PNRR annuncia «importanti investimenti per garantire la copertura di tutto il territorio con reti a banda ultra-larga (fibra FTTH, FWA e 5G), condizione necessaria per consentire alle imprese di catturare i benefici della digitalizzazione e più in generale per realizzare pienamente l'obiettivo di *gigabit society*»⁴³.

Particolare attenzione, con riferimento alle infrastrutture digitali, viene data ai sistemi di cloud. L'approccio a cui si ispira il PNRR è infatti quello del *cloud first*⁴⁴ diretto a sollecitare la pubblica amministrazione a preferire, prima di qualsiasi altra opzione tecnologica, il paradigma cloud.

La possibilità di accedere ad Internet non dipende però solo dalla disponibilità tecnica delle infrastrutture di connessione e dalle capacità cognitive e informatiche apprese ma anche da un terzo fattore, ossia la disponibilità economica⁴⁵. In altre parole, i cittadini e le famiglie, oltre che essere raggiunti dalla banda ultra-larga ed essere in possesso delle conoscenze e abilità necessarie per sfruttare adeguatamente la tecnologia, devono materialmente avere le risorse economiche per potersi permettere un abbonamento Internet. Tale analisi economica, diretta a verificare se e a che condizioni i cittadini possono godere di un abbonamento di accesso ad Internet, deve necessariamente essere affiancata all'analisi giuridica, infrastrutturale e sociale. Tutti questi "step" e diverse tipologie di analisi devono essere tenute presenti congiuntamente per evitare il rischio che: il cittadino non sia raggiunto da adeguate infrastrutture

di connessione alla Rete (digital divide infrastrutturale); laddove raggiunto non abbia la competenze o non colga i vantaggi del digitale sull'analogico (digital divide culturale o cognitivo)⁴⁶; laddove sia adeguatamente istruito e abbia quanto meno le competenze di base, non disponga delle risorse economiche per sottoscrivere abbonamenti di connessione o per acquistare computer o altri device.

Se le prime due forme di discriminazioni sono quelle fino ad oggi più intensamente esaminate e affrontate, da ultimo nel PNRR, l'analisi delle condizioni economiche dei cittadini si è timidamente diffusa solo in tempi recenti.

Può essere ascritta a tale ultima categoria il "Piano voucher per la connettività in banda ultra larga"⁴⁷, approvato nel maggio 2020 dal Comitato per la Banda Ultralarga (COBUL). Si tratta di una misura diretta a incentivare e sostenere l'acquisto di servizi di connettività a banda ultra-larga e un tablet o pc, tramite voucher fino a 500 euro ai cittadini con ISEE inferiore a una certa cifra⁴⁸.

Si tratta certamente di un passo in avanti significativo per ridurre il divario tra offerta e domanda di connessioni Internet a banda larga e ultra-larga, che però rischia di produrre effetti limitati se concepito come misura *una tantum*. Affinché questa diventi un efficace strumento di contrasto alla povertà digitale è infatti necessario che tali misure siano continue nel tempo⁴⁹.

4.1. La revisione degli obblighi di servizio universale

Se, quindi, il PNRR può essere considerata la politica pubblica più recente con riferimento allo sviluppo delle infrastrutture e diffusione delle conoscenze digitali, nell'attesa che questa dia i suoi frutti e mentre strumenti di incentivo alla domanda di connessione risultano ancora in una prima fase, non resta che interrogarsi su come portare a sistema tutto questo. Detto altrimenti, come passare da un'ottica emergenziale e di investimento straordinario *una tantum* ad un sistema di fisiologica manutenzione, aggiornamento e rafforzamento dei tre fattori di incentivo al digitale (infrastrutture di connessione, competenze digitali, incentivo alla domanda di connessione)?

È noto a tutti, infatti, che tanto le tecnologie quanto le relative conoscenze si evolvono e cambiano molto repentinamente, sicuramente più velocemente delle normative che fissano obiettivi precisi in termini di quantità e tempo per raggiungerli. La sfida diventa così creare un quadro normativo che consenta una fisiologica manutenzione nonché graduale aggiornamento di infrastrutture e conoscenze.



Un punto di partenza utile potrebbe essere l'aggiornamento degli obblighi di servizio universale⁵⁰, disciplinato in Italia dal d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 ("Codice delle comunicazioni elettroniche" o "CCE") in modo da ricomprendere anche la connessione a banda ultra-larga⁵¹. Storicamente, infatti, il servizio universale è lo strumento giuridico usato nell'ambito delle telecomunicazioni per garantire a tutti, soprattutto agli utenti più svantaggiati per condizioni geografiche o sociali, servizi considerati indispensabili a prezzi accessibili⁵².

Ad oggi, tra gli obblighi di servizio universale rientrano servizi come: la fornitura di un accesso alla rete di comunicazione pubblica da postazione fissa (art. 54 CCE), per voce, fax e dati (ad una velocità pari a 56 kbps); telefonia pubblica (art. 56 CCE) che permetta anche chiamate gratuite d'emergenza; i servizi per i quali siano previste agevolazioni economiche riservate a categorie disagiate, quali famiglie a basso reddito (sconto 50% canone voce) e persone sorde (esenzione totale canone voce)⁵³.

Risulta evidente come le prescrizioni del servizio universale si riferiscano principalmente alla possibilità degli utenti finali di comunicare tramite strumenti di telefonia⁵⁴ e che non siano, quindi, allineati con lo sviluppo tecnologico e con le mutate esigenze di cittadini e imprese. Sicché, da un lato si fa riferimento a tecnologie e servizi ormai obsoleti, dall'altro Internet viene menzionato per tipologie di connessione desuete e senza la previsione di benefici economici definiti (come nel caso invece del canone voce)⁵⁵. Allo stato, quindi, non resta che concludere per l'inesistenza di un obbligo giuridico in capo agli operatori di telecomunicazioni di assicurare standard minimi di connessione adeguati alle moderne esigenze.

Opportuno sarebbe quindi, non solo rivedere il contenuto del servizio universale al fine di innalzare la velocità minima di connessione garantita e, se del caso, calibrarla diversamente a seconda delle zone d'Italia pur nel rispetto di un minimo al di sotto del quale non è possibile andare senza svilire la *ratio* del diritto di accesso ad Internet, ma rispettare anche le disposizioni che prescrivono una revisione periodica di tali condizioni (art. 65 del CCE).

Che questa sia la direzione da intraprendere è confermato dal "Codice europeo delle Comunicazioni elettroniche", la Direttiva (UE) 2018/1972 dell'11 dicembre 2018, che l'Italia avrebbe dovuto recepire entro il 21 dicembre 2020⁵⁶, la quale va proprio nella direzione di un aggiornamento del codice "al fine di rispecchiare il progresso tecnologico, l'evoluzione del mercato e delle domanda degli utenti".

L'art. 84 di tale Codice stabilisce che «Gli Stati membri provvedono affinché tutti i consumatori nei

loro territori abbiano accesso a un prezzo abbordabile, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, a un adeguato servizio di accesso a internet a banda larga e a servizi di comunicazione vocale, che siano disponibili, al livello qualitativo specificato nei loro territori, ivi inclusa la connessione sottostante, in postazione fissa».

A tal fine, il paragrafo 3 dello stesso articolo chiarisce che, alla luce delle circostanze nazionali e della larghezza minima di banda di cui dispone la maggioranza dei consumatori nel territorio dello Stato, deve essere garantita «la larghezza di banda necessaria per la partecipazione sociale ed economica alla società». Ciò vuol dire, in base all'Allegato V del Codice, garantire almeno l'accesso ai servizi di: e-mail; motori di ricerca che consentano la ricerca e il reperimento di ogni tipo di informazioni; strumenti basilari online di istruzione e formazione; stampa o notizie online; ordini o acquisti online di beni o servizi; ricerca di lavoro e strumenti per la ricerca di lavoro; reti professionali; servizi bancari online; utilizzo dei servizi dell'amministrazione digitale; media sociali e messaggia istantanea; chiamate e videochiamate in qualità "standard".

È importante sottolineare come le norme citate prevedono anche l'attivarsi dello Stato per consentire l'accesso ad Internet, tramite misure appropriate, anche ai "consumatori a basso reddito".

Il recepimento di tale direttiva, e la conseguente modifica dell'attuale codice delle comunicazioni elettroniche, comporterà l'onere delle istituzioni pubbliche di garantire l'accesso ad Internet, con tariffe e velocità adeguate, quale servizio universale. Ciò consente di concludere sul punto, con le parole di Allegri, che: «anche indipendentemente dalle proposte di revisione costituzionale fin qui esaminate, per adempiere a quanto previsto dalla normativa europea l'ordinamento giuridico nazionale dovrà comunque espressamente prevedere il diritto di accedere ad Internet a banda larga, in quanto compreso nella nozione di servizio universale, nonché quello di usufruire, liberamente e senza discriminazioni, di tutti i servizi disponibili online mediante apparecchiature e applicativi di propria scelta. Il servizio universale – cioè quell'insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a un prezzo ragionevole a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica – implica l'obbligo per le istituzioni pubbliche di garantire a tutti, a un prezzo abbordabile, un nucleo ristretto di prestazioni ritenute essenziali per la collettività, indipendentemente da ogni valutazione di convenienza economica. Ciò sottrarrebbe il diritto di accesso a Internet a banda larga dalla sfera dei diritti sociali "finanziariamente condiziona-



ti”, la cui garanzia richiede di essere bilanciata con le esigenze di equilibrio del bilancio pubblico»⁵⁷.

Nell’attesa di un simile intervento, si registra con favore l’attenzione che l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sta dedicando al tema della trasparenza e della corretta informazione all’interno dei contratti di accesso ad Internet proposti dai vari operatori. In presenza di una normativa non ancora così tutelante nei confronti degli utenti, sono propri tali contratti a disciplinare, con “forza di legge tra le parti” come afferma l’art. 1372 c.c., la portata, le modalità e quindi l’effettività dell’accesso ad Internet degli utenti⁵⁸. In tale ambito, la predetta autorità, con delibera n. 244/08/CSP e successive modifiche, ha introdotto nella regolamentazione italiana le definizioni di “velocità minima” e “velocità massima”. Ciò al fine di aumentare la trasparenza nei confronti degli utenti e migliorare il controllo sulla qualità dei servizi di connessione ad Internet. Infatti, la “velocità minima concordata contrattualmente” è vincolante per gli operatori che devono così specificare nei loro contratti le velocità minime garantite⁵⁹.

Dal punto di vista economico, come anche rilevato⁶⁰, si potrebbe invece proseguire sulla strada degli incentivi e altre forme di agevolazioni (come sgravi, sussidi diretti, “kit di digitalizzazione”⁶¹ bonus e voucher per l’acquisto di strumenti digitali) che mettano i cittadini nelle condizioni di usufruire dei servizi digitali.

Solo così, tramite un approccio convergente tra investimenti infrastrutturali, interventi giuridici ed economici e tramite l’intervento parallelo in più settori, sarà possibile garantire l’effettività al diritto di accedere ad Internet e di usufruire in modo eguale e senza discriminazioni dei suoi servizi.

5. Conclusioni

Assicurare l’effettività di un diritto tanto declamato ma, purtroppo, ancora poco garantito, si è dimostrato nella pratica non semplice.

Se a livello sociale Internet è stato ed è sicuramente un fattore rivoluzionario della nostra epoca, la possibilità di usufruirne liberamente e adeguatamente è minacciato o compromesso in alcune zone del mondo e, nelle altre, oggetto di grandi attenzioni economiche ma di scarsa consapevolezza e valorizzazione politica e civica, in cui, come visto, è quasi dato per scontato.

Sul piano giuridico, nonostante non si sia mai del tutto sopito l’attività di attivisti, organizzazioni o studiosi che chiedono un riconoscimento del fondamentale ruolo dell’accesso ad Internet⁶², dall’altro l’attenzione politica, mediatica e della collettività in

senso lato risulta ancora debole sul tema. Non si è così giunti a una posizione di “politica del diritto” comune, esplicita, forte. Basti pensare, a tal fine, che sebbene quasi ininterrottamente dal 2010 ad ogni in ogni legislatura siano state presentate una o anche più proposte di riconoscimento, in forma varia, del diritto di accesso ad Internet, al di fuori di pochissime eccezioni il Parlamento italiano⁶³ non si è mai espresso ufficialmente.

Sorte più favorevole ha avuto invece il principio di neutralità della rete che, sebbene sia una conseguenza più che un presupposto dell’accesso ad Internet, ha invece trovato effettivo riconoscimento in un regolamento europeo. Come anche evincibile dalle parole della Corte di giustizia⁶⁴, è probabile che la chiave per il riconoscimento di tali situazioni giuridiche passi dalla tutela del mercato, della concorrenza tra imprese e dei diritti dei consumatori. Forte è qui il legame tra la tutela del mercato e la tutela dei diritti dei cittadini e utenti.

Questa vicenda ci permette di guardare con più speranza ad altre forme di riconoscimento dell’effettività della connessione ad Internet: a fonti sub-costituzionali del diritto e ad interventi economici di incentivo e supporto al digitale.

In ultima analisi, il bene giuridico tutelato dal diritto di accesso ad Internet è l’inclusione della persona nel contesto sociale, economico e politico che sempre più si esplica nella dimensione digitale⁶⁵. Difficile dire se tale situazione verrà esplicitamente riconosciuto come diritto fondamentale, quanto meno nel breve periodo. Più probabile è però che il tema sia regolato a partire dai bisogni concreti.

Sicché l’ordinamento sembrerebbe oggi muoversi più per tutelare situazioni acquisite che per individuare il diritto astratto a cui poi segue la normazione secondaria. Con riferimento al digitale, questa è stata forse la lezione più importante che abbiamo imparato dalla pandemia da Covid-19. Il sistema infrastrutturale di connessione alla Rete, così vitale per continuare a condurre un’esistenza dignitosa anche in presenza di forme più o meno stringenti di *lock-down* e “distanziamento sociale”, non è all’altezza delle sfide che il tempo gli pone. Ma ora che è evidente quali sono le necessità concrete da tutelare, vi è la speranza che si parta da quelle.

Dinanzi alla consapevolezza di tale obsolescenza sia tecnica che culturale, ben vengano interventi forti e vigorosi da parte della politica. Ciò che è importante però è uscire dall’ottica dell’emergenza e dell’intervento *una tantum* quando la situazione è ormai critica. Senza un quadro normativo ed economico che porti a sistema questi sforzi non vi sarà quel tanto invocato progresso sociale e quella diffusa dimesti-



chezza tanto dai benefici quanto dei rischi del vivere anche online.

Senza un quadro normativo chiaro, nonché senza un sistema di *enforcement* che renda effettivo e vigili sulla corretta applicazione di quanto scritto nelle norme non si avrà vera innovazione.

La pandemia da Covid-19 finirà, prima o poi, ma se non si crea un sistema fisiologico di manutenzione, aggiornamento, sviluppo, comprensione, accessibilità e messa in sicurezza delle infrastrutture di connessione alla Rete, come di tutte le altre infrastrutture (dai trasporti, all'istruzione, alla sanità, fino a processi produttivi non inquinanti), il rischio che si corre è che, finito il Covid, la società sarà ancora ferma ai problemi che c'erano prima.

Note

¹Rai News 24, *Interrotto l'accesso a internet, imposta legge marziale: l'ascesa brutale dei golpisti del Myanmar*, 15 marzo 2021.

²G. PORRO, *L'esercito del Myanmar ha bloccato internet a tempo indeterminato*, in "Wired", 2 aprile 2021.

³R. MIRANDA, *Non solo Myanmar. Tutti i blackout della rete che servono ai regimi*, in "Formiche", 2 febbraio 2021.

⁴M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, 2019.

⁵M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, FrancoAngeli, 2020.

⁶Ciò è testimoniato dalla recente proposta europea sul c.d. "Digital service act"; cfr. EUROPEAN COMMISSION, *The Digital Services Act package*.

⁷R. SCANO, *Accessibilità senza pensare all'accessibilità: i problemi generati dall'Intelligenza Artificiale*, in "Tech Economy 2030", 9 aprile 2021.

⁸L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso a Internet*, in "Rivista del Gruppo di Pisa", 2013, n. 3. Si vedano anche C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e digital divide*, in "Rivista del Gruppo di Pisa", 2020, n. 2, p. 61 ss.; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in "Osservatorio AIC", 2020, n. 3, p. 285 ss.

⁹Con riferimento al monitoraggio stato della Rete nello scenario di emergenza Covid-19 si veda: AGCOM, *Relazione annuale sulle attività svolte dall'Autorità in materia di Open Internet. Implementazione del Regolamento (UE) 2015/2120*, 30 giugno 2021, p. 20 ss. L'Autorità ha rilevato «un significativo incremento del traffico dati e voce, sia per rete fissa sia per rete mobile, rispetto al periodo antecedente all'avvio della crisi epidemica e ai primi provvedimenti di *lockdown* in alcune aree territoriali, generalmente individuato alla settimana 7 (10-16 febbraio 2020). Un primo decremento del traffico è invece riscontrabile alla settimana 21 (18-25 maggio 2020) coincidente con l'avvio della Fase 2 e la fine del *lockdown*».

¹⁰L'art. 82 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto Cura Italia), per far fronte alla crescita dei consumi dei servizi e del traffico sulle reti di comunicazione elettronica prodottasi nei mesi del primo *lockdown* del 2020, ha previsto che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica fossero tenuti ad intraprendere ogni utile iniziativa atta a potenziare le infrastrutture e a garantire il funzionamento delle reti e l'operati-

vità e continuità dei servizi. A ciò ha fatto seguito l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni che, con Comunicazione del 20 marzo 2020 recante "Attuazione dell'art. 82 del decreto Cura Italia e prime misure urgenti sui servizi a banda larga e ultralarga per facilitare e abilitare il lavoro agile", ha adottato le prime misure e iniziative per il mercato volte a scongiurare situazioni di congestione, saturazione della banda, nonché ogni esclusione sociale degli utenti attualmente non connessi alla rete a banda ultra-larga, oltre ad una garanzia di una maggiore qualità dei servizi offerti ai consumatori finali. Tra queste ha disposto che tutti gli operatori autorizzati alla fornitura di reti e servizi di comunicazioni elettroniche si adoperassero per individuare soluzioni tecniche per un immediato aumento della banda media per cliente, su rete fissa, di almeno il 30%.

¹¹In generale, sul tema del diritto di accesso ad Internet si rinvia a M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, ESI, 2010, p. 11 ss; M.R. ALLEGRI, G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Aracne, 2017; O. POLLICINO, *The Right to Internet Access*, in A. von Arnould, K. von der Decken, M. Susi (eds.), "The Cambridge Handbook of New Human Rights", Cambridge University Press, 2020, p. 263 ss. Sia consentito rinviare, infine, alla sezione monografia, a cura del sottoscritto, sul *Diritto di accesso ad Internet*, in "MediaLaws", 2021, n. 1.

¹²Possiamo definire l'accesso ad Internet come una nuova situazione giuridica abilitatrice di ulteriori condizioni di vita tramite l'accesso a un nuovo luogo, una nuova dimensione dell'agire umano, il cyberspazio. Un diritto servente l'esercizio di altri, che sfrutta le caratteristiche proprie della rete Internet per ampliare l'esercizio tradizionale di attività, facoltà, diritti, obblighi e relazioni. Sia consentito rinviare a G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, in "MediaLaws", 2021, n. 1, p. 84 ss.

¹³Discriminazione, anche di tipo economico, che rischia solo di peggiorare se non si riuscirà a fare in modo che tutti i cittadini abbiano la possibilità di accedere ad Internet. Sul tema si veda S. DA EMPOLI, *Un approccio economico al diritto di accesso a Internet: verso una revisione del servizio universale*, in "MediaLaws", 2021, n. 1, p. 160: «il divario sociale rischia di aumentare se al contempo gli strumenti digitali incrementano la produttività e il benessere di chi è in grado di usarli».

¹⁴A. MASERA, G. SCORZA, *Internet, i nostri diritti*, Laterza, 2016, p. 12: «non disporre effettivamente del diritto di accedere a Internet, nell'era dell'accesso, significa essere [...] eremiti analogici in un mondo digitale».

¹⁵M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in "MediaLaws", 2021, n. 1, p. 59 ss.

¹⁶R. PISA, *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, in "treccani.it", 7 gennaio 2010; F. MARCELLI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale? Tendenze del diritto internazionale e realtà dei fatti*, in M. Pietrangelo (a cura di), "Il diritto di accesso ad Internet", cit., p. 99 ss.; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso a Internet come diritto umano*, in "La Comunità internazionale", 2010, n. 3, p. 395 ss.

¹⁷T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", tomo I – Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale, Collana di studi di Consulta online, 2020.

¹⁸Per una ricostruzione costituzionale, anche a livello internazionale, del diritto di accesso ad Internet si rinvia a M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, cit.

¹⁹V.G. CERF, *Internet Access Is Not a Human Right*, in "The New York Times", Jan. 4, 2012; L. NANNIPIERI, *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 sul diritto di accesso ad Internet*, in "federalismi.it – Focus TMT", 2015, n. 1, p. 10;



M. BASSINI, *Le tecnologie avanzano, le norme passano ma le costituzioni rimangono*, p. 24 ss. e L. NANNIPIERI, *Sulla bozza della Dichiarazione dei diritti in Internet*, p. 60 ss., entrambi in M. Bassini, O. Pollicino (a cura di), *“Verso un Internet Bill of Rights”*, Aracne, 2015.

²⁰M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet (o al cberspazio?)*, in *“Rivista AIC”*, 2016, n. 1, p. 1 ss.; A. BUSACCA, *Il “diritto di accesso” alla rete Internet*, in *“Ordine internazionale e diritti umani”*, 2017, n. 3, p. 345 ss.; M.R. ALLEGRI, G. D’IPPOLITO (a cura di), *op. cit.*; O. POLLICINO, *The Right To Internet Access*, cit.

²¹G. D’IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, cit., pp. 81-102. Sulla qualificazione dell’accesso ad Internet come diritto sociale si vedano: L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell’accesso a Internet tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *“Politica del diritto”*, 2013, n. 2-3, pp. 284-286; G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, in *“Costituzionalismo.it”*, 2011, n. 2; Id., *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *“Forum di Quaderni costituzionali”*, 2013, n. 3; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *“Il diritto di accesso a Internet”*, cit., p. 32; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *“Costituzionalismo.it”*, 2011, n. 2, p. 15; L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell’accesso a Internet*, cit., p. 21; M. PIETRANGELO, *Oltre l’accesso a internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito del diritto di accesso ad Internet*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *“Internet e Costituzione”*, Giappichelli, 2014, p. 174; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *“Rivista del Gruppo di Pisa”*, 2012, n. 3, pp. 7, 23-26; A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso a Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. Pietrangelo (a cura di), *“Il diritto di accesso a Internet”*, cit., p. 48.

²²Disegno di legge costituzionale S. 2485, Introduzione dell’articolo 21-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet, presentato al Senato il 6 dicembre 2010. Sul tema: S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *“Politica del diritto”*, 2010, n. 3, p. 337 ss., Id., *Perché Internet in Costituzione è fondamentale*, in *“Wired.it”*, 29 dicembre 2010; nonché Id., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 386 e Id., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, 2014. Si veda anche G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *“Politica del diritto”*, 2011, n. 3, p. 367 ss.

²³Disegni di legge costituzionale S. 1561, Introduzione dell’articolo 34-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet, presentato al Senato il 10 luglio 2014 e C. 2816, Introduzione dell’articolo 34-bis della Costituzione, in materia di riconoscimento del diritto universale di accesso alla rete Internet, presentata alla Camera il 14 gennaio 2015. Successivamente, nella XVIII legislatura: disegno di legge costituzionale C. 1136, Introduzione dell’articolo 34-bis della Costituzione, in materia di riconoscimento del diritto sociale di accesso alla rete internet, Presentato alla Camera il 4 settembre 2018. Sul tema, sia consentito rinviare a G. D’IPPOLITO, *La proposta di un art. 34-bis in Costituzione*, in M.R. Allegri, G. d’Ippolito (a cura di), *“op. cit.”*, pp. 65-91 e Id., *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, cit. pp. 81-102. Si veda anche M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, cit., p. 68 ss.

²⁴A. DI CORINTO, *Stefano Rodotà e la magna charta di Internet (prefazione)*, in A. Alù, L. Abba (a cura di), *“Il valore della Carta dei Diritti in Internet”*, Editoriale scientifica, 2020, p. 9 ss.; G. DE MINICO, *Internet: Rules and Anarchy. The test of algorithms*, in *“Liber Amicorum per Pasquale Co-*

stanzo”, tomo I – Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale, Collana di studi di Consulta online, 2020; A. MASERA, G. SCORZA, *op. cit.*; G. DE MINICO, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *“federalismi.it”*, 2016; M. BASSINI, O. POLLICINO (a cura di), *op. cit.*; M. MENSI, *La dichiarazione diritti in Internet: il dibattito in corso e il quadro internazionale*, in *“Aspenia Online”*, 8 agosto 2015; A. MORELLI, *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in *“federalismi.it”*, 2015, n. 1, p. 1 ss. Si veda anche M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 103 ss.

²⁵A. GAMBINO, R. GIARDA, *L’accesso ad Internet come diritto*, in *“MediaLaws”*, 2021, n. 1, p. 115.

²⁶Oltre ai documenti già citati, si rinvia anche a P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in *“Liber Amicorum per Pasquale Costanzo”*, tomo I – Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale, Collana di studi di Consulta online, 2020.

²⁷Più diffusamente, sul tema si vedano T. WU, *Network neutrality, broadband discrimination*, in *“Journal of Telecommunication and High Technology Law”*, 2003, n. 2; J.P. MARTINEZ, *Net neutrality: contributions to the debate*, Fundación Telefónica, 2010; G. DE MINICO, *Net Neutrality come diritto di chi verrà*, in *“Costituzionalismo.it”*, 2016, n. 1; M.R. ALLEGRI, G. D’IPPOLITO (a cura di), *op. cit.*; L. D’ACUNTO (a cura di), *Net (or not) Neutrality? Web e regolazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. Si veda anche A. GAMBINO, R. GIARDA, *op. cit.*, p. 112 ss.

²⁸A. GAMBINO, R. GIARDA, *op. cit.*, p. 114 che la definisce come «assenza di restrizioni arbitrarie sui dispositivi connessi ad Internet e sul modo in cui essi operano, ossia dal punto di vista della fruizione dei vari servizi e contenuti di rete da parte dell’utente finale».

²⁹S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, cit., p. 22.

³⁰Sul tema si vedano anche le linee guida del Berec sull’applicazione della normativa e il controllo da parte delle Autorità Nazionali di Regolamentazione: BEREC, *BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*, 2020.

³¹M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, cit., p. 73: «a ben guardare la disposizione riguarda non tanto il diritto di accedere alla rete, quanto piuttosto quello – che in qualche modo è una conseguenza del primo – di accedere ai contenuti presenti online attraverso device di libera scelta; conseguentemente, la disposizione è incentrata sulla libertà degli utenti di Internet nella modalità di fruizione dei servizi online e non prevede esplicitamente alcun obbligo di fare in capo alle istituzioni nazionali, quali ad esempio quello di far sì che tutti possano disporre delle apparecchiature necessarie alla connessione».

³²CGUE (Grande Sezione), *Telenor Magyarország Zrt. c. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke*, 15 settembre 2020, cause riunite C-807/18 e C-39/19.

³³Per *zero rating* si intende quella pratica di c.d. *traffic management* che si sostanzia in offerte e pratiche commerciali dirette a non computare il traffico generato da (o verso) particolari servizi o applicazioni (c.d. “zero-rated”) ai fini del raggiungimento delle soglie di consumo nelle offerte che prevedono l’imposizione di un *data cap* (ossia il massimo di connessione dati disponibile). G. D’IPPOLITO, M. MONTI, *Net neutrality e “tariffe zero”: la convergenza delle esigenze democratiche e di mercato*, in *“MediaLaws”*, 2021, n. 1.

³⁴AGCOM, *Relazione annuale*, cit., p. 17. Un caso simile era stato affrontato dall’AgCom con delibera n.123/17/CONS quando l’operatore WindTre era stato diffidato per un caso analogo a quello affrontato dalla Corte di Giustizia riferito alle app Wind Veon e Music by 3. Su tale delibera si era pronunciato poi, a fronte del ricorso dell’operatore, il TAR del



Lazio che ha confermato l'operato dell'Autorità con sentenza n. 12510/18. Tale sentenza non risulta essere stata appellata.

³⁵G. D'IPPOLITO, M. MONTI, *op. cit.*

³⁶Con riferimento alle criticità connesse alla gestione dei dati nei sistemi cloud si veda I. GENNA, E. PROSPERETTI, *La raggiungibilità giuridica dei dati. Il cloud: rischi e regole di condotta nell'affidare i dati alla nuvola informatica*, 2020.

³⁷Si veda, a riguardo, AGCOM, *Relazione annuale sulle attività svolte dall'Autorità in materia di Open Internet. Implementazione del Regolamento (UE) 2015/2120*, cit.

³⁸L'art. 1 della legge Stanca riconosce ad ogni persona il diritto di «accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici».

³⁹Più approfonditamente si veda: M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, cit., p. 72 ss.

⁴⁰Cfr. *Il PNRR è stato approvato dalla Commissione Europea*, in "Il Post", 22 giugno 2021.

⁴¹*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, 23 aprile 2021, p. 88 ss. Principio del *once only*, p. 84 ss.

⁴²*Ivi*, p. 83 ss.

⁴³*Ivi*, p. 84.

⁴⁴*Ivi*, p. 89 ss.

⁴⁵Tale analisi economica del diritto di accesso ad Internet è stata brillantemente esaminata da S. DA EMPOLI, *op. cit.*, pp. 158-171.

⁴⁶L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide. In particolare, gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell'individuo nello spazio virtuale*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), "op. cit.", p. 189 ss.

⁴⁷MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Voucher connettività*.

⁴⁸Per una trattazione più dettagliata del Piano Voucher, si rinvia a S. DA EMPOLI, G. MASSARO, *Il Piano Voucher tra sostegno alla domanda e competitività*, 2021.

⁴⁹S. DA EMPOLI, *op. cit.*, p. 164 ss.

⁵⁰M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in "Diritto pubblico", 1998, n. 1, pp. 181-200; P. LIBERATI, A. CADURO, *Brevi note sul servizio universale*, in "Costituzionalismo.it", 2019, n. 1, p. 131 ss.

⁵¹Per un'analisi anche in ottica comparata si rinvia a A. GAMBINO, R. GIARDA, *op. cit.*, p. 119 ss. Si vedano anche M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, cit., p. 73 ss. e S. DA EMPOLI, *op. cit.*

⁵²S. DA EMPOLI, *op. cit.*

⁵³Si veda la pagina informativa dell'AGCOM, *Servizio Universale*. Altri osservatori ritengono, invece, che il livello qua-

litativo della velocità di connessione ad Internet sia pari ad almeno 7 Mbps in tecnica ADSL. Cfr. C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice delle Comunicazioni Elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 commentato e annotato articolo per articolo)*, La Tribuna, 2018, p. 366.

⁵⁴A. GAMBINO, R. GIARDA, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁵S. DA EMPOLI, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁶R. JACCHIA, M. STILLO, *Codice Ue delle comunicazioni elettroniche: la nuova normativa per un mercato più accessibile e sicuro*, in "Agenda Digitale", 30 aprile 2021. Il 21 maggio 2021 il Ministero dello sviluppo economico ha indetto una procedura di consultazione pubblica sullo schema di Decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2018/1072; cfr. MISE, *Al via la consultazione pubblica sul nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche*, 21 maggio 2021.

⁵⁷M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, cit., p. 75.

⁵⁸In generale, sui contratti di accesso ad Internet si veda E. BATELLI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in "Media-Laws", 2021, n. 1, pp. 129-157.

⁵⁹AGCOM, *Relazione annuale*, cit., p. 25.

⁶⁰S. DA EMPOLI, *op. cit.*, p. 170.

⁶¹Legge n. 178/2020, approvata il 30 dicembre 2020.

⁶²Il 28 ottobre 2020 si è infatti svolto un incontro virtuale sul tema del diritto di accesso ad Internet come nuovo diritto umano (*Internet access: a new human right*), promosso dal Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli con la partecipazione della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, del Professor Romano Prodi, dell'inventore del web Sir Tim Berners-Lee e dell'attivista Simona Levi. Si veda anche T. BERNERS-LEE, *It's time to recognise internet access as a human right*, October 28, 2020 e l'iniziativa *Contract for the Web*.

⁶³Per esempio la *Dichiarazione dei diritti in Internet*. Tra le proposte di riforma costituzionale per il riconoscimento del diritto di accesso ad Internet presentate in Parlamento, si può ricordare che solo gli atti del Senato n. 1371 e 1561, congiuntamente esaminati ai fini del riconoscimento del diritto di accesso ad Internet, sono stati oggetto di una prima analisi da parte della I Commissione Affari costituzionali del Senato. Commissione questa che ha disposto anche un interessante ciclo di audizioni di cui si possono consultare i risultati sul sito del Senato.

⁶⁴CGUE (Grande Sezione), cause riunite C-807/18 e C-39/19, cit.

⁶⁵G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, cit., p. 86.

* * *

Achieving the effectiveness of Internet access and net neutrality

Abstract: Although it is not considered yet a fundamental or human right, Internet access is perceived as a precondition for the exercise of rights and freedoms. Connecting to the Internet, and doing it on equal terms, is nowadays essential to "live" in the digital dimension as well. Indeed, not having equal access to the Internet means being cut off from the world. Nonetheless, recognizing a right is not enough to guarantee its effectiveness. There is also the need to invest both in infrastructures and information or education to better acquire digital skills and awareness to the use of Internet. Moreover, there is also the need of economic actions in order to allow, even to the weakest groups, to afford the costs of Internet access contracts or the purchase of various devices. Thus, rather than examining the issue of the right of Internet access and net neutrality from a constitutional or fundamental rights approach, the article looks to the law and other norms in order to better assess whether and how to guarantee the effectiveness of the Internet access.

Keywords: Internet access – Net neutrality – Universal service - European Electronic Communications Code

Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione

Marco Bassini

Il saggio propone una panoramica di diritto comparato sulla più recente giurisprudenza statunitense ed europea relativa alla qualificazione giuridica dei social network, alla vigilia di importanti riforme che riguarderanno la disciplina dei servizi digitali a livello dell'Unione europea. L'obiettivo del contributo è mettere in evidenza come la frequente assimilazione di tali soggetti e dei relativi servizi ai caratteri di pubblicità possa comportare conseguenze non necessariamente favorevoli sul piano della tutela della libertà di espressione.

Social network – Libertà di espressione – Internet service provider – Poteri privati – Deplatforming

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'alba di un mondo nuovo: genesi ed evoluzione delle piattaforme nel cyberspazio – 3. Internet come digital marketplace of ideas? Le ricadute del nuovo ecosistema digitale sulla tutela della libertà di espressione – 4. La giurisprudenza statunitense e i limiti alla equiparazione tra social network e forum pubblici – 5. PragerU e la dimensione “prettamente orizzontale”. Il possibile ricorso alla state action doctrine – 6. Dall'altra sponda dell'Atlantico: il dibattito in Europa e in Italia – 7. Conclusioni

1. Introduzione

Un social network privato che offre ai suoi utenti, sulla base di un contratto, uno spazio virtuale per la condivisione di manifestazioni di pensiero può censurare il politico forse più potente al mondo? Una decisione di tale natura, perfettamente lecita sulla base delle condizioni contrattuali, può essere comunque ritenuta foriera di un'effrazione sul piano costituzionale? Sono domande complesse, per rispondere alle quali occorre fare luce sulla tenuta di alcune categorie del mondo “reale” nell'ambito digitale.

L'obiettivo di questo scritto è di indagare la dimensione di conflitto tra potere e libertà, nonché tra potere pubblico e potere privato che si dà sulla rete

Internet e che, tra le altre, sembra emergere dalle più recenti vicende relative alla sorte degli account ospitati dai più importanti social network appartenuti all'ex presidente degli Stati Uniti d'America Donald Trump¹.

In questo contributo, provando a fare tesoro di riflessioni già maturate analizzando il mutamento di paradigma che la libertà di espressione conosce in ambito digitale², tenterò di rispondere, con l'ausilio della prospettiva comparata, ad alcuni quesiti che esigono risposta in merito alla qualificazione giuridica dei social network.

Mi domanderò, in particolare, se la metafora che descrive Internet e soprattutto i social network come spazio e/o luogo pubblico obbedisca a una finalità

M. Bassini è coordinatore del programma LL.M. in Law of Internet Technology dell'Università Commerciale “L. Bocconi”. Dal 1° settembre 2021, *adjunct professor* di Diritto costituzionale presso la medesima Università. Il presente saggio è già apparso sul n. 2, 2021 di *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*. L'A. desidera ringraziare la direzione delle riviste per aver consentito alla ripubblicazione di questo lavoro. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci.



meramente descrittiva, che intercetta la moltitudine variegata di interazioni che intercorrono al giorno d'oggi in rete, ovvero sottenda una qualche valenza o pretesa di carattere normativo³.

In correlazione a quest'ultima opzione, tenterò di appurare se la giustificazione delle scelte di moderazione operate da social network come Twitter o Facebook in un caso come quello che vede per protagonista Trump (c.d. *deplatforming*) possa riposare sulla natura squisitamente privatistica della relazione che avvince contrattualmente utenti e prestatori di servizi⁴. Agli occhi del costituzionalista, infatti, il richiamo alla natura contrattuale e pattizia del rapporto tra le parti quale fondamento del potere di esercitare una "censura privata"⁵ potrebbe non sembrare del tutto appagante. Questa giustificazione, formalmente inattaccabile, pare infatti trascurare una componente significativa del problema in discorso dal punto di vista sostanziale, perdendo di vista la crescente attitudine delle piattaforme digitali ad atteggiarsi nei confronti degli individui come veri e propri "poteri"⁶ che entrano perciò in competizione con gli attori pubblici statali⁷. Proprio quest'ultima dimensione acquisisce particolare evidenza nella vicenda relativa alla sospensione degli account di Donald Trump⁸; e, come tenterò di affermare, la tematica si mantiene di cogente attualità anche a voler considerare la reazione di Twitter e Facebook un esercizio censorio che ha fatto corretta applicazione dei limiti alla libertà di espressione negli Stati Uniti⁹; sembrerebbe esserne riprova, del resto, la recente approvazione di una discussa legge dello Stato della Florida volta a contrastare le pratiche di *deplatforming*¹⁰.

Se queste suggestioni presentano un qualche fondamento, allora la domanda sullo statuto giuridico dei social network non può essere sbrigativamente liquidata facendo appello alla pur incontestabile natura contrattuale del rapporto con gli utenti (una prospettiva che rischia di non fotografare parte importante del problema); e può essere ulteriormente sviluppata cercando di comprendere se e in quale misura si possa assistere a una "compenetrazione" con effetti orizzontali della libertà di espressione¹¹.

Queste domande nascono peraltro all'indomani di quella che si preannuncia come una svolta a livello europeo, segnata dalla presentazione, lo scorso 15 dicembre 2020, di una proposta di regolamento relativa a un mercato unico dei servizi digitali¹² (c.d. *Digital Services Act*). Questo passaggio dovrebbe condurre a una riforma complessiva che modificherà l'impianto della Direttiva E-Commerce (direttiva 2000/31/CE), che nell'Unione europea rappresenta l'unico atto di respiro generale specificamente dedicato ai servizi digitali e contiene una scarna disciplina sulla responsa-

bilità dei prestatori, ormai "imbozzolata" da più di un decennio di giurisprudenza quantomeno creativa¹³.

Le risposte che cercherò di trarre da questa analisi dovrebbero consentire di comprendere meglio lo *status quo* e valutare, così, con cognizione di causa, le scelte che saranno compiute dal legislatore.

Per addivenire ad alcune, pur provvisorie e forse incomplete risultanze, il saggio procederà anzitutto da una sintetica analisi del ruolo delle piattaforme online e dell'intimo collegamento che lo stesso presentava alle origini e mantiene tuttora con la libertà di espressione. Una volta illustrato il punto di saldatura tra i due ambiti in parola, il paragrafo successivo metterà in luce le dinamiche di sovrapposizione tra sfera pubblica per la manifestazione del pensiero e dimensione privata del rapporto tra utenti e social network. Il saggio procederà, quindi, operando una ricognizione e una disamina critica della giurisprudenza statunitense che ha preso in considerazione la posizione dei social network alla luce della *public forum doctrine* e della *state action doctrine*. Si produrrà, quindi, in una comparazione con lo scenario domestico, paradigmatico dell'attitudine europea, esaminando gli spunti problematici della recente giurisprudenza formatasi in merito alla disattivazione delle pagine social di associazioni politiche di estrema destra. Così articolato il quadro comparato, il saggio tenterà di illustrare i motivi per cui appare preferibile resistere a ogni velleità di qualificazione in senso pubblicistico dei social network.

2. L'alba di un mondo nuovo: genesi ed evoluzione delle piattaforme nel cyberspazio

Alle origini di Internet, il cyberspazio era stato immaginato da alcuni dei commentatori più vicini alla sensibilità libertaria e "cyberanarcoide"¹⁴ come il terreno di una possibile competizione "privata" tra comunità virtuali aliene dall'interferenza dei poteri statali. Ciascuna una piattaforma di libertà, caratterizzata da un novero di (poche e semplici) regole definite dagli amministratori e condivise dagli aderenti: in sostanza, il rispetto di limiti di contenuto e di continenza verbale, pena l'esclusione¹⁵. Nessuna sanzione ulteriore, semmai la possibilità di transitare a una comunità diversa. Un sistema parallelo dominato da una sorta di "arbitraggio regolamentare", dove gli utenti avrebbero potuto "disporsi" e collocarsi a seconda delle rispettive inclinazioni e degli interessi coltivati. Per gli Stati, apparentemente, nessun ruolo e nessun potere: gli Stati, in questa ricostruzione, sono l'altrove, impossibilitati a predicare la propria



sovranità e a estendere l'*enforcement* delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato¹⁶.

Questa ricostruzione dai toni idealistici si fondava su due illusioni che si sarebbero di lì a breve disvelate. In primo luogo, l'assunto che questa compartimentazione in comunità private non avrebbe generato posizioni di potere favorite dall'accumulo di risorse economiche, con un condizionamento sull'organizzazione, sulla mole, e conseguentemente sulla genuina circolazione dei contenuti condivisi dagli utenti, condizionamento costituente un diretto precipitato del dischiudersi di strutture oligopolistiche nel mercato dei servizi (a tacitazione di quella pretesa concorrenza perfetta tra comunità virtuali). In secondo luogo, la ferrea convinzione inerente non soltanto all'impossibilità degli Stati di regolare il web ma anche alla non necessità di un loro intervento in un campo dove l'autonomia privata prometteva una governance efficiente, ridondando quel rifiuto della sovranità statale già predicato metaforicamente da John Perry Barlow nella Dichiarazione d'indipendenza del cyberspazio¹⁷ e fatto oggetto di un claim normativo.

L'affermazione prepotente del ruolo degli intermediari e in particolare dei prestatori di servizi della società dell'informazione non ha soltanto segnato il superamento delle ricostruzioni che idealizzavano la rete come luogo d'elezione e di massima espressione della libertà, impermeabile ai poteri economici¹⁸, ma ha altresì profondamente modificato, con l'evoluzione che questi servizi ha caratterizzato, le dinamiche di esercizio della libertà forse di più immediata percezione sul web¹⁹. Non si è trattato, però, di un percorso connotato da fratture o momenti traumatici; al contrario, si è assistito a una graduale crescita del potere delle piattaforme, favorita da un quadro regolamentare volutamente minimalista²⁰.

Proprio la scelta di non regolamentare l'ecosistema digitale se non nei suoi pilastri essenziali (ossia la responsabilità dei prestatori di servizi) e secondo un approccio "minimo" e incentivante risponde probabilmente, in Europa come negli Stati Uniti (anche se non esattamente al pari degli Stati Uniti), alla percezione del valore strategico di queste infrastrutture per la circolazione di contenuti nel cyberspazio e dunque, indirettamente, alla centrale rilevanza delle piattaforme per la libertà di espressione²¹. In altri termini, l'opzione di non interferire da subito e secondo "scelte forti" nella regolazione di Internet reagirebbe alla rilevanza strategica di queste piattaforme per favorire un'ampia circolazione di contenuti. Non è un caso che a confortare tali rilievi depongano le ricostruzioni dottrinali che negli Stati Uniti hanno discettato sulla natura di *First Amendment rule* del-

la Section 230 CDA²², la prima norma introdotta dal Congresso nel 1996 per regolare il ruolo dei prestatori di servizi Internet²³, giungendo a esaltarne le virtù con l'icastica formula *The Twenty-Six Words that Created the Internet*²⁴, ove non a discutere se questa norma non munisse invero, agli effetti pratici, la libertà di espressione di una copertura finanche più ampia di quella imposta dal Primo Emendamento²⁵. L'intima connessione che segna la nascita dalla prima (e per certo tempo unica) regola su Internet nell'ordinamento statunitense sembra cogliersi, del resto, anche nello spirito della giurisprudenza della Corte Suprema, protesa ad affermare la vocazione libertaria della rete come piattaforma di invernamento del libero mercato delle idee²⁶, che sottoporre a regolazione avrebbe perciò provocato più rischi che benefici²⁷.

Questi motivi non hanno in realtà impedito che si instaurasse, anche negli Stati Uniti (così come del resto in Europa²⁸) un partecipato dibattito incentrato sulla possibilità di mitigare l'ampia forbice di immunità garantita ai prestatori di servizi dalla Section 230²⁹, segno della percezione di una ormai compiuta sofisticazione delle caratteristiche dei servizi cui non ha fatto seguito, per il momento, una parallela evoluzione del paradigma normativo³⁰.

La scelta di non corrispondere a quella sofisticazione nelle caratteristiche dei servizi sotto il profilo normativo riflette il prevalere del timore che una regolazione potesse tradursi in costringimenti eccessivi, forieri di conseguenze negative per la libertà di espressione. Ma a distanza di oltre vent'anni, i tempi paiono maturi per un intervento che sappia opportunamente coniugare il ruolo di "volano della libertà di espressione" con l'esigenza di ricondurre a un pur minimo set di regole il dispiegarsi della libertà di iniziativa economica³¹, incanalando servizi tra loro diversi entro binari normativi altrettanto eterogenei secondo una logica di modularità³².

Tuttavia, proprio per valutare la bontà dei propositi di riforma e dei futuri esiti di questo processo occorre affrontare un nodo inevitabilmente connesso e ancora da districare, quello relativo allo statuto costituzionale dei social network, sempre più luogo di condivisione e scambio di idee e opinioni. E, infatti, attribuire ai prestatori di servizi che gestiscono social network la qualifica di servizio pubblico o comunque equiparare tali spazi di libertà, per esempio, a un *public forum* può determinare implicazioni di assoluto momento sul piano costituzionale. Occorre dunque comprendere se si tratti di velleità ben fondate sul piano giuridico onde calcolarne le eventuali conseguenze.



3. Internet come *digital marketplace of ideas*? Le ricadute del nuovo ecosistema digitale sulla tutela della libertà di espressione

Dato atto del legame che unisce il regime giuridico dei prestatori di servizi e la tutela della libertà di espressione, occorre valutare all'atto pratico quali sfide il nuovo ecosistema digitale popolato da "poteri privati" abbia provocato rispetto alla tutela di questo diritto³³.

Si è già tentato altrove³⁴ di argomentare come l'avvento di Internet abbia senz'altro prodotto un incremento "quantitativamente apprezzabile" della misura della libertà di espressione di cui gli individui godono online, mettendo nondimeno in discussione che a tale ampliamento meramente "quantitativo" corrisponda anche un maggior spazio di libertà sotto un profilo "qualitativo"³⁵. Tale interrogativo reagisce alla constatata presenza, nell'ecosistema digitale, di prestatori di servizi che interpongono dinamiche di moderazione di contenuti fondate su proprie regole (incorporate nei termini e nelle condizioni d'uso)³⁶ all'interno della tradizionale direttrice verticale tra Stato e cittadino, ove il primo definisce tramite la legge (e cioè qualificando alcune fattispecie come illecite) i limiti alla libertà del secondo. Questa sofisticazione è già stata attentamente teorizzata ed esplorata nelle sue implicazioni pratiche in dottrina, soprattutto da Jack Balkin³⁷, e illustra la sovrapposizione che giunge a determinarsi tra una dimensione prettamente privata (quella che vede utenti e prestatori di servizi avvinti da una relazione contrattuale) e la sfera pubblica ove fluiscono le manifestazioni di pensiero, sempre più digitale e dunque dominata dalla presenza di intermediari.

Il problema al centro del presente saggio si collega esattamente a quest'ultima caratterizzazione: si può ritenere (e se sì, fino a che punto) che la presenza di prestatori di servizi che forniscono gli spazi virtuali – gli ideali contenitori digitali di idee e opinioni – rappresenti un requisito essenziale e indefettibile perché possa ritenersi garantita agli individui la possibilità di manifestare il proprio pensiero? In altri termini, occorre chiedersi, ragionando *a contrario*, se la privazione della disponibilità di utilizzo (comunque venutasi a determinare) dei social network (il già ricordato *deplatforming*) possa configurare una menomazione della libertà di espressione costituzionalmente tutelata. Sottesa a questi interrogativi è dunque la ricerca di una possibile efficacia con effetti orizzontali dei diritti in gioco.

La domanda nasce da una osservazione di carattere empirico ma intercetta (e ambisce a rappresen-

tare) un claim normativo: la privazione della possibilità di accesso ai social network determina inevitabilmente, nell'odierna società dell'informazione, quantomeno un depotenziamento (ma anche un vero e proprio impedimento, a seconda dei casi) nell'esercizio della libertà di espressione. Poiché la decisione di sospendere il servizio (ovvero di rimuovere un contenuto) potrebbe dipendere dall'*enforcement* del regolamento contrattuale in essere tra le parti e non necessariamente da una previa decisione giurisdizionale (espressione delle tradizionali garanzie che assistono le incisioni di matrice pubblica delle libertà costituzionali), è giocoforza interrogarsi se questi servizi si possano configurare alla stregua di *essential facilities* o, come recentemente si è proposto³⁸, di servizi erogati da *common carrier*, assumendo una connotazione di "pubblicità" che potrebbe giustificare l'assoggettamento a un particolare statuto giuridico e introietterebbe nella relazione prettamente privata e orizzontale tra utente e social network riflessi di natura costituzionalistica legati alla possibile limitazione "per via privata" della libertà di espressione.

Guardando all'esperienza statunitense, senz'altro più vicina a queste problematiche, una prima opzione, di carattere oggettivo, potrebbe condurre a considerare i social network³⁹ alla stregua di *public forum*, assimilandoli cioè a quegli spazi aperti tradizionalmente deputati all'incontro tra persone e dunque allo scambio di manifestazioni di pensiero. Proprio per via della loro naturale destinazione, questi spazi sono tendenzialmente compatibili soltanto con restrizioni contenutisticamente neutrali alla libertà di espressione, con la conseguenza che risultano vietate le discriminazioni fondate unicamente sul merito delle opinioni e idee (c.d. *viewpoint discrimination*)⁴⁰.

A un risultato sostanzialmente analogo si potrebbe poi addivenire, secondo una diversa opzione, operando una qualificazione in senso soggettivo dei prestatori di servizi come "attori pubblici" ai sensi della *state action doctrine*, oppure come *common carriers*, come suggerito da una recente *concurring opinion* di Justice Thomas.

Occorre, però, affermare con fermezza il significato profondamente e intimamente normativo di ogni ri-qualificazione in questo senso delle piattaforme social. Spesso, infatti, nel linguaggio comune (ma anche in quello tecnico, come si dirà a breve), pare diffuso il ricorso a semplificazioni che legano a queste infrastrutture un valore e un significato di "agorà digitale" senza un pieno intendimento delle conseguenze giuridiche che da tale opzione, inevitabilmente normativa (ancorché frutto di una valutazione politica), scaturirebbero. Non è un caso che proprio su queste sottili ma dirimenti qualificazioni



si sia aperta una garbata disputa in seno alla Corte Suprema tra Justice Kennedy e Justice Alito in una delle più interessanti pronunce su questo tema ossia *Packingham v. North Carolina*⁴¹.

La sentenza ha dichiarato incostituzionale, per violazione del Primo Emendamento, una legge statale che aveva imposto un divieto di accedere a tutte le piattaforme di social networking a carico indiscriminatamente di coloro che fossero stati giudicati colpevoli di reati a sfondo sessuale⁴². La Corte Suprema ha evidenziato come la misura in questione fosse carente di proporzionalità, estendendosi anche a siti Internet che avrebbero potuto favorire il percorso di reinserimento sociale e di emenda dei condannati. Ciò che tuttavia merita segnalare in questa pronuncia è il linguaggio adoperato dalla Corte e dall'*opinion* di Justice Kennedy in particolare, in cui ridonda un parallelismo tra Internet, definita la moderna piazza pubblica, e una categoria, quella del *public forum*, che possiede un preciso significato nell'interpretazione data dalla giurisprudenza al Primo Emendamento⁴³. Proprio questa correlazione è stata oggetto delle critiche espresse nella sua *concurring opinion* da Justice Alito, ad avviso del quale questa analogia con luoghi e spazi fisici sarebbe stata tracciata con eccessiva disinvoltura e tra concetti e categorie invero differenti tramite una serie di *undisciplined dicta* suggestivi di una corrispondenza non scevra da importanti implicazioni giuridiche. Particolarmente indicativa di questa critica è l'affermazione secondo cui «if the entirety of the internet or even just 'social media' sites are the 21st century equivalent of public streets and parks, then States may have little ability to restrict the sites that may be visited by even the most dangerous sex offenders». Nell'*opinion* di Alito sembra scorgersi la preoccupazione di evitare che la Corte suprema possa involontariamente, mediante una *loose rhetoric*, cadere in quello che ritiene un errore, ossia equiparare indiscriminatamente Internet e i social network a un *public forum*. Questa non pare, per vero, essere stata la conclusione della Corte Suprema; che però si è fatta portatrice, a distanza di vent'anni, di una ideale continuità con il suo storico precedente nel caso *Reno v. ACLU*, con una esaltazione del cyberspazio (allora non ancora popolato dalle piattaforme e dai social network oggi ormai affermati) quale "luogo" di invero del libero mercato delle idee profetizzato da Justice Holmes nella celebre *dissenting opinion* del 1919.

Proprio la sentenza del 1997 aveva inaugurato un trittico di pronunce assai paradigmatiche dell'attitudine della Corte Suprema rispetto alla portata del Primo Emendamento nell'era di Internet. In quella sentenza, la Corte, oltre a esaltare le potenzialità

irripetibili del mezzo, aveva evidenziato l'esigenza di preservarne l'immunità da una regolazione che avrebbe potuto produrre più svantaggi che benefici⁴⁴. Non a caso, la Corte aveva dichiarato incostituzionali disposizioni che perseguivano senz'altro uno scopo meritevole di tutela quale la protezione dei minori da contenuti nocivi; ma che, come nella vicenda più recente *Packingham*, risultavano sproporzionate alla luce della definizione eccessivamente ampia di contenuti *indecent* e *patently offensive*. La legge finiva così per determinare una compressione oltre misura della circolazione di materiali che formavano oggetto di un diritto costituzionalmente tutelato da parte della popolazione adulta.

È evidente che, in un terreno dominato da un così ampio fervore libertario⁴⁵, il ruolo dei social network riveste un rilievo cruciale e la loro qualificazione giuridica costituisce pertanto un nodo da cui dipende l'effettività della tutela garantita dal Primo Emendamento.

Guardando oltreoceano, invece, l'Europa pare aver interpretato l'avvento di Internet come una conquista di sicuro valore, mantenendo tuttavia un approccio più temperato. E questo non soltanto, forse, per via del diverso valore assiologico che la libertà di espressione occupa nel costituzionalismo americano⁴⁶ e della differenza nella formulazione del contenuto di questa libertà che si ritrova nei rispettivi parametri costituzionali, ma anche per effetto della diversa attitudine delle corti europee, e della Corte di giustizia in particolare, verso un diritto concorrente della libertà di parola: il diritto alla privacy e alla protezione dei dati, vera e propria "ossessione europea"⁴⁷. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo è parsa fare un uso abbastanza prudente dell'art. 10 rispetto ai casi che riguardavano possibili interferenze nell'esercizio di questa libertà perpetrate dagli Stati contraenti rispetto all'utilizzo di Internet⁴⁸. Ne sono riprova, per esempio, le ondivaghe decisioni adottate con riferimento alla conformità all'art. 10, par. 2, CEDU di sanzioni irrogate nei confronti dei prestatori di servizi per aver omesso o ritardato la rimozione di contenuti anonimi⁴⁹ così come il tono tutt'altro che enfatico proprio di quelle pronunce che avevano condannato gli Stati contraenti per violazioni manifeste della libertà di espressione costituite dall'oscuramento di intere categorie di siti Internet⁵⁰, al pari forse della relativa prudenza con cui si è affermata la rilevanza dell'utilizzo di Internet come strumento informativo a beneficio dei detenuti nel censurare misure statali che ne limitavano l'accesso⁵¹.

Sebbene il contesto europeo non presenti apparenti convergenze rispetto al sentire proprio del costituzionalismo statunitense in relazione alla libertà



di espressione, esso offre spunti di sicuro interesse per una comparazione transatlantica in rapporto soprattutto al tema dell'applicazione nei rapporti orizzontali dei diritti fondamentali in gioco, cui è inevitabilmente collegata la qualificazione giuridica (soggettiva ovvero oggettiva) dei social network⁵².

4. La giurisprudenza statunitense e i limiti alla equiparazione tra social network e forum pubblici

Per comprendere la portata della discussione che finora si è animata sul tema della qualificazione dei social network e degli spazi virtuali da questi amministrati, e dunque della possibile rilevanza costituzionale dell'attività di moderazione "privata" di contenuti, occorre muovere dall'analisi della giurisprudenza statunitense. La casistica prodotta dalle corti d'oltreoceano, vuoi per una maggiore sensibilità libertaria del relativo contesto costituzionale, vuoi per una maggiore prossimità (anche meramente geografica) alle *big tech* e alle problematiche giuridiche che vi sono connesse, ha fornito interessanti chiavi di lettura utili a ordinare il dibattito secondo alcune preliminari coordinate.

Va detto, anzitutto, che i timori (giustamente) paventati da Justice Alito nella sua ricordata *concurring opinion* nel caso *Packingham* non sembrano, almeno per il momento, aver trovato seguito. Infatti, le corti che si sono pronunciate nelle vicende in cui era in questione una possibile equiparazione di Internet (e dei social network in particolare) a un *public forum*, hanno opportunamente delimitato il campo di applicazione di questa analogia, evitando di trarne conseguenze che avrebbero verosimilmente presentato riflessi "di sistema" ben più invasivi.

L'occasione di affrontare questi nodi è sorta a seguito di alcune controversie aventi a oggetto la legittimità delle limitazioni attuate da account appartenenti a figure pubbliche rispetto alla possibilità di interazione con i propri utenti-*constituents*.

Il caso giudiziario forse più noto è quello che ha visto per protagonista l'ex presidente degli Stati Uniti Donald Trump (prima che i fatti di Capitol Hill suscitassero un nuovo capitolo della vicenda⁵³), che era stato citato in giudizio per aver impedito ad alcuni utenti di interagire con il suo account @realDonaldTrump (dunque non l'account "ufficiale" del presidente degli Stati Uniti @POTUS, migrato invece nei mesi successivi nella disponibilità del neo-presidente Biden), poi ingloriosamente sospeso in modo permanente, nei mesi successivi, da Twitter. Invero, è la stessa sentenza della Court of Appeals for the Second

Circuit, che ha confermato il precedente della Corte distrettuale⁵⁴, a stabilire sin dall'inizio importanti limiti alla sua possibile portata innovativa: «We do not consider or decide whether an elected official violates the Constitution by excluding persons from a wholly private social media account. Nor do we consider or decide whether private social media companies are bound by the First Amendment when policing their platforms. We do conclude, however, that the First Amendment does not permit a public official who utilizes a social media account for all manner of official purposes to exclude persons from an otherwise-open online dialogue because they expressed views with which the official disagrees». Sgombrando così subito il terreno da possibili equivoci, i giudici d'appello hanno inteso delimitare puntualmente il perimetro della propria decisione, esclusivamente inerente alla possibilità per un account ospitato da una piattaforma privata ma utilizzato in un dato momento da uno *state official*⁵⁵ di porre in essere limitazioni che costituiscono *viewpoint discrimination* tendenzialmente vietate. Non si tratta, dunque, di una vicenda dalla quale possono essere tratte chiavi di lettura "di sistema", le quali verosimilmente mal si attaglierebbero alla generalità dei casi. Tuttavia, la sentenza della Corte d'appello documenta in modo assai visibile quanto il discrimine tra forum pubblico e forum privato costituisca un crinale denso di implicazioni. Non è un caso che la difesa di Trump sia stata improntata principalmente sull'affermazione della natura meramente privata dello spazio creato da Twitter: nonostante quest'ultimo «facilitates robust public debate on the Account»⁵⁶, secondo l'ex presidente «it is simply the means through which he participates in a forum and not a public forum in and of itself»⁵⁷. Nessuna di queste difese ha fatto tuttavia breccia nelle argomentazioni della Corte d'appello, che ha recisamente respinto questa impostazione per affermare che «the President is a governmental actor with respect to his use of the Account», circostanza da cui discende il divieto di effettuare *viewpoint discrimination*, in quanto tali contrarie al Primo Emendamento⁵⁸. E il blocco di un account, secondo la decisione della Corte, integra senz'altro questa fattispecie, nella misura in cui impedisce agli utenti cui sono generalmente rivolte le esternazioni (di fatto, nella loro veste di *constituency*) di accedere e di interagire con le stesse (senza che ciò implichi, naturalmente, alcun obbligo, per converso, in capo al presidente o a qualsiasi *state official* di darvi ascolto o attribuirvi rilevanza): le reazioni degli utenti, sia in forma di replica sia in forma di condivisione (*retweet*) o di apprezzamento (*like*) sono del resto, esse stesse, *speech* costituzionalmente tutelato⁵⁹.



Cercando di decodificare la decisione, il messaggio che se ne ricava appare nitido e non sembra frutto di particolari forzature determinate dal contesto tecnologico di riferimento: sul web, e sui social network in particolare, le garanzie che contraddistinguono la libertà di espressione, nelle sue molteplici declinazioni, nel rapporto tra potere pubblico e individuo rimangono inalterate. Internet finisce, in questo frangente, per atteggiarsi analogamente ad altri media, imponendo che i pubblici poteri siano sottoposti alle rigorose limitazioni che il Primo Emendamento racchiude. Si assiste, semmai, a un adattamento delle categorie rilevanti, con una riconduzione all'alveo delle attività espressive delle variegate modalità di interazione disponibili agli utenti. Non entrano così in gioco, in questa vicenda, eventuali obblighi "ulteriori" e "particolari" che si impongono alla piattaforma in quanto tale, in ragione della sua eccezionalità e della capacità pressoché unica e irripetibile di tradurre in pratica il libero mercato delle idee. La dialettica, del resto, non insiste nel rapporto tra utente e piattaforma ma tra utente e potere pubblico. La giurisprudenza sembra così riconoscere che di *public forum* possa parlarsi, nel contesto di Internet, solo in presenza di uno *state actor* vincolato al rispetto del Primo Emendamento.

Pur non approfondendo un'argomentazione particolarmente dettagliata sui profili "di sistema", relativi alle connotazioni generali delle piattaforme social, le sentenze nella vicenda che ha riguardato Trump paiono sottendere che entro questo ecosistema non si ponga un problema di generalizzata applicazione della dottrina del *public forum*⁶⁰. È questo un messaggio che esce confermato anche da un'altra vicenda per larghi tratti analoga: il caso *Davison v. Randall*, in cui la Corte d'appello per il Fourth Circuit⁶¹, con una decisione di poco precedente a quella resa dal Second Circuit in *Knight First Amendment Institute v. Trump*, ha confermato la pronuncia della Corte distrettuale dell'Eastern District della Virginia⁶². Analogamente, come detto, l'esito: la Corte ha ritenuto che sussistessero *viewpoint discrimination* in ragione della riconosciuta natura di forum pubblico della pagina Facebook della Chair Randall del Board of Supervisors della Contea di Loudoun dalla quale erano stati rimossi commenti e sospesi account riconducibili alla paternità di utenti non graditi.

La pronuncia della Corte d'appello si segnala però per un interessante inciso che potrebbe prestarsi per ragionare su implicazioni di sistema, un nodo che viene affrontato per respingere l'eccezione secondo cui, a dispetto della natura pubblica del suo utilizzo la pagina fosse ospitata da una piattaforma privata. Secondo i giudici, ferma restando l'assenza di una chia-

ra connotazione in senso del tutto privato o pubblico di Facebook (un punto che sarebbe stato assai interessante esplorare⁶³), la circostanza che una *property* sia privata, differenziandosi dalle *government-owned property*, non vale necessariamente a escluderla dalla possibile applicazione della dottrina del *public forum*, che la giurisprudenza ha esteso anche a casi di proprietà private adibite a un uso pubblico⁶⁴. Nel caso specifico, la pagina pubblica Facebook era stata creata appositamente da Chair Randall e così giungeva a costituire un *designated public forum*, in quanto soggetta, a dispetto della natura privata della piattaforma ospitante, al potere di controllo del suo amministratore, appunto uno *state official*.

Le argomentazioni sviluppate dalla Corte d'appello si sono senz'altro avvicinate al nucleo del problema che in questa sede si vuole indagare, senza però affrontarlo direttamente e anzi, forse, eludendolo. Vi è però un dato fondamentale che sembra potersi guadagnare anche da questa vicenda: la natura privata delle piattaforme non è, di per sé, circostanza necessariamente ostativa alla possibilità di scorgere nel relativo utilizzo le connotazioni di un *public forum*. In sospenso rimane, inoltre, il nodo relativo alla definizione delle circostanze che potrebbero giustificare una siffatta equiparazione: la domanda, in altri termini, è se sia dato immaginare che anche in presenza di soggetti che non rivestono qualità di *state official* possa realizzarsi un'analogia che dipenda da circostanze oggettive, legate alla peculiarità dello strumento. In altri termini: i social network sono *public forum* soltanto quando a utilizzarli sono figure che rivestono cariche pubbliche, sulle quali è attratto "l'obbligo costituzionale" di tutelare la libertà di espressione? Oppure esistono elementi in grado di supportare, ancorché in via di fatto, una conclusione analoga anche quando si controverta di una dinamica prettamente inter-privata, non riducibile al rapporto tra poteri pubblici e cittadini?

Sgombrando il campo da ogni equivoco, nelle due vicende appena commentate⁶⁵ gli account di Twitter e Facebook interessati paiono essere un "simulacro del potere": essi rappresentano e si identificano con attori statali, poteri pubblici indubbiamente tenuti a garantire la libertà di espressione senza operare discriminazioni di sorta fondate sul semplice contenuto delle manifestazioni di pensiero. La presenza di Facebook e Twitter rischia di equivocare, dunque, il vero nodo problematico da sciogliere, ossia se piattaforme online di natura privata possano attuare scelte di moderazione dei contenuti che potrebbero non essere consentite ai pubblici poteri, in quanto direttamente vincolati dal Primo Emendamento. Se quest'ultimo "filtra", superando la barriera legata alla natura



privata dei social network, laddove i profili rilevanti appartengano ad attori statali, vi è da chiedersi se abbia eguale possibilità di penetrare nell'alveo delle relazioni prettamente private che intercorrono non più tra pubblici poteri e cittadini bensì tra cittadini e soggetti privati che sembrano sempre più atteggiarsi e agire, tuttavia, alla stregua di poteri.

5. *PragerU* e la dimensione “prettamente orizzontale”. Il possibile ricorso alla *state action doctrine*

Nel tentativo di formulare un giudizio sulla giurisprudenza delle corti statunitensi che si è illustrata nel paragrafo che precede, si può rilevare che le decisioni finora prodotte appaiono portatrici di una impostazione fortemente formalistica rispetto alla verifica e all'interpretazione delle condizioni che fanno di un account di un social network un *public forum*. Tale ricerca è imperniata, come si è messo in evidenza, sull'accertamento di un controllo riconducibile a un soggetto pubblico anche in presenza di una piattaforma di natura privata. Occorre però domandarsi se non si tratti di una lettura eccessivamente “notarile”, che rischia di trascurare il fatto che le odierne piattaforme digitali non sono state create da attori pubblici ma, pur nate per scopi commerciali, rispondono comunque alle stesse finalità ultime per le quali i pubblici poteri hanno creato o designato *public forum*: consentire lo scambio di idee, opinioni e contenuti.

Sebbene l'assimilazione tra social network e *public forum*, proprio per la diversa matrice “storica” di queste categorie, non rappresenti necessariamente un risultato desiderabile (anzi, agli occhi di chi scrive si tratterebbe di un esito denso di criticità), sembrerebbe che, se si pone mente alla *ratio* sottostante a tale ultima categoria, l'esigenza di limitare la possibilità per i pubblici poteri di praticare delle *viewpoint discrimination* sia collegata alla particolare apertura garantita “per vocazione” da quei luoghi che sono qualificati per l'appunto come *public forum* e che assicurano per la natura loro propria degli spazi di libertà. L'interrogativo che sorge da queste considerazioni è se la mera circostanza che si tratti di spazi privati basti a privare gli individui delle tutele di cui gli stessi invece godono, in via generale e indifferentemente dal mezzo utilizzato, nel rapporto con i pubblici poteri. In altri termini, è possibile “traslare” le garanzie che tutelano l'individuo da possibili *viewpoint discrimination* dal rapporto con i poteri pubblici per proiettarle e introiettarle in quello che li avvince con i nuovi “poteri privati”?

Questa domanda impone di considerare la misura entro cui la definizione di poteri privati racchiuda

un significato genuinamente normativo, a dispetto del diffuso e forse disinvolto ricorso a questa metafora, che simboleggerebbe la disponibilità di un potere di mercato così significativo da poter influenzare in misura apprezzabile anche i diritti e le libertà individuali⁶⁶.

Indicazioni utili, in questa prospettiva, sembrano potersi cogliere nella sentenza *Prager University v. Google LLC* (oltre, *PragerU v. Google*)⁶⁷ ove, a differenza della giurisprudenza già citata *supra*, la Corte d'appello del Ninth Circuit ha avuto la possibilità di esprimersi su un quadro spurio della presenza di soggetti riconducibili a *state officials*, in quanto tali vincolati dal Primo Emendamento. In questa vicenda il nodo non riguarda la conformità alla *free speech clause* delle condotte poste in essere da attori pubblici, ma si innesta direttamente sul rapporto privato tra utente (in questo caso, una persona giuridica, la Prager University) e piattaforma. La categoria che è stata chiamata in causa in questa sede allo scopo di verificare la possibile estensione a soggetti privati dei vincoli costituzionali (e in particolare del Primo Emendamento), nel tentativo di “normativizzare” quel richiamo ai “poteri privati”, è quella della *state action*.

La dottrina in parola vanta origini antiche e affonda le sue radici nel costituzionalismo statunitense, nella profonda matrice libertaria che caratterizza questo ordinamento, che si è giuridicamente tradotta nell'intendimento del *bill of rights* come un predicato della forma di stato, codificante situazioni giuridiche azionabili nei confronti dell'autorità pubblica, non anche al cospetto di altri attori privati. Non sono tuttavia mancate, sul piano dottrinale, ricostruzioni inclini a riconoscere un'efficacia orizzontale indiretta ai diritti costituzionalmente tutelati⁶⁸; così come, del resto, sembra temperare il rigore di questa impostazione il fatto che la giurisprudenza abbia riconosciuto la possibilità di estendere il novero degli *state actor* anche a soggetti privati, ancorché in via di eccezione e laddove investiti da funzioni tradizionalmente ed esclusivamente affidate ad attori pubblici⁶⁹.

Dunque, la qualificazione come *state actor*, ipotizzabile per via del collegamento con l'assolvimento di funzioni tipicamente riservate ai poteri pubblici, diventa il “grimaldello” per cercare di “forzare” le resistenze a una estensione della *free speech clause* nei rapporti tra privati, e segnatamente tra social network e utenti.

Questa è stata la via, almeno in prima battuta, sperimentata anche in *PragerU v. Google*⁷⁰, anche se le difficoltà a fare breccia erano immaginabili alla luce delle conclusioni che la Corte Suprema aveva raggiunto pochi mesi prima, nel giugno 2019, nel caso



*Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*⁷¹, seppure in una vicenda non del tutto analoga⁷². In questa sentenza, la Corte Suprema ha stabilito che l'operatore di televisione via cavo cui sia stata affidata per legge la gestione del servizio con l'obbligo di trasmettere canali ad accesso pubblico non è soggetto al vincolo del Primo Emendamento. Secondo la Corte, «merely hosting speech by others is not a traditional, exclusive public function and does not alone transform private entities into state actors subject to First Amendment constraints»⁷³. Per quanto si trattasse di un caso non direttamente inerente al ruolo delle piattaforme online, il principio di diritto e l'affermazione da ultimo ricordata sembrano segnare un atteggiamento di netta chiusura a una troppo disinvolta estensione della nozione di *state actor*, anche se la circostanza che la decisione sia stata assai combattuta (adottata con un solo voto favorevole in più dei contrari) potrebbe lasciare presupporre futuri margini di discussione sul tema.

Con questa pesante ipoteca della Corte Suprema, però, era difficile immaginare che la Corte d'appello del Ninth Circuit potesse sposare un risultato di segno opposto. E non a caso l'esito, forse scontato, della controversia ha visto rigettare il tentativo di far qualificare YouTube alla stregua di uno *state actor* onde ottenere una pronuncia che dichiarasse contraria al Primo Emendamento la scelta da questi operata di collocare alcuni contenuti pubblicati dalla Prager University sul proprio canale in un'area ad accesso riservato, in modo da impedirne la visualizzazione nell'ambito delle ricerche "pubbliche" effettuate dagli utenti.

La Corte d'appello si diffonde in una serrata critica alle argomentazioni svolte a questo scopo, ricordando come la storica sentenza *Marsh v. Alabama*, evocata da Prager University, non avesse affermato che «any private property owner "who operates its property as a public forum for speech" automatically becomes a state actor who must comply with the First Amendment»⁷⁴. Nel caso *Marsh v. Alabama*⁷⁵, infatti, il soggetto privato titolare della company town risultava proprietario di tutte le strutture ed esercitava tutte le funzioni tipiche di un ente pubblico. In ogni caso, la stessa Corte Suprema, con alcune pronunce successive⁷⁶ si è adoperata per mantenere un'interpretazione restrittiva onde evitare che la nozione di *state actor* potesse essere applicata con eccessiva generosità anche rispetto all'ambito privato.

Il passaggio forse più significativo si coglie però nella affermazione per cui nemmeno la sentenza della Corte Suprema nel caso *Packingham* giova alla causa dell'estensione della *state action doctrine*. Così, i timori di Alito sembrano finalmente dissipati: secondo

la Corte d'appello, «[a]lthough Packingham spoke of "cyberspace" and "social media in particular" as "the most important places . . . for the exchange of views" in modern society, [...] Packingham did not, and had no occasion to, address whether private social media corporations like YouTube are state actors that must regulate the content of their websites according to the strictures of the First Amendment»: metaforicamente, si tratta di un colpo di grazia rispetto a ogni velleità di equiparazione che potesse sorreggersi su quella pur importantissima sentenza, il cui significato non deve essere perciò travisato⁷⁷. Gli *obiter dicta* tanto temuti da Justice Alito non sembrano così aver mietuto vittime.

Nell'interpretazione della Corte d'appello, mancano totalmente possibili punti di contatto tra un prestatore di servizi come YouTube e ciò che nel diritto costituzionale statunitense rappresenta uno *state actor*: non vi sarebbe alcuna partecipazione a quel novero limitato di funzioni che sono tradizionalmente riservate in via esclusiva allo Stato; al contrario, queste piattaforme non sono altro che soggetti privati che adottano decisioni in merito alla pubblicazione di contenuti di terzi sul proprio sito. A supporto di questa netta chiusura, la Corte d'appello menziona anche una serie di decisioni di varie corti distrettuali che hanno negato la qualificazione dei prestatori di servizi come state actors, a partire dal celebre caso *Cyber Promotions v. AOL*⁷⁸.

Se questo è il quadro di riferimento, la decisione di Twitter e di Facebook di sospendere l'account personale di Donald Trump dopo i fatti di Capitol Hill offre senz'altro nuovi spunti di riflessione. Quella in parola è una vicenda ancora diversa, in cui il "silenziamento" non segue la logica delle decisioni *Knight Institute v. Trump* e *Randall v. Davison*, dove era uno *state official* ad aver interferito arbitrariamente con la libertà di espressione degli individui; né tantomeno può ricondursi alle decisioni appena ricordate, incentrate sulla possibilità di ridurre il margine di moderazione dei contenuti di un "potere privato" alla luce della sua pretesa (ma smentita) natura quasi-pubblicistica. Nel caso più recente, invece, il problema concerne la possibilità per un soggetto privato di incidere su uno dei canali di esercizio della libertà di espressione di un attore pubblico. Come si è visto, la giurisprudenza statunitense sembra essere giunta ad approdi alquanto saldi, per quanto la Corte Suprema non abbia ancora avuto modo di pronunciarsi direttamente sul punto (con l'eccezione, già ridimensionata, del caso *Packingham*): se il Primo Emendamento è una tutela a garanzia dei cittadini nel rapporto con i pubblici poteri, nesses-



na pretesa potrà essere avanzata rispetto alle scelte compiute da operatori privati che non si qualificano come *state actor* né danno vita a un *public forum*.

Questo fermento non sembra però esser sfuggito a Justice Thomas che, nel redigere una *concurring opinion* all'*order* con cui, a seguito dell'investitura di Biden come nuovo Presidente degli Stati Uniti d'America, la Corte Suprema si è spogliata della materia del contendere nel caso *Knight Institute v. Trump*, ha messo in luce come la vicenda dell'oscuramento degli account appartenuti a Donald Trump, se letta in controluce con la pronuncia da ultimo citata, riveli una trama più complessa; essa indica, infatti, l'esistenza di uno sbilanciamento di potere tra la posizione di Twitter e Facebook, in grado di paralizzare l'attività social dell'allora Presidente, e quella di quest'ultimo, impossibilitato a condizionare con eguale efficacia i propri followers. Nella ricostruzione di Thomas⁷⁹, proprio la concentrazione di un potere così rilevante come quello di *deplatforming* in capo a operatori privati motiverebbe la ricerca di categorie in forza delle quali riqualificare questi soggetti ed escluderne la possibilità di incidere unilateralmente sulla libertà di espressione. Tra le opzioni a suo dire praticabili, Justice Thomas individua il ricorso alla categoria dei *common carrier* e a quella, alternativa, dei *places of public accommodation*⁸⁰. Entrambe le dottrine permetterebbero di stabilire per via legislativa quel *right to exclude* che tanto pare sbilanciare i rapporti di forza nell'ecosistema digitale⁸¹. Questa lettura sembra però svalutare l'importanza che la Section 230 CDA ha avuto nel corso del tempo come leva normativa per esonerare da conseguenze i prestatori di servizi rispetto all'attività di moderazione.

Allo stato attuale, però, soprassedendo sulla *concurring opinion* (non vincolante) di Justice Thomas, lo scenario giurisprudenziale descritto in premessa sembrerebbe lasciare uno spazio pressoché nullo per ogni pretesa che Trump dovesse avanzare nei confronti di Twitter o Facebook, tanto più ora che egli è tornato (ma è un passaggio davvero scontato?) a essere un privato cittadino "qualunque"⁸².

Peraltro, anche a voler prescindere dal dibattito sulla qualificazione giuridica dei social network, autorevole dottrina⁸³ ha argomentato in modo senz'altro condivisibile che nel caso di specie le esternazioni di Trump travalicassero i limiti del Primo Emendamento, costituendo *fighting words* incitanti all'odio e alla violenza⁸⁴. Sicché, a rigore, neppure potrebbe porsi un problema di tutela della libertà di espressione. Ad analoga conclusione si potrebbe pervenire esaltando la dimensione privatistica delle piattaforme online e

reclamando la loro libertà, assicurata dalla Section 230 CDA nell'ordinamento statunitense⁸⁵, di effettuare una moderazione (in buona fede) dei contenuti di terzi; o ancora evidenziando come resterebbero comunque disponibili, per l'esercizio di questa libertà, canali alternativi a quelli oggetto del *ban*.

Se tutto questo è vero, non può però sfuggire al giurista l'eccezionalità di questa situazione, in cui a un soggetto privato sia rimesso un potere così importante come quello di limitare (financo, volendo, a propria discrezione) la capacità di esternare manifestazioni di pensiero di attori pubblici: al di là di ogni giudizio di valore, è questo un enorme *elephant in the room* che non può non interrogare per primi i costituzionalisti, in Europa come negli Stati Uniti, a fronte delle importanti riforme che potranno prendere corpo nei mesi a venire in questo campo. Una questione, invero, che sembra porsi in ogni caso, anche a voler prescindere dalla possibile configurazione di quello che è stato efficacemente descritto come "un diritto di post"⁸⁶.

6. Dall'altra sponda dell'Atlantico: il dibattito in Europa e in Italia

Se la giurisprudenza statunitense è apparsa opporre una netta chiusura rispetto a una possibile estensione con effetti orizzontali del Primo Emendamento, complice soprattutto un'interpretazione restrittiva della *state action doctrine*, l'Europa non pare aver compiuto particolari avanzamenti nonostante sia stata la "culla" della teoria della *Drittwirkung*⁸⁷, che acconsente a riconoscere un'efficacia con effetti indiretti orizzontali alle norme costituzionali⁸⁸; e a dispetto del fatto che le disposizioni convenzionali e costituzionali di riferimento lascino un margine più ampio, utilizzando una formulazione improntata al riconoscimento di diritti e non solo al divieto di interferenze⁸⁹. Se è vero che anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che si è esercitata sull'art. 10 CEDU ha riconosciuto, in alcuni casi, la sussistenza di *positive obligations* in capo agli Stati contraenti, con risultati pratici in parte analoghi, sostanzialmente, a quelli propri di un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, è soprattutto la Corte di giustizia ad aver dimostrato una sensibilità più spiccata rispetto all'*enforcement* con effetti orizzontali di alcuni diritti, privacy su tutti. Il caso forse più noto e al contempo evidente di questo processo è quello del diritto alla deindicizzazione dai motori di ricerca, che risale alla celeberrima pronuncia *Google Spain*⁹⁰. Questa vicenda rivela un tentativo⁹¹ di estendere orizzontalmente l'applicazione delle norme a tutela dei dati personali. L'elemento di parti-



colare innovatività ma al contempo anche di criticità di questa decisione riguarda però la scelta di affidare il compito di bilanciare i contrapposti interessi (la tutela della privacy e dei dati personali, da un lato; la libertà di informazione, dall'altro) a un operatore privato, tema che dischiude, come è stato notato, l'assunzione di un ruolo paracostituzionale da parte del motore di ricerca⁹².

Svolta questa premessa, è importante evidenziare come il quadro normativo vigente nell'Unione europea, ormai prossimo a un processo di riforma, ponga inevitabilmente una maggiore pressione in capo ai prestatori di servizi rispetto all'attività di moderazione di contenuti. Se, infatti, la Section 230 CDA ha tradotto la scelta di una esenzione pressoché generale (che soffre di limitate eccezioni) che mette al riparo gli operatori da qualsiasi conseguenza connessa alla scelta di moderare in buona fede determinati contenuti rimuovendoli ovvero mantenendoli online (la c.d. *Good Samaritan clause*), analogo "scudo" non trova corrispondenza in Europa dove la disciplina in materia si conforma al ben più temperato paradigma *notice and take down* ispirato dalla normativa statunitense in materia di tutela del diritto d'autore. Nell'attribuire ai prestatori una responsabilità, ancorché soltanto in via mediata, per il caso di mancata rimozione di contenuti illeciti di cui si abbia avuta conoscenza effettiva, sembra sfumare quella neutralità di fondo che caratterizza il sistema statunitense⁹³ e che poteva fondare un atteggiamento di sostanziale indifferenza rispetto all'esercizio dell'attività di moderazione, purché svolta in buona fede: in Europa esistono, innegabilmente, maggiori incentivi alla rimozione di contenuti, che può diventare finanche doverosa per i prestatori di servizi. Questa differenza nei meccanismi che governano la responsabilità delle piattaforme pare costituire un riflesso del diverso sentire proprio dei rispettivi ordinamenti con riguardo alla tutela della libertà di espressione⁹⁴. Ciò non toglie che anche in Europa i prestatori di servizi non sono formalmente vincolati dalle previsioni costituzionali rilevanti, potendo così ipoteticamente introdurre policy di moderazione dei contenuti più stringenti rispetto alle regole previste dall'ordinamento che identificano i contenuti illeciti. Viene così preservata, sembra, la possibilità che si determini un "differenziale" legato alla eventuale divergenza tra policy di moderazione (più restrittive) e regole ordinamentali⁹⁵.

Nonostante la differenza tra i meccanismi insiti nella disciplina di riferimento, il problema che sembra porsi in Europa e negli Stati Uniti è analogo: possono i social network "censurare" ciò che non sarebbe (necessariamente) vietato dalla legge dello Stato?

Per rispondere a questa domanda è necessario, ancora una volta, verificare la sensibilità dimostrata dalla giurisprudenza in relazione allo statuto giuridico dei social network, da cui discendono rilevanti implicazioni sull'estensione dei "poteri censori" di cui sono muniti.

A livello comparato, prima di entrare nel merito della casistica nazionale, merita segnalare una importante presa di posizione del *Bundesverfassungsgericht* che, nel maggio 2019, ha ordinato a Facebook di ripristinare l'accesso alla pagina di un partito politico di estrema destra che era stata oggetto di oscuramento pochi mesi prima che si tenessero le elezioni del Parlamento europeo⁹⁶. I giudici di prime cure investiti delle istanze cautelari, pur riconoscendo la possibilità per i diritti costituzionali di spiegare entro certe condizioni effetti indiretti orizzontali, avevano respinto il ricorso e affermato che la libertà di espressione non conoscesse comunque una protezione assoluta⁹⁷. Il Tribunale costituzionale federale, successivamente investito della questione, accoglieva invece le doglianze dei ricorrenti, evidenziando come l'opzione di ripristinare temporaneamente una pagina che un successivo giudizio di merito a cognizione piena avrebbe potuto ribaltare fosse senz'altro meno rischiosa di quella di confermare sommariamente uno *stay down* che avrebbe potuto poi essere giudicato illegittimo⁹⁸. Il *Bundesverfassungsgericht* giungeva a questa conclusione non senza aver osservato come Facebook, in funzione delle sue caratteristiche di mercato, costituisse uno spazio di particolare importanza per il mutuo scambio di espressioni; così da evincere che negarne l'accesso a un partito politico, soprattutto nel contesto di una campagna elettorale, avrebbe significato privare quest'ultimo di una *essential facility* per la divulgazione delle proprie idee.

In tempi recenti, anche la giurisprudenza italiana si è espressa sul tema, soprattutto in un tritico di pronunce del Tribunale di Roma⁹⁹ che sembrano timidamente affrontare il nodo legato alla pretesa qualificazione meramente privatistica del rapporto tra utenti e social network ma che hanno partorito esiti tra loro differenti¹⁰⁰. Al centro di queste controversie si colloca la decisione di Facebook di disattivare le pagine appartenenti alle associazioni di stampo politico di estrema destra Forza Nuova e CasaPound (e quelle personali dei relativi amministratori). Il nucleo critico comune a questi provvedimenti riguarda la rilevanza delle condizioni d'uso e dunque del regolamento contrattuale in essere tra gli utenti e Facebook e il rapporto tra i predetti termini di servizio e le norme dell'ordinamento interno e sovranazionale. Ai fini che qui rilevano, è importante mettere in luce



come le pronunce in parola falliscano nell'obiettivo di consegnare una ricostruzione coerente non solo dello statuto giuridico dei social network ma anche del valore precettivo delle loro condizioni d'uso. Si deve peraltro ricordare che, come gran parte della giurisprudenza in questa materia, le decisioni in commento sono state rese in sede cautelare, circostanza che non pare aver agevolato una elaborazione del tutto compiuta e matura sul ruolo dei prestatori di servizi.

Come è noto, le tre ordinanze del Tribunale di Roma¹⁰¹ sono giunte a conclusioni opposte: ritenendo, in un caso – quello che interessava CasaPound – che l'oscuramento della pagina fosse illegittimo e, nell'altro, che riguardava Forza Nuova, che l'intervento di Facebook fosse non solo legittimo ma neanche doveroso. L'eterogeneità degli esiti partoriti da queste decisioni pare indicativa di una generale incertezza in merito allo statuto giuridico delle piattaforme e alla ricostruzione del loro ruolo nella sfera pubblica digitale. Al di là delle differenze sull'interpretazione delle fonti richiamate e di quelle derivanti dalle irripetibili peculiarità di ciascun caso, la divergenza di vedute sembra riconducibile, almeno in parte, al diverso grado di compenetrazione delle norme costituzionali e dei vincoli che esse pongono rispetto al regolamento contrattuale in essere tra soggetti privati. Il divario è così visibile che sembra possibile disporre questi provvedimenti secondo un climax. Dapprima, infatti, nell'ordinanza del dicembre 2019, il Tribunale di Roma ha espressamente sostenuto che il servizio di Facebook, vantando oltre 2,8 miliardi di utenti ed essendo accessibile tramite diversi canali, riveste un «ruolo centrale e di primaria importanza» che attribuisce al suo gestore una «speciale posizione». Da questa speciale posizione la sezione impresa ha tratto la conclusione per cui il rapporto tra Facebook e gli utenti «non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi» perché comporta che il social network «nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente». Il rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali, infatti, costituisce secondo il Tribunale «a[d] un tempo condizione e limite nel rapporto con gli utenti». Il giudice qualifica così, in via di fatto, Facebook come un servizio pubblico, pur senza ammetterlo espressamente, con tutto quanto ne deriva sul piano dei principi applicabili¹⁰². La motivazione di questa scelta si nutre peraltro anche di risultanze empiriche, legate alla peculiarità dell'associazione politica ricorrente: ad avviso del Tribunale, l'esclusione dalla comunità di Facebook si risolve in una estromissione

dal dibattito politico¹⁰³, che frustrerebbe l'attuazione del principio del pluralismo partitico che si ricava dall'art. 49 Cost. Si sarebbe così realizzata un'estensione orizzontale, lungo il rapporto privato tra utente e social network, delle norme costituzionali che si fanno limite all'autonomia privata.

Le importanti affermazioni contenute nell'ordinanza monocratica non sembrano però essere state messe a profitto, tanto che in sede di reclamo, pur confermando l'illegittimità dell'oscuramento, il collegio ha rivisitato l'inquadramento giuridico prospettato dall'ordinanza sottoposta a gravame, disinnescandone così il potenziale. Il Tribunale, con l'ordinanza di aprile 2020, ha sgombrato il terreno da ogni equivoco, sottolineando come il rapporto tra utenti e social network soggiaccia alle ordinarie regole civilistiche; il che non esclude l'applicazione, secondo i principi costituzionali, di limiti come l'ordine pubblico e il buon costume, che si impongono a qualsiasi manifestazione di autonomia privata¹⁰⁴. Questo passaggio ha consentito al Tribunale di svolgerne un altro in via successiva e consequenziale: la relazione tra social network e utente è equiparabile a un qualsiasi rapporto tra un soggetto che esercita la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. e una controparte-utente che può rivendicare la tutela delle sue manifestazioni di pensiero ex art. 21 (o della sua adesione a un'associazione politica ex art. 18 Cost.). Così, conclude il Tribunale, «la disciplina contrattuale non può lecitamente assumere come causa di risoluzione del rapporto manifestazioni del pensiero protette dall'art. 21 né consentire l'esclusione di associazioni tutelate dall'art. 18»¹⁰⁵.

Ne consegue che un soggetto privato non potrà, per via semplicemente contrattuale, trovarsi a esercitare «poteri sostanzialmente incidenti sulla libertà di manifestazione del pensiero e di associazione»¹⁰⁶. Il che significa che un social network non può pretendere la sottrazione delle regole della comunità definite dai termini di servizio da qualsiasi controllo; può, come nel caso di Facebook, prevedere cause di esclusione dalla comunità, ma occorre che queste regole siano interpretate conformemente alle leggi dello Stato, cui spetta definire limiti cogenti ed esterni. Così argomentando, e passando in rassegna tutti i riferimenti normativi vigenti, il collegio ha potuto concludere che l'ordinamento italiano non permettesse di qualificare CasaPound come un'associazione illecita, così confermando l'illegittimità dell'oscuramento¹⁰⁷. L'ordinanza collegiale soddisfa così due obiettivi altrettanto importanti: da un lato, mantiene ferma la qualificazione prettamente contrattuale del rapporto tra social network e utenti; dall'altro, riconosce un limite all'autonomia privata derivante



dal rispetto dei principi costituzionali, liberando al contempo i prestatori di servizi da un compito non riducibile a una mera funzione in-house.

Il Tribunale di Roma aveva nel frattempo avuto occasione di pronunciarsi, tra la prima e la seconda ordinanza, anche in un'altra controversia, quella che opponeva Facebook a Forza Nuova per effetto della decisione (adottata contestualmente a quella relativa a CasaPound) di oscurarne la pagina pubblica. Il giudice si è spinto ancora oltre, affermando che Facebook non avesse soltanto titolo ad adottare la misura in parola, ma vi fosse addirittura tenuto in forza della natura illecita di questi contenuti e dell'obbligo di provvedere alla relativa rimozione che la disciplina vigente (d.lgs. 70/2003, di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico) prescrive quando il prestatore di servizi abbia conoscenza effettiva di un illecito. In altri termini, ad avviso del Tribunale, Facebook si sarebbe dovuto considerare responsabile per la mancata rimozione della pagina qualora non si fosse adoperato, stante la natura illecita dei contenuti ivi pubblicati. L'ordinanza è tutta incentrata sulla valutazione della liceità della pagina riconducibile a Forza Nuova, mentre il ragionamento del giudice non si sofferma particolarmente sullo status di Facebook: lo si definisce un soggetto privato che svolge un'attività di indubbio rilievo sociale¹⁰⁸, il cui rapporto con gli utenti è regolato non soltanto dalle condizioni contrattuali ma anche dalla legge. La ricostruzione fattuale operata dal Tribunale, qualificando le attività compiute sulla pagina come illecite in base al quadro normativo richiamato¹⁰⁹, consente al Tribunale di dissociarsi dalla vicenda CasaPound e di ritenere corretto l'operato di Facebook, sia rispetto alle condizioni contrattuali sia rispetto all'ordinamento giuridico¹¹⁰.

Questa breve rassegna di decisioni giurisprudenziali conferma la tendenziale riluttanza delle corti italiane a sviluppare una riflessione di sistema sullo statuto costituzionale di Internet e dei social network e la preferenza per un approccio pragmatico legato anche all'apprezzamento casistico delle singole vicende. Non che questo tipo di riflessione possa dirsi agevole da percorrere, alla luce di un quadro normativo in materia ancora fermo – in Italia – al 2003 (che ha inevitabilmente causato fibrillazioni giurisprudenziali¹¹¹). Forse, però, proprio la manifesta obsolescenza della disciplina presta il fianco a riflessioni di sistema che possono intercettare la distanza che si è venuta a creare tra lo *status quo* tecnologico esistente al momento del *drafting* legislativo e quello attuale, causa delle molte fibrillazioni che la giurisprudenza soprattutto statunitense ha captato e almeno in parte raccolto.

7. Conclusioni

I paragrafi che precedono costituiscono un tentativo di misurare la sensibilità sviluppatasi ai due lati dell'Atlantico rispetto a una nuova, possibile concettualizzazione del ruolo dei social network in rapporto all'esercizio della libertà di espressione degli individui. Si è cercato di cogliere, allo stesso tempo, il grado di fibrillazione causato da quello che si ritiene lo *status quo*, profondamente diverso da quello dei decenni scorsi, e “gli anticorpi” che ciascun ordinamento esprime in forma di resistenze rispetto ai possibili tentativi di ibridazione di una figura, quella del social network, riconducibile al paradigma di soggetto privato.

Si è tentato, in particolare, di normativizzare o richiamare comunque all'esigenza di una concettualizzazione normativa di quella metafora ormai spesso utilizzata nel linguaggio comune ma anche di molti giuristi: quella che vede nei prestatori di servizi della società dell'informazione dei poteri privati. Occorre in altri termini tradurre nel dominio giuridico una metafora sicuramente accurata rispetto alla descrizione della rilevanza economica e anche sociale di questi attori, che ne coglie il coinvolgimento in un numero crescente di funzioni e di interazioni con gli individui secondo l'atteggiamento che è proprio dei pubblici poteri. Proprio questo mutato scenario, che ha fatto di Internet e dei social network strumenti in larga parte indefettibili per l'esercizio di una varietà di diritti e libertà, sollecita una risposta a queste tensioni.

Quale esito può partorire questo tentativo?

Un'ipotesi spesso dibattuta è quella di riconoscere nella missione propria delle piattaforme i connotati di un servizio pubblico¹¹². Questa opzione potrebbe forse giustificare una regolamentazione più stringente, e forse una riduzione di quel “differenziale” tra le condizioni di servizio e le norme dell'ordinamento giuridico, ma desta comunque criticità importanti.

In primo luogo, va osservato che se, da un punto di vista empirico i social network sono divenuti dei canali probabilmente essenziali per l'esercizio del diritto di parola, tale caratterizzazione non implica che si tratti di strumenti di accesso indispensabili e indefettibili senza i quali l'individuo sarebbe del tutto privato della possibilità di godere dei propri diritti costituzionalmente tutelati (sempre ammettendo che sia predicabile un “diritto all'utilizzo dei social network”). Si tratta forse di una giustificazione debole, che serve però a temperare un'esaltazione del mezzo come paradigma (quasi assoluto) della libertà, talvolta foriera di una loro impropria assimilazione¹¹³.



Deve poi essere messo in evidenza come l'attrazione in questa categoria segnerebbe verosimilmente un allontanamento dalla caratterizzazione come intermediari propria dei prestatori di servizi e degli stessi servizi della società dell'informazione, da sempre estranei all'esercizio di una attività editoriale in senso stretto. Una emancipazione di cui nemmeno la proposta di regolamento nota come *Digital Services Act* sembra farsi portatrice, invero. Si tratta, infatti, di soggetti che, come ha ribadito la giurisprudenza, nel mettere a disposizione di terzi uno spazio virtuale per la condivisione di contenuti esercitano la loro libertà di impresa; non sono invece attori che intervengono in quanto titolari del diritto alla libertà di espressione, alla stregua di fornitori di contenuti.

In aggiunta, non si può trascurare che proprio questo assetto normativo ha permesso ai prestatori di servizi di ergersi a "volano" della libertà di espressione in rete, godendo di un regime giuridico di favore, soprattutto negli Stati Uniti, che ha permesso a ciascun individuo di poter contare su queste nuove agorà virtuali. Non vi sono evidenze che, se le norme giuridiche fossero state di diverso segno (nel senso di una maggiore e più stringente regolamentazione), si avrebbe avuto uno sviluppo della libertà di espressione più favorevole agli individui.

Da ultimo, occorre altresì fare i conti con le conseguenze che potrebbero discendere da una connotazione in senso pubblicistico dei servizi dei social network. Come si è evidenziato, il potere di moderazione delle piattaforme online si fonda sulla definizione di condizioni di servizio che potrebbero prevedere margini di intervento sui contenuti anche più ampi di quelli previsti da norme dell'ordinamento giuridico. Ma una qualificazione in senso pubblicistico non rischierebbe forse di eliminare questi margini, affrancando il potere di moderazione dei social network esclusivamente ai vincoli previsti dal diritto vigente? Si tratta di un tema non banale se si riflette all'attualità che presentano tuttora tematiche come il contrasto alla disinformazione, che interessano contenuti non necessariamente illeciti e rispetto ai quali i prestatori di servizi sono impegnati spesso in via di autoregolamentazione. Che ne sarebbe, in questo caso, se i social network diventassero dei *public forum*?

Le motivazioni che precedono consentono di ritenere condivisibili gli approdi giurisprudenziali che mantengono ferma la connotazione privatistica del rapporto tra utenti e social network. Gli stessi argomenti, peraltro, paiono ben attagliarsi anche allo scenario comparato, e in particolare statunitense. Dove, tuttavia, le vicende più recenti, e quella che ha da ultimo riguardato Donald Trump in particolare, sembrano suggerire la presenza di un problema che

parrebbe non destinato a risolversi neppure facendo dei social media più importanti un *public forum* permanente: il rapporto conflittuale con il potere pubblico e la possibilità di mettere in atto una censura privata che inevitabilmente può risentire dei *bias* e dei preorientamenti ideologici della piattaforma di turno¹¹⁴. Ma questo è un problema rispetto al quale il vero rimedio potrebbe non essere legato alla riqualificazione giuridica dei prestatori ma nella fissazione di regole che garantiscano maggiore trasparenza e *accountability*¹¹⁵. Regole, forse, che l'Unione europea potrebbe per prima avanzare nel lungo andare che segnerà il percorso del Digital Services Act¹¹⁶. Da questo punto di vista, forse, proprio la recente decisione del Facebook Oversight Board sulla sospensione permanente dell'account di Donald Trump, con i suoi richiami all'esigenza di regole procedurali chiare e al principio di proporzionalità, sembrano suggerire la via per una "autolimitazione" del potere privato delle piattaforme digitali che non passi necessariamente tramite inopportune assimilazioni.

Note

¹Si v. il comunicato di Twitter, *Permanent suspension of @realDonaldTrump*, in "blog.twitter.com", Jan. 8, 2021 e quello di FACEBOOK, G. ROSEN, M. BICKERT, *Our Response to the Violence in Washington*, in "facebook.com", Jan. 6, 2021. Cfr. anche il *post Facebook* di M. Zuckerberg, Jan. 7, 2021. Per una ricostruzione accurata della vicenda, si v. anche M. ISAAC, K. CONGER, *Facebook Bars Trump Through End of His Term*, in "nytimes.com", Jan. 7, 2021. Nella dottrina statunitense, tra gli altri, v. D. KELLER, *Who decides what stays on the Internet*, in "theverge.com", Jan. 12, 2021.

²Sia consentito il richiamo, volendo, alle riflessioni già esposte in M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, 2019.

³Sulla molteplice valenza delle metafore nel linguaggio giuridico si v. A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in "Rivista AIC", 2018, n. 1, p. 1 ss.

⁴In termini generali, cfr. D. KELLER, *Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power Over Online Speech*, 2019, Aegis Series Paper No. 1902; D.L. HUDSON JR., *In the Age of Social Media, Expand the Reach of the First Amendment*, in "Human Rights Magazine", vol. 43, 2018, n. 4.

⁵Cfr. in particolare M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in questa Rivista, 2019, n. 1, p. 35 ss. Volendo, si rinvia anche a M. BASSINI, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in "European Law Journal", vol. 25, 2019, n. 2, p. 182 ss.

⁶Nella dottrina italiana, questa categoria è stata esaminata in primis da G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, 1970, soprattutto in relazione alla idoneità a determinare limitazioni e compressioni dei diritti degli individui alla luce della posizione di dominanza occupata dagli attori privati. Cfr. anche, da una prospettiva di diritto privato, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977, recentemente "riletto", anche alla luce delle evoluzioni tecnologiche, da P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto*



della regolazione, RomaTrE-Press, 2018 (in cui si v. nello specifico, con riferimento ai prestatori di servizi Internet, S. MARTINELLI, *L'autorità privata del provider*, *ivi*, p. 555 ss.). Riferimenti utili, seppur in via generale, con riguardo alla posizione del privato a livello costituzionale anche in P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, 1953. Sulla specifica rilevanza del ruolo delle piattaforme digitali per la democrazia, con riguardo al loro impatto sulla libertà di espressione, si v. M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in "Quaderni costituzionali", 2019, n. 4, p. 811 ss.

⁷Per alcune riflessioni su questi temi da una prospettiva diversa da quella giuridica, cfr. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Faber and Faber, 2019; T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet*, Yale University Press, 2018. Da un diverso angolo visuale ancora, si v. M. SORICE, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in "Comunicazione Politica", 2020, n. 3, p. 371 ss.

⁸Si tratta di una dimensione ben visibile, peraltro, nella *concurring opinion* consegnata lo scorso 5 aprile 2021 da Justice Thomas in occasione della decisione della Corte Suprema in *Knight Institute v. Trump*, ora *Joseph Biden, Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.*, 593 U.S. (2021), no. 20-197, ultimo tassello della vicenda giurisprudenziale che si descriverà con maggior dettaglio nel par. 3. La Corte Suprema ha accolto il ricorso avanzato da Trump volto a ottenere che fosse dichiarata priva di oggetto la causa precedentemente intentata nei suoi confronti (e conclusasi con una pronuncia della Court of Appeals per il Second Circuit) per effetto del venir meno, *medio tempore*, della carica presidenziale che aveva costituito il presupposto della decisione. Senza anticipare quanto più compiutamente esposto *infra*, la *concurring opinion* rileva come, al di là dell'inquadramento giuridico delle limitazioni imposte agli utenti da account appartenenti a *state officials*, il nodo centrale è rappresentato dal potere concentrato nelle mani di piattaforme private di condizionare il *free speech*, per esempio sospendendo o cancellando gli account di queste stesse *public figures*. Proprio per questo motivo Justice Thomas propone di elaborare un inquadramento di questi attori alla stregua di *common carriers* o, in alternativa, come *places of public accommodation*, opzioni che consentirebbero di sottoporli a una regolazione più stringente, escludendo così per via legislativa il potere di rimuovere gli account dei propri utenti.

⁹In tal senso si argomenterà oltre, ma merita anticipare la lettura di C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Assalto al Congresso: perché non è colpa della rete ma di Trump*, in "Il Sole 24 Ore", 8 gennaio 2021; O. POLLICINO, *Odio e rabbia in rete, così il presidente ha nutrito i suoi sostenitori*, *ivi*, 8 gennaio 2021; A. MORELLI, *Non scomodiamo Voltaire a proposito di Trump e dei social*, in "Iacostituzione.info", 10 gennaio 2021. Si v. anche F. PAOLUCCI, *Il blocco dei social di Trump e la libertà di espressione online*, in "Ius in Itinere", 15 febbraio 2021. Oltre i profili strettamente giuridici, merita attenzione l'indagine di M. CARONE, *Trump e i social media*, in "Rivista Il Mulino", 14 gennaio 2021. Con specifico riguardo alle tematiche della disinformazione e dell'odio online, si rinvia all'approfondita analisi offerta nel volume di G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Egea, 2020. Da una prospettiva ancora diversa A. PALMIERI, *Social è responsabilità*, Pensiero Solido, 2021.

¹⁰Lo scorso 24 maggio 2021 il governatore dello Stato della Florida ha firmato una legge denominata *Stop Social Media Censorship Act* (Senate Bill 7072), che prevede, tra le altre, sanzioni di natura pecuniaria a carico delle piattafor-

me (fino a 250.000 \$ al giorno) nel caso di disattivazione dell'account (*deplatforming*) di candidati a cariche politiche. La norma contenuta nel par. 2 della Section 2 – Section 106.072, Florida Statutes, dispone segnatamente che: «A social media platform may not willfully deplatform a candidate for office who is known by the social media platform to be a candidate, beginning on the date of qualification and ending on the date of the election or the date the candidate ceases to be a candidate. A social media platform must provide each user a method by which the user may be identified as a qualified candidate and which provides sufficient information to allow the social media platform to confirm the user's qualification by reviewing the website of the Division of Elections or the website of the local supervisor of elections». Questa legge è stata presentata dalle stesse autorità della Florida come una reazione al *political bias* che soprattutto i sostenitori repubblicani denunciano da tempo da parte delle piattaforme digitali, a loro dire particolarmente inclini a silenziare le voci di esponenti conservatori. La legge, unico tra i vari progetti elaborati in materia a giungere a maturazione, è stata già oggetto di impugnazione davanti alla District Court for the Northern District of Florida – Tallahassee Division, con un *complaint for declaratory and injunctive relief* presentato il 27 maggio da Netchoice e CCIA (Computer & Communications Industry Association), Case 4:21-cv-00220-RH-MAF. La legge pare *ictu oculi* di difficile tenuta costituzionale, alla luce sia del possibile contrasto con il Primo Emendamento sia della manifesta difformità di queste previsioni rispetto alla Section 230 del Communications Decency Act, legge federale approvata dal Congresso nel 1996 che esclude in via generale (salvo limitate eccezioni) la responsabilità delle piattaforme digitali per la moderazione di contenuti, come si dirà meglio *infra* nel par. 2. Cfr. G. EDELMAN, *Florida's New Social Media Law Will Be Laughed Out of Court*, in "wired.com", May 24, 2021, che riporta tra l'altro l'autorevole opinione, nel senso sopra descritto, di Michael Froomkin.

¹¹Sul tema dell'efficacia con effetti orizzontali dei diritti fondamentali in ambito digitale si v. G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in G. Resta, F. Caggia (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, RomaTrE-Press, 2019, p. 117 ss., p. 118, il quale evidenzia, tra i fattori di discontinuità rispetto al passato, un capovolgimento del rapporto tra potere pubblico e potere privato, in quanto «il governo delle relazioni digitali in rete è prevalentemente esercitato da soggetti privati, anche per il tramite degli strumenti tecnologici». In tema cfr. anche O. GERSTENBERG, *Private Law and the New European Constitutional Settlement*, in "European Law Journal", vol. 10, 2004, n. 6, p. 766 ss. e R. VAN LOO, *The Corporation as Courthouse*, in "Yale Journal on Regulation", vol. 33, 2016, n. 2, p. 547 ss. Per una rassegna in chiave storica dei mutamenti che hanno caratterizzato la dialettica tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. anche B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, 2020.

¹²Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, doc. COM(2020) 825 del 15 dicembre 2020. Per una panoramica di contributi "a caldo" sulla proposta della Commissione si rinvia al simposio online "Verso il Digital Services Act" in "medialaws.eu", in cui tra gli altri v. l'introduzione di O. POLLICINO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, *ivi*, 23 novembre 2020. Cfr. anche M. BASSINI, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *L'Ue verso il Digital Services Act: quale equilibrio tra democrazia e potere*, in "agenda-digitale.eu", 15 febbraio 2021; G.M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commis-*



sione del 15 dicembre 2020, in “DPCE on line”, 2020, n. 4, p. 5419 ss., nonché M. BASSINI, *L’Unione europea al grande passo: verso una regolazione di mercati e servizi digitali*, in “Quaderni costituzionali”, 2021, n. 1, p. 224 ss. Più in dettaglio, sul contenuto della proposta, cfr. G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell’Unione europea*, in “Annali AISDUE”, 2021, n. 3, Focus “Servizi e piattaforme digitali”, 18 febbraio 2021, n. 1.

¹³Ci si riferisce, in particolare, alla creazione giurisprudenziale del c.d. *provider* attivo, su cui ci si soffermerà più diffusamente oltre, recentemente sdoganata anche dalla Cassazione italiana nella sentenza della sez. I civile, 21 febbraio 2019, n. 7708. Pesanti riserve su questa figura sono espresse in M. BASSINI, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in “MediaLaws”, 2019, n. 2, p. 248 ss. e altresì in L. TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell’hosting provider (attivo e passivo)*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, 2019, n. 5, p. 1039 ss. A un giudizio positivo sulla configurazione di tale figura perviene invece R. PANETTA, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*, in “Diritto di Internet”, 2019, n. 2, p. 273 ss. Il tema ha trovato spazio, originariamente, nella giurisprudenza della Corte di giustizia: cfr. CGUE (Grande Sezione), *Google France e Google Inc. c. Louis Vuitton et. al.*, 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08; CGUE (Grande Sezione), *L’Oréal et al. c. eBay*, 12 luglio 2011, causa C-324/09; ma si v. anche la recentissima sentenza CGUE (Grande Sezione), *Peterson c. Google LLC, YouTube Inc. et al.; Elsevier c. Cyando*, 22 giugno 2021, cause riunite C-682/18 e C-683/18.

¹⁴Su tutti, cfr. D.G. POST, *Anarchy State and the Internet*, in “Journal of Online Law”, article 3, 1995.

¹⁵Per una accurata ricostruzione delle prime questioni sorte con l’avvento della rete, si v. T. WU, J.L. GOLDSMITH, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, 2006.

¹⁶D.R. JOHNSON, D.G. POST, *Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*, in “Stanford Law Review”, 1996, n. 48, p. 1367 ss.; *contra* v. J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in “University of Chicago Law Review”, 1998, n. 65, p. 1199 ss. e la replica di D.G. POST, *Against “Against Cyberanarchy”*, in “Berkeley Technology Law Journal”, 2002, n. 17, p. 1363 ss.

¹⁷J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in “eff.org”, Feb. 8, 1996.

¹⁸Sul tema della possibile “costituzionalizzazione” di Internet, proposta al fine di mettere al “riparo” gli individui e i loro diritti a fronte dell’erompere di nuovi attori privati, cfr. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in “Politica del diritto”, 2011, n. 3, p. 367 ss.; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, *ivi*, 2010, n. 3, p. 337 ss.; F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione* (Lectio magistralis svolta a chiusura del Festival “Lector in fabula”, Conversano, 15 settembre 2013).

¹⁹Cfr. F. PASQUALE, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, in “Theoretical Inquiries in Law”, vol. 17, 2016, n. 2, p. 487 ss.; J.M. BALKIN, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in “Pepperdine Law Review”, vol. 36, 2009, n. 2, p. 427 ss.

²⁰In tema v. O. LYNKEY, *Regulating ‘Platform Power’*, LSE - Law, Society and Economy, 2017, Working Papers n. 1.

²¹Sempre con riferimento al ruolo dei “poteri privati” che si affermano in rete e al loro impatto sul diritto alla manifestazione del pensiero cfr. M. MANETTI, *Regolare Internet*, in “MediaLaws”, 2020, n. 2, p. 35 ss.; M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in “Diritto Costituzionale - Rivista quadrimestrale”, 2020, n. 1, p. 117 ss.;

M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in “MediaLaws”, 2018, n. 3, p. 39 ss.

²²Cfr. nella dottrina statunitense C. GLYNN, *Section 230 as First Amendment Rule*, in “Harvard Law Review”, vol. 131, 2018, n. 7, p. 2027 ss.; E. GOLDMAN, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in “Notre Dame Law Review Reflection”, vol. 95, 2019, n. 1, p. 33 ss.; ma v. anche K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in “Harvard Law Review”, vol. 131, 2018, n. 6, p. 1598 ss.; J.M. BALKIN, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, cit.; D.K. CITRON, B. WITTES, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity*, in “Fordham Law Review”, vol. 86, 2017, n. 2, p. 401 ss.; R. TUSHNET, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, in “George Washington Law Review”, vol. 76, 2008, n. 6, p. 101 ss.

²³Sulle origini della disciplina sulla responsabilità dei prestatori di servizi in Europa e negli Stati Uniti, si v. l’approfondita disamina di R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Giappichelli, 2019. Merita ricordare, già in questa sede, come l’introduzione della Section 230 del Communications Decency Act costituì il frutto di una scelta bipartisan volta a evitare possibili salti in avanti da parte della giurisprudenza in merito a una equiparazione in senso editoriale delle piattaforme online. Negli stessi lavori preparatori si scorgono, infatti, plurimi riferimenti alla volontà di prevenire esiti assai discutibili come quelli cui la Corte suprema dello Stato di New York era giunta nel caso *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Company*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995), ritenendo che, per il solo fatto di aver implementato linee guida per la pubblicazione di contenuti e di aver incaricato un team di moderatori, la piattaforma dovesse essere qualificata alla stregua di un editore e così soggiacere al relativo standard di responsabilità, anziché a quello, più permissivo, per i distributori, già assecondato invece da una precedente, celebre decisione nel caso *Compuserve*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

²⁴Cfr. J. KOSSEFF, *The Twenty-Six Words That Created the Internet*, Cornell University Press, 2019.

²⁵V. per esempio E. GOLDMAN, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, cit.

²⁶Metafora elaborata nella fortunata quanto celebre *dis-senting opinion* di Justice Holmes nel caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919): «the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market». Sui pericoli di una ricezione supina di tale metafora nell’ambito digitale, cfr. O. POLLICINO, *Fake news, Internet and metaphors (to be handled carefully)*, in “Italian Journal of Public Law”, 2017, n. 1, p. 1 ss.

²⁷*Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 885 (1997): «As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship».

²⁸In Europa molti tribunali nazionali, in Italia in particolare, anche sulla scorta di alcune pronunce della Corte di giustizia, hanno fatto emergere la figura, già ricordata *supra*, del prestatore di servizi “attivo” (c.d. *provider* attivo) onde applicare in modo più rigoroso e restrittivo il regime giuridico di favore previsto dalla direttiva 2000/31/CE. Il tentativo è stato percorso onde attribuire rilievo a caratteristiche nella gestione del servizio tali da denotare, ad avviso dei giudici, la sussistenza di un controllo. Si tratta, però, di una figura priva di un chiaro fondamento normativo, se si eccettua il considerando 42 della direttiva medesima (che esige dagli intermediari la pre-



stazione di un servizio meramente tecnico, automatico e passivo). Su questi temi cfr. il volume di O. POLLICINO, E. APA, *Modelling the liability of internet service providers: Google vs. Vivi down. A constitutional perspective*, Egea, 2013.

²⁹Nella giurisprudenza, tuttavia, questo argomento non sembra aver fatto breccia, specialmente nelle decisioni più recenti e rilevanti; si v., per esempio, la causa *Caraccioli v. Facebook*, 167 F. Supp. 3d 1056 (N.D. Cal. 2016) poi decisa anche dalla Corte d'appello per il Ninth Circuit (0:17-cv-15443).

³⁰Va da sé che domande più generali si sono poste, a fronte dell'avvento di Internet, anche in relazione alla adeguatezza del parametro rappresentato dal Primo Emendamento. V. in tal senso T. WU, *Is the First Amendment Obsolete?*, in "Michigan Law Review", vol. 117, 2018, n. 3, p. 547 ss.

³¹Sul cambio di paradigma che sembra "respirarsi" a livello dell'Unione europea nel campo della regolazione delle tecnologie digitali, si v. le ponderate riflessioni di G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in "International Journal of Constitutional Law", vol. 19, 2021, n. 1, p. 41 ss. Sulla rilevanza del formante giurisprudenziale in questo processo di alienazione dell'Unione europea da una matrice di liberalismo economico, cfr. O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart Publishing, 2021.

³²Questo sembra essere, perlomeno, l'atteggiamento sotteso alla proposta di regolamento, già menzionata, nota come *Digital Services Act*, che distingue tra quattro categorie, articolandole dal generale al particolare e prevedendo obblighi sempre più stringenti tanto più specifica risulta la tipologia considerata: il primo genere è quello dei servizi intermediari, all'interno dei quali si individua la specie dei servizi di *hosting*; all'interno di quest'ultima si differenziano poi le piattaforme online; da ultimo, la proposta isola, tra le piattaforme online, le c.d. piattaforme di grandi dimensioni.

³³In tema v. A. KOLTAY, *New Media and Freedom of Expression. Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, Hart Publishing, 2019.

³⁴Cfr., volendo, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., nonché O. POLLICINO, M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. Savin, J. Trzaskowski (eds.), "Research handbook on EU Internet law", Edward Elgar, 2014, p. 508 ss.

³⁵A ben vedere, l'incremento in senso "quantitativo" riflette la disintermediazione della libertà di parola dai media tradizionali; ma dal punto di vista qualitativo sembra scorgersi una nuova intermediazione (e quindi una re-intermediazione) frutto del ruolo nevalgico delle piattaforme online per lo scambio e la condivisione di contenuti.

³⁶Sul significato e sulle implicazioni della content moderation, v. G. DE GREGORIO, *Democratising Online Content Moderation: A Constitutional Framework*, in "Computer Law & Security Report", vol. 36, 2020, p. 1 ss.

³⁷Cfr. J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in "Columbia Law Review", vol. 118, 2018, n. 7, p. 2011 ss.

³⁸In tal senso si v. la *concurring opinion* di Justice Thomas, cit., del 5 aprile 2021, in *Joseph Biden, Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.*, 593 U.S. _ (2021), cit.

³⁹Si badi che l'indagine verte segnatamente non già sulla qualificazione giuridica della rete Internet nel suo complesso, bensì dei social network intesi come spazi privati su cui i gestori del servizio fanno *enforcement* delle condizioni d'uso sancite nel regolamento contrattuale. Su questi temi cfr. M.R. ALLEGRI, *Ubi social Ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, FrancoAngeli, 2018, spec. p. 29 ss., la quale ipotizza una riconducibilità delle sole c.d. *social network communi-*

ties al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. richiamandosi alle riflessioni elaborate pionieristicamente da P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in "ConsultaOnline", 2014, n. 4, ove l'Autore ragionava di una possibile qualificazione a questa stregua della intera comunità degli utenti (prendendo le mosse dalla concettualizzazione a suo tempo operata da E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, 1989), con considerazioni poi riprese anche in ID., *Le formazioni sociali e Internet*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), "Diritti e libertà in Internet", Mondadori Education, 2017, p. 50 ss. Contesta recisamente questa opzione, invece, rifiutando il riconoscimento di una comunità di utenti di Internet, M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2015, n. 2, p. 273 ss., spec. p. 280. In particolare M.R. ALLEGRI, *op. cit.*, spec. p. 37 ss. e p. 44 ss., accedendo a una risposta possibilista in merito, si interroga altresì se la configurazione delle comunità di utenti dei social network come formazioni sociali *ex art. 2* (che comporterebbe per i pubblici poteri l'obbligo di garantire la tutela dei diritti inviolabili degli appartenenti alle comunità) possa comportare l'adesione a uno dei paradigmi costituzionali particolari delineati dall'art. 17 o dall'art. 18 con riferimento alla libertà di riunione e alla libertà di associazione. Con riguardo a quest'ultima, l'Autrice sembra non ritenere necessariamente di ostacolo il problema, da alcuni già puntualmente affrontato (in specie da S. SASSI, *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della Costituzione. Il (recente) caso dell'associazione xenofoba on-line*, in "Rivista AIC", 2013, n. 2), della pretesa all'anonimato degli utenti. In merito all'applicazione dello statuto della libertà di riunione, invece, l'Autrice individua quale principale ostacolo il tradizionale intendimento in senso fisico del luogo entro cui occorre si realizzi una compresenza di individuo, che parrebbe nondimeno superabile alla luce di alcune aperture giurisprudenziali rispetto alla considerazione dei social network come luogo aperto al pubblico (così Cass. pen., sez. I, 12 settembre 2014, n. 37596; su cui si v. M. MEZZANOTTE, *Facebook come "luogo aperto al pubblico"*, in "federalismi.it", 2016, n. 2). Sul possibile ricorso al paradigma dell'art. 17 cfr. anche M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in "Rivista AIC", 2012, n. 4; A. PIROZZOLI, *La libertà di riunione in Internet*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2004, n. 4-5, p. 595 ss.; e P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in "Costituzionalismo.it", 2011, n. 2. Rispetto allo statuto costituzionale della rete, rimangono naturalmente insuperate le considerazioni di P. COSTANZO, (voce) *Internet (Diritto pubblico)*, in "Digesto delle discipline pubblicistiche", Agg., Utet, 2000, p. 347 ss.

⁴⁰La Corte Suprema ebbe modo di formulare compiutamente questa dottrina nel caso *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), riprendendo gli spunti già elaborati in *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897). Nel caso *Hague* fu teorizzato che compito dello Stato è di evitare ogni discriminazione e di riconoscere la più ampia latitudine all'esercizio della libertà di parola in quegli spazi che sono «immemorially been held in trust for the use of the public [...] for purposes of assembly, communicating thought between citizens, and discussing public questions». Si può affermare che tale dottrina corrisponda a una declinazione sostanziale della libertà di espressione: tale diritto non deve essere riconosciuto soltanto "sulla carta" ma deve essere concretizzato da parte dei poteri pubblici con la garanzia di spazi entro cui i cittadini possano confidare nell'indisturbato e incensurato fluire delle loro opinioni, funzionale ad assicurare il carattere democratico dello Stato. La Corte Suprema ha confermato questo indiriz-



zo nella pronuncia di poco successiva *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939) per poi sofisticare ulteriormente, nel corso degli anni, la sua elaborazione, distinguendo diverse ipotesi: spazi che costituiscono *traditional public forum* e che, secondo Hague, hanno “tradizionalmente” rivestito questa funzione nel corso del tempo (parchi, marciapiedi, strade); spazi che costituiscono *designated public forum*, ossia spazi di proprietà pubblica o di proprietà privata comunque soggetti a controllo pubblico (per esempio, aule seminariali all’interno delle università) che, pur non costituendo oggetto di una consolidata associazione con l’esercizio della libertà di espressione, sono stati aperti e destinati a questo scopo dallo Stato. Nell’ambito dei *traditional* e *designated public forum*, lo Stato può introdurre limitazioni inerenti esclusivamente a circostanze di tempo, luogo e modo.

⁴¹*Packingham v. State of North Carolina*, 582 U.S. __ (2017). Nella fattispecie, la Corte suprema ha ritenuto che le limitazioni previste dal General Statute 14-202.5 della North Carolina, approvato nel 2008, non superassero il vaglio del c.d. *intermediate scrutiny*, ossia il test impiegato per vagliare la legittimità di restrizioni contenutisticamente neutrali alla libertà di espressione, che richiede che le misure siano *narrowly tailored* al fine di soddisfare un *significant governmental interest*. Cfr. anche il commento per la sezione “*The Supreme Court - Leading Cases*”, *First Amendment - Freedom of Speech - Public Forum Doctrine - Packingham v. North Carolina*, in “Harvard Law Review”, vol. 131, 2018, p. 233 ss.

⁴²Cfr. i commenti di O. SOLDATOV, *The Transformative Effect of Social Media: Preliminary Lessons from the Supreme Court Argument in Packingham v. North Carolina*, in “DPCE on line”, 2017, n. 2, p. 417 ss. ed E. CELESTE, *Packingham v. North Carolina: A Constitutional Right to Social Media?*, in “Cork Online Law Review”, Feb. 8, 2018.

⁴³Si v. le notazioni in tema di D.C. NUNZIATO, *From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital*, in “Boston University Journal of Science and Technology Law”, vol. 25, 2019, n. 1, p. 1 ss. Cfr. anche, in generale, A. ARDITO, *Social Media, Administrative Agencies, and the First Amendment*, in “Administrative Law Review”, vol. 65, 2013, n. 2, p. 301 ss.

⁴⁴«The dramatic expansion of this new marketplace of ideas contradicts the factual basis of this contention. The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship». 521 U.S. 844, 885 (1997).

⁴⁵Senza dimenticare, però, che lo stesso Justice Alito aveva osservato, nella sua *opinion* (in parte *concurring*, in parte *dissenting*) nel caso *Elonis v. United States*, 575 U.S. __ (2015), spec. 6, i possibili risvolti problematici connessi all’utilizzo dei social network rispetto all’esercizio della libertà di parola e ai suoi confini: «“Taken in context,” lyrics in songs that are performed for an audience or sold in recorded form are unlikely to be interpreted as a real threat to a real person. Watts, *supra*, at 708. Statements on social media that are pointedly directed at their victims, by contrast, are much more likely to be taken seriously».

⁴⁶Si v. su tutti G. BOGNETTI, *La libertà di espressione nella giurisprudenza americana. Contributo allo studio dei processi dell’interpretazione giuridica*, Istituto Editoriale Cisalpino, 1958; ID., *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, Giappichelli, 2000.

⁴⁷Volendo, cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, *The Luxembourg Sense of the Internet: Towards a Right to Digital Privacy*, in “The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2014”, Oxford University Press, 2015, p. 223 ss.

⁴⁸Su quest’intima connessione si v. in particolare i commenti alla giurisprudenza della Corte europea di M. HUSOVEC, *Editorial: Intermediary Liability as a Human Rights*, in “JIPI-TEC”, vol. 8, 2017, n. 8, p. 181, § 1, e di R. SPANO, *Intermediary Liability for Online User Comments under the European Convention on Human Rights*, in “Human Rights Law Review”, vol. 17, 2017, n. 4, p. 665 ss.

⁴⁹Corte EDU (Grande Camera), *Delfi c. Estonia*, 16 giugno 2015, ric. 64569/09; Corte EDU (Quarta Sezione), *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE), Index.hu Zrt c. Ungheria*, 2 maggio 2016, ric. 22947/13; Corte EDU (Quarta Sezione), *Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia*, 7 febbraio 2017, ric. 74742/14. A riprova dell’assenza di una particolare armonia tra questa casistica, si v. il commento di P. COSTANZO, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista*, in “DPCE on line”, 2017, n. 3, p. 767 ss. Su questa giurisprudenza cfr. anche G.E. VIGEVANI, *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, in “Diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2014, n. 2, p. 207 ss.; ID., *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, in “Forum di Quaderni costituzionali”, 4 febbraio 2014; L. NANNIPIERI, *L’aggiunta di commenti offensivi in calce ad un articolo di un portale informativo online in una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in “medialaws.eu”, 13 gennaio 2014.

⁵⁰Si v. per esempio Corte EDU (Seconda Sezione), *Ahmet Yildirim c. Turchia*, 18 marzo 2013, ric. 3111/10.

⁵¹Si v. Corte EDU (Seconda Sezione), *Kalda c. Estonia*, 6 giugno 2016, ric. 17429/10 e Corte EDU (Quarta Sezione), *Jankovskis c. Lituania*, 17 aprile 2017, ric. 21575/08. Su queste pronunce cfr. D. GALLIANI, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), “Diritti e libertà in Internet”, cit., p. 329 ss.

⁵²Spiega il punto, evidenziando le differenze di approccio tra state *action doctrine* statunitense e *Drittwirkung* alla luce del diverso grado di sensibilità del costituzionalismo nordamericano ed europeo, 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”, 2018, n. 3, p. 138 ss.

⁵³In merito a questa vicenda, è opportuno segnalare la recente decisione del Facebook Oversight Board che ha confermato la correttezza della decisione del social network di sospendere l’account di Trump, dal quale erano stati pubblicati contenuti di implicita approvazione in occasione dell’attacco al Campidoglio, richiamando però l’esigenza di una maggiore proporzionalità delle misure in questione con riferimento alla relativa durata (nella fattispecie, indefinita) e di maggiore trasparenza in relazione all’iter e ai criteri di adozione. Cfr. il comunicato *Il Comitato per il controllo conferma la sospensione per l’ex Presidente Trump e sostiene l’incapacità da parte di Facebook di imporre una sanzione adeguata*, in “oversightboard.com”, maggio 2021, nonché il testo integrale della *decisione nel caso 2021-001-FB-FBR*, *ivi*. In merito alla vicenda, cfr. il commento di M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in “Forum di Quaderni costituzionali”, 2021, n. 1, p. 195 ss.; ma v. anche l’editoriale di 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”, 2021, n. 1, 13 gennaio



2021. In merito alla decisione del Facebook Oversight Board si v. O. POLLICINO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in "verfassungsblog.de", May 11, 2021; 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", 2021, n. 2, p. 427 ss. In generale, sul ruolo dell'Oversight Board di Facebook, cfr. soprattutto K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in "The Yale Law Journal", 2020, n. 129, p. 2418 ss.; nonché A. JR GOLIA, *Beyond Oversight. Advancing Societal Constitutionalism in the Age of Surveillance Capitalism*, in "Int'l J. Const. L. Blog", March 5, 2021; P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", tomo I – Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale, Collana di studi di Consulta online, 2020.

⁵⁴*Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541 (S.D.N.Y. 2018).

⁵⁵La Corte d'appello ha puntualmente motivato la propria decisione evidenziando che, ancorché l'account in questione fosse intestato alla persona di Donald Trump e non riconducibile in quanto tale all'istituzione rappresentata dal presidente degli Stati Uniti d'America, inevitabilmente l'utilizzo da questi effettuato in costanza di carica fosse del tutto idoneo ad attrarlo nel campo degli *official, state-run account*. Nel motivare su tale qualificazione, i giudici hanno messo in luce che non vi è dubbio alcuno sul fatto che lo stesso account potesse configurarsi come uno spazio prettamente privato prima dell'elezione di Donald Trump a presidente e come lo stesso sarebbe verosimilmente "degradato" a tale originario status alla cessazione della carica. Tuttavia, le modalità di utilizzo e le connotazioni dell'account personale nel periodo dell'esercizio della carica erano tali da suffragare la qualificazione come spazio utilizzato da uno *state official*. La stessa Corte distrettuale aveva rilevato, con riguardo al requisito del *government control* ai fini della configurazione di un *public forum*, che: «the President presents the @realDonaldTrump account as being a presidential account as opposed to a personal account and [...] uses the account to take actions that can be taken only by the President as President». 302 F. Supp. 3d 541, 567. Anche la Corte d'appello ha confermato, anzi rafforzato il punto, evidenziando come non vi fosse dubbio alcuno circa l'esistenza di un «substantial and pervasive government involvement with, and control over, the Account» (Case 18-1691, p. 17), confermato anche dal fatto che l'account fosse adoperato «as a channel for communicating and interacting with the public about his administration» (*ivi*, p. 18).

⁵⁶*Ivi*, p. 16.

⁵⁷*Ibidem*.

⁵⁸Si coglie in questa sede un interessante richiamo alla recente pronuncia della Corte Suprema nel caso *Manhattan Community Access Corp. et al. v. Halleck et al.*, 587 U.S. (2019), in cui la Corte aveva spiegato che: «When the government provides a forum for speech (known as a public forum), the government may be constrained by the First Amendment, meaning that the government ordinarily may not exclude speech or speakers from the forum on the basis of viewpoint».

⁵⁹A commento di queste vicende, peraltro, v. anche P.L. MORRIS, S.H. SARAPIN, *You can't block me: When social media spaces are public forums*, in "First Amendment Studies", vol. 54, 2020, n. 1, p. 52 ss.

⁶⁰Il che appare pienamente coerente con il contenuto della Section 230 del CDA che, come detto, esonera da responsa-

bilità i prestatori di servizi per le attività di moderazione dei contenuti condotte in buona fede.

⁶¹No. 17-2002.

⁶²267 F. Supp. 3d 702 (E.D. Va. May 10, 2017). Le sentenze si sono appuntate, in questa vicenda, sulla rimozione di commenti e sospensione di account da parte della pagina pubblica Facebook gestita dalla Chair del Board of Supervisors della Contea di Loudoun, che veniva espressamente qualificata e connotata come appartenente a una figura pubblica che rivestiva un incarico politico e indubbiamente si poneva, in quella sfera, come uno *state official*.

⁶³In realtà la Corte d'appello si è posta questo interrogativo (relegandolo però a un nota a piè di pagina) in relazione non tanto al complessivo statuto giuridico applicabile ai social network in funzione del loro ruolo e della loro possibile connotazione come *public forum*, quanto invece in rapporto alla possibile natura proprietaria dei post e commenti pubblicati dagli utenti, argomento che, se applicato alle attività sociali di una pagina riconducibile a uno *state official*, sembrerebbe deporre a favore di una qualificazione come *government property*.

⁶⁴*Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*, 473 U.S. 788 (1985).

⁶⁵Invero, non si tratta delle uniche occasioni in cui la giurisprudenza si è occupata, in terra statunitense, di questa tematica, addivenendo a conclusioni non sempre convergenti. Tra le altre, merita ricordare: *Morgan et al v. Bevin*, 298 F. Supp. 3d 1003 (E.D. Ky. 2018), decisione della Corte distrettuale dell'Eastern District del Kentucky che è approdata a conclusione opposta, sostenendo che sulle piattaforme online i *public officers* possono limitare il proprio uditorio senza per questo violare il Primo Emendamento; *Campbell v. Reisch*, No. 19-2994 (8th Cir. 2021), sentenza della Corte d'appello dell'Eight Circuit che ha stabilito che la scelta di una deputata dello stato del Missouri di bloccare un utente da Twitter non fosse contraria al Primo Emendamento, sull'assunto che l'account adoperato non fosse utilizzato per *governmental activity* (e che, pertanto, essa non lo utilizzasse *under the color of state law*), a differenza dei casi *Trump e Davison*, e non fosse pertanto inteso a funzionare come un *public forum*; la pronuncia *Robinson v. Hunt County*, 2019 WL 1594319 (5th Cir Apr. 15, 2019), in cui la Corte d'appello per il Fifth Circuit ha giudicato contraria al Primo Emendamento la "censura" operata su alcuni contenuti pubblicati sulla pagina ufficiale Facebook dello sceriffo della contea di Hunt, nonostante un *disclaimer* secondo il quale gli utenti erano invitati a pubblicare input e commenti positivi in relazione a temi di pubblico interesse ma la pagina non costituiva un *public forum*.

⁶⁶Il tema è particolarmente dibattuto nell'ambito della letteratura che si è occupata di trasparenza algoritmica, anche in relazione all'art. 22 del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). Solo per alcune coordinate, si rinvia a C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in "DPCE", fascicolo speciale, maggio 2019, p. 101 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in "BioLaw Journal", 2019, n. 1, 63 ss.; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015; T. ZARSKY, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, in "Science, Technology & Human Values", vol. 41, 2016, n. 1, p. 118 ss.; D.K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process For Automated Predictions*, in "Washington Law Review", vol. 89, 2014, n. 1, p. 1 ss.; D.K. CITRON, *Technological Due Process*, in "Washington University Law Review", vol. 85, 2008, n. 6, p. 1249 ss.; G. DE GREGORIO, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*,



in “European Journal of Legal Studies”, vol. 11, 2019, n. 2, p. 65 ss. Merita inoltre una segnalazione la recente proposta della Commissione europea, del 21 aprile 2021, per l’adozione di un regolamento che definisce un approccio europeo sull’Intelligenza Artificiale.

⁶⁷Case No. 18-15712.

⁶⁸Si legga in proposito S. GARDBAUM, *The Horizontal Effect of Constitutional Rights*, in “Michigan Law Review”, vol. 102, 2003, n. 3, p. 387 ss.

⁶⁹Cfr. per esempio *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974).

⁷⁰Per una disamina accurata della rilevanza della *state action doctrine* nel caso in commento cfr. D. ZECCA, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in “MediaLaws”, 2020, n. 2, p. 340 ss.

⁷¹587 U.S. (2019). In tema cfr., volendo, la ricostruzione operata in M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 235 ss.; nonché il commento di D. ZECCA, *I canali a pubblico accesso non sono un public forum: i perché di un’occasione persa*, in “MediaLaws”, 2020, n. 1, p. 270 ss. Nella dottrina statunitense, tra gli altri, si v. E. GOLDMAN, *Private Publishers Aren’t State Actors—Manhattan Community Access v. Halleck*, in “ericgoldman.org”, June 26, 2019; A. HOWE, *Opinion analysis: Court holds that First Amendment does not apply to private operator of public-access channels*, in “SCOTUSblog”, June 17, 2019.

⁷²La sentenza ha comunque avuto il merito di rinvigorire il dibattito in materia; prima che i commentatori tornassero a occuparsene più di recente (si v. K. KLONICK, *The New Governors*, cit.; J. PETERS, *The “Sovereigns of Cyberspace” and State Action: The First Amendment’s Application (or Lack Thereof) to Third-Party Platforms*, in “Berkeley Tech. L.J.”, vol. 32, 2017, n. 2, p. 989 ss.) sul tema si era soffermato, in tempi non sospetti, anche P.S. BERMAN, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to ‘Private’ Regulation*, in “U. Colo. L. Rev.”, vol. 71, 2000, n. 4, p. 1263 ss.

⁷³587 U.S. (2019), spec. p. 10.

⁷⁴Case 5:17-cv-06064-LHK, p. 18.

⁷⁵326 U.S. 501 (1946).

⁷⁶Cfr. *Amalgamated Food Employees Union Local v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968); *Hudgens v. N.L.R.B.*, 424 U.S. 507, 513 (1976); *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972); *Flagg Bros., Inc. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 158 (1978).

⁷⁷Peraltro già la sentenza della Corte distrettuale del Southern District del Texas nel caso *Nyabwa v. Facebook*, 2018 WL 585467 (S.D. Tex. Jan. 26, 2018) aveva colto esattamente questo punto, smentendo il valore normativo della metafora enunciata dalla Corte Suprema e sottolineando che: «the Court did not declare a cause of action against a private entity such as Facebook for a violation of the free speech rights protected by the First Amendment».

⁷⁸948 F. Supp. 436 (E.D. Pa. 1996). Ma si v. anche *Howard v. Am. Online, Inc.*, 208 F.3d 741 (3d Cir. 2000) e le più recenti *Nyabwa v. Facebook*, cit.; *Shulman v. Facebook.com*, 2017 WL 5129885 (D.N.J. Nov. 6, 2017); *Kinderstart.com LLC v. Google, Inc.*, 2007 WL 831806 (N.D. Cal. Mar. 16, 2007); *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622 (D. Del. 2007).

⁷⁹A commento della *concurring opinion* di Justice Thomas si 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 on line”, 2021, n. 2. Si v. anche R. KRISHNAN, *The Pitfalls of Platform Analogies in Reconsidering the Shape of the First Amendment*, in “knightcolumbia.org”, May 19, 2021.

⁸⁰Infatti, nella visione di Justice Thomas, 593 U.S. (2021), spec. 4: «If part of the problem is private, concentrated control over online content and platforms available to the public,

then part of the solution may be found in doctrines that limit the right of a private company to exclude».

⁸¹In particolare, la categoria dei *common carriers* indica quegli operatori di servizi essenziali rispetto ai quali storicamente si è imposto per via legislativa un obbligo di servizio universale (*to serve all comers*), scelta che sottrae l’attività dei soggetti rilevanti a logiche di mercato e dunque all’equilibrio economico ma che contempla una remunerazione del sacrificio occasionato dalla necessità di operare in condizioni anche anti-economiche a carico del pubblico. La somiglianza tra le piattaforme digitali e questi operatori sarebbe, ad avviso di Justice Thomas, particolarmente visibile, soprattutto avendo riguardo a quei soggetti che agiscono in condizioni pressoché di monopolio o di oligopolio, data l’assenza di alternative comparabili a causa anche della forte concentrazione di potere di mercato.

⁸²Qualche dubbio potrebbe nascere dalla recente costituzione di un ufficio “ad hoc” (si v. il sito www.45office.com), The Office of Donald J. Trump...

⁸³Così M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit.

⁸⁴*Amplius* in tema cfr. M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in “Cardozo Law Review”, vol. 24, 2003, n. 4, p. 1523 ss. Per una disamina comparata in tema di *hate speech*, si v. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l’istigazione all’odio razziale*, Cedam, 2009.

⁸⁵Non va peraltro dimenticato che la decisione di Twitter e Facebook è giunta dopo che mesi addietro Trump aveva adottato un discusso Executive Order che mirava a riformare la disciplina sulla responsabilità dei prestatori di servizi affidato alla *Good Samaritan clause* della Section 230 CDA. Al di là del merito delle proposte di riforma, già ampiamente dibattute da tempo in dottrina, deve essere evidenziato come tale proposta non fosse estranea a una forte contrapposizione di carattere anche personalistico tra l’allora presidente e i social network. Sulle varie sfaccettature di questa vicenda cfr., tra gli altri, i commenti di 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”, 8 giugno 2020; G. DE GREGORIO, R. RADU, *Trump’s Executive Order: Another Tile in the Mosaic of Governing Online Speech*, in “medialaws.eu”, June 6, 2020 nonché G. CASAVOLA, *L’executive order di Trump e l’Internet che nessuno vorrebbe, ivi*, June 22, 2020. Cfr. anche G.F. FERRARI, *L’executive order sulla prevenzione della censura online: quali effetti sull’autonomia dei social network?*, in “DPCE on line”, 2020, n. 2, p. 1145 ss.; V. AZZOLLINI, *Cosa ci dice il caso Trump sulla natura di Internet e dei social media*, in “Il Sole 24 Ore”, 23 giugno 2020.

⁸⁶Così C. MELZI D’ERIL, G.E. VIGEVANI, *Facebook vs. Casapound: un social network è davvero un servizio pubblico?*, in “Il Sole 24 Ore”, 15 dicembre 2019.

⁸⁷Per una comparazione tra Europa (e in particolare Germania) e Stati Uniti, cfr. P.E. QUINT, *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*, in “Maryland Law Review”, vol. 48, 1989, n. 2, p. 247 ss.

⁸⁸A partire dal celeberrimo caso *Lüth* deciso dal Tribunale costituzionale federale tedesco, BverfGE 7, 198 (1958).

⁸⁹In tal senso sembra deporre anche M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, cit., p. 131, richiamando peraltro C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958, nt. 61.

⁹⁰CGUE (Grande Sezione), *Google Spain SL vs Agencia de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, 13 maggio 2014, C-131/12.



⁹¹Era la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, allora vigente, ed è ora il regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) a stabilire in capo all'interessato i cui dati personali siano oggetto di trattamento da parte del titolare il diritto alla cancellazione. Si può dire che la Corte di giustizia, nella sentenza appena ricordata, è stata in grado di applicare a soggetti diversi da quelli che trattano direttamente i dati sui loro siti sorgente in quanto editori, ossia ai motori di ricerca, regole istitutive di diritti in capo agli interessati già per vero vigenti ma mai ritenute suscettibili di enforcement in quella direzione.

⁹²Così O. POLLICINO, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in "Il Sole 24 Ore", 14 maggio 2014.

⁹³A tacere, peraltro, delle forzature giurisprudenziali che hanno portato alla luce la figura "ibrida", non oggetto di codificazione normativa, del c.d. provider attivo.

⁹⁴In questi termini, volendo, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 107 ss.

⁹⁵Si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui all'interno delle condizioni di servizio, e dunque sul piano contrattuale, si faccia ricorso a una terminologia eccessivamente aperta e generica per delimitare fattispecie (che pur potrebbero avere un corrispondente normativo) che legittimano la rimozione di contenuti o ancora la disattivazione del servizio, come per esempio quella, già di per sé problematica, di *hate speech*.

⁹⁶1 BvQ 42/19, ord. 22 maggio 2019. Per un commento, cfr. E. TUCHTFELD, *Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum, III. Weg*, in "verfassungsblog.de", May 26, 2019.

⁹⁷La vicenda aveva tratto origine dalla decisione di Facebook di rimuovere un articolo che era stato pubblicato il 21 gennaio 2019 sulla pagina appartenente al movimento politico Der Dritte Weg. L'articolo era infatti stato ritenuto dal social network una forma di *hate speech* contraria alle condizioni di servizio e agli standard della comunità. Contestualmente, veniva limitata la possibilità per la pagina in questione di pubblicare contenuti per un periodo di trenta giorni. In seguito, l'accanto veniva invece sospeso. Il partito ricorreva in sede cautelare contro la misura adottata da Facebook, eccependo la violazione dell'art. 5 della Legge fondamentale tedesca, che garantisce la libertà di espressione, anche in combinazione con altre previsioni a tutela del pluralismo politico. Si invocava, dunque, una efficacia indiretta con effetti orizzontali di tali norme costituzionali nel rapporto interpretato tra Facebook e il partito politico. Tale efficacia non è stata messa in discussione nemmeno dai giudici che hanno rigettato la domanda cautelare, i quali hanno però ritenuto che il social network avesse correttamente fatto applicazione degli obblighi scaturiti dal NetzDG (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*), ossia la legge tedesca per migliorare la tutela dei diritti sui social network entrata in vigore il 1° ottobre 2017 (di cui è disponibile la traduzione italiana a cura di G. GIANNONE CODIGLIONE, *Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network*, in "MediaLaws", 2017, n. 1, p. 185 ss.), in quanto il contenuto apparso sul sito era stato giudicato integrare la fattispecie di istigazione all'odio punita dalla § 130 del StGB (il codice penale tedesco, *Strafgesetzbuch*). A proposito del NetzDG, si v. tra gli altri i commenti di S. THEIL, *The German NetzDG: A Risk Worth Taking?*, in "verfassungsblog.de", Feb. 8, 2018 e M. HONG, *The German Network Enforcement Act and the Presumption in Favour of Freedom of Speech*, *ivi*, Jan. 22 2018. Cfr. anche V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in "MediaLaws", 2018, n. 3, p. 110 ss.

⁹⁸Il ragionamento del Tribunale costituzionale federale pare così maggiormente incentrato sul *periculum* che un atto di censura privata come quello messo in atto da Facebook

avrebbe potuto determinare rispetto all'esercizio della libertà di espressione ma anche (e forse soprattutto) in relazione al regolare svolgersi dell'allora imminente competizione elettorale in condizioni di garanzia del pluralismo politico. Vale peraltro la pena precisare che l'ordine del *Bundesverfassungsgericht* ha riguardato esclusivamente il ripristino della pagina Facebook, mentre il Tribunale non ha messo in discussione la correttezza della rimozione dell'articolo.

⁹⁹Trib. Roma, sez. impresa, ord. 12 dicembre 2019, confermata poi, in sede di reclamo cautelare, dall'ordinanza collegiale Trib. Roma, sez. impresa, 29 aprile 2020 (caso *CasaPound c. Facebook*); Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 23 febbraio 2020 (caso *Forza Nuova c. Facebook*). Per un'accurata disamina delle sentenze e dei loro vari profili si v. 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", 2021, n. 1, p. 173 ss. Cfr. anche P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in "MediaLaws", 2020, n. 1, p. 146 ss.; C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*, in "sidiblog.org", 20 gennaio 2020 e la "replica" di P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, *ivi*, 20 gennaio 2020. Cfr. ancora P. ZICCHITTO, *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, in "MediaLaws", 2020, n. 2, p. 81 ss.; R. BIN, *Casa Pound vs. Facebook: un'ordinanza che farà discutere*, in "Iacostituzione.info", 15 dicembre 2019; A. VENANZONI, *Pluralismo politico e valore di spazio pubblico della piattaforma social Facebook: la vicenda CasaPound*, in "Diritto di Internet", 12 dicembre 2019; 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 costituzionale", 2020, n. 2, p. 430 ss.

¹⁰⁰Evidenziano l'assenza completa di sintonia tra le decisioni in commento 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.

¹⁰¹Giova osservare che le ordinanze in parola sono state emanate da sezioni diverse, rispettivamente dalla sezione impresa e dalla sezione tutela dei diritti e immigrazione. Non è dato, naturalmente, comprendere se la differente "specialità" dei giudici assegnatari delle regudicande abbia potuto in qualche modo giocare un ruolo ma si tratta di un dato che merita forse di essere registrato. Per una lettura critica dell'atteggiamento giurisprudenziale nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi mi permetto un rinvio, volendo, a M. BASSINI, *Mambo Italiano: the perilous Italian way to ISP liability*, in B. Petkova, T. Ojanen (eds.), "Fundamental Rights Protection Online. The Future Regulation of Intermediaries", Edward Elgar, 2020, p. 84 ss.

¹⁰²Mette bene in evidenza il punto, e soprattutto l'incongruenza di tale conclusione, con le conseguenze in termini di snaturamento del ruolo di questi soggetti che ne deriverebbero, P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?*, cit., spec. p. 441.

¹⁰³Peraltro, proprio la qualificazione "in via di fatto" con richiami a circostanze empiriche operata dal giudice pone il dubbio sull'effettiva sovrapponibilità tra la categoria dei social network in quanto tale e l'ambito dei prestatori di servizi che rivestono una speciale posizione. Tutti i social network sono gravati da questa speciale responsabilità, o soltanto alcuni, per esempio quelli che contano un numero particolarmente elevato di utenti? Queste considerazioni non paiono così lontane sia dagli intendimenti perseguiti da alcuni legislatori nazionali (come quello tedesco, che con la già ricordata legge nota come NetzDG, ha previsto particolari obblighi di enforcement per



i social network con più di due milioni di utenti in Germania, rafforzando significativamente la tutela dei diritti in rete ma anche minacciando importanti sanzioni a carico dei prestatori di servizi inadempienti), sia da quelli che paiono caratterizzare il legislatore dell'Unione europea che, con la proposta di regolamento nota come *Digital Services Act*, già richiamata, sembra collocarsi nella direzione di una modularità di regole che istituisca obblighi più stringenti in capo alle piattaforme online «di dimensioni molto grandi» (cfr. l'art. 25 della proposta), ossia quelle che «prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni», da calcolarsi secondo una metodologia specifica. In questa direzione sembra orientarsi anche O. GRANDINETTI, *op. cit.*, spec. p. 190.

¹⁰⁴In tema si può leggere M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, 2003.

¹⁰⁵Così al p. 10.

¹⁰⁶Così al p. 25.

¹⁰⁷Non mi diffondo in questa sede sul diverso grado di apertura che le norme interne e le norme sovranazionali offrirebbero rispetto all'inquadramento delle manifestazioni di pensiero qui in discorso, rinviando alle osservazioni svolte nei contributi già citati da Corrado Caruso (*La libertà di espressione presa sul serio. CasaPound c. Facebook, Atto I*) e Pasquale de Sena con Marina Castellaneta (*La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*).

¹⁰⁸Così a p. 14, dove si parla di una «speciale posizione» di Facebook senza tuttavia – così almeno pare – che ciò sottenda alcun rilievo normativo.

¹⁰⁹Un esito analogo si è avuto con l'ord. 22 gennaio 2021 del Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, in cui il collegio ha respinto le doglianze di due attivisti politici affiliati a CasaPound contro la rimozione dei rispettivi account Facebook occasionata dalla pubblicazione di contenuti incitanti all'odio. A giudizio del collegio, infatti, i post oggetto di condivisione da parte degli attivisti costituivano indubbiamente atti di incitamento all'odio, la cui natura illecita avrebbe potuto senz'altro essere riconosciuta a prescindere da un accertamento sulla legalità dell'associazione politica CasaPound. Proprio questa circostanza ha permesso al Tribunale di concludere che correttamente Facebook avesse provveduto alla rimozione in forza non soltanto delle disposizioni contrattuali ma anche di quelle di legge (che prevedono la responsabilità in caso di mancata rimozione di un contenuto manifestamente illecito di cui si abbia avuta conoscenza effettiva).

¹¹⁰Nello stesso senso si era espresso, nel gennaio 2020, anche il Tribunale di Siena (Trib. Siena, ord. 19 gennaio 2020), a seguito dell'oscuramento del profilo Facebook di un soggetto riconducibile a CasaPound per via della pubblicazione di esternazioni di carattere discriminatorio. Il giudice ha riconosciuto il diritto di origine contrattuale di Facebook di procedere alla disattivazione della pagina e del profilo del ricorrente, a causa della pubblicazione di contenuti risultati in violazione delle

condizioni di policy. Secondo il Tribunale, la predetta disattivazione non integra quindi una violazione contrattuale, né tantomeno Facebook può «seriamente essere paragonata a[d] un soggetto pubblico nel fornire un servizio, pur di indubbia rilevanza sociale e socialmente diffuso, comunque prettamente privatistico» (p. 4). L'ordinanza aggiunge, inoltre, che «la scelta di privare l'utente della piattaforma social rientra nel diritto di recesso, peraltro compiutamente regolamentato. Né ciò può realmente rappresentare una lesione ai diritti fondamentali e[d] inviolabili della persona garantiti a livello costituzionale, ovvero di autodeterminarsi (art. 2 Cost.), di poter svolgere la propria attività politica in un contesto di uguaglianza e pari opportunità con gli altri esponenti di tutte le altre fazioni (art. 3 Cost.), di ambire (anche in forma professionale e remunerata) a cariche politico-istituzionali (artt. 4, 49, e 51 Cost.), di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.). Invero, trattasi di diritti, questi, certamente liberamente esercitabili in contesti diversi, pubblici e, comunque, idonei alla più ampia espressione della propria personalità nell'ambito di una leale competizione politica con la possibilità di condividere con gli appartenenti a quella certa corrente la propria ideologia» (p. 5). A commento di questa pronuncia si v. anche P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?*, cit., p. 443 ss. Nello stesso senso, v. anche Trib. Trieste, ord. 27 novembre 2020, con nota di S. THOBANI, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, in «Persona e mercato», 2021, n. 2, p. 426 ss.

¹¹¹Di cui è vivida testimonianza la già ricordata pronuncia Cass. civ., sez. I civ., n. 7708/2019.

¹¹²Per una diffusa trattazione della missione del servizio pubblico in era digitale, si v. G.E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete*, Giappichelli, 2018.

¹¹³Naturalmente sul rapporto tra libertà e mezzi trasmissivi valgono le lungimiranti considerazioni esposte dalla più chiara dottrina in tempi non sospetti: A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21 Costituzione*, in G. Branca (a cura di), continuato da A. Pizzorusso, «Commentario della Costituzione», 2006.

¹¹⁴A tacere, in questa sede, delle problematiche che possono riguardare la protezione dei dati personali, su cui v. G. CERRINA FERONI, *Libertà di espressione, Garante privacy: «Troppo potere alle big tech, ecco come intervenire»*, in «agendadigitale.eu», 11 maggio 2021.

¹¹⁵Rispetto alla specifica problematica del rapporto tra piattaforme online e figure politiche (e dunque tra «potere privato» e potere pubblico), nello stesso senso appare la prima proposta formulata da A. PALMIERI, *op. cit.*, p. 64, che richiama l'adozione dei Principi di Santa Clara definiti nel 2018, auspicando piena considerazione anche all'interno del *Digital Services Act*.

¹¹⁶Spunti condivisibili nella stessa direzione sembrano emergere in V. AZZOLLINI, *Chi ha paura della libertà di internet?*, in «IBL Focus», 13 dicembre 2019, n. 313.

* * *

Freedom of expression between new “public fora” and “private powers”. A comparative overview

Abstract: This paper draws a comparative overview on recent case law developments in the US and Europe concerning the legal status of social networks, which stands out as a hot topic in light of the upcoming reform that European Union institutions are planning in the field of digital services. The goal of the paper is to bring to light how the frequent claim that social networks should be equalized to public fora or state actors and that the relevant services should be treated likewise may trigger unintended consequences for freedom of expression.

Keywords: Social network – Freedom of expression – Internet service provider – Private powers – Deplatforming

L'effettività del diritto alla disconnessione: una sfida per il diritto del lavoro

Mirko Altimari

L'articolo analizza il tema del diritto alla disconnessione nell'ambito dell'ordinamento italiano. Introdotto per la prima volta nel 2017 con la legge che ha disciplinato il lavoro agile, l'effettività di questo diritto è stata messa a dura prova dalla pandemia e dalle norme emergenziali. L'articolo dà conto dei tentativi da parte del Parlamento europeo e delle parti sociali europee di introdurre, a livello europeo, un diritto alla disconnessione. Nel frattempo appare necessario far leva sui principi generali dell'ordinamento e sulle regole già presenti in tema di orario di lavoro per assicurare questo diritto a tutti i lavoratori subordinati.

Lavoro agile – Diritto alla disconnessione – Principi generali dell'ordinamento giuridico – Diritto del lavoro dell'Unione europea – Contrattazione collettiva

SOMMARIO: 1. Lavoro digitale: come contrastare l'always on? – 2. Il diritto alla disconnessione: l'esempio dell'ordinamento francese – 3. Il diritto alla disconnessione: dalla legge del 2017 ai più recenti interventi dell'ordinamento uni-europeo – 4. Prestazione lavorativa e atti preparatori: alla ricerca di un fondamento per un generale diritto alla disconnessione.

1. Lavoro digitale: come contrastare l'always on?

L'argomento che vorrei sinteticamente affrontare riguarda quella che si può definire la tenuta dell'impianto normativo-garantistico con riferimento ai tempi di lavoro e non lavoro, anche alla luce dell'esperienza pandemica e della conseguente decretazione emergenziale, che ha di fatto arricchito l'istituto del cd. lavoro agile, di una nuova finalità di interesse pubblico, *id est* la lotta alla diffusione del Covid-19¹.

Non appaia eccentrico però che questa analisi prenda le mosse da alcuni dei principi di fondo del nostro ordinamento positivo, sebbene, come noto, il legislatore sia intervenuto con alcune disposizioni puntuali prevedendo (e, nei mesi scorsi, integrando) norme in tema di diritto alla disconnessione.

Le premesse dalle quali prendono le fila queste riflessioni sono anch'esse patrimonio comune: da un lato la pervasività di un lavoro sempre più digitalizzato. È anche a causa di ciò che, come condivisibilmente è stato scritto «a differenza di trenta o quarant'anni fa, l'uomo del XXI secolo lavora di più, produce molto di più, ma guadagna di meno e ha a disposizione meno tempo libero. Un bilancio, bisogna dire, invero preoccupante»².

Dall'altro lato non è certamente neutra la circostanza per cui il tempo di non lavoro continui anche lessicalmente a definirsi attraverso una sottrazione rispetto all'adempimento «e non come limite esterno di esigibilità della prestazione»³.

Dati questi punti di partenza, risulta evidente come le necessità di tutela appaiono oggi particolarmente sentite, non soltanto per i cd. lavoratori agili cui si rivolge la norma sul diritto alla disconnes-

M. Altimari è ricercatore di Diritto del lavoro nella Facoltà di Economia dell'Università Cattolica di Milano. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci.



sione contenuta nell'art. 19 legge 22 maggio 2017 n. 81, nonché nel più recente art. 2, co. 1-*ter* del d.l. n. 30/2021 (convertito da l. n. 61/2021), ma più in generale, per larghi strati di prestatori di lavoro che, in primissima approssimazione, possiamo definire lavoratori digitali *tout court*, per i quali l'affievolimento delle tradizionale coordinate spazio temporali (quella che potremmo considerare l'unitarietà "aristotelica" di tempo, di luogo e di azione) entro cui collocare utilmente la propria prestazione lavorativa, se da un lato rappresenta senz'altro una opportunità dall'altra cela il rischio – invero nemmeno troppo remoto – di una modalità che altre scienze umane hanno definito *always on*⁴.

Pare financo banale evidenziare come questo processo a seguito della pandemia da Covid-19 sia stato ulteriormente enfatizzato, coinvolgendo un numero elevatissimo di lavoratori.

2. Il diritto alla disconnessione: l'esempio dell'ordinamento francese

Molto si è già discusso del preteso "nuovo" diritto alla disconnessione introdotto a partire dal 1° gennaio 2017 in Francia dalla *Loi Travail* (n. 1088 dell'8 agosto 2016). In realtà – a ben vedere – come è stato evidenziato, questa disposizione «ne consacre pas un "droit à la déconnexion" mais elle le *présuppose* puisque les articles L. 2242-8, L. 3121-64 et L. 3121-65 du Code du travail évoquent l'obligation de prévoir les "modalités d'exercice du droit à la déconnexion"»⁵.

Dette modalità di esercizio prevedono che nelle aziende con più di cinquanta dipendenti il diritto alla disconnessione – del quale non viene data alcuna definizione – debba essere disciplinato obbligatoriamente nell'ambito dei negoziati obbligatori «sulla parità professionale e la qualità della vita».

Sembrerebbe atteggiarsi dunque, nei confronti del datore di lavoro, quale una sorta di obbligo a negoziare o, *rectius*, in ogni caso a prevedere, anche nell'alveo di appositi regolamenti predisposti unilateralmente, le modalità di esercizio di tale diritto.

A detta previsione si è arrivati in Francia anche a seguito del cosiddetto Rapporto Mettling del settembre 2015⁶ e dopo una serie di accordi collettivi stipulati da imprese di grandi dimensioni che disciplinavano tale diritto a disconnettersi, da parte del lavoratore, al di fuori dell'orario di lavoro, collocandolo nel più ampio quadro di quella che ormai tradizionalmente seguiamo a definire conciliazione tra vita e lavoro, concetto che necessariamente merita di essere ripensato valutandone l'impatto con le nuove tecnologie.

In realtà non si può davvero ignorare come il tema sia stato sollevato per la prima volta dalla dottrina francese ormai quindici anni fa⁷, e la circostanza è ancora più peculiare se pensiamo che all'epoca senz'altro Internet iniziava ad avere una diffusione di massa ma gli smartphone e i cosiddetti social network erano ben lontani da venire.

Ritornando brevemente ai succitati accordi collettivi che disciplinano, con modalità differenti, questo diritto alla disconnessione, da un punto di vista tecnico si possono rintracciare alcuni profili interessanti, cui in questa sede si può appena accennare. In alcuni casi è previsto un vero e proprio blocco dei server di posta elettronica nel caso in cui alla sera, durante la fine settimana o nel periodo di ferie, si tenti di contattare il dipendente. L'invio delle mail si sospende e le comunicazioni possono essere deviate o ad altri dipendenti o – terminato il blocco – allo stesso destinatario. In Francia l'esempio più noto e citato è quello della società Orange, o per pensare ad altri ordinamenti a quello della Volkswagen che dal 2011 ha istituito il blocco all'accesso alle e-mail aziendali, tutti i giorni dalle 18:15 alle 7 e durante la fine settimana.

Ma dubito che quella tecnica sia la questione principale. Per quanto raffinati e tecnologici possano essere i "blocchi" in questione, vi sono ipotizzo altrettante modalità per aggirare dette barriere. Inoltre è appena il caso di accennare in questa sede alla sempre maggiore diffusione anche per questione di costi delle politiche aziendali definite *cd. Bring your own device* (BYOD) per cui non vi è alcuna distinzione anche in ordine all'hardware utilizzato per lavoro e per interesse personale (sebbene in questa sede non sia possibile indagare ulteriormente su alcune potenziali criticità, ad esempio in ordine alla sicurezza dei dati).

Coglie nel segno una attenta dottrina francese che ribalta concettualmente la prospettiva ritenendo che in alcuni casi sarebbe per certi aspetti più semplice – quasi consolatorio, potrei aggiungere – ritenere che tutti i lavoratori che si connettono fuori dall'orario di lavoro lo fanno perché costretti dal datore⁸, mentre evidentemente in alcuni casi così non è. In altri casi ritengo debbano entrare in gioco anche l'organizzazione del lavoro e perché no, la tematica della valutazione della performance a causa di una certa (in)cultura del lavoro, tutta italiana, che associa l'orario di lavoro con la presenza fisica in ufficio meglio ancora (mi si passi la provocazione) con il controllo che verrebbe da definire almeno potenzialmente "visivo" da parte del datore o di chi ne fa le veci.

Tutto ciò è vero a patto che «s'il faut prendre au sérieux l'énonciation d'un tel droit, cette dernière, à l'évidence, ne suffit à le rendre effectif [...]



Autrement dit, le droit à la déconnexion est-il une chimère?»⁹.

Ritengo che questo sia il punto dirimente: non credo sfugga il livello di ineffettività che riguarda in generale la nostra materia ma – empiricamente mi sento di dire – in modo particolare gli istituti connessi all’orario di lavoro.

3. Il diritto alla disconnessione: dalla legge del 2017 ai più recenti interventi dell’ordinamento uni-europeo

In ordine alla disconnessione *à l’italienne* (e l’occasione deriva dalla previsione contenuta nell’art. 19 della legge n. 81/2017 nonché nella recente normativa del 2021) occorre però riflettere circa l’esatta qualificazione in termini giuridici del comportamento del lavoratore subordinato – *tout court* – non solo di quello “agile”, il quale rimane connesso anche fuori dall’orario di lavoro *id est* quali siano i contorni del diritto a non subire intrusioni provenienti dal suo datore di lavoro nel suo tempo di non lavoro.

Il diritto alla «disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» per i soli casi di lavoro agile¹⁰ – da intendersi non quale autonoma tipologia contrattuale bensì quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato – prevede che, con il cd. patto di lavoro agile vale a dire con l’accordo tra il datore di lavoro e prestatore, siano individuate «le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

Questa previsione ha quindi un ambito di applicazione molto ristretto. Vero è che la disposizione francese dispone che si debbano prevedere modalità di esercizio di detto diritto per le sole aziende con più di cinquanta dipendenti – ma si riferisce pur tuttavia a tutti i lavoratori subordinati.

A me pare che la premessa teorica necessaria ai fini dell’approfondimento della questione sia che non ci troviamo dinanzi a un diritto nuovo, ma tutt’al più di fronte ad un nuovo, in ordine alla strumentazione, adeguamento tecnologico per rendere effettive tutele già presenti nell’ordinamento (anzi, la normativa in tema di orario di lavoro è quanto di più storicamente presente) e ciò può servire ad incanalare la discussione entro la tradizionale analisi della relazione tra disponibilità e contratto di lavoro «messa in luce dall’intreccio e talvolta dalla sovrapposizione tra le nozioni di “non lavoro, tempo libero e riposo”»¹¹.

Niente di nuovo sotto il sole? Da sempre il diritto del lavoro «rappresenta un osservatorio privilegiato dei rapporti tra Diritto e tecnica»¹² e appa-

re quasi superfluo rilevare come ancora più di altre branche dell’ordinamento esso sia da sempre soggetto all’influenza del cambiamento tecnologico¹³. Anzi possiamo dire che ogni generazione di lavoratori ne abbia vissuto uno, pertanto di per sé questo rapporto “dialettico” è nell’ordinarietà delle cose. Ma, pur non potendo prevedere dove la “Rivoluzione digitale” ci porterà, sul dato profondamente strutturale del cambiamento che stiamo vivendo nonché sulla velocità dello stesso (se prima lo stesso si misurava in generazioni adesso in pochi anni) non mi pare che alcuno possa dubitare¹⁴.

Dal momento che la decretazione emergenziale ha stravolto l’istituto del lavoro agile (derogando allo stesso architrave dell’assetto pensato dal legislatore, rappresentato dal cd. patto di lavoro agile) di fatto generalizzando per un gran numero di prestatori di modalità di lavoro da remoto (*rectius*, almeno nei mesi del cd. lockdown, di fatto si è trattato di lavoro obbligato dal proprio domicilio), da ultimo il legislatore è intervenuto con una disposizione che ritorna su quel diritto alla disconnessione che, a ben vedere, nella disposizione del 2017 si limitava ad evocare, lasciando poi al patto di lavoro agile il concreto bilanciamento degli interessi in gioco.

Dal punto di vista della tecnica normativa è importante evidenziare come la novella del 2021 non modifichi la legge n. 81/2017 ma, in maniera invero estemporanea, è stata posta in essere in occasione della conversione in legge n. 61/2021 del decreto-legge n. 30/2021. Si prevede dunque un comma 1-*ter* dell’art. 2 (che regola invece la fruizione dei congedi straordinari e del lavoro agile per genitori con figli minori di sedici anni in particolari condizioni) riconoscendo «al lavoratore che svolge l’attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L’esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi».

In ogni caso, al di là dell’eccezionalità della situazione pandemica, almeno due aspetti concernenti il lavoro agile meritano di essere segnalati.

Il primo concerne il ruolo dell’autonomia collettiva: sebbene la disposizione del 2017 non ne faccia alcun cenno, il ruolo della contrattazione collettiva è senz’altro rilevante in materia: intanto perché i prodromi dei cd. accordi di smart working, anche in assenza di una disposizione legislativa, si devono alle sperimentazioni di diverse realtà aziendali; ma so-



prattutto detto ruolo sarà decisivo nel momento in cui ci si troverà a regolamentare il post-pandemia che – pare evidente a tutti – non potrà consistere in un mero ritorno allo *status quo*.

Pertanto l'autonomia collettiva deve necessariamente continuare ad avere un ruolo di garanzia, non potendosi delegare alla (sola) libera determinazione delle parti individuali la regolamentazione di interessi costituzionalmente tutelati quale quello della programmabilità del tempo di lavoro e di vita. Questo però a patto che la stessa (e in questo consiste una delle sfide, tutta da vincere, perché rappresenta un grandissimo cambiamento culturale) sappia contrattare le differenze ed offrire all'interno dell'ambito dell'orario di lavoro una serie ampia e coerente di fattispecie di assetti regolativi; all'interno di questi sarà in ultima istanza la decisione del singolo lavoratore a scegliere quella che, magari in quel momento della sua vita – poiché evidentemente le esigenze mutano (pensiamo alla necessità di far fronte ad impegni di studio, o al crescere dei figli e via discorrendo: sono miriadi le ipotesi che la vita concreta ci pone davanti e che spesso è arduo conciliare con la rigidità delle norme e dell'organizzazione aziendale) – ritiene essere la scelta ottimale.

La premessa teorica di tale «contrattazione delle differenze» è che la tutela del singolo lavoratore e la omogeneità di disciplina, siano due aspetti che «non sono tra loro né equivalenti né necessariamente correlati come mezzo a fine: la tutela del singolo non richiede una necessaria uniformità di disciplina e l'uniformità di disciplina non sempre si traduce in tutela del singolo»¹⁵.

La seconda circostanza alla quale in questa sede si vuole far riferimento è rappresentata dal ruolo dell'ordinamento uni-europeo. Nel gennaio del 2021 il Parlamento UE ha approvato una Risoluzione¹⁶ recante raccomandazioni alla Commissione sulla proposta di Direttiva sul diritto alla disconnessione, da intendersi quale diritto sociale fondamentale dei lavoratori, in quanto strettamente collegato al loro benessere e alla loro salute fisica e mentale, ponendosi evidentemente in continuità con gli interventi Ue che si fondano sulle competenze in tema di salute e sicurezza sul lavoro (artt. 153-154 TFUE)¹⁷.

Si tratta di un intervento rilevante anche se al momento forse più da un punto di vista politico che giuridico: oggettivamente infatti sarà difficile che si abbia, quantomeno in tempi brevi, una modifica della direttiva sull'orario di lavoro che tenga conto del diritto alla disconnessione.

Una possibile soluzione potrebbe consistere in una direttiva di applicazione volta ad aggiornare alcune nozioni della direttiva sull'orario di lavoro, sulla

falsariga di quello che è avvenuto per la normativa in tema di distacco dei lavoratori.

Come sempre un ruolo fondamentale è quello svolto dalla Corte di Giustizia, la quale di recente si è espressa con alcune pronunce le quali, sebbene non riguardino espressamente il diritto alla disconnessione, hanno più di un punto di contatto con la materia: si pensi ad es. alla sentenza del 21 febbraio 2018, C-518/15¹⁸ che ha statuito come «le ore di disponibilità che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle chiamate del suo datore di lavoro entro un periodo estremamente breve (obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività) devono essere considerate come orario di lavoro». Molto interessante è altresì la ancor più recente pronuncia del 14 maggio 2019, C-55/18 resa su un tema in apparenza secondario, ma in realtà centrale, la quale statuisce che al fine di assicurare l'effetto utile dei diritti previsti dalla direttiva sull'orario di lavoro e dalla Carta, gli Stati membri devono imporre ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore. Secondo la pronuncia è compito degli Stati membri definire le modalità concrete di attuazione di tale sistema, in particolare la forma che esso deve assumere, tenendo conto, se del caso, delle specificità proprie di ogni settore di attività interessato, e altresì delle particolarità, in special modo, delle dimensioni di talune imprese¹⁹.

Inoltre, sempre con riferimento all'ordinamento uni-europeo ampiamente inteso, giova ricordare il contenuto dell'Accordo quadro delle parti sociali europee sulla digitalizzazione²⁰, stipulato nel giugno 2020, che si sviluppa attorno a quattro macrotematiche: oltre al diritto alla disconnessione, formazione professionale, intelligenza artificiale nonché gli effetti del controllo tecnologico sul rapporto di lavoro.

4. Prestazione lavorativa e atti preparatori: alla ricerca di un fondamento per un generale diritto alla disconnessione

Evidentemente l'assenza di una norma *ad hoc* nell'ordinamento interno, che riguardi tutti i lavoratori subordinati e non solo coloro i quali svolgono la propria prestazioni con modalità agili, ci impegna, ancora maggiormente, nel riflettere in base ai principi generali dell'ordinamento, in ordine all'esistenza anche nel nostro ordinamento di un diritto del lavora-



tore che potremmo definire, in via approssimativa, a non utilizzare gli strumenti di lavoro digitali (devices quali smartphone, tablet, computer portatili) al di fuori dell'orario lavorativo.

Come si anticipava poc'anzi, le modalità tecniche sono necessariamente ancillari rispetto a una ben precisa configurazione delle situazioni giuridiche soggettive in oggetto. Ma è innegabile che il prolungamento dell'orario normale giornaliero rappresenti sempre più l'ordinarietà, per via (anche) dell'invasività delle dotazioni tecnologiche di cui ognuno di noi ha esperienza quotidiana.

Esiste pertanto un obbligo giuridico da parte del prestatore di lavoro di rispondere alle richieste provenienti dal datore di lavoro per il tramite di messaggi di testo, mail, etc., al di fuori dell'orario di lavoro? Mi pare banale evidenziare come la propria prestazione lavorativa debba collocarsi all'interno dell'orario di lavoro concordato. E certamente non possiamo accontentarci di questa risposta.

Di per sé lo stare a disposizione non è una figura monolitica bensì può essere ricondotto a due concetti differenti, che anche nel dizionario giuridico si tende talora a confondere o a sovrapporre: la disponibilità «la quale si dà quando lo stare a disposizione è oggetto del contratto di lavoro subordinato» e la reperibilità vale a dire «uno stare a disposizione che è parte di un regime peculiare dell'orario entro un rapporto di lavoro subordinato che ha per oggetto la relativa prestazione lavorativa e non la disponibilità in quanto tale»²¹, in questo senso “impropriamente” *tertium genus* tra lavoro e riposo ma pur sempre estensione della disciplina dell'orario²².

Quindi, lo strumento più adeguato potrebbe essere almeno teoricamente la reperibilità e la sua relativa indennità.

Ma, sempre in assenza di una regolamentazione puntuale, a me pare che debba essere preso in considerazione anche un ulteriore elemento, cioè la – non sempre facile, nei fatti – distinzione tra eventuale prestazione lavorativa vera e propria, magari richiesta dal datore “a distanza” al termine della giornata lavorativa o durante il fine settimana e altre attività che invece potremo definire atti di diligenza «preparatori dell'attività lavorativa»²³; è evidente che questa distinzione lungi dall'essere meramente nominalistica attiene alle conseguenze in ordine alla retribuzione, nel primo caso senz'altro dovuta, nel secondo caso la questione appare più dibattuta e complessa.

Sebbene non si possano qui approfondire tematiche di tale rilevanza teorica, si pensi alla ondivaga giurisprudenza sul c.d. “tempo tuta”, questione che sembra avere trovato in realtà un *discrimen* abbastanza solido nelle decisioni dei giudici, affermando-

si che laddove vi sia un elemento di eterodirezione anche per quel che attiene le attività che potremmo definire preparatorie, detto periodo di tempo deve essere retribuito. Da qui una serie di indici individuati dalla Cassazione in ordine a come il potere di direzione si possa manifestare con specifico riferimento al tempo tuta²⁴.

Orbene, tali esiti concernenti l'evoluzione della dicotomia prestazione/attività preparatorie soltanto superficialmente potrebbero apparire di nessun interesse per il caso dei lavoratori digitali, ma così non è se si pensi a tutta una serie di attività – verifica delle mail, organizzazione di una riunione stabilita per l'indomani e via discorrendo – per adempiere alle quali, magari senza sollecitazione alcuna del datore, il prestatore di lavoro si collega per il tramite della strumentazione digitale in uso allo stesso. Per tali attività oggettivamente appare arduo e non agevole segnalare un confine così netto tra prestazione – e come tale retribuita – e preparazione (tendenzialmente no, con la precisione di cui *supra*) non potendo nemmeno contare su elementi esteriori chiari, precisi, quali nell'esempio più noto e discusso nelle aule di tribunali è la vestizione della tuta prodromica ai fini dell'esecuzione della prestazione lavorativa.

In via di assoluta approssimazione e in forma dubitativa, potremmo ipotizzare di rintracciare indici di quella eterodirezione o meglio ancora del criterio dell'interesse datoriale che abbiamo visto essere funzionale alla retribuzione, nell'utilizzo di una determinata strumentazione professionale?

E cioè se si effettua un log-in a una determinata app o alla mail aziendale – che magari contiene anche l'agenda con i programmi delle riunioni – o a una piattaforma condivisa, dai quali accedere anche a banche dati o a file di cartelle di lavoro, parrebbe difficile sostenere che dette attività siano svolte in funzione meramente preparatorie e quindi – al di là del *nomen iuris* (lavoro o attività preparatoria eterodiretta) conseguenza dovrebbe essere la retribuzione.

Ma così argomentando – ne sono consapevole – si torna a dare una rilevanza particolare proprio a quelle modalità tecniche di cui si accennava prima: è evidente che parlando di tecnologie e connessione non possiamo ignorarne l'esatto funzionamento il quale, talvolta, può diventare anche dirimente per l'esatta qualificazione della situazione ma evidentemente è l'ambito tecnico a doversi adattare alla portata della norma giuridica – che come tale è precettiva – e non il contrario: altrimenti sembrerebbe concretizzarsi il più classico e inquietante degli scenari del genere della fantascienza, la cosiddetta “ribellione delle macchine”, che parrebbe diventare realtà.



Ritornando brevemente alla nozione di non lavoro, sebbene non si possa indagare ulteriormente in questa sede, non è certo nuova la circostanza per cui anche in detto periodo, senza che sia necessario ampliare la nozione di orario di lavoro, si possano produrre determinati effetti giuridici: si pensi ad esempio alla responsabilità in capo al datore di lavoro nel caso di infortunio in itinere.

Concettualmente, concludendo su questo punto, a fronte di una prestazione che potenzialmente si protrae anche oltre l'orario di lavoro, ci sembra plausibile che detta situazione di messa a disposizione debba essere retribuita in maniera specifica e aggiungerei in maniera non irrisoria stante il legame tra orario di lavoro e (in questo caso) trattamento economico di natura retributiva, benché definibile quale indennità di reperibilità con l'art. 36 Cost.

Del resto, è stato osservato come senz'altro debba aversi una differente prospettazione tra il caso del prestatore di lavoro il cui comportamento di mettersi o stare a disposizione sia «sostanzialmente richiesto dal datore di lavoro, perché funzionale ad un certo assetto dei suoi interessi il cui “costo” egli abbia preventivato, ovvero sia oggetto di un onere in senso proprio a carico del lavoratore in vista del conseguimento»²⁵ non costituendo in quest'ultimo caso oggetto dell'obbligazione di lavoro.

Vi è poi un profilo insopprimibile legato alla libertà del lavoratore anche in rapporto alla programmabilità del proprio tempo su cui la Corte costituzionale è intervenuta a partire dalla nota sentenza n. 210/1992 in tema di part time – fattispecie mi verrebbe da dire idealtipica sulla quale, ancora più che nel tempo pieno, si scaricano le tensioni in ordine alla compatibilità nel caso concreto tra i poteri del datore di lavoro di determinare la collocazione della prestazione lavorativa e l'interesse alla libera disponibilità del tempo di non lavoro: da qui ad esempio le questioni relative all'apposizione della clausola di elasticità. In ogni caso sarebbero da tenere in considerazione ulteriori questioni per quel che riguarda il datore di lavoro. Ne accenniamo schematicamente solo a due: (i) il potere dello stesso di contattare attraverso strumenti digitali il prestatore di lavoro al fine di richiedere l'esecuzione di una prestazione di lavoro aggiuntiva o se vogliamo, di converso, l'obbligo del prestatore di lavoro di tenersi connesso, è sottoposto a limiti ben stringenti, in primo luogo – anche in mancanza di esplicite pattuizioni – alle clausole generali di buona fede e correttezza; (ii) non ci si può dimenticare dell'obbligo ex art. 2087 c.c., norma di chiusura quanto mai opportuna che impone di porre in essere le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica (e la personalità morale) del lavoratore.

In definitiva la legge e la contrattazione – aderendo, chi scrive, alla visione di quanti paragonavano le due fonti ai polmoni che, funzionando insieme, fanno respirare il diritto del lavoro²⁶ – dovranno necessariamente trovare un nuovo assetto post-emergenziale: parlare di diritto alla disconnessione e più in generale di lavoro agile significa in realtà discutere dei futuri assetti del rapporto di lavoro nel nostro ordinamento. Tutto ciò dovrà avvenire tenendo ben a mente la lezione che ci viene dalla storia: le pandemie non determinano solo una emergenza sanitaria ed economica, ma possono rappresentare una frattura con i modelli di sviluppo esistenti fino a quel momento, i quali non sono immutabili e dati una volta per tutte, bensì frutto di scelte (o non scelte) di carattere politico e giuridico.

Note

¹ *Ex multis* cfr. almeno P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in “WP CSDLE ‘Massimo D’Antona’.IT”, 2020, n. 430, pp. 1-23.

² V. FERRANTE, *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*, Giappichelli, p. 17.

³ M. D'ONGHIA, *Ritmi di lavoro e vita familiare*, in A. Occhino (a cura di), “Il lavoro e i suoi luoghi”, Vita e Pensiero, 2018, p. 64.

⁴ Per una prospettiva sociologica cfr. almeno I. PAIS, *La rete che lavora. Mestieri e professioni nell'era digitale*, Egea, 2012.

⁵ C. MATHIEU, *Pas de droit à la déconnexion (du salarié) sans devoir de déconnexion (de l'employeur)*, in “Revue de droit du travail”, 2016, p. 592.

⁶ M.B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, septembre 2015.

⁷ J.E. RAY, *Le droit à la déconnexion, droit à la vie privée au XXI siècle*, in “Droit social”, 2002, n. 11, p. 912.

⁸ *Ivi*, p. 915: «‘C'est évidemment le patron qui oblige le salarié à se connecter!’ Cette servitude volontaire serait tellement plus simple».

⁹ J. PORTA, T. SACHS, *Le droit à la déconnexion: un chimère*, in “Revue de droit du travail”, 2016, p. 592.

¹⁰ Cfr. almeno G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in “WP CSDLE ‘Massimo D’Antona’.IT” 2017, n. 327; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in “WP CSDLE ‘Massimo D’Antona’.IT”, 2017, n. 335. Con riferimento al lavoro agile nella pubblica amministrazione sia consentito il rinvio a M. Altamari, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in “Variazioni su temi di diritto del lavoro”, 2018, n. 2, pp. 843-864.

¹¹ A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 199.

¹² A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, 2006, p. 143.

¹³ Si veda a titolo meramente esemplificativo AA. VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Atti dell'VIII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Napoli 12-14 aprile 1985, Giuffrè, 1986.



¹⁴A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2017, n. 2, p. 195.

¹⁵A. VISCOMI, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in “Diritti lavori mercati”, 2012, n. 3, p. 458.

¹⁶Cfr. il testo della [Risoluzione](#).

¹⁷V. FERRANTE, *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law*, in “European Labour Law Journal”, 2019, n. 4, p. 370 ss.

¹⁸Cfr. S.M. CORSO, *La pronta reperibilità tra orario di lavoro e periodo di riposo: una questione che rimane aperta*, in “Variazioni su temi di diritto del lavoro”, 2020, n. 1, pp. 185-198; C. MAZZANTI, *I tempi intermedi nella nozione binaria di tempo di lavoro*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, 2019, n. 2, pp. 221-233.

¹⁹V. LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2020, n. 3, pp. 428-442.

²⁰Cfr. AA.VV., *European social partners autonomous framework agreement on digitalisation*, June 2020. Per un commento cfr. A. ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in “Labour & Law Issues”, 2020, n. 2, la quale valuta documento quale un apprezzabile tentativo segnalandone al contempo alcune criticità relative, ad esempio, alla scarsa visibilità data alle questioni di genere. V. altresì L. BATTISTA, *The European Framework Agreement on*

Digitalisation: a tough coexistence within the EU mosaic of actions, in “Labour Law e-Journal”, 2021, n. 1, pp. 105-121.

²¹A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, cit., p. 203.

²²V. anche M. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2008, n. 1, p. 93.

²³Sul punto v. due pietre miliari del diritto del lavoro, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in “Rivista del diritto commerciale”, 1954, spec. p. 370 ss. e F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, per i quali, in sostanza, i comportamenti preparatori sono specificazione del contenuto dell'obbligazione principale.

²⁴*Ex plurimis* in questa sede è utile rimandare alla sentenza Corte di Cassazione, 21 ottobre 2003, n. 15734 che delinea le principali caratteristiche degli indici per individuare l'eterodirezione nella fase della vestizione/dismissione dell'abito da lavoro, v. G. RICCI, *Esclusione dall'orario di lavoro del tempo per indossare la divisa di lavoro*, in “Foro italiano”, 2004, n. 1, p. 89.

²⁵C. CESTER, M.G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in F.D. Busnelli (diretto da), “Commentario al codice civile. Sub art. 2104”, Giuffrè, 2007, p. 23.

²⁶Il riferimento è al compianto prof. MARIO NAPOLI: sul suo Magistero cfr. almeno il numero monografico della Rivista *Jus*, 2016, n. 2.

* * *

The effectiveness of the right to disconnect: a challenge for labour law

Abstract: This article analyzes the right to disconnect within the Italian legal system. After its introduction through the 2017 *Smart working Act*, the effectiveness of this right has been severely tested by the pandemic and emergency regulations. This article considers the attempts of the European Parliament and the European social partners to establish a right to disconnect at European level. It also examines the need to exploit the general principles of the legal system and the existing rules on working time to ensure this right to all employees.

Keywords: Smart working – Right to disconnect – General principles of the legal system – EU Employment Law – Collective bargaining



Sempre “al lavoro”. Le garanzie costituzionali di persone e personalità connesse in Rete

Paola Marsocci

Il contributo è dedicato al tema del lavoro a partire da una sua possibile (ri)definizione al tempo della economia digitale e trae origine da un più ampio approfondimento di ricerca sul diritto di accesso ad Internet e sulla effettività del suo esercizio, così come attualmente riconosciuto e garantito a livello nazionale e a livello dell’Ue. Dopo una ricognizione delle attuali garanzie del diritto al lavoro e dei suoi corollari, se ne valuta l’effettività nel contesto dell’economia digitale, fino ad ipotizzare alcune più specifiche linee di ricerca giuridica su un fenomeno definibile come “lavoro implicito”, ossia lo svolgimento on line di attività non immediatamente percepite o considerate lavorative in senso proprio, che producono alcuni degli effetti relativi alla prestazione lavorativa, in primo luogo la produzione di ricchezza.

Costituzione – Lavoro – Web – Privacy – Disconnessione

SOMMARIO: 1. Rete e lavoro, lo spazio dei diritti. Cenni introduttivi – 2. Il lavoro tra libertà e subordinazione. I nodi emersi con l’economia digitale – 3. Le garanzie costituzionali del diritto al lavoro e dei suoi corollari, alla prova dei tempi e dei luoghi messi a disposizione dalle tecnologie digitali – 4. Frammenti di un dibattito europeo: dal diritto alla disconnessione al reddito di base garantito – 5. Cittadinanza europea, imposizione fiscale delle imprese digitali ed emersione del “lavoro implicito”. Alcune possibili linee di ricerca

1. Rete e lavoro, lo spazio dei diritti. Cenni introduttivi

Questo contributo è dedicato al tema del lavoro a partire da una sua possibile (ri)definizione al tempo della economia digitale e trae origine da un più ampio approfondimento di ricerca sul diritto di accesso ad Internet ed in particolare sulla questione della effettività del suo esercizio, così come attualmente riconosciuto e garantito a livello nazionale e a livello dell’Ue.

Quando si parla di effettività dei diritti costituzionalmente riconosciuti¹, si deve tener presente la finalità di sviluppo («ove si svolge», recita l’art. 2

della Costituzione) della personalità dell’individuo anche nella sua dimensione sociale e considerare la sua promozione in termini di pari dignità sociale ed eguaglianza formale e sostanziale (ai sensi dell’art. 3). Tali profili sono oggi molto caratterizzati dal tempo di vita che ognuno di noi spende sul Web.

È bene da subito notare che, tramite questo fondamentale servizio (protocollo informatico), è possibile esercitare pressoché tutti i diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti e tutelati, con modalità analoghe a quelle ordinarie, anche se spesso con effetti che, per semplificare al massimo, possiamo qualificare come sicuramente potenziati (in positivo e in negativo).

P. Marsocci è professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, presso il Dipartimento di Comunicazione e ricerca sociale di Sapienza - Università di Roma. Dal 2017 è responsabile della Unità di Ricerca dipartimentale EUPoliS (“Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo”). Il presente contributo è anche destinato agli scritti in onore del Professor Pietro Ciarlo, ESI, Napoli, in corso di pubblicazione. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell’Unione europea nell’era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci.



L'evoluzione della Rete verso un spiccato livello di interazione tra utente e suo "ambiente" di vita – di cui il Web è il portato più significativo² – continua progressivamente a ridisegnare sia lo spazio pubblico sia lo spazio privato, spostando gli equilibri nell'attribuzione (di fatto e/o di diritto) di potere³ e marcando quella che, anche nella prospettiva della scienza giuridica, per molti è una discontinuità radicale con il passato, per altri è una opportunità per reinterpretare istituti giuridici che, proprio di fronte alla prova di questa "realità," dimostrano la loro insostituibilità concettuale.

Se è vero che con il digitale – la tecnologia del "come se" – tutto può essere "virtualmente" rappresentato e sembra non essere realmente e concretamente esistente, a mio avviso ad esistere solo in potenza è piuttosto la aggettivazione, "virtuale", che ci si ostina appunto a dare al cyberspazio. La Rete Internet è difatti un'infrastruttura materiale e a fruire delle sue molteplici applicazioni sono persone che, pur non percorrendone le "strade" con i propri corpi, impegnano comunque molto concretamente i sensi della vista, dell'udito, del tatto, con conseguenze su tutte le pulsioni riferite al loro uso.

Anche tramite Internet, dunque, accade ciò che accadeva prima del suo avvento: ciascuno di noi spesso esercita contestualmente più diritti, incontra i limiti corrispondenti e deve ben valutare l'idoneità a tal fine degli specifici strumenti o mezzi messi a propria disposizione.

Un esempio utile può essere quello relativo, in questo tempo di emergenza sanitaria, alle modalità di svolgimento dei nostri convegni o incontri universitari. Tramite le piattaforme web di videoconferenza, alcuni dei partecipanti hanno la possibilità di manifestare il proprio pensiero (scientifico) e allo stesso tempo stanno insegnando e lavorando; altri si formano/istruiscono, tutti sono compresenti (anche se si è presso il proprio domicilio⁴) e, probabilmente, è allo stesso tempo possibile per i partecipanti comunicare riservatamente, manifestando, con gli strumenti idonei, solo ad alcuni specifici interlocutori idee o giudizi. L'oggetto della nostra riflessione, il lavoro, si nutre appunto della necessità di esercitare contestualmente una serie di facoltà.

In Europa – a partire dall'affermarsi di una morale dell'operosità borghese⁵, poi condivisa dal pensiero liberale e da quello socialista, almeno fino a tutto il XX secolo⁶ – la centralità del lavoro e delle sue garanzie è un portato culturale, politico e (poi) giuridico, soprattutto considerato che esso è una delle forme di espressione umana che più di altre accomuna, nel senso proprio che è esperienza comune praticamente a tutti, il destino degli individui.

La nozione costituzionale di lavoro non è per nulla semplice da spiegare, perché felicemente ricca, completa e articolata. Le prescrizioni della nostra Carta a riguardo, a partire dalla scelta del principio lavorista come fondamento dell'ordinamento democratico repubblicano, sono tra le più feconde di cambiamento sostanziale della condizione dei singoli e delle collettività (dallo Stato stesso, alle singole e più minute formazioni sociali) in cui le persone si trovano e scelgono di essere e operare.

È certo che sia stata la nostra stessa Costituzione a porre il lavoro (diritto e dovere) al centro della vita della nostra collettività – con evidenti i riflessi sulla stessa identità democratica della comunità nazionale, considerato quanto dispone l'art. 3, secondo comma Cost., ossia la prescrizione che la partecipazione dei lavoratori (evidentemente per mezzo del loro tempo messo a disposizione) all'organizzazione del Paese, sia non solo economica, ma sociale e politica⁷ –, ma è certo anche l'inverso: il lavoro, per chi sa interpretare la Carta, è, può e deve essere tempo di esercizio di libertà. Così, mirabilmente, ne aveva parlato Gianni Ferrara: «Se è vero che la connotazione che identifica la condizione umana è il lavoro, è vero anche che è il lavoro che la qualifica. È vero anche che riconoscere dignità alla condizione umana equivale a riconoscere dignità alla condizione umana di lavoratrice e di lavoratore. Che è poi quella che coglie della condizione umana non soltanto il tratto che la accomuna, ma che la accomuna in quanto collega l'una condizione all'altra e tutte nella produzione della ricchezza sociale, e può riscattare, perché massimamente umana e provvista di tutta la dignità che perché tale deve esserle riconosciuta, anche il prodotto del lavoro umano, riscattarlo dalla forma di merce, in quanto e per quanto intriso di dignità sociale, di quella stessa socialità che è incorporata nella ricchezza prodotta»⁸.

Per quanto riguarda le brevi osservazioni sull'oggetto specifico di questo intervento, si può partire dal rimarcare che la sottrazione del tempo di lavoro a disposizione di ciascuno dal tempo di vita complessivo dà come risultato il tempo che, ancora oggi, chiamiamo "libero" o di "non lavoro"; come notano molti giuslavoristi, è quanto meno significativo che, anche lessicalmente, quest'ultimo continui a essere definito attraverso una sottrazione rispetto all'adempimento «e non come limite esterno di esigibilità della prestazione»⁹.

Il lavoro occupa tantissimo del tempo che è a nostra disposizione, ma oggi non costituisce o non vogliamo che sia la sua principale o maggiore caratterizzazione. Dovremmo cioè aver raggiunto quel punto della Storia che ci emancipa dalla condizione che il lavoro – inteso come in gran parte sussunto



sotto la forma salariata nei sistemi capitalistici regolati dagli ordinamenti giuridici democratici – occupi la maggior parte della nostra vita e sentirci più vicini al paradigma aristotelico secondo cui la *scholè* ha la priorità sulla *ascholia*¹⁰, dedicando ad altre attività del tempo comunque potenzialmente proficuo per noi stessi e per gli altri.

È e sarà, ancor di più in futuro, l'uso della Rete Internet ad accompagnarci in questa direzione?

Il dibattito su tale possibilità è assolutamente aperto.

2. Il lavoro tra libertà e subordinazione. I nodi emersi con l'economia digitale

Siamo pienamente immersi, è utile ricordarlo, in una trasformazione profonda delle forme del lavoro, dei sistemi produttivi e del rapporto tra capitale e lavoro (tra datori e prestatori)¹¹.

Come tutte le tecnologie, quella digitale è frutto dell'ingegno umano, ma dell'uomo plasma e modifica anche le abitudini e gli ambienti di vita, fino ad "incorporarsi" nelle sue stesse strutture cognitive. Nella fase avanzata del capitalismo, caratterizzato da una forte finanziarizzazione dell'economia, su scala globale sono in aumento i lavori caratterizzati da attività cognitive non-routine, o meglio che in parte non lo sono, aspetto che a molti appare come la prova del progressivo superamento in atto del modello fordista e del capitalismo fondato sulla subordinazione tra lavoratore e datore di lavoro¹². Inoltre, almeno prima della pandemia, le evidenze legate ai "nuovi" modelli e processi di produzione hanno riguardato l'organizzazione ingegneristica, l'automazione e informatizzazione in tutti i campi, la delocalizzazione in Paesi con minor costo del lavoro, lo spostamento degli occupati verso il settore dei servizi, l'eccesso di capacità produttiva e l'abbassamento dei prezzi, lo sviluppo dei mercati finanziari, l'acquisizione di posizione dell'industria (oligopolistica) dell'informazione e dell'intrattenimento.

Ma è veramente in crisi il paradigma della subordinazione o piuttosto è necessario guardare altrove per individuare nuovi soggetti e contesti subordinanti¹³? È vero che il lavoratore possedendo lo smartphone, possiede i mezzi di produzione del lavoro o che l'autoimprenditorialità sia alla portata di tutti¹⁴? Dove comincia e dove finisce un'azienda (la sua attività produttiva) nell'economia digitale?

Come cercherò di chiarire oltre, appare oggi maggiormente fondata su evidenze la considerazione che l'uso sociale massivo del digitale (le piattaforme sono oggi considerate strutture sociali¹⁵) attraverso i molti device a nostra disposizione, con una potenza

di calcolo in crescita esponenziale, dia la possibilità di estrarre valore da comportamenti individuali; si parla infatti di azioni di *micro-working* compiute intenzionalmente, come commenti online o compilazione di *captcha*, ma anche costruite da piattaforme di *crowdworking* vere e proprie¹⁶. È necessario, di conseguenza, analizzare quanto e come le nostre relazioni siano permeate oggi dall'uso degli algoritmi caratteristico dei nuovi media e con quali ripercussioni sull'esercizio di potere "politico", almeno inteso nella sua accezione di capacità di fatto di orientare comportamenti individuali e collettivi, fino a disvelare le degenerazioni legate alle manipolazioni intenzionali, connesse alla questione della profilazione (ai sensi della attuale disciplina dettata dall'Ue)¹⁷ a fini di disinformazione¹⁸.

Queste evidenze confutano, forse definitivamente, l'idea (anche di alcuni giuristi e legata ai suoi albori) che la Rete sia utile a garantire soprattutto uno spazio di emancipazione e di liberazione, tendenzialmente da preservare proprio nelle sue caratteristiche di "anarchia" e di insofferenza alla regolamentazione. E così, mi sembra il caso di citare la famosa frase di Alexander Hamilton – tratta dai *The Federalist Papers* per supportare la battaglia per l'approvazione della Costituzione degli Stati Uniti d'America – che riprende le tesi di Machiavelli e Hobbes su come l'uomo è e non come dovrebbe essere: «se gli uomini fossero angeli, non ci sarebbe bisogno di governo».

È proprio a partire dal riconoscimento del diritto soggettivo di accesso all'infrastruttura Internet e alle garanzie legate alla sua effettività, che l'ordinamento giuridico sta facendo i conti innanzitutto con l'economia (della informazione) digitale¹⁹, in cui la componente dello scambio di dati, se si preferisce, la componente immateriale²⁰, modificando i bisogni individuali e collettivi, caratterizza e ridetermina ogni merce o servizio, rendendo indispensabile la trasformazione degli apparati di produzione, di commercializzazione e di consumo, di conseguenza ogni ambiente di vita a questi connesso.

Non solo nel nostro continente, questi processi si stanno realizzando sia dentro sia fuori la produzione industriale alla quale siamo abituati, ossia quella che ha comunque come riferimento il lavoro salariato, e coinvolgono, facendole emergere, nuove soggettività e dunque nuove conflittualità sociali²¹. Del resto, con il digitale sono mutate anche forme e modalità della condivisione e del senso di comunità durante e tramite il lavoro, perché a monte è cambiato il concetto stesso di luogo di lavoro dove queste dovrebbero svilupparsi.

Così, oltre a comprendere quali e quante nuove opportunità di lavoro o professione si stiano ge-



nerando – a discapito magari di alcune o molte di quelle ancora in atto – è necessario (e direi urgente) studiarne la natura, indagarne le qualità e, nella prospettiva della politica del diritto, indirizzarne le caratteristiche al fine di ridefinirne le garanzie.

Questa tendenza all'obsolescenza sta, infatti, trascinando con sé anche il modello di welfare che caratterizza e conferisce valore ai nostri ordinamenti democratici, già di per sé ancora molto perfezionabile nella prospettiva della piena attuazione costituzionale. Si pensi (almeno) alle gravi carenze nel riconoscimento e garanzia del valore prodotto dal "lavoro" di cura all'interno dei nuclei familiari²², un tema che diventa centrale proprio per l'analisi delle tutele giuridiche riferite alla distinzione dei tempi di vita dai tempi di lavoro, giacché il tempo di non lavoro è spesso calato nel tessuto legislativo attraverso il filtro dei limiti piuttosto che attraverso la affermazione dei diritti²³.

In sintesi, il tema del lavoro può mettere bene in evidenza le peculiarità della fase storica che stiamo vivendo, probabilmente qualcosa di più complesso di una mera transizione, indotta dall'uso di nuove tecnologie.

Nonostante alcuni notino, condivisibilmente, che non si tratti di un reale cambiamento di rotta, ma più un "salto quantico" tra il vecchio e il nuovo, anticipato dalla introduzione di ulteriori media elettronici, ossia di strumenti che hanno consentito la liberazione dai vincoli spazio-temporali della comunicazione diretta²⁴, la trasformazione in atto, peraltro già da qualche decennio²⁵, mette comunque in discussione ogni tipologia di relazione tra umani e tra umani e pianeta.

Lungimiranza e una qualche audacia nella visione prospettica dell'analisi giuridica sono auspicabili e forse necessarie, anche per chi continua a credere che occorra sempre avere ben presente gli insegnamenti "fondamentali" e fare loro riferimento, perseguendo gli obiettivi che chi li ha impartiti si prefiggeva.

Per noi studiosi di diritto costituzionale, tali traguardi sono validamente prescritti dalla Carta.

3. Le garanzie costituzionali del diritto al lavoro e dei suoi corollari, alla prova dei tempi e dei luoghi messi a disposizione dalle tecnologie digitali

Nello spazio limitato di queste riflessioni, è possibile proporre almeno un percorso di ricerca, a partire da questa notazione: nello spazio dell'attuale capitalismo digitale o "cognitivo", se la tendenza ad essere costantemente connessi diventa una condizione diffusa

e normalizzata, definire il lavoro, per distinguerlo da altre attività, appare il passo essenziale da compiere.

Solo garantendo il diritto al lavoro specificatamente inteso, nel cyberspazio non meno che nella realtà tangibile che si avvale inevitabilmente anche delle tecnologie digitali, si potrà garantire l'effettività degli altri diritti esercitati tramite il web. Occorre, innanzitutto, tenere conto che si tratta di tecnologie caratterizzate da un'attuale quasi ubiquità e dalla velocità loro conferita dalla potenza della logica esponenziale.

Del resto, il problema delle necessarie nuove definizioni dei concetti di lavoro (non solo di quello contrattualizzato), di occupazione e di disoccupazione è ben chiaro a livello istituzionale, a partire dalla questione della classificazione statistica in uso a livello nazionale e dei paesi OCSE²⁶.

A me pare importante, nel contesto delle presenti riflessioni che, rispetto all'uso del Web e in generale delle tecnologie digitali, non solo si faccia chiarezza sull'inquadramento e sulle tutele riferite ai cd. lavoratori agili e ai lavoratori digitali tout court²⁷, ma che si intraprenda una discussione su quello che è stato chiamato "lavoro implicito"²⁸.

Non si tratta dunque solo di analizzare il dato che il lavoro sia oggi diventata un'attività probabilmente molto più pervasiva che nel passato – alcuni anzi, non a caso, parlano di un ritorno al passato più risalente, quello appunto privo delle garanzie introdotte dal costituzionalismo democratico contemporaneo – ma si tratta di affermare e documentare che oggi, durante lo svolgimento di altre attività non immediatamente percepite o considerate lavorative in senso proprio, si producono (almeno) alcuni degli effetti relativi alla prestazione lavorativa²⁹. Effetti, lo anticipo, che è possibile ricondurre tutti al principio della redistribuzione della ricchezza, quindi alla produzione e all'uso di valore e plusvalore; tanto che, in questa prospettiva, nella lettura di tale trasformazione è possibile fare emergere almeno la continuità della validità delle categorie concettuali otto-novecentesche³⁰.

Che caratteristiche peculiari (quali qualità) hanno queste prestazioni?

Considerato che l'esistenza delle persone produce tracce/informazioni che tramite le tecnologie digitali possono oggi essere selezionate, raccolte, stoccate e usate molto più efficacemente di prima e dunque sono merce di maggior valore rispetto al passato, è possibile "mettere a reddito" molti più aspetti della stessa nostra vita; è possibile creare plusvalore in modo continuo, crescente e in gran parte ancora oggi occulto³¹.

Si tratta, in sintesi, di uscire definitivamente da quella fase della ricerca giuridica che ci ha visti perlopiù osservatori attoniti di fronte alla frontiera dello



spazio che l'uso della Rete internet sta occupando nel costituzionalismo contemporaneo³²; di discutere senza remore e a partire dagli stessi presupposti scientifici che connotano le nostre discipline. Per quanto riguarda lo studio del diritto costituzionale, di andare molto oltre l'analisi di Internet come mezzo essenzialmente al servizio di espressione del pensiero e della comunicazione riservata, come dimostra anche solo il dibattito sull'opportunità di inserire un esplicito riferimento ad Internet e al diritto di accesso alla relativa infrastruttura nel testo della Costituzione, avviato da Stefano Rodotà e ancora oggi aperto, ma fermo proprio sul nodo di "dove" operare la revisione del testo³³.

In questa prospettiva, se riferito al cyberspazio il tema del lavoro, della attualizzazione della sua definizione che si sta tentando in Italia, negli altri contesti nazionali europei e nell'Ue, è interessante quanto impegnativo e delicato. La sfida è sempre la stessa: non essendo possibile dare per scontato che l'avanzamento tecnologico sia sempre un vantaggioso progresso in termini sociali, è necessario nella contemporaneità rafforzare o introdurre *ex novo* strumenti giuridici a garanzia dei fondamenti del costituzionalismo democratico (definizione e delimitazione del potere, riconoscimento e tutela dei diritti, definizione delle responsabilità conseguenti rispetto a controllo e sorveglianza).

Partiamo, allora, dal principio lavorista e dalla definizione che del lavoro dà l'art. 4, secondo comma della Costituzione e dalla sua interpretazione.

Il lavoro è una condizione caratterizzante ciascuno e (entro certi limiti) tutti gli individui: per questo motivo, allo stesso tempo è condizione collettiva, che forma identità e coscienze sia individuali sia di gruppo. Ciò che rende la nozione di lavoro tale è proprio la prescrizione costituzionale dell'art. 4, che definendolo una attività o una funzione, lo connota di questo valore: che sia «secondo la proprie possibilità e la propria scelta» e che «concorra al progresso materiale o spirituale della società»³⁴.

Tutte le prescrizioni costituzionali che (in particolare nella parte prima, al titolo III) corredano il principio lavorista e il diritto al lavoro così come proclamati negli artt. 1 e 4, sono – come appunto indica il primo comma dell'art. 4 – le leve essenziali e irrinunciabili per promuovere le «condizioni che rendono effettivo questo diritto». In sintesi e nell'ordine in cui sono indicati dall'art. 35 all'art. 40 Cost., sono infatti corollari al diritto al lavoro³⁵: formazione professionale; accordi internazionali; tutela lavoro all'estero; retribuzione proporzionata e ancorata a sussistenza e dignità; durata massima, riposo e ferie; parità donna-uomo; tutele specifiche donna e minori; tutela

da infortuni, malattie, inabilità, invalidità, disoccupazione involontaria, vecchiaia; sindacato e sciopero.

È sempre necessario poi ricordare, come accennato all'inizio, che i diritti di libertà – opportunamente e necessariamente individuabili ciascuno con le sue caratteristiche specifiche quanto a oggetto, contenuti, limiti e strumenti – sono esercitati spesso contemporaneamente, con un effetto sinergico, utile quando non indispensabile al sostanziale soddisfacimento di ognuna di quelle pretese. Solo per fare un esempio rispetto al nostro tema: il diritto al lavoro, che come abbiamo appena ricordato ha tra i suoi corollari la formazione professionale (che oggi l'ordinamento giuridico garantisce come "continua"), si nutre del diritto all'istruzione, perché è essenzialmente questo il miglior presupposto per promuovere speranze e ambizioni individuali rispetto alla "scelta" lavorativa. Così, ovviamente, oltre alle garanzie legate alla sicurezza e salubrità dei luoghi di lavoro, il generale diritto alla salute è preconditione che va nella stessa direzione... ecc.

4. Frammenti di un dibattito europeo: dal diritto alla disconnessione al reddito di base garantito

Nella visione del costituzionalismo democratico del secondo Novecento, trasferito nella Carta costituzionale, accanto alla protezione naturale o meglio necessitata offerta dalla famiglia al sostentamento economico diretto e indiretto ai suoi componenti (lavoratori e disoccupati che siano), è aggiunta la protezione e promozione dell'individuo offerta dalla Stato sociale. La valenza di questa aggiunta è stata ed è ancora oggi la rivoluzione portata dai diritti sociali, fondati sul principio di uguaglianza sostanziale.

Passa da qui il percorso di attuazione della prescrizione costituzionale che il lavoro debba trasformarsi da solo mezzo di sostentamento a promozione della realizzazione delle persone.

Molti oggi si chiedono se la crisi in atto, sia della famiglia tradizionale sia della tenuta del welfare state, possa essere sfruttata come occasione per un cambio di visione e di interpretazione della solidarietà (che viene appellata come «solidarietà riflessiva»). Al centro del sistema andrebbe così implementato il reddito di base garantito, come pilastro di una responsabilità sociale collettiva, circolare; che sia più smaliziata o matura, che punti sulla possibilità di emanciparsi dai genitori veri e da quello putativo, lo Stato, per alcuni versi simbolico, che attribuendoci la cittadinanza ci include nella collettività nazionale e al contempo ci fa muovere



re, da individui giuridicamente protetti, nello spazio internazionale³⁶.

E così, a fronte «dell'economia, dove la condivisione di dati, informazioni, conoscenze diviene il terreno di valorizzazione di ricchezze oligopoliste, dall'alto delle corporation tecnologiche e finanziarie, e di messa al lavoro relazionale, comunicativa, affettiva delle singole persone nel basso di una rete globale che diviene un centro per l'impiego temporaneo, precario e intermittente, aperto e accessibile 24/7», si parla di un reddito di esistenza nell'era digitale, che riconosca un «diritto sulla ricchezza prodotta, presente e futura, in rapporto alle condizioni reali entro cui detta produzione di ricchezza effettivamente si sviluppa»³⁷.

Per questo tipo di transizione culturale (dunque, poi, politica e giuridica) occorre, comunque la si pensi, analizzare e muovere verso pratiche sociali in grado di correggere un modello economico – quello digitale di piattaforma – che ha già avuto modo di mostrare le sue contraddizioni.

Questo dibattito è importante, e ovviamente molto stimolante, anche perché è continentale, è europeo. Del resto, le stesse istituzioni dell'UE, per reagire alla crisi del proprio modello sociale, avevano rilanciato i venti principi che compongono il Pilastro europeo dei diritti sociali (*European Pillar of Social Rights* – EPSR), adottato dalla Commissione europea il 17 novembre 2017 al vertice di Göteborg, dedicando il tredicesimo e il quattordicesimo principio alle prestazioni di disoccupazione e al reddito minimo; la proclamazione tuttavia è priva di valore giuridico vincolante e ripropone i seri problemi di credibilità del modello sociale europeo, essenzialmente sul piano dell'effettività³⁸.

La stessa apertura ad un dibattito ampio e transnazionale europeo si sta avendo in riferimento al diritto alla disconnessione introdotto a partire dal 1° gennaio 2017 in Francia, dalla *Loi Travail* (n. 1088 dell'8 agosto 2016) e appunto collocato nel ragionamento sulla conciliazione tra vita “non esplicitamente produttiva” e lavoro, valutata alla luce dell'impatto con le nuove tecnologie³⁹. La pandemia sta del resto spingendo verso la ricerca di soluzioni giuridiche soddisfacenti quanto urgenti.

La novità trae origine dal cosiddetto Rapporto Mettling del settembre 2015 e a seguito di una serie di accordi collettivi stipulati da imprese di grandi dimensioni che consentivano al prestatore di lavoro di disconnettersi al di fuori dell'orario di lavoro. Tale diritto «è applicato non solo ai c.d. *forfait jours*, che permettono di non rispettare la durata massima settimanale o giornaliera di lavoro, calcolando il numero di giorni lavorativi all'anno (28), ma a tutte

le tipologie di lavoro»⁴⁰. In Italia, è menzionato dall'art. 19, comma 1, legge 22 maggio 2017 n. 81, rubricata «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato», nella parte della legge dedicata al c.d. lavoro agile o smart working, a sua volta definito all'art. 18, quale «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva»⁴¹.

Comprensibilmente appellato e salutato dalla cronaca come il diritto a stare off line, utile risposta alla pervasività spaziale e temporale della connessione alla Rete, anzi bilanciamento del diritto di accesso ad Internet, le facoltà che la disconnessione selettiva garantisce riguardano tuttavia le (sole) prestazioni lavorative e sono a tutela della salute e benessere del lavoratore e della sua vita privata, in linea anche con l'assunto che il riposo del lavoratore, esplicitamente tutelato dalla Costituzione, è funzionale all'idea del pieno sviluppo della personalità dell'individuo⁴².

Riconoscendo al lavoratore la non reperibilità telematica al di fuori dell'orario di lavoro, ci si propone di evitare le degenerazioni che proprio le nuove modalità del lavoro al tempo del digitale hanno portato inequivocabilmente ormai alla luce; così, come è accaduto in generale per la nuova disciplina europea in materia protezione di dati personali, non si può tendere all'obiettivo della effettività dei diritti⁴³ senza che il legislatore (nazionale o europeo) introduca «misure tecniche e organizzative adeguate»⁴⁴.

Tuttavia, tali misure sono definite, insieme ai tempi di riposo del lavoratore, dall'accordo tra le parti e non direttamente previste dalla legge, tanto che «al di fuori di qualsiasi mediazione sindacale, potrebbe finire per pregiudicare le possibilità di attuazione concreta della garanzia legale»⁴⁵. La decisione del Legislatore di non qualificare espressamente la disconnessione come diritto soggettivo, ovviamente non determina direttamente né obblighi per il datore di lavoro né tutela giurisdizionale, mentre si rileva che – allo stato attuale – stentano a emergere all'interno della contrattazione collettiva, compiuti modelli di regolazione della disconnessione (i pochi accordi siglati, riguardano il settore assicurativo e bancario).



L'UE, al momento (con la Risoluzione del Parlamento europeo del 21/1/2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)) ha almeno dimostrato di avere piena consapevolezza che «un utilizzo adeguato degli strumenti digitali può costituire un valore aggiunto per i datori di lavoro e per i lavoratori in quanto consente una libertà, indipendenza e flessibilità maggiori per organizzare meglio l'orario di lavoro e le mansioni lavorative, ridurre il tempo impiegato per raggiungere il luogo di lavoro e facilitare la gestione degli obblighi personali e famigliari, creando in tal modo un equilibrio migliore tra vita privata e vita professionale», a patto però «di sviluppare un quadro chiaro che promuova la flessibilità personale e contemporaneamente la protezione dei diritti dei lavoratori»⁴⁶.

Nella Raccomandazione si qualifica il «diritto alla disconnessione», come «fondamentale» (considerato H) e si riconosce ai lavoratori la facoltà di «astenersi dallo svolgere mansioni, attività e comunicazioni elettroniche lavorative, come telefonate, *email* e altri messaggi, al di fuori del loro orario di lavoro, compresi i periodi di riposo, i giorni festivi ufficiali e annuali, i congedi di maternità, paternità e parentali nonché altri tipi di congedo, senza conseguenze negative»; si sottolinea che «dovrebbero essere garantiti una certa autonomia, flessibilità e il rispetto della sovranità sul tempo, secondo il quale ai lavoratori deve essere consentito di organizzare il loro orario di lavoro in base alle responsabilità personali, in particolare l'assistenza ai figli o ai familiari malati; sottolinea che l'aumento della connettività sul luogo di lavoro non dovrebbe comportare discriminazioni o conseguenze negative in relazione alle assunzioni o agli avanzamenti di carriera» (punto 16). Importante appare il riferimento all'apprendimento da remoto e la formazione che dovrebbero essere considerati come attività lavorative e non dovrebbero essere svolti nell'orario di riposo o nei giorni liberi senza una compensazione adeguata (punto 23).

Se, nonostante i limiti appena richiamati, queste o future norme in tema di disconnessione in ambito lavorativo potranno concorrere a dare attuazione all'art. 36 della nostra Costituzione, occorre però a mio avviso evidenziare un'ulteriore finalità da perseguire, quella di riequilibrio dei rapporti di forza.

Lo stare in rete, ci ha insegnato Stefano Rodotà, appartiene ormai alla cittadinanza e contribuisce a determinarne i caratteri anche nella dimensione lavorativa⁴⁷; resta dunque valida, anche in questo ambito, l'invocazione di un *habeas data*, perché forme adeguate di tutela esigono «piena consapevolezza delle relazioni di potere implicate nella dimensione della sorveglianza»⁴⁸ e la richiesta di essere sempre

e, in apparenza, comodamente disponibili, seppure on line, è espressione chiara di subordinazione e di cattivo esercizio di controllo del datore sul prestatore di lavoro. Da questo punto di vista, si sia o meno d'accordo nell'inquadrare questo alla disconnessione od altri nel novero dei cd. nuovi diritti digitali, questi profili dimostrano che il condizionamento tecnologico pesa, non solo sul riconoscimento dei diritti, ma sulla loro attuazione e tutela, in riferimento al principio fondamentale della pari dignità sociale della persona, sancito dall'art. 3, primo comma della Costituzione.

Per concludere i riferimenti al contesto sovranazionale, è utile almeno accennare all'attuale concezione del lavoro presente nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea per evidenziarne alcuni riflessi sull'analisi delle trasformazioni prodotte dall'uso sociale delle tecnologie digitali.

È possibile, come per il caso italiano, distinguere la nozione di lavoro dai corollari che le istituzioni dell'UE dovrebbero garantire con specifiche leve (dalla regolamentazione alle politiche pubbliche)? Come l'interesse costituzionalmente protetto ad adeguate politiche per il lavoro può trovare una sponda efficace in Europa⁴⁹? Quali sono gli altri diritti a supporto e in sinergia con quello al lavoro?

Consapevole della sintesi quasi brutale, considerato che gli Stati nazionali andranno progressivamente a perdere la possibilità di disciplinare in modo autonomo i fenomeni che avvengono on line, è necessario porre la questione – considerato le direttrici lungo le quali l'UE si sta muovendo per riaffermare la propria «sovranità digitale»⁵⁰ – di quanto nel contesto eurocomunitario il governo della società appaia, ancora oggi, funzionale al mercato. Mentre gli Stati membri avevano adottato un modello sociale descrivibile come «welfarista» fondato sull'idea che ogni persona è intitolata come tale all'accesso a una serie di diritti di tipo assistenziale, l'UE ha progressivamente introdotto un modello «workfarista», in parte più universale ma anche condizionate e tendente alla residualità, basato sull'idea che diritti «sociali» – come pensioni, istruzione, sanità – spettino alle persone in quanto hanno partecipato, partecipano o sono disponibili a partecipare al mercato del lavoro e al suo efficientamento⁵¹.

Non si nega che tale prospettiva possa produrre comunque effetti positivi sulla vita degli individui e delle società. In questo senso, nell'affrontare le direttrici per l'economia digitale e la strategia sui dati, l'Unione è passata oggi dalla logica della cautela e regolazione dei rischi, alla logica della «opportunità» e della creazione di un contesto di fiducia percepibile per gli utenti. Si parte, tuttavia, dalla visione «politica» a cui prima ho accennato, che è molto



differente; è bene metterlo in evidenza, se si vuole indagare su quali margini ci siano per politiche europee tese a portare alla luce, in quella che è stata definita Industria 4.0⁵², i meccanismi di “lavoro implicito”⁵³ e sostanziale redistribuzione della ricchezza, non a partire dalla promozione della persona, ma dalla promozione del mercato e dei suoi attori più forti.

5. Cittadinanza europea, imposizione fiscale delle imprese digitali ed emersione del “lavoro implicito”. Alcune possibili linee di ricerca

Come fin qui ho cercato di argomentare, se il diritto del lavoro deve fare i conti con l’influenza del cambiamento tecnologico e il tempo di non lavoro deve essere garantito tramite il diritto alla privacy – nella sua prima ed essenziale accezione di diritto alla non ingerenza altrui sulla propria sfera di intimità e piena autodeterminazione degli spazi privati e familiari – per un possibile futuro approfondimento di ricerca costituzionalistica (che in questo contesto posso solo prospettare), a questo punto, i percorsi potrebbero almeno biforcarsi.

Circa il primo, delineato in precedenza, è opportuno in conclusione sottolineare che la pandemia in atto ha insegnato molto e a tutti su cosa significhi effettivo godimento delle garanzie costituzionali del diritto al lavoro, connesso o meno specificatamente all’uso delle tecnologie digitali. Ha insegnato quanto sia grave in termini di discriminazione e di dignità (anche solo percepita) la carenza o addirittura la esclusione anche di uno solo dei corollari a quel diritto. Mi limito a una sorta di elenco, peraltro non esaustivo: sospensione forzata dell’attività lavorativa, senza certezza di tutele di tipo innanzitutto economico; emersione del precariato e del lavoro sommerso e illegale; contrapposizioni vere o fittizie tra impiego pubblico e impiego privato; digital divide (in tutte le sue accezioni); eliminazione dalla distinzione tra luogo di lavoro (in particolare nel settore della istruzione⁵⁴) e luogo privato di vita (trasformazione che ha destrutturato il rapporto di lavoro dal punto di vista spaziale con le conseguenze sulla tutela della privacy e della protezione dei dati personali, anche di terzi)⁵⁵: non da ultimo, aumento del lavoro sia in termini quantitativi, sia qualitativi, perché ad esempio rende necessario lo svolgimento di mansioni aggiuntive non proprie e di attività – che i giuslavoristi chiamano «atti di diligenza preparatori dell’attività lavorativa» –, come quelle relative alla predisposizione degli spazi di lavoro e di verifica

del funzionamento delle tecnologie (peraltro spesso di proprietà del lavoratore stesso)⁵⁶.

È emersa, proprio perché accentuata e generalizzata, la tendenza delle imprese – già messa in evidenza da tempo dai giuslavoristi – a usare la cd. *data analysis*, non solo per studiare e prevedere le tendenze del mercato e dei consumatori, ma «per organizzare, dirigere e ottimizzare anche la gestione delle risorse umane, utilizzando informazioni estratte grazie alle nuove tecnologie dall’attività dei lavoratori ai quali appartengono»⁵⁷ (*data driven management*).

A fronte di tali considerazioni si possono, invero, trovare risvolti positivi, primo tra tutti l’accelerazione del dibattito sulle norme a garanzia dell’effettività del diritto di accesso alla Rete, che è il presupposto logico-tecnologico quando le attività lavorative si svolgono on line. Inoltre, come già evidenziato in precedenza, oggi chiunque si trovi a trattare questo tema ha finalmente compreso che non si può non parlarne in termini di inclusione/esclusione, di non discriminazione, quindi in termini di uguaglianza (formale e sostanziale) e che è appunto il nesso con l’art. 3 a portare alla “classificazione” del diritto di accesso alla Rete come diritto sociale.

Pertanto, della trasformazione economica e culturale in atto, non certo solo europea, ci si può sforzare di adottare un punto di vista per così dire ottimistico, come insegna lo stracitato pensiero di A. Einstein⁵⁸, fino ad arrivare ad un paradosso: quello per cui è possibile dire provocatoriamente che i cittadini italiani, europei e mondiali viaggiano a grandi e veloci passi verso la piena occupazione ovvero verso la piena “disoccupazione attiva”, perché – anche senza un “lavoro standard” – sono (siamo) sempre inseriti in un meccanismo di creazione di ricchezza⁵⁹.

È qui che si innesta il secondo possibile percorso di ricerca da approfondire.

Se l’ordinamento giuridico ha preso atto esplicitamente del tema dei limiti al potere di controllo del datore di lavoro, quando le prestazioni siano legate o collegate all’uso delle tecnologie digitali⁶⁰, occorre ancora evidenziare in che modo e con quali effetti, tramite l’uso del web, enti pubblici e privati traggano benefici organizzativi ed economici dalle prestazioni richieste e/o obbligate agli utenti/clienti, nelle procedure digitali che caratterizzano ormai la quotidianità delle nostre vite.

Ormai nessuno nega ciò che fino a pochi anni fa era considerato un ragionamento estremista, ossia la presenza di un vero e proprio spazio di mercato messo a disposizione dalle tecnologie digitali, in cui il consistente valore economico scambiato dalle imprese è costituito dagli stessi dati personali, anche sensibili, che (spesso obbligatoriamente) facciamo circolare



tramite Internet, per ricevere un servizio o procedere ad acquisti. Questi speciali elementi di conoscenza che tramite procedure algoritmiche vengono filtrati, incrociati usati e riusati sono merce privilegiata.

Certamente si può riaffermare ciò che oggi è diventato evidente a tutti, ossia che si crea sempre maggiore ricchezza sfruttando risorse messe in comune, come conoscenze, saperi, capacità relazionali e comunicative, etc. Il “miracolo” lo ha compiuto la Rete che ci ha resi tutti produttori di ricchezza (anche propriamente economica), attraverso un’attività quotidiana che – proprio pensando a questa sua capacità – può essere comparata alle prestazioni lavorative, e che troppo spesso non conosce pause, festività, non riconosce o si adegua al sistema fiscale ecc.

In sintesi, si tratta di produzione di ricchezza per altri, a fronte di “tempo di lavoro nostro” e, se nessuna modalità di remunerazione di queste forme atipiche di prestazione – che impegnano attenzione specifica e competenze spesso non elementari – è prevista, non ci potrà essere nessuna redistribuzione della ricchezza comunque prodotta.

Come del resto accadeva e accade anche nel mondo cd. reale (un esempio banale sono le casse fai da te dei supermercati o il più collaudato self service alla pompa di benzina o la promozione di un marchio attraverso il proprio abbigliamento), a ciascuno di noi vengono richieste azioni che fino a poco tempo fa erano parte dei processi aziendali o di quelli amministrativi pubblici; si pensi ad esempio alla *customer satisfaction* o alla autovalutazione continua delle performance, che oggi – anche nelle p.a. – affianca le procedure di controllo e che ci è sollecitata non come lavoratori, ma come clienti o utenti del settore pubblico e del settore privato.

Altro esempio: se ci “sostituiamo” all’agente di turismo che monitora e seleziona per il cliente il biglietto più vantaggioso o l’albergo più adatto, probabilmente lo facciamo con la volontà che il tempo dedicato personalmente a questa selezione ci permetta di risparmiare il costo dei servizi di agenzia, in realtà, quella nostra attività – ormai quasi professionale – non è tanto al servizio della nostra personale economia domestica, ma è parte integrante dei processi di produzione e di commercializzazione dei beni e dei servizi di varie e concatenate imprese.

Non solo è il tempo messo a disposizione dalle persone ad essere merce/valore di scambio, ma anche la loro costante “attenzione”, soprattutto legata al senso della vista, il primo che viene sollecitato usando il web. Attraverso l’uso dei dispositivi digitali – sempre più vicini al nostro corpo e quindi costantemente e facilmente disponibili – gli utenti connessi in Rete, nel richiedere un prodotto o un servizio gratuito o a

pagamento, compiono attività utili e economicamente proficue al funzionamento delle piattaforme o ai social network di cui si avvalgono. Tali soggetti sono in grado di raccogliere oggi una mole enorme di dati e soprattutto sono in grado di riutilizzarli, una volta analizzati, organizzati e valorizzati, in base ai propri interessi⁶¹. Non è un caso che l’UE stia prestando la massima attenzione ai profili legati alla responsabilità degli *Internet service providers*, nei fatti non più considerabili come intermediari neutrali, per come organizzano e gestiscono i contenuti *user-generated* e trattano i dati dei propri utenti a fini di profitto.

Non solo non esiste alcun tipo di remunerazione a fronte del fatto che l’utente entra nella catena produttiva, ma nascono per lui oneri affatto trascurabili, in termini di tempo, di competenze, di acquisizione e manutenzione di strumentazione tecnologica ecc. Emerge così una sorta di esternalizzazione nel corpo sociale di una parte di quel ciclo economico, una collocazione verso l’utenza del segmento di lavoro che di fatto viene messo in carico all’utente che acquista il servizio o lo utilizza in cambio dell’uso dei propri dati⁶², con evidenti riflessi sulla qualità delle relazioni giuridiche.

Così facendo non solo ognuno di noi si sostituisce e rende superflui personale e tipologie di lavoro prima necessari, ma trasferisce i propri dati a strutture accentrate che ne traggono profitti. Siamo ad un tempo clienti e lavoratori. “Lavoratori della conoscenza” più o meno consapevolmente sfruttati. Lavoratori paradossalmente, appunto, sempre più stabili, dentro quel meccanismo di produzione di ricchezza verso l’alto e riduzione delle garanzie dei diritti, compresse verso il basso, tanto da far prevalere di fatto, in assenza di un decisivo intervento del diritto, quello che è stato definito, «un principio di sproporzione mistificato dall’uguaglianza formale della profilazione di massa»⁶³.

Constatare che non sia certo nuova la questione della “disoccupazione tecnologica”, ossia delle profonde trasformazioni che ha sulla occupazione qualunque innovazione tecnologica, con lo scopo di rendere più efficiente il lavoro e il relativo mercato⁶⁴, non ci esonera da rinnovare ragionamenti, analisi e confronti di fronte alle peculiarità delle attuali (digitali) nuove tecnologie.

È diventato di conseguenza urgente, anche nella prospettiva del diritto, analizzare se e in che modo le piattaforme digitali siano di fatto destinatarie e utilizzatrici dei benefici economici del tempo “messo all’opera” degli individui al di fuori delle proprie specifiche attività come lavoratori, consumatori, contribuenti ecc., delle “persone”, quindi, che la scienza giuridica considera innanzitutto dotate di volontà, in-



tenzionalità e capacità di esercizio di diritti, compiutamente garantiti dall'ordinamento democratico⁶⁵.

Questo profilo oggi, almeno parzialmente, sta emergendo: a partire dalla Direttiva 95/46 (art. 15) e poi dal d.lgs. attuativo n. 196/2003 (art. 14), i titolari del trattamento dei dati personali non possono assumere decisioni automatizzate ossia fondate sulla raccolta e sulla elaborazione di informazioni mediante l'impiego di sistemi tecnologici automatizzati quali software e algoritmi; con l'entrata in vigore del Regolamento n. 2016/679 (GDPR) – che applica anche alle piattaforme della *gig economy* – la disposizione dell'art. 22 rubricata “Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione” stabilisce al primo comma che «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

Più in generale, avvalendosi dei diversi strumenti normativi a disposizione, negli ultimi anni le Istituzioni dell'UE stanno progressivamente intervenendo per cercare di dare un assetto più chiaro e democraticamente sostenibile all'economia digitale nello spazio europeo, con un'attenzione prevalente alle diverse sfaccettature del tema della sua sicurezza⁶⁶.

A questi fini è cruciale il dibattito che si avviato sulla cd. *Web Tax*. Il proposito di adeguare le norme fiscali all'economia dell'era digitale è stato formulato a livello internazionale da molto tempo, e in Europa, il dibattito più generale sulla possibilità di contrastare le agevolazioni fiscali si è avviato già nel 1997, quando l'OCSE ha provato, senza successo, a varare il *Tax Planning*. Di recente, l'OCSE – a seguito della negoziazione che ha coinvolto tutti i Paesi appartenenti all'*Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting* – ha pubblicato i Rapporti sui *Blueprints* del Pillar I e del Pillar II (ottobre 2020) e ha condotto una consultazione pubblica (conclusa il 15 gennaio 2021). Il Pillar I parte dalla necessità di superare gli attuali criteri basati sulla presenza fisica dei soggetti imponibili ed è finalizzato alla definizione di nuove imposizioni fiscali; il Pillar II ha come obiettivo l'introduzione di un livello minimo effettivo di tassazione per imprese operanti a livello internazionale.

Come è necessario sottolineare, la difficoltà di queste azioni sta nella stessa individuazione della base imponibile nell'economia digitale, considerato che: «1) la fornitura di beni e servizi senza una presenza fisica o legale (es. e-commerce). Tale dematerializzazione dell'economia e della produzione del reddito costituisce un cambiamento di non poco momento considerando che i sistemi fiscali sono, tradizional-

mente, basati su un'economia di produzione fisica; le imprese residenti in un Paese sono di regola tassabili in un altro Paese in cui realizzano profitti solo qualora vi abbiano una stabile organizzazione, ovvero una sede materiale fissa; 2) le situazioni in cui i consumatori accedano a servizi digitali gratuitamente, a fronte della mera corresponsione dei propri dati personali (es. Google, Facebook; 3) l'applicazione di diritti alle transazioni di e-commerce»⁶⁷. Occorre poi considerare che – in base a stime effettuate dalla stessa Commissione UE – la diffusione delle tecnologie digitali ha comportato l'aumento di quasi un terzo della produzione industriale complessiva in Europa e che il tasso di imposizione effettiva delle “imprese digitali” è attualmente due volte inferiore a quello applicato alle altre.

Sulla questione specifica, gli ultimi passi compiuti dalla Commissione europea nell'ambito della politica (considerata prioritaria) per la creazione di un mercato unico digitale hanno prodotto (21 marzo 2018) un pacchetto di proposte, legislative e non, al fine di assicurare che le imprese che operano nell'UE paghino le tasse nel luogo in cui sono generati gli utili e il valore. In particolare: una proposta di direttiva per disciplinare – come soluzione a lungo termine – la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa COM(2018) 147, in modo che gli utili vengano registrati e tassati là dove le imprese hanno una forte interazione con gli utenti attraverso canali digitali; una proposta di direttiva sul sistema comune d'imposta sui servizi digitali, applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali COM(2018) 148 (imposta sui servizi digitali - ISD). A luglio di quest'anno, la Commissione UE ha dichiarato di aver deciso di sospendere momentaneamente il lavoro in corso sulla proposta per una *Web Tax* per consentire al G20 e all'OCSE di completare il lavoro per raggiungere un accordo completo sulla tassazione del reddito ottenuto dalle imprese digitali. La sospensione tiene conto della reazione degli USA e rinvia comunque all'avvio del lavoro tecnico, avviato al G20 dell'economia tenutosi a Venezia (sempre a luglio 2021), che ha portato all'intesa per una imposta minima del 15 per cento a carico di tutte le grandi compagnie, da versare nei Paesi dove vendono prodotti e servizi.

Intanto a livello degli Stati nazionali, in Italia il Parlamento ha legiferato introducendo l'Imposta sui Servizi Digitali (ISD) nella legge di Bilancio 2019, n. 145/2018, (art. 1, commi 35-50), poi modificata dalla manovra 2020 (legge n. 160/2019), ossia un'aliquota del 3% sull'ammontare dei ricavi tassabili realizzati nel corso dell'anno solare dalle aziende che realizzano, ovunque nel mondo, singolarmente o congiunta-



mente a livello di gruppo, un ammontare complessivo di ricavi non inferiore a 750 milioni di euro, di cui almeno 5,5 milioni realizzati nel territorio italiano per prestazione di servizi digitali.

Per servizi digitali si intendono quelli che: veicolano su un'interfaccia digitale pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia; mettono a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale, che permette agli utenti di essere in contatto e interagire tra loro anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi; permettono la trasmissione di dati raccolti da utenti e che sono originati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale. Il ricavo imponibile è tale se l'utente del servizio digitale è localizzato nel territorio nello Stato. Infine, il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 15 gennaio 2021 ha dato applicazione all'imposta, chiarendo i casi di esclusione di alcuni servizi e relative prestazioni accessorie⁶⁸.

Per concludere sul punto, se l'aliquota annunciata dai Paesi del G20 sia soddisfacente per un ristoro – almeno indiretto perché in termini di vantaggio generale per le casse degli Stati – del tempo dei privati messo a profitto dal mercato digitale, o piuttosto sia stata immaginata perché “sostenibile” e dunque accettabile dalle *big companies* del Web, considerati gli enormi utili corrispettivi, occorrerà valutarlo con attenzione, così come ci si dovrà interrogare sulla legittimazione democratica dei luoghi ove queste – pure significative e proficue decisioni – vengono assunte.

Occorre però andare oltre e analizzare il rapporto di sostanziale subordinazione non solo e non tanto delle persone alla tecnologia, ma di privati ad altri privati che tramite quella tecnologia detengono e sono in grado di esercitare un potere di fatto e un'influenza, spesso priva o al di là dei limiti dettati dall'ordinamento giuridico. In pratica si assiste, ancora spaesati, all'assenza di un progetto politico che possa proporre norme efficaci di redistribuzione sociale di questa ricchezza prodotta dall'agire collettivo e in Rete delle persone.

Mentre ancora e condivisibilmente, nella prospettiva del sindacalismo, molti sono impegnati a riflettere su come garantire un salario (universale) di base che, coniugato ad una riduzione dell'orario, consenta di liberare davvero tempo di vita dal tempo di lavoro⁶⁹, sembra necessario in definitiva non trascurare quegli spunti importanti di confronto, cui ho fatto prima riferimento, che arrivano dal dibattito globale intorno al concetto e alla possibile «introduzione di uno strumento di garanzia del reddito di base – inteso nelle sue diverse forme comprese tra reddito minimo garantito e reddito di esistenza, universale e incondizionato (UBI) – come architrave di un nuovo Welfare e di una inedita cittadinanza sociale, che superi in

modo progressivo quella pensata per i soggetti titolari delle forme del lavoro salariato, solo parzialmente maggioritari nel secondo Novecento europeo»⁷⁰.

La sintesi finale delle considerazioni che sopra ho sviluppato, tese appunto a porre le basi per ulteriori approfondimenti di ricerca, non conduce certamente ancora a conclusioni, ma porta almeno a formulare ulteriori e più specifici interrogativi da cui (ri)partire, perché interessano lo studio del costituzionalismo contemporaneo, in un costante e proficuo dialogo transdisciplinare: ogni volta che viene prodotta ricchezza, si è in presenza di lavoro? Quali sono le garanzie dei comportamenti individuali o collettivi in Rete, esplicitamente riconducibili ad attività lavorativa, che occorre implementare? In che modo considerare giuridicamente rilevanti altri comportamenti individuali o collettivi in Rete che, producendo reddito e contribuendo al progresso del Paese, promuovono la personalità degli individui? Chi attualmente percepisce tale reddito? Come avviene o dovrebbe avvenire la sua eventuale redistribuzione?

Note

¹Per la nozione di “effettività” applicata al diritto si vedano P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in “Enciclopedia giuridica”, XIV (1965), p. 420 ss. e G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in “Enciclopedia giuridica”, Treccani, 1989, vol. XII. Sui problemi dell'effettività delle regole nello Stato moderno, si vedano G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale*, Editoriale scientifica, 2009; L. FERRAJOLI, *Effettività primaria e effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A. Catania (a cura di), “Dimensioni dell'effettività, tra teoria generale e politica del diritto”, Giuffrè, 2005, p. 129 ss; con particolare attenzione all'effettività delle norme europee, P. BILANCIA, *L'effettività nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, *ivi*, p. 3 ss. e ID., *I diritti fondamentali e la loro effettività*, in Aa.Vv., “Studi in memoria di Bruno Carboni”, ESI, 2010, p. 22, che ribadisce come «Un primo approccio di metodo nello studio dei diritti fondamentali guarda, come noto, alla struttura effettiva dell'ordinamento da cui questi siano riconosciuti e garantiti allo scopo di dedurre il grado di condizionamento che i principi dello “stato di diritto” assicurino agli strumenti di tutela dall'ordinamento stesso normativamente declinati. È l'approccio che fa riferimento, insomma, alla fenomenologia della democrazia sostanziale quale riflesso del concreto operare degli istituti della democrazia procedurale, o formale nel quadro di una teoria normativa della Costituzione europea che si ponga ad integrazione della legalità formale, o delle teorie delle forme procedurali quali strumenti di tutela dei diritti dei singoli». Su diritto del lavoro e principio di effettività, così come elaborato dalla Corte di giustizia per assicurare piena attuazione agli strumenti normativi dell'Unione europea privi di efficacia diretta, cfr. G. ARMONE, *Principio di effettività e diritto del lavoro*, in “Questione giustizia”, 24/04/2018; P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2016, n. 150, p. 291 ss.

²Nelle sue versioni: 1.0 (Web tradizionale, *web marketing*), 2.0 (Web sociale, *social media marketing*), 3.0 (Web semanti-



co, *semantic/contextual discovery-search marketing*), fino al 4.0 cd. Internet delle cose (Web ubiquest, *u-marketing*).

³Come tra i primi ci ha insegnato S. RODOTÀ, in molti contributi, cfr. in particolare, *Il mondo della Rete, quali diritti, quali vincoli*, Laterza, 2014, spec. p. 13 ss.

⁴La dottrina maggioritaria non ammette la possibilità che tramite Web si possa esercitare anche la libertà di riunione, riconosciuta e garantita dall'art. 17 Cost., il dibattito tuttavia è aperto; sul punto, sia consentito un rinvio a P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid*, in "MediaLaws", 2020, n. 2, p. 68 ss. e alla bibliografia ivi riportata.

⁵Descritta da Max WEBER nel suo saggio più conosciuto, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, (1904), BUR Biblioteca Univ. Rizzoli, 1991.

⁶Osservano P. CAPUTO, M. MINETTI, *Nostalgia del capitalismo*, in S. Bellucci, "AI-work. La digitalizzazione del lavoro", Jaca Book, 2021, p. 253 ss., che «L'interpretazione del capitalismo, di scuola classica o marxista, era rassicurante per la classe media lavoratrice. Il valore di merci e servizi era strettamente legato al lavoro umano. Solo il lavoro produceva valore (prima chiamato ricchezza, da Adam Smith ad esempio) e, sin dal tempo di Locke, esaurito culturalmente l'argomento del diritto divino, questo lavoro fondava la giustificazione della proprietà privata, persino delle ricchezze naturali e minerarie».

⁷In questo senso, cfr. le considerazioni di C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Franco Angeli, 2019, p. 13. Cfr. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in "ADL Argomenti di diritto del lavoro", 2010, n. 3, p. 632 ss.

⁸G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed in Europa*, in "Costituzionalismo.it", 2005, n. 3, p. 2. Cfr., anche, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, 2016, pp. 90-102. Per riflessioni organiche recenti, cfr. C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, cit. e C. PINELLI, *Lavoro e Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2021.

⁹Cfr. M. D'ONGHIA, *Ritmi di lavoro e vita familiare*, in A. Occhino (a cura di), "Il lavoro e i suoi luoghi", Vita e Pensiero, 2018, p. 47 ss.; A. NICCOLAI, *Orario di lavoro e resto della vita*, in "Lavoro e diritto", 2009, n. 2, p. 243.

¹⁰ARISTOTELE, *Politica*, VII, 1333 a 30- b 5.

¹¹Le critiche più profonde alla sostituzione della politica con il mercato si trovano negli scritti di Z. BAUMAN (cfr. in particolare, *Homo consumens*, Erickson, 2007) e di J.P. FITOUSSI (cfr. in particolare, *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, 2004); la ricostruzione della storia di questa ideologia è offerta da P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Éd. du Seuil, 1999. Mentre per la tesi che l'economia di mercato funzioni meglio della democrazia, cfr. per es. B. CAPLAN, *The Myth of the Rational Voter - Why Democracies Choose Bad Policies*, Princeton University Press, 2007. Chi fosse interessato agli effetti della sostituzione del cittadino con il consumatore sul piano dei diritti può leggere R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. Cocco (a cura di), "Diritti dell'individuo e diritti del consumatore", Giuffrè, 2010, p. 95 ss.

¹²Che, a mio avviso molto ottimisticamente, porta alcuni, come F. SEGHEZZI, M. TIRABOSCHI, *Al Jobs Act mancano l'anima e una visione del lavoro che cambia. Ecco perché rileggere oggi la Grande trasformazione di Polanyi*, in E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), "La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori ADAPT", ADAPT University Press, 2017, p. 21, a pensare che «In quanto generato dalla diminuzione del lavoro manuale, questo nuovo lavoro è incentrato sulle capacità intellettuali, che sono molto più di proprietà del lavoratore, in quanto sempre innovabili, ampliabili e adattabili, più

di quanto possa essere la forza fisica. Questo fa sì che quelli che erano i compiti di un operaio nella fabbrica fordista, solitamente mancanti di originalità e responsabilità, stiano sempre più scomparendo a favore di ruoli lavorativi sempre più personalizzati e direttamente dipendenti dalle competenze individuali». Ritiene che la contrapposizione tra lavoro e capitale derivi più che da una corretta lettura delle prescrizioni costituzionali da «un sotteso ideologico della dominante dottrina» G. DI GASPARÈ, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in "Amministrazione in cammino", 2008, p. 2 ss. Di parere opposto, tra gli altri, L. DEMICHELIS, *Rete e ordomacchinismo*, in S. Bellucci, "AI-work. La digitalizzazione del lavoro", cit., p. 101, per il quale saremmo al contrario assistendo alla «continuità/evoluzione/involuzione del passato fordista-taylorista».

¹³Sulla globalizzazione del paradigma tecnocratico, è noto il chiaro e diretto pensiero espresso da PAPA FRANCESCO, in *Lettera Enciclica Laudato Si. Sulla cura della casa comune*, Libreria Editrice Vaticana, 2015, p. 99 s. «Non si può pensare di sostenere un altro paradigma culturale e servirsi della tecnica come di un mero strumento, perché oggi il paradigma tecnocratico è diventato così dominante, che è molto difficile prescindere dalle sue risorse, e ancora più difficile è utilizzare le sue risorse senza essere dominati dalla sua logica [...] Di fatto la tecnica ha una tendenza a far sì che nulla rimanga fuori dalla sua ferrea logica, e l'uomo che ne è il protagonista sa che, in ultima analisi, non si tratta né di utilità, né di benessere, ma di dominio; dominio nel senso estremo della parola [...] Si riducono così la capacità di decisione, la libertà più autentica e lo spazio per la creatività alternativa degli individui».

¹⁴Del resto il "soluzionismo" è carattere specifico del mondo digitale e del linguaggio ad esso collegato (*problem solving, learning by doing...*), come ha messo in evidenza E. MOROZOV, *Internet non salverà il mondo*, Mondadori, 2014.

¹⁵La letteratura sociologica dedicata ad individuare i legami tra forma del sociale e innovazione tecnologica e mediale è ormai ampia; di *Network Society*, come è noto, aveva parlato Manuel CASTELLS nel 1996 (ed. it. *La nascita della società in rete*, Egea, 2002) e nel 2001 (ed. it. *Galassia Internet*, Feltrinelli, 2002); una definizione recente di piattaforma digitale è stata elaborata da J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *Platform Society. Valori pubblici e società connessa*, Guerini Scientifica, 2019, p. 27, in termini di «un'architettura digitale programmabile, progettata per organizzare interazioni tra utenti, non solo utilizzatori finali, ma anche imprese commerciali istituzioni pubbliche. È orientata alla raccolta sistematica, al trattamento algoritmico, alla circolazione e alla monetizzazione dei dati degli utenti»; una descrizione dei processi che sono alla base del loro funzionamento è fornita da G. BOCCIA ARTIERI, A. MARINELLI, *Introduzione all'edizione italiana. Per un'economia politica delle piattaforme*, ivi, p. 18 s., che ne mettono in evidenza tre elementi; datificazione, mercificazione e selezione. Il primo riguarda «la capacità delle piattaforme di tradurre in dati caratteristiche e aspetti della realtà che non erano precedentemente quantificabili»; il secondo riguarda «la capacità di trasformare contenuti ed emozioni in merci che possono essere scambiate all'interno e all'esterno delle piattaforme»; il terzo fa riferimento «a quei processi attraverso i quali le piattaforme guidano l'utente verso contenuti specifici».

¹⁶Cfr. nella prospettiva sociologica, tra gli altri, A. CASILLI, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?*, Feltrinelli, 2020.

¹⁷Il diritto dell'Unione europea ha affrontato gli algoritmi con il Regolamento europeo 2016/679 nella prospettiva di tutela dei destinatari del processo decisionale algoritmico automatizzato ed ha fornito un catalogo di diritti individuali,



in particolare negli articoli 12, 13 e 22. La definizione giuridica di profilazione è oggi contenuta nell'art. 4 del GDPR, «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». Il Gruppo di lavoro ex articolo 29 dei Garanti per la privacy europei ha poi pubblicato le *Linee Guida in tema di processo decisionale automatizzato e profilazione* (3 ottobre 2017). Cfr. R. TORINO, *Il diritto di opposizione al trattamento dei dati personali e il diritto a non essere sottoposti a decisioni basate su trattamenti automatizzati e alla profilazione nel Regolamento (UE) 2016/679*, in "Cittadinanza europea", XV, 2018, n. 2; A. ODDENINO, *Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano*, in "DPCE Online", 2020, n. 1, p. 199 ss.

¹⁸Doc. COM(2020) 790, del 3 dicembre 2020. Sul tema, con riferimento particolare alla comunicazione politica in democrazia, cfr. P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in "Rivista AIC", 2018, n. 2, spec. p. 6 ss.

¹⁹Cfr. la ricostruzione di G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in "MediaLaws", 2021, n. 1 e il contributo, pubblicato in questo stesso fascicolo della Rivista, di E. GARZONIO, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, par. 1.

²⁰Sulla centralità del ruolo della merce informazione, nella prospettiva di definire nuovi modelli di analisi del rapporto tra progresso tecnologico e mercato, già P.M. ROMER, *Endogenous Technological Change*, in "Journal of Political Economy", 1990, n. 5, seconda parte, 1990, pp. S71-S102. L'economista statunitense, premio nobel nel 2018, più di recente ha chiesto che si prenda atto dell'indebolimento di fatto «dei diritti di proprietà di chiunque abbia una nuova idea», perché «le persone colgono solo una piccola parte dei benefici che producono quando scoprono qualcosa di nuovo» e si è fatto promotore di un ridimensionamento del diritto di autore, utile a innescare l'immissione sul mercato dei vantaggi, senza danni eccessivi per chi produce idee, ma con maggiori vantaggi per la crescita sociale, oggi che le idee e le scoperte possono circolare globalmente in modo rapido, fino a modificare gli orientamenti di ricerca, cfr. *Intervista a P. Romer*, in A. Kling, N. Schulz, "Economia 2.0: il software della crescita", IBL Libri, 2011, p. 106 ss.

²¹Su nuovi lavori e piattaforme digitali, C. DELLA GIUSTINA, *Quando il datore di lavoro diviene un algoritmo: la trasformazione del potere del datore di lavoro in algocrazia. Quale spazio per l'applicazione dei principi costituzionali?*, in "MediaLaws", 2021, n. 2, p. 222 ss.; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, 2020. In particolare, sulla recente giurisprudenza sui cd. *riders*, M. FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy: i ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legislazione del 2019*, in "Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale", 2020, n. 2, p. 252 ss., L. FOGLIA, *La privacy come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione*, in "Diritti fondamentali", 2020, n. 2, p. 14; I. MASSA PINTO, *La libertà dei fattorini di non lavorare e il silenzio sulla Costituzione: note in margine alla sentenza Foodora*, in "Osservatorio Costituzionale - AIC", 2018, n. 2.

²²Sul punto, cfr. E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella sua essenziale funzione familiare a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in "Federalismi.it", 2019, n. spec. 5, p. 67 ss.

²³Così, M. ALTIMARI, *Tempi di lavoro (e non lavoro) e rivoluzione digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", Cacucci Editore, 2019, p. 3.

²⁴Cfr. G. CONTE, *Schiavi della libertà*, in S. Bellucci, "AI-work. La digitalizzazione del lavoro", cit., p. 71.

²⁵Tanto da rendere già oggi possibile proporre una periodizzazione, cfr. S. BELLUCCI, *AI-work - il lavoro dopo il digitale*, in S. Bellucci, "AI-work. La digitalizzazione del lavoro", cit., p. 24 ss., a partire dal cd. "taylorismo digitale" che rappresenta «la forma produttiva finale del modello industriale classico, con gli strumenti e macchinari di produzione già altamente automatizzati, ma il lavoratore comunque incentivato a fornire le informazioni utili e necessarie all'ottimizzazione del processo produttivo. La fase attuale è caratterizzata dal fatto che sviluppare nuove istruzioni (cioè produrre informazione ed estrarre istruzioni in maniera automatica attraverso Intelligenza Artificiale dai Big Data) equivale a un processo di "sussunzione reale", cioè alla smaterializzazione di lavoro vivo e produzione di capitale fisso», p. 27. In sintesi, nella attualità l'economia globale oltre dalla finanziarizzazione è caratterizzata anche da denaro che si riproduce per mezzo dell'informazione, creata usata e riusata.

²⁶In questo senso, è utile la lettura delle *Faq - domande frequenti sulla rilevazione sulle forze di lavoro*, pubblicate sul sito dell'ISTAT.

²⁷Per un'analisi compiuta, si rinvia a P. TULLINI, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona nella gig-economy*, in "Costituzionalismo.it", 2020, n. 1, spec. p. 44 ss. L'A. accenna anche ad alcune recenti posizioni dottrinali tese a portare al centro dell'attenzione il «lavoro personale» tout court - al fine d'introdurre uno statuto protettivo comune e riferibile a tutte le forme di attività della persona, a prescindere dai differenti termini contrattuali dell'ingaggio e dall'inserimento più o meno vincolistico nell'organizzazione produttiva altrui» (p. 52).

²⁸S. BELLUCCI, *E-work. Lavoro, rete, digitale*, DeriveApprodi, 2005, spec. p. 62 ss.

²⁹Le tecnologie digitali hanno "facoltà cognitive" e auto-apprendono e decidono autonomamente e automaticamente. Sui meccanismi di espropriazione del valore prodotto dai lavoratori-utenti sul Web, cfr. M. SANTANIELLO, *Diritti umani nel cyberspazio. Patrimonio, persona e lex digitalis*, in "Politica del diritto", 2010, n. 3, spec. p. 434 ss. Commenta L. DEMICHELI, *op. cit.*, p. 82, «oggi le informazioni (e le relazioni che generano informazioni) sono la base per il fare digitalizzato e soprattutto per il far fare, ossia sono divenute una merce tra le merci nel sistema capitalistico delle merci, per di più ad alto tasso di valorizzazione capitalistica, in realtà è la vita intera ad essere divenuta merce».

³⁰Come ricorda P. CIARLO, *Costituzionalismo e pluralismo costituzionale*, in "Costituzionalismo.it", 2015, n. 3, p. 55, è «Difficile immaginare, infatti, una democrazia priva di una qualche significativa funzione di redistribuzione della ricchezza». Sull'analisi delle disegualianze nella distribuzione della ricchezza e su quali siano i riflessi sul contrasto alla povertà come prescrizione radicata nel testo costituzionale, cfr. Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in "Osservatorio costituzionale AIC", 2019, n. 1-2, p. 7 ss.

³¹Osserva R. CICCARELLI, *Il mito della piena automazione*, in S. Bellucci, "AI-work - il lavoro dopo il digitale", cit., p. 227, «La robotica è l'estensione fisica delle tecnologie dell'apprendimento automatico che richiedono un'enorme quantità di dati estratti dai comportamenti umani e la produzione eccedente di un lavoro necessario per rendere "intelligenti" gli algoritmi. *Machine learning*, intelligenza artificiale e robotica fanno parte di un capitalismo digitale la cui caratteristica è



invisibilizzare la forza lavoro necessaria per produrre l'intelligenza degli algoritmi e valorizzare le piattaforme attraverso le quali soggetti non specializzati si mettono al lavoro valorizzando i propri comportamenti, relazioni, pensieri e stili di vita al fine di garantire l'accumulazione della ricchezza più grande che la storia dell'umanità abbia conosciuto fino a oggi. L'invisibilizzazione della forza lavoro è funzionale sia allo sfruttamento del micro-lavoro digitale svolto da decine di milioni di persone nei Paesi subfornitori di dati raffinati e resi intelligenti per il capitalismo delle piattaforme, sia alla valorizzazione del lavoro-gioco svolto sulle piattaforme digitali dagli utenti e dai consumatori trasformati in *prosumers*.» [...] «La tesi sulla centralità della forza lavoro nella rivoluzione digitale rovescia questa impostazione e affronta il problema dal punto di vista politico: l'attuale rivoluzione digitale non cancella i lavoratori in carne ed ossa, ma rende invisibile la loro forza lavoro nella produzione; disloca il lavoro necessario in tutto il pianeta, soprattutto dove non è possibile osservarlo; nasconde il rapporto di subordinazione sociale a un capitalista collettivo che possiede i mezzi di produzione; moltiplica le occasioni per lavorare precariamente, sempre di più, in condizioni peggiori, al servizio delle piattaforme. L'automazione digitale fa parte di un ampio ventaglio di strumenti politici usati negli ultimi quattro decenni per aumentare la crescita della produttività e separarla da quella dei salari», p. 229.

³²Sull'impatto di Internet nel costituzionalismo democratico e della possibile qualificazione della Rete come «struttura strutturante», capace non solo di influenzare ma di performare sia i comportamenti individuali sia la stessa organizzazione degli apparati pubblici, avevo avviato alcune prime riflessioni in P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, «Costituzionalismo.it», 2011, n. 2, p. 5 s.

³³Tra gli ormai numerosi lavori di ampio respiro su tali temi, rinvio ai più recenti, M.R. ALLEGRI, G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Aracne, 2017; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, 2019; G. DE MINICO, *Libertà in Rete. Libertà dalla Rete*, Giappichelli, 2020.

³⁴«Tramite necessario per l'affermazione della personalità», come evidenziava C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX edizione, Cedam, 1975, p. 156.

³⁵Come li ha definiti G. FERRARA, *op. cit.*, p. 2, «Configurato come assioma di un sistema normativo, dal fondamento-lavoro si enucleano corollari oggettivi e soggettivi. Essi attonano al modo, alle forme ed agli strumenti attraverso i quali si dispiega l'assioma, pervadendo l'ordinamento e collegandone le varie parti, quanto a matrice, funzione e fine, al principio supremo che lo presiede e lo legittima, la sovranità popolare, il cui esercizio è concepito e sancito dalla Costituzione in organica e funzionale sinapsi col dipanarsi delle valenze del fondamento-lavoro».

³⁶G. ALLEGRI, *Il reddito di base dal post-fordismo all'economia digitale. Per un dibattito costituzionalistico e giuslavoristico*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), «*op. cit.*», p. 793 ss.

³⁷*Ivi*, p. 797; il riferimento è anche alle analisi di Bernard Stiegler, in particolare in *La società automatica. 1. L'avvenire del lavoro* (2015), Meltemi, 2019, sulla automazione generalizzata di ogni dimensione dell'esistenza e in tutti settori della conoscenza, che l'A. chiama «governamentalità algoritmica», imposta dal capitalismo computazionale 24 ore su 24, 7 giorni su 7 (p. 171), osservando come il tempo di lavoro liberato sia tempo oggi in realtà sfruttato (p. 307) e come le tracce digitali che noi tutti lasciamo siano «valore del valore, non monetizzabile» di cui il diritto dovrebbe occuparsi (p. 237 ss.). Così anche cfr. R. CICCARELLI, *op. cit.*, p. 248 che rileva come «A differenza delle concezioni assistenzialistiche, riparative o risarcitorie, caritatevoli, pauperistiche e compassionevoli diffuse

nelle culture neoliberali e digitali, questa concezione del reddito di base incondizionato è ispirata all'idea di *giustizia sociale* e non solo a una di *giustizia distributiva*» e ID., *Forza Lavoro. Il lato oscuro della rivoluzione digitale*, DeriveApprodi, 2018. Cfr. anche S. GOBETTI, L. SANTINI, *Reddito di base, tutto il mondo ne parla. Esperienze, proposte e sperimentazioni*, GoWare, 2018; AA.VV., Basic Income Network-Italia, *Big data, WebFare e reddito per tutti*, Asterios, 2019. Diverse sono le considerazioni sul reddito di cittadinanza, di C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come «risarcimento per mancato procurato lavoro». Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in «Costituzionalismo.it», 2015, n. 1, spec. p. 16 ss., che nel riprendere l'idea di Costantino Mortati di «risarcimento per mancato procurato lavoro», definisce «massimalista (utopica e radicale), ottenuta declinando in senso espansivo i due termini, consiste invece nell'attribuzione da parte di un'autorità pubblica, a tutti gli appartenenti a una determinata comunità – siano essi ricchi o bisognosi, lavoratori o non lavoratori, cittadini o non cittadini – di risorse monetarie sufficienti a garantire un'esistenza rispondente ai propri progetti di vita (reddito di base o basic income)».

³⁸Cfr. gli spunti critici di M. DELLA MORTE, *Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al pilastro di Göteborg*, in «Liber Amicorum per Pasquale Costanzo», tomo IV – Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale, Collana di studi Consulta online, 2020, spec. p. 14 ss.; sul punto anche S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in «Quaderni costituzionali», 2017, n. 4, p. 953 ss.; A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione per i diritti sociali*, in «Federalismi.it», 2018, n. spec. 4, p. 20 ss.

³⁹Nota M. ALTIMARI, *Tempi di lavoro (e non lavoro) e rivoluzione digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), «*op. cit.*», p. 60, che «in realtà non si può davvero ignorare come il tema sia stato sollevato per la prima volta dalla dottrina francese ormai quindici anni fa (Ray 2002), e la cosa è ancora più peculiare se pensiamo che all'epoca senz'altro internet iniziava ad avere una diffusione di massa ma gli *smartphone* e i cosiddetti *social network* erano ben lontani da venire».

⁴⁰D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2017, n. 1, p. 9.

⁴¹Cfr. R. PERRONE, *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in «Federalismi.it», 2017, n. 24, a cui si rinvia per la disamina dei relativi fondamenti costituzionali che esulano da quelli direttamente collegabili alle disposizioni che la Carta dedica al lavoro, in particolare articoli 2, 3 e art. 41. Cfr. anche M. RUSSO, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2020, n. 3, p. 682 ss.; G. CAVAGGION, *Il diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione e dell'informatizzazione*, in «Federalismi.it», 2019, n. spec. 5, p. 248 ss.

⁴²La letteratura è ampia, cfr. almeno, M. LUCIANI, *Articoli 35-47*, in G. Neppi Modona (a cura di), «Stato della Costituzione», Milano, 1995, p. 151.

⁴³Cfr. D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2017, n. 1, p. 22, «In questo scenario non si può né si deve arrivare ad affermare la velleità della garanzia di una tutela effettiva dei diritti nella rete, ma la tendenza a costruire nuovi diritti induce ad interrogarsi se gli stessi – al di là dell'impiego puntuale o meno del loro *nomen* – siano diritti ad effettività rafforzata, ad effettività necessariamente debole



oppure se sia lo stesso profilo della tutela ad atteggiarsi con fattezze diverse dinanzi ad un orizzonte caratterizzato da una scomposizione delle categorie e delle partizioni tradizionali (come lo stesso rapporto pubblico/privato) e, dopo il disordine, da un nuovo ordine delle fonti non ancora ricomposto».

⁴⁴Infatti, in molte parti presenti nel GDPR, come le cd. *privacy by design* e *privacy by default* e nel caso in esame del lavoro agile, «necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

⁴⁵Così, L. FOGLIA, *La privacy come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione*, cit., p. 111 ss., che prosegue notando che «È peraltro vero che ciò non preclude l'intervento regolativo dell'autonomia collettiva [...] Al contrario, quel diritto risulta comunque giustificabile – anche a prescindere dal suo operare all'interno di un rapporto di lavoro agile – sotto il profilo della violazione di obblighi contrattuali o del generale dovere di correttezza e buona fede secondo la normativa comune, trattandosi di violazioni in materia di orario di lavoro o più in generale di illegittimo esercizio dei poteri datoriali».

⁴⁶*Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021*. Il contesto di riferimento è la Direttiva 2003/88/CE, con le previsioni dei diritti dei lavoratori dell'Unione (a requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'organizzazione dell'orario di lavoro, come; le pause di riposo; il riposo settimanale; la durata massima del lavoro settimanale e le ferie annuali; alcuni aspetti del lavoro notturno, del lavoro a turni, e dei modelli di lavoro).

⁴⁷Del resto occorre considerare il peso della «cittadinanza» in termini sociali, e alla nozione di cittadinanza sociale, così P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», materiali dell'incontro di studio «Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana» (Ferrara, 24 ottobre 2008).

⁴⁸S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 30 s.

⁴⁹Osservato che, come fa A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto è ancora possibile*, in «Costituzionalismo.it», 2020, n. 1, p. 40, «È all'Unione Europea che è stato consegnato – fiduciosamente e forse anche ingenuamente – il primato normativo della disciplina del lavoro ed è quindi dall'Unione che ora deve pretendersi, anche al costo di un profondo ripensamento del diritto costituzionale europeo, il rispetto del diritto al lavoro, come fondamento dello stato sociale, e una coraggiosa politica di contrasto al modello neoliberale».

⁵⁰Compiutamente descritte e analizzate da M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in questo stesso fascicolo della Rivista. Si veda la Comunicazione della Commissione europea, *2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade*, Doc. COM(2021) 118, del 9 marzo 2021.

⁵¹In questo senso, e sul paradigma europeo della *flexicurity*, cfr. anche A. APOSTOLI, *op. cit.*, spec. p. 8 e p. 25; A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in «Liber Amicorum per Pasquale Costanzo», tomo VI - Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale, Collana di studi Consulta online, 2020, spec. p. 12 ss. e ID., *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in «Diritto Pubblico Europeo Rassegna online», 2019, n. spec. 1; C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, cit., p. 27 s. Con riferimento particolare al diritto antidiscriminatorio europeo, come componente essenziale della politica sociale europea, in questo senso, cfr. S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in «Diritto e società», 2014, n. 2, p. 313 ss.

⁵²L'espressione Industria 4.0 è stato coniata in Germania e indica sia un insieme di tecnologie applicate alla produzione

industriale per aumentare la produttività, sia una precisa strategia politica del governo tedesco per mantenere e rafforzare la competitività del proprio sistema manifatturiero. Il progetto di Industria 4.0 si è rapidamente diffuso, diventando in breve tempo un programma di politica industriale per tutti i governi europei. In effetti si tratta di una strategia per la trasformazione del settore manifatturiero, che utilizza un insieme di tecnologie in grado di modificare i processi di produzione, in particolare grazie a strumenti di comunicazione, connettività, raccolta ed elaborazione dati. Indubbiamente anche la robotica e l'automazione di nuova generazione possono essere considerate parte di Industria 4.0, ma i fenomeni di automazione, anche spinta, dei processi produttivi, sono conosciuti e praticati da decenni. La vera novità della trasformazione in corso è la connettività come portato delle *Information and Communication Technologies* (ICT). Recenti ricerche commissionate da organizzazioni sindacali, M. GADDI, *Industria 4.0 e il lavoro una ricerca nelle fabbriche del Veneto*, Punto Rosso, 2018, p. 237, hanno confermato che «Le tecnologie 4.0 combinate con i sistemi organizzativi della *lean production*, determinano una forte compressione dei tempi ciclo, un peggioramento dei ritmi di lavoro e un aumento delle saturazioni, intensificando così la prestazione lavorativa [...]». Per cercare di nascondere questi effetti, il tentativo delle aziende è quello di «oggettivare» tempi e ritmi, dando loro una parvenza di scientificità incorporandoli in dispositivi e procedure e sottraendoli quindi alla contrattazione formale e informale. I tempi ciclo [...] vengono presentati come qualcosa di oggettivo, determinato unicamente dalla tecnologia e, oltretutto, nascosto alla percezione dei lavoratori. Gli strumenti informatici sono funzionali a questo scopo: tramite la lettura dei codici a barre collegati con gli ordini di lavoro, con lettori ottici e PC a bordo macchina/linea, oppure con comunicazione via MES [*Manufacturing Execution System*], all'operatore viene imposto il tempo ciclo entro il quale concludere l'operazione. Contestualmente si avvia il conteggio del tempo effettivamente impiegato, consentendo in tal modo il controllo in tempo reale e in remoto della prestazione lavorativa».

⁵³Riprendo una denominazione proposta da S. BELLUCCI, *E-Work. Lavoro, rete, innovazione*, cit., pp. 36-37. Il concetto di lavoro implicito si inserisce nel più generale concetto della *digital labour* (M.Z. MARVIT, *How Crowdworkers Became the Ghosts in the Digital Machine*, in «The Nation», Feb. 4, 2014), un filone di studi che vede nella interpretazione del lavoro cognitivo una nuova centralità del conflitto tra capitale e lavoro.

⁵⁴P. CIARLO, *La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)*, in «Forum di quaderni costituzionali», 2020, n. 2, p. 230 ss.

⁵⁵Prima della emergenza sanitaria, nessuno aveva così chiaro che l'aumento della pratica della esternalizzazione di fasi della produzione avrebbe coinvolto così massicciamente i propri privati domicili ed a spese, in senso sia figurato che proprio, dei lavoratori.

⁵⁶Sulla programmabilità del proprio tempo, è intervenuta la Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza n. 290 del 1992. Sulla tutela legale riguardo all'ambiente di lavoro «stressogeno» e cd. *sindrome di burnout*, cfr. L. TAMBURRO, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in «Rivista degli infortuni e delle malattie professionali», 2019, n. 2-3, p. 209 ss.

⁵⁷A. INGRAO, *Data-Driven management e strategie collettive per la tutela della privacy*, in «LaBoUR&LawIssues», 2019, n. 2, p. 129, cui si rinvia per una analisi del rapporto tra intelligenza artificiale, uso delle informazioni ed esercizio dei tradizionali poteri del datore di lavoro (direttivo, di controllo e disciplinare) e della progressiva esclusione del lavoratore



dalle scelte relative all'architettura del processo algoritmico digitale.

⁵⁸ «Non pretendiamo che le cose cambino se continuiamo a fare le stesse cose. La crisi può essere una grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi. La creatività nasce dall'angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che sorge l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie». A. EINSTEIN, *La crisi può essere una vera benedizione*, 1955.

⁵⁹ Su questi profili, rinvio in particolare alle considerazioni dell'economista Marazzi, di cui cfr. C. MARAZZI, *La dote della gratuità*, in F. Coin, "Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito", *Ombre corte*, 2017, p. 82 ss. L'A. più di recente ha parlato di «estensione dell'area del lavoro gratuito», anche a seguito della presente pandemia, Id., *Economia della dismisura*, in "Machina", 7 ottobre 2020.

⁶⁰ Cfr. P. TULLINI, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona nella gig-economy*, cit., p. 44.

⁶¹ Sui profili giuridici dei *Big Data*, la letteratura è ormai ampia; per i contributi recenti, cfr. M.F. DE TULLIO, *La "privacy" e i "big data" verso una dimensione costituzionale collettiva*, in "Politica del diritto", 2016, n. 3, p. 637; F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 2017, n. 8, spec. p. 357 ss.; L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 2017, n. 8, p. 315 ss.; C. BUZZACCHI, *Tecnologia e protezione dei dati personali nella società dei big data. Problemi di profilazione e di garanzia della sicurezza pubblica*, in F. Pizzolato, P. Costa (a cura di), "Sicurezza e tecnologia", Giuffrè, 2017, spec. p. 70 ss.; G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, tutela dei dati personali e Big Data*, in E. Tosi (a cura di), "Privacy Digitale", Giuffrè, 2019, p. 447 ss.; L. MERLA, *Big Data e diritto: una sfida all'effettività*, in "MediaLaws", 2021, n. 1, spec. p. 221.

⁶² In questo stesso senso, L. AVITABILE, *op. cit.*, p. 316, «Il processo di globalizzazione del commercio, diffuso attraverso la rete, converge nell'imposizione di un nuovo medium simbolicamente generalizzato, quello digitale, che incide sull'esistenza dell'essere umano e sulle sue relazioni. Lo spazio è dominato ormai da un radicale mutamento di paradigma, latore di un nuovo modo di percepire le relazioni. La persona è volta sempre più ad una dimensione pubblica, rappresentata dall'immagine che coincide, come mai era avvenuto finora, con quella privata».

⁶³ *Ibidem*, p. 322.

⁶⁴ Per una recente ricognizione, cfr. G. CAVAGGION, *Il diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione e dell'informatizzazione*, cit., p. 239 ss.

⁶⁵ Osserva L. AVITABILE, *op. cit.*, p. 320, che «Con l'estinzione della relazione interpersonale, il diritto vede vanificarsi

la sua testualità, non è più discorso (dia-logos), diventa – per effetto del mondo frammentato della rete – sempre più residuale, si trasforma in un monologo dell'economia dell'informazione, in sporadiche critiche all'ipertrofia legislativa, sempre più materia di gruppi ristretti di addetti ai lavori». Sulla tecnologia come opportunità per promuovere il principio della *rule of law*, e fornire migliori sistemi di applicazione delle politiche pubbliche, cfr. O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in "MediaLaws", 2021, n. 2, p. 10 ss.

⁶⁶ Per una ricognizione accurata di questi interventi, si rinvia all'intervento di E. GARZONIO, *op. cit.* Sul tema, cfr. le analisi compiute da G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in "Diritto Pubblico", 2019, n. 1, p. 89 ss. e, da ultimo, Id., *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in "MediaLaws", 2021, n. 1, con particolare riferimento alle critiche che l'A. muove a come – con evidenza proprio in questo ambito – il delicato modello di coregolamentazione che dovrebbe combinare fonti eteronome e atti privati negoziati secondo un preciso ordine di intervento sia di fatto male interpretato e utilizzato, pp. 19-21.

⁶⁷ Cfr. il Dossier pubblicato sul sito della Camera dei Deputati, *Web Tax ed economia digitale*, 22 gennaio 2021.

⁶⁸ Cfr. il *Provvedimento* del 15 gennaio.

⁶⁹ Cfr. l'appassionata quanto impietosa critica al pensiero economico sul capitalismo cognitivo, tra gli altri, di Andrea Fumagalli proposta da D. LEPORÉ, *Reddito universale o salario garantito? Per un approccio marxista alla battaglia per il salario garantito nell'epoca del capitale fittizio*, PonSinMor, 2014. Così anche, nella prospettiva della sociologia economica, L. DEMICHELIS, *op. cit.*, p. 90, giudica che «falsa è stata la promessa di una economia della conoscenza, di un lavoro finalmente creativo (e invece, a sentire gli interessati, l'Industria 4.0 è tutto meno che lavoro creativo), di autonomia e responsabilità grazie alle nuove tecnologie e di un *general intellect* compiutosi grazie alla rete; false erano le promesse dei ruggenti anni '90 (Stiglitz), quando neoliberalismo e tecnica dicevano (producendo meccanismi di veridizione funzionali allo scopo di far credere vero ciò che non lo è) di poterci portare finalmente verso un'era di abbondanza e di crescita infinita, senza più il fastidio dei cicli economici del passato e delle crisi del vecchio capitalismo».

⁷⁰ Sul punto, si rinvia alla ricostruzione critica proposta da G. ALLEGRI, *Il reddito di base dal post-fordismo all'economia digitale. Per un dibattito costituzionalistico e giuslavoristico*, cit., p. 793 ss., anche finalizzata a mettere in luce l'emersione di un nuovo costituzionalismo sociale e di un nuovo giuslavorismo garantista e a commentare quale strada si sia prospettive siano oggi aperte per il reddito di base nel dibattito sulla questione sociale europea.

* * *

Always "at work". The constitutional guarantees for networked people and personalities

Abstract: This paper deals with the theme of work starting from its possible (re)definition at the time of the digital economy. It is based on a broader research on the right of access to the Internet and the effectiveness of its operation, as currently recognised and guaranteed at national and EU level. After reviewing the current guarantees of the right to work it assesses their effectiveness in the context of the digital economy. Subsequently, it hypothesizes some more specific lines of legal research on a phenomenon definable as implicit work, that is, the online activities not immediately perceived or considered as properly work, although they produce some of the effects of work provision, primarily the production of wealth.

Keywords: Constitution – Work – Web – Privacy – Disconnection

In cerca di un nuovo modello sociale europeo nell'era digitale. Una controstoria, a vent'anni dalla Carta di Nizza

Giuseppe Allegri

In questo intervento si vuole ricostruire il dibattito europeo intorno ai processi costituenti e di (mancata) costituzionalizzazione che hanno coinvolto le istituzioni euro-unitarie a partire dalla fine degli anni Novanta del Novecento, con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che avrebbe potuto costituire l'avvio di un nuovo modello sociale europeo nella società della conoscenza, ancora più necessario dinanzi ai mutamenti della società digitale e dei poteri privati che la governano. Perciò si approfitta di tre anniversari, l'ottantennale del Manifesto di Ventotene (1941), il trentennale della morte di Ursula Hirschmann (1913-1991), il ventennale oramai superato dell'adozione della Carta di Nizza/Strasburgo (2000) per proporre una *controstoria* dell'ultimo ventennio del processo di integrazione continentale, per pensare diritti sociali e solidarietà paneuropea dinanzi alle sfide post-pandemiche e delle accelerazioni delle innovazioni tecnologiche e digitali, a partire da un necessario welfare continentale fondato su garanzie universali di protezione sociale, come ad esempio il reddito di base, come vero e proprio *ius existentiae* nell'era digitale e pandemica.

Modello sociale europeo – Società digitale – Diritti sociali – Solidarietà

SOMMARIO: 1. *Premessa, a partire da tre anniversari* – 2. *Ripensare la Carta dei diritti fondamentali come (mancata?) innovazione costituente nell'Europa precaria dell'economia della conoscenza* – 3. *Per non ripetere gli errori del recente passato: diritti sociali e solidarietà paneuropea nella società automatica della comunicazione digitale. Primi appunti per la Conferenza sul futuro dell'Europa*

1. Premessa, a partire da tre anniversari

Con queste note si vuole approfittare dell'oramai superato ventennale dall'adozione della “Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”, esplicitamente richiamata nell'attuale art. 6, par. 1 del Trattato UE successivo al Trattato di Lisbona, che decretò l'entrata in vigore della Carta il 1° dicembre 2009, e dove si stabilisce che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo

stesso valore giuridico dei Trattati»¹ per interrogare lo stato dell'arte del *modello sociale europeo* nella prospettiva di un' *Europa sociale nell'era digitale*, oltre quella economico-monetaria delle quattro libertà del mercato e della moneta comune.

Si approfitta anche di un altro anniversario, di un testo – e del connesso movimento euro-federalista – che si situa alle origini e sullo sfondo del progetto di integrazione continentale, quasi a costituirne un fondamento culturale, spesso disatteso, quando non contestato nella pratica. Si tratta dell'ottantennale dalla stesura del “Manifesto di Ventotene”, il cui ti-

G. Allegri è dottore di ricerca in Teoria dello stato e istituzioni politiche comparate, attualmente insegna a contratto Diritto costituzionale italiano e istituzioni dell'UE presso il Dipartimento CoRiS di Sapienza, Università di Roma. Autore di studi, saggi, ricerche tra storia del pensiero e delle istituzioni politiche e diritto pubblico, comparato ed europeo. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci.



tolo originale era “Per un’Europa libera e unita. Progetto d’un manifesto”², avvenuta nel pieno del secondo conflitto mondiale, nell’estate del 1941, sull’isola pontina di Ventotene dove erano confinati centinaia di antifascisti, tra i quali Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, autori di questo testo visionario, insieme con l’aiuto di Eugenio Colorni, quindi, anche per la diffusione fuori dall’isola, di Ada Rossi e Ursula Hirschmann, ambedue tra le fondatrici del *Movimento Federalista Europeo* nell’agosto 1943, quindi Hirschmann anche dell’associazione *Femmes pour l’Europe* (nel 1975), di lei quest’anno ricorre il trentennale della morte, avvenuta nel gennaio del 1991. Si tratta di un vero e proprio manifesto politico-culturale, nel quale si parteggiava per la fondazione di un potere democratico sovranazionale, di istituzioni continentali post-nazionali, che facessero a meno della suddivisione in belligeranti Stati-nazione, al fine di garantire una pacifica convivenza continentale dinanzi alla latente guerra civile europea, al dominio guerrafondaio della Germania hitleriana e alle trasformazioni che stavano per avvenire nell’economia mondiale e nei sistemi di produzione di massa.

Il ricordo di questo doppio anniversario – l’uno più di architettura istituzionale dell’UE, l’altro più di riflessione culturale sul processo di integrazione continentale – vorrebbe fungere da occasione per riflettere sulle possibilità di immaginare istituzioni europee pluralistiche e inclusive, nella prospettiva di un *diritto costituzionale comune europeo* di mediazione progressiva tra eguaglianza e libertà, tra emergenza di una inedita questione sociale nell’era digitale e ricerca di una solidarietà paneuropea, che coinvolga cittadinanze, istituzioni, locali, statuali ed eurounitarie/unionali, tanto più dinanzi alle misure adottate per arginare la crisi pandemica, a partire dai programmi legati a *NextGeneration EU*, «il più ingente pacchetto di misure di stimolo mai finanziato in Europa», in una prospettiva intergenerazionale³.

Quindi il taglio di queste pagine vuole essere quello di un percorso che enuncia un possibile progetto di ulteriore indagine e studio, nel solco di quell’annosa e faticosa ricerca di un costituzionalismo multilivello che potrebbe trovare ulteriore campo di riflessione, confronto e maturazione dinanzi al lancio della *Conferenza sul futuro dell’Europa* promossa da Parlamento europeo, Consiglio dell’Unione europea e Commissione nel marzo del 2021 e ufficialmente inaugurata in occasione della festa dell’integrazione europea, lo scorso 9 maggio, con l’obiettivo di «conferire ai cittadini un ruolo più incisivo nella definizione delle politiche e delle ambizioni dell’UE», soprattutto per quanto riguarda le questioni sanitarie, sulla salute individuale e collettiva, riguardo cambiamenti cli-

matici, equità sociale, trasformazione digitale, quindi il ruolo dell’UE/UEM nel mondo e il rafforzamento dei processi democratici che governano l’Unione⁴.

Con una battuta, si vorrebbe dire che questi appunti vorrebbero contribuire a tornare a *prendere sul serio* l’evoluzione dei diritti fondamentali nel vecchio Continente, per aprire uno sguardo sulla riforma dei meccanismi della governance economica europea, dinanzi alle transizioni che ci attendono e che in parte stiamo vivendo: da quella digitale, alla produzione di energia non più fossile; da quella climatica a quella – ci auguriamo – post-pandemica.

2. Ripensare la Carta dei diritti fondamentali come (mancata?) innovazione costituente nell’Europa precaria dell’economia della conoscenza

Proprio vent’anni fa, in un libro collettivo che raccoglieva gli interventi dei partecipanti italiani alla Convenzione che redasse la “Carta dei diritti fondamentali dell’UE” (tra il novembre 1999 e l’ottobre 2000)⁵, il compianto Stefano Rodotà, membro designato come rappresentante del Governo italiano, all’epoca presieduto da Massimo D’Alema, rifletteva sulla portata del lavoro svolto in Convenzione, segnalando l’innovazione istituzionale apportata dal *metodo Convenzione*, «poiché per la prima volta nell’esperienza dell’Unione si è creato un organismo nel quale hanno operato e collaborato i Parlamenti nazionali ed europeo, i governi, la Commissione»⁶, un organismo inedito e innovativo che ha permesso di aprire il dibattito pubblico su riforme istituzionali e modifiche dei Trattati europei superando gli spazi istituzionali solitamente circoscritti e limitati ai soli rappresentanti dei governi degli Stati membri, tramite la convocazione di Conferenze Intergovernative (CIG) per le modifiche ai Trattati europei che negli anni aveva incontrato sempre più insuccessi e necessitavano quindi di un loro, almeno parziale, superamento o integrazione⁷. Si tratta quindi della creazione di una *nuova istituzione* dove la presenza e la partecipazione delle rappresentanze parlamentari delle cittadinanze d’Europa si affianca, anzi precede, il circuito chiuso e autoreferenziale del confronto limitato alle burocrazie governative degli Stati membri con le Conferenze Intergovernative, per coinvolgere parlamentari nazionali ed europei e – tramite loro – le forze, i partiti e i movimenti politici di governo e di opposizione, di maggioranza e di minoranze, nel dialogo tra società, opinione pubblica e istituzioni rappresentative che caratterizza le società pluralisti-



che e multipartitiche precedentemente sacrificate al livello euro-unitario dal prevalere del solo circuito intergovernativo delle maggioranze di governo.

Questa innovazione istituzionale permetteva a Stefano Rodotà di interrogarsi progressivamente sulle «speranze, diffidenze e ripulse» suscitate dall'adozione di quella Carta, che egli stesso descriveva come «atto politico e documento giuridico», per valorizzarne la portata, nel senso «di una discontinuità, se non di una vera e propria rottura, nel processo di costruzione europea; [perché] sposta l'attenzione dalla sola logica economica a quella dei diritti, e dunque dalle imprese ai cittadini; si presenta come il nucleo di una futura, e completa, costituzione europea»⁸. Nel solco di quella *integrazione attraverso i diritti* che era stata già al centro del dialogo e del conflitto tra i soggetti che rivendicano diritti e le Corti statuali ed europee e che avrebbe dovuto essere ulteriormente approfondito nel processo di costituzionalizzazione delle istituzioni euro-unitarie, con l'allusione all'apertura di «un vero processo costituente: quando si proclamano diritti fondamentali, infatti, ci si afferma appunto come soggetto costituente»⁹. Una ricostruzione che interrogava quella dottrina costituzional-comparatistica che proprio in quegli stessi anni provava a tenere insieme la prospettiva della comparazione giuridica tra istituti ed ordinamenti, nel quadro di un protagonismo attivo di quella che veniva definita come *società aperta degli interpreti della Costituzione*, caratterizzata da spinte diversificate e multilivello, in senso infra-statuale, internazionale, transnazionale e sovranazionale e formata da giudici, corti, dottrina, avvocati, studiosi, quindi associazioni, movimenti, circoli, partiti, sindacati, organi di stampa e della comunicazione, etc. In questo senso è tuttora utile riprendere gli studi e gli scritti, coevi a quegli eventi, di Peter Häberle e Jürgen Habermas¹⁰, che immaginano la Costituzione come un'acquisizione culturale frutto di innovazioni costituenti di quell'opinione pubblica attiva che si mobilita per l'affermazione di diritti fondamentali, doveri di solidarietà, pluralismo socio-istituzionale e spazi di partecipazione democratica, nel quadro di un costituzionalismo multilivello e post-nazionale¹¹. E in questo senso, proprio a valle dell'adozione della Carta, lo stesso Stefano Rodotà rifletteva sulla necessità di sfidare – teoricamente e pragmaticamente – i fondamenti e le tradizioni del costituzionalismo di impronta statualistica e organicistica, dinanzi alle evoluzioni del processo di unificazione continentale: «può una vicenda come quella della Carta dei diritti, e più in generale l'intera costruzione europea, essere analizzata e valutata con le categorie del passato? O non siamo forse di fronte ad un caso irriducibile a quelle categorie? Abbiamo già

una moneta senza Stato: è davvero impensabile che la costruzione europea possa procedere senza dover necessariamente incontrare la forma Stato, dunque una delle categorie fondative della moderna organizzazione politica?»¹². Domande tuttora aperte e quanto mai attuali, un ventennio dopo la travagliata fase *convenzionale* europea dei primi anni Duemila, in cui la parte del dibattito pubblico continentale più sensibile a una prospettiva di *democrazia continentale* aspirava a mitigare la sola visione economicistica di una unificazione monetaria che alimentava le disuguaglianze economiche tra i diversi Stati membri – in quanto priva di politiche pubbliche comuni in materia di bilancio e fisco, come di condivisi meccanismi di legittimazione collettiva, il cd. “deficit democratico europeo” – attraverso la possibilità di bilanciare l'integrazione giurisprudenziale dei diritti fondamentali con il protagonismo attivo delle cittadinanze d'Europa, evocando un'aspirazione quasi performativa della scrittura delle Carte come momento costituente una nuova soggettività politica: «la novità sta proprio nel fatto che la Carta può far diventare i cittadini protagonisti della costruzione europea, chiamandoli in campo con i diritti e mobilitandoli sui diritti. Attraverso i diritti si pongono le premesse per la costituzione di uno spazio pubblico europeo e si creano, quindi, le condizioni per la nascita di quel *demos*. Così la Carta avvia la costruzione del soggetto che le darà piena legittimazione»¹³.

In questo senso si sosteneva una nuova centralità dei diritti fondamentali, ancora sospesi tra l'interpretazione differenziale delle diverse tradizioni costituzionali e l'auspicio di una *costituzionalizzazione* dei diritti fondamentali codificati dalla Carta di Nizza/Strasburgo, nel quadro di quell'«inedito processo di “costituzionalizzazione” portato avanti in quegli anni»¹⁴, immaginando quasi una dialettica costituente tra diritti in evoluzione, innovazioni istituzionali del “metodo Convenzione”, dentro un «ordinamento in transizione»¹⁵ e soggettività politiche in trasformazione, nella visione pluralistica e radicalmente innovativa per le scienze sociali e costituzionalistiche di quei *molteplici demoï*, che superano la faticosa ricerca e visione monistica di un *demos europeo*, così come ricostruito sempre in quello stesso scorcio di primi anni del Millennio da Kalypso Nicolaïdis¹⁶, proprio in dialogo con le attività della già ricordata seconda Convenzione europea, quella successiva alla Dichiarazione di Laeken del 13-14 dicembre 2001 e denominata “Convenzione sul futuro dell'Europa”, i cui lavori si svolgeranno sotto la presidenza di V. Giscard d'Estaing tra il febbraio 2002 e il luglio 2003¹⁷. Si trattava di «un percorso di riflessione e ricerca a più voci di cui non si intravedono



ancora gli esiti finali», osserverà Luca Scuccimarra circa un decennio dopo, riflettendo anch'egli sui tentativi di transizione «dal *demos* ai *demoi*», «dalla *democrazia monista* a quella *plurale*», per provare ad «alludere ad una forma di democrazia transnazionale centrata sul riconoscimento di una ben più ampia e variegata “pluralità di istituzioni e comunità”, una complessa costellazione politica di cui proprio l'Unione Europea rappresenta il concreto terreno di sperimentazione materiale»¹⁸. E questa sperimentazione sembrava potesse tenere insieme innovazione istituzionale e produzione di nuove soggettività politiche post o trans-nazionali, tornando a *riscrivere i diritti in Europa*, perché il millennio si era aperto «con un fatto che può essere considerato simbolico – la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – il primo documento dove diritti vecchi e nuovi convivono senza gerarchie. [...] Si manifesta soprattutto la convinzione della impossibilità di una costruzione istituzionale che prescinda dalla dimensione dei diritti»¹⁹.

Nella «equiordinazione attorno al valore centrale e unificante della dignità della persona dei diritti civili, politici, economici e sociali»²⁰ prevista dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE si prova ad innovare la tradizione costituzionale comune storicamente ancorata ad una visione cronologica del succedersi delle diverse generazioni dei diritti, provando al contempo a riempire di contenuto sociale l'integrazione economico-monetaria continentale. Del resto il titolo della Carta con maggiori articoli è quello dedicato alla *Solidarietà*, ben 12 articoli che provano a prevedere una sorta di diritto sociale continentale, che da alcuni diritti dei lavoratori (informazione e consultazione nell'impresa) passa per l'accesso alle prestazioni sociali, come anche l'assistenza abitativa e l'ufficio di collocamento gratuito, arrivando poi all'accesso universale ai servizi di interesse generale, una vera e propria novità rispetto alle Costituzioni statuali²¹. E vent'anni fa, «la decisione dell'Unione europea di puntare sui diritti fondamentali, riconosciuti in uno specifico testo e in prospettiva costituzionalizzati, esprime una scelta di discontinuità rispetto al modello affidato unicamente alle logiche del mercato»²². Una discontinuità che nell'interpretazione habermasiana sembrava trovare un punto di saldatura continentale comune intorno alla *dimensione sociale* della proclamazione dei diritti fondamentali dell'UE: «la nuova consapevolezza dei momenti comuni ha trovato espressione nella *Carta dei diritti* dell'Unione, sulla quale i membri della “Convenzione” hanno trovato l'accordo in tempi rimarchevolmente brevi. [...] La *Carta* influenzerà certamente la giurisprudenza della Corte di Giusti-

zia dell'Unione europea. Finora questa si è occupata soprattutto delle quattro libertà del mercato. Con le sue prescrizioni sociali, la *Carta* rimanda tuttavia al di là di questa prospettiva meramente economicista. Il documento mostra in modo esemplare i principi normativi che uniscono i cittadini europei»²³.

Per questo con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la questione del *modello sociale europeo* e delle sue garanzie di base avrebbe potuto assumere un ruolo centrale nella prospettiva di rilancio dell'integrazione continentale in chiave politica e sociale, ancor più dinanzi all'allargamento dell'Unione europea ai Paesi dell'Europa centrale ed orientale – delle ex-Repubbliche democratiche precedentemente sotto l'egemonia del blocco sovietico – avviato già negli anni Novanta del Novecento e conclusosi sempre in quel frangente di anni, nel 2004²⁴, ma totalmente appiattito nella visione unilaterale del «rafforzamento dello spazio di libera concorrenza», invece che di un'ulteriore evoluzione dell'integrazione continentale, nel senso di una maggiore integrazione politica, istituzionale, democratica, sociale²⁵. Insomma quel passaggio della quinta legislatura dell'Europarlamento, quella 1999-2004 – tra il Consiglio di Colonia del 3-4 giugno 1999 e la Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001, quindi le due Convenzioni, per l'adozione della Carta dei diritti fondamentali UE e del “Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa”, fino all'allargamento ai Paesi dell'Europa centro-orientale dell'UE – era stato interpretato e commentato da una parte della dottrina e dell'opinione pubblica europea in formazione come vero *momento costituente*. Così si sfidava il ruolo del vecchio Continente e della sua opinione pubblica in movimento nel contesto globale post-11 settembre, tenendo insieme indipendenza dalle scelte globali USA e attenzione alla questione sociale continentale²⁶, richiedendo un aggiornamento del *modello sociale europeo* al livello euro-unitario dinanzi alla crisi dei Welfare statuali, al futuro della globalizzazione²⁷ e all'insicurezza delle cittadinanze europee rispetto alle nuove e vecchie povertà, causate dalle trasformazioni nei sistemi di produzione e dai ritardi nell'aggiornamento degli istituti di sicurezza sociale²⁸. In tal senso si concorda con quella parte della dottrina che ha recentemente osservato come sul successivo voto referendario negativo francese e olandese al *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* nel maggio-giugno del 2005, più volte ricordato poiché arrestò quell'anomalo e inedito processo costituzional-costituente europeo, influì ampiamente il timore delle popolazioni riguardo «il livello di protezione sociale che la “federazione europea” avrebbe apprestato ai cittadini europei, paventato



di grado inferiore a quello assicurato nei rispettivi ordinamenti nazionali»²⁹, già sotto sforzo a causa delle trasformazioni tecno-sociali avvenute nei sistemi di produzione, sempre meno inclusivi rispetto a sempre maggiori segmenti sociali sospesi tra prolungata precarietà lavorativa e rischio di esclusione sociale. Come altrove ricostruito³⁰, si era infatti dinanzi alla necessità di pensare un nuovo patto sociale nell'*Europa precaria* – dal punto di vista istituzionale, ma anche del senso di insicurezza sociale delle cittadinanze – dentro una nuova *Grande Trasformazione* – per riprendere la classica formula utilizzata da Karl Polanyi – del «capitalismo cognitivo»³¹, in quella che da tempo veniva già descritta come *epoca post-industriale dell'economia della comunicazione e della conoscenza*, secondo l'analisi anticipata da Alain Touraine ed altri autorevoli sociologi già un trentennio prima³², sull'emergenza e il protagonismo di nuove soggettività politiche e del lavoro dentro le innovazioni tecnologiche in corso, nella società in rete, *materiale e immateriale*³³: movimenti sociali giovanili, studenteschi, metropolitani, ecologisti, quindi lavoratori dell'informazione e della comunicazione, creativi del lavoro culturale, lavoratori cognitivi, dei servizi del terziario avanzato, della logistica, della mobilità, etc. Tutte soggettività escluse dal tradizionale Welfare delle società salariali, per le quali sembrava necessario aggiornare il modello sociale europeo nell'epoca della precarizzazione tanto della prestazione lavorativa e connessa retribuzione, quanto della sicurezza sociale³⁴. Ma così non fu, nonostante la consapevolezza degli epocali mutamenti in atto.

3. Per non ripetere gli errori del recente passato: diritti sociali e solidarietà paneuropea nella società automatica della comunicazione digitale. Primi appunti per la Conferenza sul futuro dell'Europa

Quegli epocali mutamenti in atto che al tempo riguardavano l'avvento delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione e dei loro effetti su tempi e modalità di vita, lavoro, socializzazione, etc. e che oggi accompagnano la rivoluzione digitale dell'algoritmo, dell'economia digitale e di piattaforma, quindi dell'*Internet of Things*, del *Machine Learning*, dell'automazione e dell'Intelligenza Artificiale, del *Web 4.0*. In ambedue le circostanze imponendo anche un ripensamento degli strumenti e delle istituzioni di sicurezza e protezione sociale nei diversi livelli di governo. Profili sui quali le istituzioni comunitarie del tempo e quelle euro-unitarie attuali si interrogavano

e continuano ad interrogarsi, spesso nella difficoltà di assumere decisioni di politiche pubbliche che ancora mancano al livello continentale. Perché, un aspetto che spesso si dimentica, ma che torna utile evidenziare in questa sede, per riflettere sull'oggi, è quello che si rintraccia nell'attenzione – spesso rimossa dal dibattito pubblico – che le stesse istituzioni comunitarie dell'ultimo ventennio del Novecento avevano posto sugli effetti delle trasformazioni sociali, tecnologiche e culturali nel mondo del lavoro, nei sistemi di produzione, nella distribuzione della ricchezza e negli istituti della sicurezza sociale che avrebbero dovuto accompagnare questi mutamenti. Così, per evitare di non ripetere oggi i ritardi, gli errori e i fallimenti di quella fase *convenzionale*, soprattutto sul versante della *questione sociale e del lavoro*, è bene ricordare che durante la doppia presidenza della Commissione europea da parte di Jacques Delors (1985-1995), anche a partire dal primo e secondo “Libro bianco” della Commissione europea degli anni Novanta, quello per “la crescita, la competitività e l'occupazione” (1993) e quello sulla “politica sociale europea” (1994)³⁵, si proponeva un considerevole potenziamento del ruolo della Commissione europea, con connesso aumento del bilancio comunitario per finanziare investimenti sulla formazione permanente, con piattaforme educative, comunicative e di informazione continentale per governare quel *sistema di produzione delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione* che avrebbe dovuto comportare la promozione, da parte delle istituzioni pubbliche europee e statuali, di «elevati standard di protezione dei lavoratori ai fini di un'Europa competitiva» sulla scena globale e in vista di una «società attiva per tutti» che tenesse insieme «politica sociale e protezione sociale»³⁶. Innovazioni che avrebbero comportato anche una riarticolazione dei tempi di lavoro, di produzione e di vita che lo stesso Delors aveva precedentemente affrontato in quella ricerca collettiva non a caso intitolata “Rivoluzione del tempo scelto”, dibattuta in chiave continentale da molteplici studiosi delle scienze sociali a partire da Joffre Dumazedier³⁷, che di fatto interrogava la crisi della società salariale, tra *metamorfosi del lavoro al di là dell'impiego* e ricerca di una *nuova solidarietà sociale*, temi affrontati in quegli anni da André Gorz e dalla sua scuola³⁸, spesso in dialogo con questi Autori e successivamente ripresi da una ricerca e connessa pubblicazione sostenuta dalla stessa Commissione europea. Si tratta del cd. “Rapporto Supiot”³⁹, cioè quel rapporto commissionato dalla Direzione Generale Occupazione e Affari Sociali della Commissione europea, redatto da un gruppo di economisti, giuristi, sociologi coordinato dal giurista Alain Supiot, nel quale si proponeva un ripen-



samento del diritto del lavoro e delle tutele sociali in favore dei sempre maggiori soggetti che non rientrano più dentro la categoria del lavoro subordinato standard, nel senso di quelle forme del lavoro inizialmente atipiche, sicuramente flessibili e che cominciavano a diventare precarie e che perciò imponevano l'affermazione di nuove garanzie e prestazioni sociali, anche dentro la questione di genere nei mutamenti dell'occupazione e del mercato del lavoro nell'Europa della *società della conoscenza*. E non a caso il titolo di questo *Rapporto* nella sua edizione francese utilizzava una formula volutamente evocativa delle molteplici attività lavorative "al di là dell'impiego salariato", "Au-delà de l'emploi"⁴⁰, proprio per evidenziare la consapevolezza di un mutamento radicale delle forme di lavoro e del connesso divenire del diritto del lavoro, che imponeva il rinnovamento al livello continentale del *modello sociale europeo* in chiave di garanzie universalistiche di nuove tutele sociali. Mettendo la *persona laboriosa* al centro di una visione dei diritti sociali e del lavoro per «cerchi concentrici» (dai diritti universali di istruzione-formazione e salute, ad esempio, a quelli cadenzati per il lavoratore subordinato dipendente), nel tentativo di definire uno *status professionale oltre la subordinazione* – delle *multi-attività liberamente scelte*, per utilizzare una formula cara ad André Gorz – tramite il quale estendere garanzie e tutele sociali, riducendo i rischi sociali della precarietà, anche per «i periodi di inattività propriamente detti, quanto i periodi di formazione, di lavoro dipendente retribuito, di lavoro indipendente o di lavoro al di fuori del mercato. Al paradigma del lavoro di mercato sarà così sostituito un paradigma della condizione lavorativa delle persone che non viene definita dall'esercizio di una professione o di un impiego determinato, ma che ingloba le diverse forme di lavoro (di mercato e non) che ogni persona è suscettibile di compiere nel corso della propria esistenza»⁴¹. Ecco enucleato un embrione di *Welfare continentale* incentrato sulla previsione di una serie di diritti universali e specifiche tutele e garanzie in favore della persona nel suo percorso esistenziale e professionale latamente inteso, nell'epoca della precarietà lavorativa e sociale: un *nuovo modello sociale europeo* in prospettiva multilivello, che inglobi e migliori i diversi sistemi sociali statuali. Prospettiva che, secondo quella parte di dottrina incontrata anche nel primo paragrafo di questo scritto, avrebbe dovuto costituire «la posta sostanziale in gioco nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione», nel senso di recepire «la ratio egualitaria e solidaristica dei sistemi europei di protezione sociale del secondo dopoguerra, anche se aggiornandone forme istituzionali e cataloghi dei diritti»⁴², anche a partire da

quella lettura evolutiva dei diritti sociali contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, su cui ha da subito molto insistito Silvana Sciarra, a partire dal *General Report* da lei curato per la Commissione europea nel 2004, nel quale si evidenziava anche il legame con il tentativo di costituzionalizzazione delle istituzioni europee in atto quegli anni⁴³.

Questa prospettiva – di ripensamento garantistico, pluralista e inclusivo del *modello sociale europeo* oltre la società salariale e oltre la dimensione dei differenti, *Welfare* statuali – non si realizzò, anzi il timore delle cittadinanze d'Europa era nei confronti dell'impoverimento dei singoli Stati sociali nazionali a causa delle rigide e austere politiche monetarie previste dalle istituzioni euro-unitarie, come dimostrato nel caso dei referendum francese e olandese del 2005. Sicché sarà lo stesso Supiot a ripubblicare, aggiornandolo, quasi vent'anni dopo, il suo *Rapporto*, sottolineando l'abbandono da parte delle istituzioni euro-unitarie della prospettiva sociale dinanzi alle trasformazioni istituzionali dell'UE e alla finanziaria dell'economia che tuttora ancora richiedono un nuovo progetto politico-istituzionale «per un mondo più libero e più giusto», a partire da riforme sociali che permettano di aggiornare il legame tra *libertà e solidarietà* nel vecchio Continente⁴⁴. Come ricostruito altrove, si provò a interpretare la lettura e la possibile applicazione della Carta dei diritti fondamentali, nel senso di un embrione di «costituzionalizzazione della persona», dell'*homo dignus*⁴⁵ e nella prospettiva di una sorta di «statuto costituzionale del lavoro postfordista»⁴⁶, di quella economia che cominciava a diventare digitale, tra lavoro e non lavoro⁴⁷, che proprio nel titolo sulla *Solidarietà* della Carta – e specificamente nella connessione tra azioni collettive (art. 28), di un possibile nuovo sindacalismo sociale per la tutela di tutte le forme del lavoro, e riconoscimento e garanzia di un diritto ad un'esistenza dignitosa, nella lotta contro povertà ed esclusione sociale, che parla del diritto fondamentale all'abitazione e allude alla previsione di un reddito minimo (art. 34)⁴⁸ – lasciava intravedere le possibilità di ricostruire l'universalità dei diritti sociali, per difendere e sostenere l'autonomia progettuale delle persone, rispettando la pluralità di forme produttive e lavorative, e di condizioni intermittenti od occasionali di prestazioni lavorative, accentuate dall'economia della conoscenza e delle nuove tecnologie⁴⁹.

Ma questo *nuovo modello sociale europeo* rimane sospeso sul vuoto di politiche pubbliche in cui solidarietà e coesione continentale sono sempre in tensione⁵⁰. A vent'anni dall'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e a oltre un decennio dalla sua integrazione nei Trattati UE siamo ancora



in mezzo al guado. Nonostante si siano attraversate «le crisi multiple del dopo-Lisbona»⁵¹, dalla crisi economico-finanziaria globale, alla governance intergovernativa, di un *authoritarian managerialism*, nell'Eurozona dell'Unione economica e monetaria in fibrillazione e conflitto tra *frugali* Paesi del Nord e *indebitati* Paesi del Sud, quindi mancata gestione continentale dei movimenti migranti, poi il processo *Brexit* (2016-2021)⁵² e l'oramai decennale sofferenza dello Stato di diritto in Polonia, Ungheria e Romania⁵³. Cui si aggiunge il perdurare degli effetti sanitari e socio-economici della pandemia globale, dinanzi alle accelerazioni delle innovazioni tecnologiche e digitali sulle forme di vita, socializzazione e lavoro, rimanendo aperta tanto la *questione sociale europea* quanto gli interrogativi dinanzi alle (im-)possibili ipotesi di una *solidarietà paneuropea*, a partire dagli Stati membri e quindi tra istituzioni euro-unitarie e cittadinanze. Con la consapevolezza però che proprio le misure adottate in risposta alla crisi pandemica (specificamente il Regolamento UE n. 241/2021)⁵⁴ mettono al centro della riflessione comune delle istituzioni unionali il «comune interesse europeo» spesso menzionato nei Trattati (ad esempio negli artt. 121, 146, 198 TFUE, in tema di politiche economiche, occupazionali e attuazione del diritto dell'UE) e dei possibili «aiuti tra Stati», in una chiave di possibile prospettiva solidale: «benché il Regolamento non menzioni espressamente il principio di solidarietà, la sua struttura e i suoi obiettivi riflettono tale principio, che si esprime attraverso una forma di indebitamento comune e redistribuzione delle risorse tra gli Stati, peraltro non soggette al requisito di condizionalità ma subordinate ad una dettagliata programmazione che consenta un effettivo raggiungimento degli obiettivi comuni della transizione verde e digitale. [...] nell'ottica del *NextGeneration EU* e del *Recovery Plan* il principio di solidarietà e il comune interesse consentono dunque agli Stati di trarre vantaggio dall'ingente iniezione di finanziamenti e concessione di prestiti agevolandoli in una rapida ripresa economica, ma esigono al contempo la condivisione di oneri e soprattutto il rispetto delle norme del Trattato a tutela del mercato interno, evitando fughe unilaterali. Nell'esigere che gli Stati membri rispettino la disciplina sugli aiuti di Stato il principio di solidarietà si salda dunque perfettamente con il principio di leale cooperazione tra Stati membri»⁵⁵.

In questa particolare congiuntura storica è quindi forse necessario tornare a riflettere, con maggiore convinzione del recente passato, sugli spazi di reale solidarietà continentale, dal punto di vista delle politiche europee, ma soprattutto nel senso di superare la «competizione regolativa tra sistemi sociali nazio-

nali» per tornare a pensare «un'armonizzazione “nel progresso”»⁵⁶ che permetta di riempire di maggiore giustizia sociale la vocazione solidaristica continentale, spesso sottostimata e poco valorizzata dalle reciproche gelosie nazionalistiche e intergovernative, eppure sempre presente tra le pieghe delle diverse ondate di allargamento e ampliamento del processo di integrazione continentale⁵⁷. Sono le «ragioni e radici dell'Europa sociale»⁵⁸ che negli ultimi anni è rimasta costituzionalmente incompiuta e politicamente indefinita a valle dell'adozione dello *European Pillar of Social Rights* (2017), intorno al quale si è rimasti in attesa, o troppo interdetti, o troppo positivamente colpiti⁵⁹.

E in questa parte finale di appunti dai quali ripartire, i tempi e le questioni si riannodano, fino a risalire a uno tra i molti passaggi visionari dal già ricordato “Manifesto di Ventotene”, dove l'elaborazione collettiva degli estensori rinchiusi al confino dell'isola pontina, nel pieno del secondo conflitto mondiale – siamo nel 1941 degli Stati d'Europa asserviti alle forze hitleriane – mostrava un *pensiero lungo*, propositivo rispetto al futuro, in una «concezione attiva ed energicamente prammatica» dell'idea e della pratica federalistica continentale intesa come movimento di trasformazione dell'esistente⁶⁰. Visione che parla ancora a noi nel ripensare le istituzioni politiche e le garanzie sociali dell'oramai settantennale processo di integrazione continentale (se ripensiamo al Trattato CECA del 1951, entrato in vigore nel luglio dell'anno successivo, con la sua Assemblea Comune, quasi «un Parlamento oltre le nazioni»⁶¹, in un passaggio del Manifesto che rimane di un'attualità sconcertante, ancora una possibile bussola politico-istituzionale per orientarsi sul *presente e futuro d'Europa*:

«La potenzialità quasi senza limiti della produzione in massa dei generi di prima necessità, con la tecnica moderna, permette ormai di assicurare a tutti, con un costo sociale relativamente piccolo, il vitto, l'alloggio e il vestiario, col minimo di conforto necessario per conservare il senso della dignità umana. La solidarietà umana verso coloro che riescono soccombenti nella lotta economica, non dovrà, per ciò, manifestarsi con le forme caritative sempre avviliti e produttrici degli stessi mali alle cui conseguenze cercano di riparare, ma con una serie di provvidenze che garantiscano incondizionatamente a tutti, possano o non possano lavorare, un tenore di vita decente, senza ridurre lo stimolo al lavoro e al risparmio. Così nessuno sarà più costretto dalla miseria ad accettare contratti di lavoro iugulatori. [...] I lavoratori debbono tornare ad essere liberi di scegliere i fiduciari per trattare collettivamente le condizioni cui intendono prestare la loro opera, e lo stato dovrà dare i



mezzi giuridici per garantire l'osservanza dei patti conclusivi; ma tutte le tendenze monopolistiche potranno essere efficacemente combattute, una volta che sieno realizzate quelle trasformazioni sociali.

Questi sono i cambiamenti necessari per creare intorno al nuovo ordine un larghissimo strato di cittadini interessati al suo mantenimento, e per dare alla vita politica una consolidata impronta di libertà, impregnata di un forte senso di solidarietà sociale. Su queste basi, le libertà politiche potranno veramente avere un contenuto concreto, e non solo formale, per tutti, in quanto la massa dei cittadini avrà una indipendenza ed una conoscenza sufficiente per esercitare un continuo ed efficace controllo sulla classe governante»⁶².

In questo estratto che occupa la parte centrale del paragrafo del testo del 1941, intitolato *Compiti del dopoguerra. La riforma della società*, quel riformismo sociale dell'Europa libera e unita che costituisce «la parte dimenticata» del Manifesto⁶³, c'è una radicale ventata di innovazione costituente che assume una dimensione sistemica, partendo dalla consapevolezza che le avvenute trasformazioni tecnologiche nei sistemi di produzione permettono la creazione di maggiore ricchezza collettiva per la tutela effettiva della *dignità umana* di ciascuno. E gli Autori si spingono a sostenere una misura universale e incondizionata (*una serie di provvidenze che garantiscano incondizionatamente a tutti*) che permetta di rifiutare i ricatti della *miseria* e di *contratti di lavoro iugulatori* – cioè “iniquamente svantaggiosi” per i soggetti del lavoro, per citare un comune dizionario – fondando il tutto sulla centralità della *solidarietà sociale* legata alle *libertà nella vita politica*, rifiutando radicalmente una qualsiasi delle *forme caritatevoli, sempre avviliti e produttrici degli stessi mali alle cui conseguenze cercano di riparare*. Siamo dinanzi all'embrionale definizione di un reddito di base, un vero e proprio reddito di esistenza, universale e incondizionato⁶⁴, come investimento collettivo per affermare un rapporto fiduciario tra istituzioni pubbliche e cittadinanze, fondato sulla connessione tra *libertà individuale* e *solidarietà sociale* per garantire *indipendenza e conoscenza* (autonomia di giudizio, fondata su servizi pubblici di istruzione, formazione e informazione di qualità) ed edificare una cittadinanza attiva che eserciti controllo dal basso nei confronti dei *governanti*. È una rivoluzione culturale e politica nel periodo più cupo e oscuro del Novecento, dentro il conflitto europeo e mondiale, contro fascismo e nazionalsocialismo che assoggettano e annichiliscono popolazioni, Paesi, società, culture. Ed è già il *futuro dell'Europa* che parla ancora a noi, non ancora realizzato, ora che siamo dinanzi a una

nuova Conferenza sul futuro dell'Europa, cui si è accennato all'inizio di questo articolo, che coinvolge fino alla primavera 2022 l'opinione pubblica europea su di un'apposita piattaforma digitale multilingue di confronto e mobilitazione per discutere delle riforme sistemiche necessarie per il rilancio dell'integrazione continentale⁶⁵. Così in questi volutamente schematici *appunti finali*, in possibile dialogo con l'attuale Conferenza, lo spirito di Ventotene torna ad indicare le vie per ripensare un Continente nel suo contesto globale, dinanzi alla necessità di tornare a rivalutare quel *cosmopolitismo normativo* che permetterebbe di ripensare la cittadinanza europea in chiave post-nazionale dinanzi ai movimenti migratori globali⁶⁶ e dinanzi alle trasformazioni tecniche e sociali che fanno parlare di doppia transizione ecologica e digitale, nell'emergenza climatica e sociale, *per un'Europa più ecologica, digitale e resiliente* (secondo la dicitura del Piano *NextGeneration EU*). Per uscire da una pandemia che sembra essere divenuta una vera e propria sindemia⁶⁷, in cui l'interazione tra la patologia virale e particolari fattori e condizioni di vulnerabilità e insicurezza sociale, ambientale ed economica contribuiscono ad aumentare il rischio di contrarre il Covid-19 nelle sue forme più violente, producendo una sorta di divisione sociale in base alle diverse condizioni di benessere economico, condizione abitativa, lavorativa, etc.

Perciò il primo punto che sembra imporsi, in una prospettiva costituzional-comparatista, è forse quello di prendere coscienza del conflitto tra l'affermazione sempre più sconfinata dei *poteri privati* contro i *poteri pubblici* e il *diritto sociale* emergente da soggetti collettivi, oramai ambedue compressi dalla *privatizzazione del diritto* e dalla *colonizzazione dello spazio non solo digitale* ad opera degli artefici del capitalismo di piattaforma e provare quindi a immaginare nuovi processi di costituzionalizzazione di un nuovo costituzionalismo multilivello e digitale, o *cybercostituzionalismo*⁶⁸. A fianco, si impone un ripensamento dei sistemi di sicurezza e protezione sociale in chiave universalistica, in una vera e propria implementazione multilivello degli interventi, con sullo sfondo l'interrogativo di ritenere lo *universal basic income* – cioè la garanzia di un reddito di base, una erogazione monetaria che protegga le persone nel proprio tragitto esistenziale, uno *ius existentiæ* a partire da una sua versione “minima e garantita”, fino a quella “universale e incondizionata”⁶⁹ – la politica pubblica più appropriata per ridurre mobilità e contagi nelle fasi pandemiche più acute e proteggere le persone nel vivere associato, a partire da quelle in condizioni di precarietà lavorativa, insicurezza di retribuzione e rischio di esclusione sociale, come ricostruito in



molti interventi che si sono succeduti nel dibattito globale dentro la pandemia⁷⁰. Del resto, il tema di uno *ius existantiae* interroga anche le trasformazioni della *società digitale che diventa automatica*⁷¹ nell'incertezza degli effetti dell'economia digitale sulla vita delle persone sospese tra affermazione di un lavoro implicito digitale, gli automatismi dell'algoritmo e scarsa retribuzione salariale, che porta il dibattito europeo a confrontarsi sul diritto alla disconnessione, come garanzia di libertà nei tempi di non lavoro, e appunto sulla garanzia di un reddito di base⁷². Perché la questione sociale europea è anche la questione digitale europea e il nuovo modello sociale europeo non può essere articolato fuori dalla necessità di pensare la società digitale che viene, dalla cittadinanza sociale dell'epoca industriale a quella post-industriale, dell'informazione e comunicazione, a quella digitale. Augurandoci anche l'affermazione di una nuova classe dirigente europea consapevole e responsabile e di una società transnazionale attiva e protagonista, per il futuro dell'Europa e non solo. Ben sapendo, d'altra parte, delle assai radicate gelosie statualistiche, poiché «la lamentata fiacchezza della UE sul piano della garanzia dei diritti sociali riguarda prevalentemente i cd. diritti a prestazioni che, in quest'ottica, sia in ultima analisi riconducibile alla resistenza degli Stati membri a trasferire le necessarie competenze (anche) di politica economica e fiscale alle istituzioni comuni»⁷³.

Così siamo dinanzi ancora alla difficile pensabilità di una *comunità continentale di diritti e di doveri* che dovrebbe caratterizzare il presente e il futuro di un concreto modello sociale multilivello⁷⁴. Ma per ora anche il futuro digitale dell'Unione europea resta indefinito, tra nuove intermediazioni e responsabilità⁷⁵, poiché si concorda con chi osserva che «per l'Europa essere vista come una “superpotenza della regolamentazione” non è più sufficiente»⁷⁶, seppure rimanga, a partire dal punto di vista costituzionalistico e giuslavoristico, un aspetto fondamentale e irrinunciabile nella prospettiva di una regolazione globale dell'economia di piattaforma, nel senso di maggiore giustizia sociale. Sicché la soluzione europea dovrebbe essere quella di «un nuovo Patto globale verde e digitale, cominciando da regole condivise su antitrust, privacy digitale, tassazione globale e clima. [...] L'Europa può intraprendere una terza strada, oltre il *Big Tech* – il capitalismo della sorveglianza di Silicon Valley – e il *Big State* – l'autoritarismo digitale cinese – quella della *Big Democracy* – e farsi promotrice di un nuovo umanesimo digitale che garantisca la nostra autonomia strategica, la piena partecipazione democratica dei cittadini, che protegga i dati, l'ambiente e i diritti dei lavoratori».

Per non ripetere gli errori e i ritardi del recente passato, ecco sintetizzata una prospettiva con la quale si concorda e che si è voluto riportare in conclusione di queste troppo lunghe riflessioni, anche perché proviene da una rappresentante di quella che potrebbe a tutti gli effetti essere definita come nuova classe dirigente europea, cioè Francesca Bria, da poco nominata da Ursula von der Leyen a Presidente del *New European Bauhaus*⁷⁷, un vero e proprio progetto culturale transdisciplinare continentale, che vorrebbe affermare una nuova visione continentale, anche artistica e culturale, oltre che urbanistica e politica, ed elaborare un nuovo immaginario sociale ed estetico, per realizzare una trasformazione inclusiva, civica e sociale delle città e degli spazi europei, in collegamento con lo *European green new deal* e in una prospettiva di economia circolare. A ottant'anni dal Manifesto di Ventotene e a trenta dalla morte di Ursula Hirschmann, la presenza di una nuova generazione di donne costituenti per il futuro sociale e digitale dell'Europa potrebbe essere almeno un buon auspicio, nella prospettiva di un'ampia, pluralistica e aperta forza culturale e politica continentale, finalmente all'altezza delle sfide di giustizia sociale, economica e digitale che le cittadinanze d'Europa richiedono da tempo.

Note

¹La *Carta dei diritti fondamentali dell'UE* è notoriamente detta anche “Carta di Nizza”, o “Carta di Nizza/Strasburgo”, poiché solennemente proclamata in occasione del vertice europeo di Nizza del 7 dicembre 2000, quindi lievemente integrata nel testo dalla *Convenzione sul futuro dell'Europa* nel 2004, che redasse il “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa” successivamente bocciato dai referendum francese e dei Paesi Bassi della primavera 2005, e perciò nuovamente adottata nel nuovo testo il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione dell'Unione europea, per essere poi recepita nei Trattati UE.

²Sia concesso rinviare alla versione del Manifesto di Ventotene ripubblicata in occasione del settantennale dell'edizione del 1944, A. SPINELLI, E. ROSSI, *Per un'Europa libera e unita. Progetto di un Manifesto*, con E. COLORNI, *Prefazione all'edizione del 1944* contenuta in G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), “Ventotene. Un manifesto per il futuro”, manifestolibri, 2014 (da cui si riprenderanno le citazioni), che raccoglie anche una serie di saggi e commenti appositamente pensati per riproporre l'attualità di quel testo, con interventi di Luciana Castellina, Pier Virgilio Dastoli, Luigi Ferrajoli, Lucio Levi e Antonio Negri. Ovviamente la pubblicazione di riferimento del Manifesto di Ventotene rimane A. SPINELLI, E. ROSSI, *Il manifesto di Ventotene*, prefazione di E. COLORNI, presentazione di T. PADOA-SCHIOPPA, con un saggio di L. LEVI, Mondadori, 2017, sesta ristampa.

³Per riprendere le parole utilizzate dalla Commissione europea nella presentazione del *Piano per la ripresa dell'Europa*, che nella pagina web del sito istituzionale è così introdotto: «il bilancio a lungo termine dell'UE, unito a *NextGenerationEU* (NGEU), lo strumento temporaneo pensato per stimolare la



ripresa, costituirà il più ingente pacchetto di misure di stimolo mai finanziato in Europa. Per ricostruire l'Europa dopo la pandemia di Covid-19 verrà stanziato un totale di 2.018 miliardi di euro a prezzi correnti. L'obiettivo è un'Europa più ecologica, digitale e resiliente. Il nuovo bilancio a lungo termine potenzierà i meccanismi di flessibilità volti a garantire la possibilità di fare fronte a esigenze impreviste. Sarà quindi adeguato non solo alle realtà attuali, ma anche alle incertezze future».

⁴Come riportato nella dichiarazione comune riguardante la *Conferenza sul futuro dell'Europa* sottoscritta il 10 marzo 2021 dal Presidente del Parlamento europeo David Sassoli, dall'allora Presidente del Consiglio dell'UE, il Primo ministro portoghese António Costa, quindi dalla Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen.

⁵A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, 2001, questa è la pubblicazione che raccoglie gli interventi di tutti i componenti italiani della Convenzione che redasse il testo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, cioè i parlamentari Andrea Manzella e Piero Melograni rispettivamente in rappresentanza del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati del Parlamento italiano di cui erano membri, quindi Elena Paciotti, componente del Parlamento europeo e Stefano Rodotà di nomina governativa e a quei tempi Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, carica ricoperta dal 1997 al 2005. Per uno sguardo sui primi commenti della dottrina costituzionalistica sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali UE in quegli anni, si vedano in prima battuta: R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, 2001, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Chimienti, 2007, G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti, 2009.

⁶S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, "Riscrivere i diritti in Europa", cit., pp. 57-89, spec. p. 65, che così proseguiva: «certo, si può ancora osservare che nessuno dei 62 componenti della Convenzione è stato eletto, bensì designato da un presidente d'assemblea o dal capo di un esecutivo. E tuttavia non mi pare irrilevante il fatto che tre quarti dei componenti della Convenzione (46 su 62) fossero parlamentari, dunque rappresentanti eletti dei cittadini europei, sia pure per organi diversi da quello investito del compito di elaborare la Carta». In quei primissimi anni Duemila la dottrina costituzionalista si confrontò riguardo l'innovazione introdotta dal *metodo convenzione* proprio a partire dall'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e quindi dalla successiva Convenzione sul futuro dell'Europa, prevista dalla Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001 e che svolse i suoi lavori tra il febbraio 2002 e il luglio 2003, per la redazione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, la cosiddetta Costituzione europea, ovvero Trattato costituzionale europeo, che non verrà ratificato da Francia e Paesi Bassi, in seguito all'esito negativo dei due referendum popolari convocati per la ratifica e tenutisi nel maggio-giugno 2005. Tra i primi commenti, con posizioni interlocutorie rispetto alle possibilità di evoluzione di un processo costituzionale-costituente delle istituzioni euro-unitarie, a partire dal ruolo delle Convenzioni europee, si rinvia a: C. CLOSAS, *Improving EU Constitutional Politics? A Preliminary Assessment of the Convention*, in "Constitutionalism Web (ConWEB)", Paper no. 1/2003, J. SHAW, *What's in a Convention? Process and substance in the project of European constitution-building*, in "IHS Political Sciences Series" - Working Paper 89, Institut für Höhere Studien - Institute for

Advanced Studies (IHS), June 2003, quindi, tra i molti in una prospettiva critica, eppure in favore di un inedito processo costituente europeo, si veda P. MAGNETTE, K. NICOLAÏDIS, *The European Convention: Bargaining in the shadow of Rhetoric*, in "West European Politics", vol. 27, 2004, n. 3, p. 381-404. Sempre a ridosso dei lavori convenzionali sulla Costituzione europea, nell'estate 2003 si tenne a Roma un assai partecipato convegno organizzato dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso di riflessione sul passaggio convenzionale europeo, come occasione di trasformazione delle istituzioni europee in senso politico-costituzionale, come argomentato in molti degli interventi (a partire da Elena Paciotti, membro di tutte e due le Convenzioni europee, quindi Giorgio Napolitano, Giacomo Marramao, Giuseppe Bronzini e lo stesso Rodotà), interventi successivamente raccolti nel volume a cura di E. PACIOTTI, *La Costituzione europea. Luci ed ombre*, Meltemi, 2003, a proposito del quale sia consentito rinviare ad una mia breve presentazione in G. ALLEGRI, *Il progetto di Costituzione europea tra testo e contesto*, 5 maggio 2004, contenuta nel focus online *Verso la Costituzione europea* promosso dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti bibliografici sul dibattito pubblico di quegli anni intorno ai processi costituenti continentali. Per un primo commento dell'intero impianto ordinamentale uscito dal testo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, si ricorda il volume collettivo a cura di F. PETRANGELI, *Una Costituzione per l'Europa? Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Ediesse, 2004, dove il saggio di G. BRONZINI, *La Carta dei diritti e il modello sociale europeo*, *ivi*, pp. 41-61, partiva proprio dalla centralità della Carta dei diritti fondamentali nel processo costituente europeo e nella prospettiva di introdurre politiche sociali continentali, di rilancio del *modello sociale europeo*, in parte espunte dal dibattito convenzionale dell'epoca, e vent'anni dopo ancora largamente inadeguate rispetto all'esigenza di una maggiore integrazione politica e sociale del vecchio Continente, malgrado l'adozione del *Pilastro europeo dei diritti sociali* nel 2017, cui si accennerà tra breve.

⁷Si ricordano in particolare le Conferenze intergovernative che portarono all'adozione dell'Atto Unico Europeo (1986) e del Trattato sull'Unione Europea del 1992, quindi il parziale fallimento di quelle successive, in cui la stesura dei Trattati di Amsterdam (1997) e di Nizza (2001) fu svuotata di molti contenuti, fatto che comportò la necessità di pensare ulteriori strumenti e procedure istituzionali per rilanciare la modifica dei Trattati e delle istituzioni UE, aprendo alla partecipazione di altri soggetti, oltre le burocrazie inter-governative, come ricostruito tra gli altri, proprio in quegli anni, nei diversi saggi contenuti in M.P. CARUSO, F. TUFARELLI (a cura di), *Quale Europa tra Convenzione, Conferenza Intergovernativa e allargamento*, Rubbettino, 2003, spec. p. 47 ss., dove si provava a tenere insieme proprio la relazione triangolare tra le istituzioni e le procedure tradizionali di revisione dei Trattati, le innovazioni convenzionali e l'imminente prospettiva di allargamento dell'UE ai Paesi dell'Europa centro-orientale.

⁸S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., pp. 57 e 59. In quegli stessi anni, una prima riflessione che provò a interpretare la «Carta dei diritti come anticipazione e premessa della Costituzione europea» fu quello di C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, 2002. Come noto altra autorevole parte della dottrina contestò questo legame, a partire forse dal più radicale critico di una possibile Costituzione europea, come Dieter Grimm, del quale si ricorda, in particolare, D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica all'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. Zagrebelsky (a cura di), "Diritti e costituzione nell'Unione Europea", Laterza, 2003, pp. 5-21, dove si esplicitava che la "Carta dei di-



ritti” non è il primo passo verso una Costituzione europea, *ivi*, spec. p. 15 ss. Eppure, in altra sede, D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, in Fondazione Lelio e Lisli Basso-ISSOCO, “Sfera pubblica e Costituzione europea, Annali 2001”, Carocci editore, 2002, spec. p. 21, segnalava che «non bisogna sottovalutare l'effetto d'appello che la Carta promette di sprigionare».

⁹Così ancora S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., p. 60. Come brevemente ricordato nella precedente nota, quel particolare *processo costituente europeo* cui alludeva Stefano Rodotà, inaugurato dai *processi convenzionali* e aperto alla partecipazione dei diversi soggetti formali e informali delle istituzioni multilivello presenti nel vecchio Continente, insieme con il protagonismo dell'opinione pubblica europea *in fieri*, si articolerà ulteriormente tra il 2002 e il 2003 con la successiva Convenzione sul futuro dell'Europa, per essere poi arrestato, dal punto di vista istituzionale, dalla già ricordata mancata ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa in Francia e Paesi Bassi. In quegli stessi anni ampia e importante parte della dottrina costituzionalistica e giuspubblicistica italiana e non solo si confrontò con quell'inedito *processo costituente continentale* proprio a partire dalla centralità dei diritti fondamentali come motore di un'evoluzione politico-istituzionale dell'integrazione ancora prevalentemente economica; si veda in particolare A. CELOTTO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2004, quindi A. LANDUYT, D. PASQUINUCCI (a cura di), *L'Unione europea tra Costituzione e governance*, Cacucci, 2004, dove si rifletteva anche in prospettiva storica sulle possibilità del processo costituente europeo, come nel saggio di S. ALOISIO, *Attualità delle riflessioni di Piero Calamandrei sul procedimento costituente europeo*, *ivi* contenuto, pp. 75-104.

¹⁰Del grande costituzionalista europeo Peter Häberle si ricordano diversi lavori, tradotti anche in italiano e tutti incentrati sul costituzionalismo come scienza della cultura votata al confronto tra i diversi soggetti di quella *società aperta degli interpreti della Costituzione*, a partire da P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, edizione italiana a cura di J. Luther, Carocci, 2001, *Id.*, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, trad. di P. Häberle, rev. di L. Pirozzi, Giuffrè, 2003, *Id.*, *Lo Stato costituzionale*, trad. di F. Politi e S. Rossi, Istituto della Enciclopedia italiana – Treccani, 2005, quindi *Dalla Staatsrechtslehre alla società aperta del diritto costituzionale comparato ed europeo. Peter Häberle in un'intervista di Robert Christian van Ooyen*, in “Nomos - Le attualità nel diritto”, 2016, n. 2. Tra i molti scritti habermasiani, si ricorda l'oramai classico lavoro J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una storia discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Guerini & Associati, 1996 (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts in des demokratischen Rechtsstaats*, 1992), in particolare i capitoli riguardanti ruolo e legittimità della giurisprudenza costituzionale, la politica deliberativa come concetto procedurale di democrazia, quindi le relazioni tra società civile e sfera pubblica politica (spec. p. 316 ss.), parti su cui un decennio dopo in Francia si avviò un importante dibattito proprio tra giuspubblicisti e costituzionalisti su Jürgen Habermas et le droit, numero monografico, o meglio Dossier Spécial come esplicitamente riportato, della celebre “Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger”, nov-déc. 2007, n. 6, pp. 1476-1616, dove nell'intervista ad Habermas condotta da Dominique Rousseau (*ivi*, pp. 1481-1486), l'Autore francofortese ricordava come si fosse interessato al diritto pubblico e alla giurisprudenza già a partire dagli anni Cinquanta del Novecento, con lo studio del dibattito sul diritto pubblico nella Repubblica di Weimar e poi il confronto tra due celebri studio-

si e maestri degli studi giuridici come Ernst Forsthoff e Wolfgang Abendroth (Maestro, quest'ultimo, al quale Habermas dedicherà il suo celebre lavoro *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962). Nell'introduzione del Dossier ad opera sempre dello stesso Dominique Rousseau, *Penser le droit avec Habermas?* (*ivi*, pp. 1476-1480) si insiste sulla centralità dell'opera di Habermas, a partire da *Droit et Démocratie* (così venne tradotto nel 1997 per Gallimard il titolo tedesco *Faktizität und Geltung* che la rivista intendeva omaggiare nel decennale di quella traduzione) per superare l'opposizione ricorrente tra positivismo e giusnaturalismo, in una prospettiva post-metafisica in cui il mondo pratico dell'essere umano in società è continuamente sottoposto all'azione legittimante di una discussione pubblica la cui caratteristica principale è quella di rimanere indefinitamente aperta, nel senso di quella «concezione dinamica della Costituzione come processo inconcluso» (per riprendere esplicitamente J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., spec. p. 455).

¹¹In questo senso, di una nuova concezione del costituzionalismo in prospettiva continentale e globale, sempre nel passaggio della seconda metà degli anni Novanta del Novecento, si ricorda l'oramai classico lavoro di J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, a cura di L. Ceppa, Feltrinelli, 1999, che si provò a commentare in G. ALLEGRI, *Per un costituzionalismo postnazionale*, in “Nomos - Le attualità nel diritto”, 2001, n. 1, pp. 245-246, dove si rifletteva sull'insegnamento habermasiano di *imparare dalle catastrofi*, quelle dei nazionalismi coloniali e guerrafondai otto-novecenteschi, provando a immaginare un futuro ancora possibile per la democrazia costituzionale, tramite il trasferimento ad «istanze sovranazionali delle funzioni finora svolte dagli stati sociali nel quadro nazionale» (J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, cit., p. 24). Con la consapevolezza che quel progetto avrebbe potuto avviarsi solo tramite il protagonismo di soggetti attivi di una società civile transnazionale – composta da movimenti, associazioni e organizzazioni non governative – in grado di plasmare una nuova coscienza civica e sociale, al livello sovranazionale: una *solidarietà cosmopolitica*. E in questa prospettiva Habermas assegnava un ruolo decisivo al vecchio Continente, provando quasi a «scommettere sul futuro dell'Unione europea» (*ivi*, p. 105), che avrebbe dovuto essere perfezionata in senso federalistico e cosmopolitico, così da divenire un primo esempio di democrazia postnazionale realizzata dalla rete di quei movimenti sociali che hanno la capacità di «pensare in anticipo la sfera di azione europea» (*ivi*, p. 101). Sia concessa questo rinvio a studi e letture critiche in quegli anni che anticipano la fase *convenzionale europea* la riflessione habermasiana auspicasse l'evoluzione del processo di integrazione continentale in una prospettiva di democrazia costituzionale postnazionale e solidarismo cosmopolitico in cui doveva essere centrale la sfera pubblica dei movimenti sociali informali, quasi come nuovi soggetti di un costituzionalismo postnazionale a venire, nel quadro di un dibattito più ampio sulla necessità o meno di una Costituzione per l'Europa che sempre in quegli anni vide il celebre confronto tra lo stesso Habermas e Dieter Grimm: D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?* e J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), “Il futuro della costituzione”, Einaudi 1996, pp. 339-375. Del resto, quelli erano gli anni del confronto sul costituzionalismo europeo multilivello portato avanti da Ingolf Pernice e dalla sua scuola, a partire da I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in “Common Market Law Review”, vol. 36, 1999, n. 4, p. 703 ss., così come sul costituzionalismo globale analizzato da Gunther Teubner a partire dal classico lavoro G. TEUBNER, *Global*



Bukowina. *Legal Pluralism in the World-Society* (1996), in G. Teubner (ed.), "Global Law without a State", Brookfield, 1997, p. 3-28, Autore del quale si ricorda la ricezione nel dibattito costituzionalistico italiano in occasione del XXVIII Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, dove presentò la relazione intitolata G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale*, in "Rivista AIC", 2013, n. 4, nella quale rifletteva su nuova questione costituzionale stratificata tra i diversi livelli sociali e istituzionali, processi di costituzionalizzazione e Costituzione transnazionale, nella prospettiva di un *Societal Constitutionalism/costituzionalismo societario* teorizzato da D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, 1992, sul quale Teubner ragiona proprio sin dal passaggio di millennio, ad esempio a partire dai saggi tradotti e raccolti in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle Costituzioni civili*, traduzione e cura di R. Prandini, Armando editore, 2005, quindi nella prospettiva di *contromovimenti sociali e legali*, perché «il costituzionalismo societario non si limita ad essere una tendenza all'interno del diritto, ma segnala l'emergere di una serie di contromovimenti diretti contro gli aspetti distruttivi della differenziazione funzionale», così G. TEUBNER, *Giustizia nell'era del capitalismo globale?*, in M. Blecher, G. Bronzini, R. Ciccarelli, J. Hendry, C. Joerges (a cura di), "Governance, società civile e movimenti sociali. Rivendicare il Comune", Ediesse, 2009, pp. 35-361, spec. 358. Per un punto sulla riflessione della dottrina costituzionalistica italiana – e non solo – riguardo il costituzionalismo postnazionale si rinvia alla ricostruzione, proposta nel periodo della crisi europea dei debiti sovrani nei Paesi dell'UE, da parte di S. DELLAVALLE, *Il costituzionalismo postnazionale. Varianti di un progetto per il futuro*, in G. Azzariti, S. Dellavalle, "Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale", introduzione di L. Ventura, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 35-83, quindi alle riflessioni dello stesso G. AZZARITI, *Il Costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, 2013 e agli studi di Luigi Ferrajoli, tra i molti, in particolare a partire dalla sintesi proposta in L. FERRAJOLI, *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi editore, 2017, quindi ID., *Per una Costituzione della Terra*, in "Teoria politica. Nuova serie Annali [Online]", 2020, n. 10, fino al recente volume ID., *Perché una Costituzione per la terra?*, Giappichelli, 2021, pubblicato all'interno di una nuova collana appositamente dedicata ai *Materiali per una costituzione della terra* e curata dallo stesso Ferrajoli insieme con Raniero La Valle e Tecla Mazzaresse.

¹²S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., p. 66. Sempre nel "periodo costituente europeo" del passaggio di millennio, si ricorda nel dibattito italiano il volume collettivo G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Il Mulino, 2001 che rifletteva proprio sui radicali interrogativi costituzionalistici che imponeva quel possibile passaggio costituente.

¹³S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., p. 67.

¹⁴Per riprendere J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. Civitarese Matteucci, F. Guarriello, P. Puoti (a cura di), "Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona", Maggioli, 2013, pp. 47-69, quindi la già ricordata E. PACIOTTI, *Un inedito processo di "costituzionalizzazione"*, in F. Petrangeli (a cura di), "Una Costituzione per l'Europa?", cit., pp. 23-39, che narra dell'esperienza delle due Convenzioni europee come tentativo di costituzionalizzazione continentale dei diritti fondamentali e di trasformazione istituzionale dell'integrazione continentale.

¹⁵Così F. LANCHESTER, *La Carta europea dei diritti fondamentali tra aspirazioni e realtà*, in Fondazione Lelio e Lisli

Basso-ISSOCO, "Sfera pubblica e Costituzione europea", cit., p. 75.

¹⁶A partire da K. NICOLAÏDIS, *Our European Democracy: Is this Constitution a Third Way for Europe?*, in K. Nicolaïdis, S. Weatherill (eds.), "Whose Europe? National Models and the Constitution of the European Union", Oxford University Press, 2003, p. 137-152 e K. NICOLAÏDIS, *The New Constitution as European Democracy?*, in "Critical Review of International Social and Political Philosophy", vol. 7, 2004, n. 1, p. 76-93, tema sul quale è successivamente tornata dinanzi alle molteplici crisi europee post-2008 e ai loro effetti sull'Eurozona e più in generale sul processo di integrazione continentale, in K. NICOLAÏDIS, *European Democracy and Its Crisis*, in "Journal of Common Market Studies", vol. 51, 2013, n. 2, pp. 351-369.

¹⁷Cfr. note 6 e 9, *supra*.

¹⁸Così L. SCUCCIMARRA, *I confini della democrazia. Unità e pluralità nel dibattito sull'integrazione europea*, in A. Guerra, A. Marchili (a cura di), "Europa concentrica. Soggetti, città, istituzioni fra processi federativi e integrazione politica dal XVIII al XXI secolo", Sapienza Università Editrice, 2016, pp. 19-36, spec. 35.

¹⁹S. RODOTÀ, *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, in "La Repubblica", 26 ottobre 2004, estratto dall'intervento intitolato *I nuovi diritti*, presentato in occasione delle *Lezioni Norberto Bobbio* tenute il 25 ottobre 2004 presso il Teatro Carignano di Torino.

²⁰S. GIUBBONI, *Diritto e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, 2003, p. 137, ma dello stesso autore si ricorda anche ID., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, 2012 profondamente attento a riflettere sulla relazione anche conflittuale tra affermazione del mercato unico europeo e dimensione statale di affermazione dei diritti sociali, quindi sulla libertà di circolazione delle persone e l'accesso ai diritti sociali nella dimensione euro-unitaria.

²¹Così anche secondo D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, cit., p. 13, solitamente poco incline a riconoscere i meriti della Carta. Per un lavoro di scandaglio del ruolo della Carta si rinvia a A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili costituzionali*, Jovene, 2017.

²²S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., p. 72.

²³J. HABERMAS, *Tempo di passaggi*, trad. di L. Ceppa, Feltrinelli, 2004, p. 76.

²⁴Come noto l'allargamento ai 10 Paesi dell'Europa centro-orientale, precedentemente sotto l'influenza dell'egemonia sovietica, avvenne appunto il 1° maggio del 2004, a valle del Trattato di Atene, per le tre Repubbliche baltiche (Estonia, Lettonia, Lituania), quindi Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria (il cosiddetto "Gruppo di Visegrad" riunitosi già nel 1991, quando era ancora in vita la Cecoslovacchia), cui si affiancarono Cipro, Malta e Slovenia, mentre nel 2007 si aggiunsero Romania e Bulgaria (con il Trattato di Lussemburgo) e dal 1° luglio 2013 anche la Croazia, portando l'UE agli allora 28 Stati membri.

²⁵Così A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in "Federalismi.it", 2018, n. spec. 4, spec. p. 42, che così argomentava: «ciò è dimostrato anche dal limitato e carente dibattito che si ebbe sull'allargamento dell'Unione ad Est vista per lo più come una mera opportunità economica e quasi come un pericolo per la riconquistata libertà e democrazia: esattamente il contrario di quanto l'integrazione europea ha voluto rappresentare nel suo più profondo significato. Un allargamento che in tal senso è apparso funzionale al rafforzamento dello spazio di libera concorrenza, piuttosto che al



percorso dell'integrazione politica». Lo stesso Patroni Griffi aveva già riflettuto su questa occasione mancata di evoluzione del processo di integrazione continentale in ID., *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in "Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online", 2015, n. 1.

²⁶Inevitabile ricordare il celebre appello dei due maggiori filosofi europei del tempo, J. HABERMAS, J. DERRIDA, *February 15, or What Binds European Together: A Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in the Core of Europe*, in "Constellations", vol. 10, 2003, n. 3, pp. 291-297 che invocavano il protagonismo dell'opinione pubblica europea contro la guerra in Medio Oriente come soggetto costituente una politica estera comune europea, autonoma da quella delle amministrazioni USA e orientata a ripensare il modello sociale europeo, come sottolineò R. DAHRENDORF, *Unified or Open? The European Alternative*, in R. Rogowski, C. Turner (eds.), "The shape or the New Europe", Cambridge University Press, 2006, p. 195.

²⁷Come ricostruito sempre in quegli anni e in chiave comparatistica continentale e nel contesto globale da M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The future of the European "social model" in the global economy*, in "Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice", vol. 3, 2001, n. 2, pp. 163-190, fino al successivo lavoro dello stesso M. FERRERA, *Rotta di collisione? Euro contro Welfare*, Laterza, 2016 sui fondati motivi di crisi radicale del modello sociale europeo nel conflitto tra istituzioni euro-unitarie e indebolimento dei Welfare statuali dinanzi alle radicali trasformazioni economiche, tecniche e sociali tuttora in evoluzione.

²⁸Nel dibattito italiano, anche in riferimento alle già ricordate crisi europee, si veda quanto ricostruito da un punto di vista di analisi dei sistemi sociali da C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, 2015, oltre che i summenzionati studi di Stefano Giubboni da un punto di vista giuslavoristico.

²⁹Per riprendere l'assai condivisibile analisi proposta di recente da A. CIANCIO, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?*, in "Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online", vol. 46, 2021, n. 1, pp. 117-130, spec. p. 129.

³⁰Sia concesso rinviare a quanto scritto nella prima parte di G. ALLEGRI, *Per una European Social Union. Dal pilastro europeo dei diritti sociali a un Welfare multilivello?*, in "CSE Working Paper", 4 dicembre 2019, n. 19, quindi a ID., *Il reddito di base nell'era digitale. Libertà, solidarietà, condivisione*, Fefè editore, 2018, diffusamente, ma in particolare a partire dal secondo capitolo, p. 67 ss.

³¹Formula ripresa nella condivisibile ricostruzione proposta da Y. MOULIER BOUTANG, *Le Capitalism Cognitif. La Nouvelle Grande Transformation*, Éditions Amsterdam, 2007, che approfondiva le tracce di una ricerca sull'evoluzione del capitalismo post-industriale nella società della conoscenza, e delle sue istituzioni di regolazione e sicurezza sociale, presentata proprio nel 2001 da un gruppo di ricerca di cui egli stesso faceva parte e diretto dall'economista e sociologo Bernard Gazier (del quale si ricorda l'importante studio B. GAZIER, *Vers un nouveau modèle social*, Flammarion, 2003) e composto da A. CORSANI, P. DIEUAIDIE, M. LAZZARATO, J.-M. MONNIER, Y. MOULIER BOUTANG, B. PAULRÉ, C. VERCELLONE, *Le capitalisme cognitif comme sortie de la crise du capitalisme industriel. Un programme de recherche*, Matisse-CNRS, 2001.

³²Il classico A. TOURAINE, *La società post-industriale*, Il Mulino, 1969, ma già P.F. DRUCKER, *Landmarks of tomorrow. A Report on the New "Post-Modern" World*, Harper & Brothers, 1957, utile anche per una prima definizione di *knowledge workers*, che nel dibattito italiano degli anni Novanta arriverà all'importante lavoro di ricerca collettiva di S. BOLOGNA, A. FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo*

di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia, Feltrinelli, 1997, quindi il seminale lavoro di E. MORIN, *L'Ésprit du temps*, 1962, tradotto in italiano l'anno successivo con il titolo *L'industria culturale. Saggio sulla cultura di massa*, Il Mulino, 1963, quindi D. BELL, *Notes on the Post-Industrial Society*, in "The Public Interest", vol. 1, 1967, n. 2, e tradotte da D. Bratina per "L'Industrialista. Rassegna trimestrale di studi industriali", a cura del Centro di ricerche e documentazione dell'industria dell'Università di Torino, 1967, pp. 161-173.

³³Sulla nascita della società in rete rimangono fondamentali gli studi e i lavori di Manuel Castells, di cui si ricorda la monumentale ricerca in tre volumi tradotta in M. CASTELLS, *L'età dell'informazione. Economia, Società, Cultura*, Università Bocconi Editore, 2003, il cui primo volume è proprio dedicato a *La nascita della società in rete* (ed. or. 1996 e 2000), fino a ID., *Potere e comunicazione*, Università Bocconi Editore, 2009. Per una prospettiva giuridica sul web come spazio anche di partecipazione politica si ricorda il volume collettivo F. MARCELLI, P. MARSOCCI, M. PIETRANGELO (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Editoriale Scientifica, 2015.

³⁴Così il più volte ricordato in altri precedenti miei scritti P. BOURDIEU, *Per un movimento sociale europeo* (1999), in ID., "Controfuochi 2. Per un nuovo movimento europeo", manifestolibri, 2001 (1999), spec. pp. 26-27, che parlava di «precarizzazione generalizzata può essere all'origine di una solidarietà di tipo nuovo» e intervenne nel dibattito costituente continentale proprio in quel frangente, con una postura molto interlocutoria e critica, eppure sapendo che la sfida costituente era di portata epocale, perciò favorevole alla convocazione degli *Stati generali di un movimento sociale europeo* e di un coordinamento dei movimenti sociali esistenti in quel frangente, capace di orientare il percorso costituzional-costituente delle istituzioni comunitarie nel senso di quella «visione solidaristica che la storia dei movimenti sociali ha iscritto nelle strutture sociali e cognitive delle società europee» (ivi, p. 35), come recentemente ricostruito da A. GIROMETTI, *Bourdieu e l'Europa: un rapporto a due dimensioni*, in "CSE Working Paper", 2021, n. 2, il quale giustamente rilegge la proposta di Bourdieu nel senso della «in-attualità dell'utopia razionale di un movimento sociale europeo» come possibile soggetto portatore di un progetto europeo capace di correggere le distorsioni sociali, tecnocratiche e intergovernative di quello esistente.

³⁵COMMISSIONE EUROPEA, *Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo - Libro Bianco*, e ID., *La politica sociale europea. Uno strumento di progresso per l'Unione. Libro Bianco*.

³⁶Ivi, p. 28 ss.

³⁷La ricerca collettiva era così titolata *Échanges et Projets, La révolution du temps choisi*, Preface de J. Delors, Albin Michel, 1980, ed. it. a cura di P. VASELLI, *La rivoluzione del tempo scelto*, prefazione di J. Delors, Franco Angeli, 1986, di cui si ricorda appunto la recensione ad opera di J. DUMAZEDIER, *Échanges et Projets, La révolution du temps choisi*, in "Revue française de sociologie", 1981, 22-2, pp. 273-277, grande sociologo francese già autore del celebre studio J. DUMAZEDIER, *Sociologie empirique du loisir. Critique et contre-critique de la civilisation du loisir*, Éditions du Seuil, 1974, che nella sua nota al volume prefato da Jacques Delors insiste sulla necessità di tenere insieme quella che lui stesso ribadisce essere una *rivoluzione culturale del tempo scelto* (ricordando anche gli scritti dei Situazionisti sulla propensione al tempo libero da parte delle giovani generazioni post-1968, a partire da Raoul Vaneigem), favorita dall'innovazione tecnologica, con un inevitabile ragionamento sulla redistribuzione della ricchezza sociale prodotta, per favorire la *sociabilità* ed evitare il rischio di impo-



verimento economico e solitudine metropolitana di porzioni di società post-salariale.

³⁸A partire da A. GORZ, *Métamorphose du travail. Quête du sens. Critique de la raison économique*, Ed. Galilée, 1988, trad. it. *Metamorfofi del lavoro. Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri 1992, ma a seguire molti altri volumi e scritti che scandagliano la crisi della società salariale, Autore che in quegli stessi anni era in dialogo con Philippe Van Parijs, studioso delle misure di reddito di base/*basic income/allocation universelle* (da ultimo si veda: P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Il Mulino, 2017), intorno all'urgenza di *Refonder la solidarité* (Cerf, 1997), per prendere in prestito il titolo del volume che lo stesso Van Parijs anni dopo dedicherà ad André Gorz, questioni sulle quali si rinvia a G. ALLEGRI, *Reddito di esistenza oltre la società salariale. Il futuro anteriore di André Gorz*, in "Etica & Politica/Ethics & Politics", vol. 19, 2017, n. 3, pp. 127-136, dove si tratta anche del rapporto tra Gorz e il summenzionato Dumazedier, proprio riguardo i mutamenti di tempi di vita, lavoro, socializzazione nella *società post-industriale della comunicazione*, con connessa ricerca di nuove forme di tutele sociali, come appunto il reddito di base, inteso come *ius existentiae* che permette di rispondere alla crisi del «*compromis social du capitalisme industriel*» (*ivi*, p. 130).

³⁹DG FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND INCLUSION (EUROPEAN COMMISSION), *Transformation of labour and the future of labour law in Europe. Final Report*, 1999.

⁴⁰L'edizione francese del *Rapporto Supiot* venne infatti pubblicata lo stesso anno con quel titolo A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés européennes*, Flammarion, 1999, quindi tradotta in inglese un paio di anni dopo con un titolo similare, *Beyond employment. Changes in work and the future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, 2001, mentre le traduzioni in lingua castigliana e italiana tradiranno un certo attaccamento semantico al lavoro e all'impiego: *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo en Europa*, Editorial Tiran lo Blanch, 1999; quindi A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*, a cura di P. Barbieri, E. Mingione, Carocci, 2003. In un successivo *pamphlet* impostato su di un'intervista, il compianto filosofo e ricercatore sociale Bernard Stiegler insisteva sul valorizzare i profili pluralistici delle attività lavorative, operose, laboriose contro la *morte dell'impiego*, in B. STIEGLER, *L'emploi est mort, vive le travail! Entretiens avec Ariel Kyrou*, Les Éditions Mille et une Nuits - Fayard, 2015.

⁴¹A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*, cit., p. 66 e diffusamente.

⁴²Così A. VILLA, *Flessibilità e nuove forme di sicurezza sociale: a proposito del Rapporto Supiot*, in "Queste Istituzioni", 2009, n. 153, pp. 14-24, che ricorda gli interventi di molti studiosi in favore del ripensamento del *modello sociale europeo* come cuore del processo convenzionale, a partire proprio da Autori come Habermas, Giubboni, Supiot.

⁴³DG FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND INCLUSION (EUROPEAN COMMISSION), S. SCIARRA, *The Evolution of Labour Law (1999-2003)*, 2005, a proposito del quale, per un'ulteriore riflessione e approfondimento, si veda S. SCIARRA, *Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT - n. 36, 2005, soprattutto per la connessione tra l'esigenza di stabilire un linguaggio dei diritti nelle riforme del diritto del lavoro e la centralità dei diritti sociali nel dialogo tra Carta dei diritti fondamentali UE e Carta Sociale Europea del Consiglio d'Europa. La stessa giuslavorista e attuale giudice della Corte costituziona-

le ricostruì il dibattito sull'Europa sociale e il suo tentativo di costituzionalizzazione in altri diversi interventi, a partire da S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di "soft law"*, in "Quaderni Costituzionali", 2004, n. 2, pp. 281-301.

⁴⁴A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Nouvelle édition*, Flammarion, 2016, spec. p. XVI della prefazione.

⁴⁵Nel senso, ancora una volta, di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, diffusamente, ma spec. p. 148 ss.

⁴⁶Si rinvia, da ultimo, a G. ALLEGRI, G. BRONZINI, *Sogno europeo o incubo?*, Fazi editore, 2014, spec. p. 53 ss. Come noto, G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, Paper AIC, 2008, successivamente pubblicato in E. Ghera, A. Pace (a cura di), "L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro", Jovene, 2009, p. 147 ss. utilizza in chiave molto critica il termine postfordista (e postmoderno), a partire dal «bilanciamento postfordista» operato dalle Corti, che sembra divenire «libero» e non informato ad una scala di principi e valori costituzionalmente definibili, la qual cosa finisce per ridurre «il lavoro» a uno tra i tanti diritti e non quel *principio lavorista* che informa la nostra Costituzione repubblicana (insieme con quello democratico, personalista e pluralista), ricostruendo perciò in modo sistemico il fatto che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE appare segnalarsi come «il primo testo "costituzionale" postfordista e postmoderno. Segnata cioè dalla fine del secolo del lavoro e dalla cessazione della spinta propria del Moderno. In questa prospettiva può anche ritenersi la prima Carta del nuovo millennio», distaccandosi dalla tradizione del «costituzionalismo», che, inscrivendosi nel progetto della modernità illuminista, promuove l'emancipazione e la promozione sociale, privilegiando la tutela dei ceti meno abbienti. Ora le democrazie non promuovono più progetti di emancipazione, finita la civiltà del lavoro anche la spinta del Moderno sembra arrestarsi, o mutare di segno».

⁴⁷Per una ricostruzione di questa trasformazione sul fronte giuslavoristico, con interventi che mettono in dialogo anche scienze sociali e prospettive costituzionalistiche statuali e continentali, si vedano i numerosi saggi raccolti in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019.

⁴⁸Sul filone dottrinario delle considerazioni critiche sulla Carta di Nizza enunciate da parte di Gaetano Azzariti (ma anche di tanta altra autorevole dottrina costituzionalistica) prende le mosse R. GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), "La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello", cit., pp. 153-168, il quale osserva come «l'affermazione solenne anche sul piano europeo del "diritto al lavoro" non potrebbe che essere un dato simbolico e puramente formale, come del resto è diventata nelle Costituzioni nazionali, ove conserva intatta la sua purezza. Se però si esamina con altra ottica il ventaglio dei diritti e il loro ambito di riferimento ci si avvede che la Carta di Nizza prospetta un diverso modello di *Welfare*, non più "lavorocentrico"» (*ivi*, p. 159). Ecco quindi una lettura che prova a interrogare in modo evolutivo le previsioni della Carta di Nizza, che però lamenta la mancata previsione di un vero e proprio *ius existentiae*, poiché se non si può più far riferimento alle forme tradizionali del lavoro e del salario, «un moderno strumento giuridico protettivo [...] dovrebbe anche affrontare apertamente la questione non più eludibile di un reddito di esistenza (o come lo si voglia chiamare) sganciato dai meccanismi produttivi, dal mercato e dal lavoro, magari unitamente ad una politica dei beni comuni, siano essi quelli primari della terra, che quelli immateriali della conoscenza e delle informazioni» (*ivi*, p. 161). Altra parte della dottrina sostiene da tempo che proprio nell'articolo 34 della Carta



di Nizza sia iscritto «un riconoscimento così netto del diritto ad un'esistenza dignitosa, e non minima, e che si vada oltre la categoria della povertà, riferendo correttamente questo diritto alla necessità di contrastare l'esclusione sociale. [...] Grazie a previsioni come quella contenuta nel già ricordato art. 34 della Carta dei diritti fondamentali, l'Unione europea contribuisce a delineare i caratteri di quel diritto aprendo le porte a una "democrazia del reddito universale", che può apparire espressione enfatica, ma coglie nella realtà sempre più difficile dei tempi nostri il nesso tra democrazia, lavoro ed esistenza» (così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 242-243). Per una ricostruzione puntuale e articolata del nesso tra art. 34 e affermazione di un diritto al reddito per un'esistenza dignitosa si veda G. BRONZINI, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in "Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 2011, n. 130, pp. 225-245, quindi ID., *Reddito minimo garantito*, "Diritto on line - Treccani", 2014, quindi ID., *Il diritto a un reddito di base. Il Welfare nell'era dell'innovazione*, EGA-Edizioni Gruppo Abele, 2017. Nella dottrina italiana, per una riflessione intorno al reddito di base/reddito di cittadinanza si ricorda C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, 2013 e ID., *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in "Costituzionalismo.it", 2015, n. 1, quindi anche il precedente lavoro di F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, 2004. In una più recente prospettiva comparata si ricordano: V. FERRANTE, *Tutela contro la disoccupazione e contrasto alla povertà nell'esperienza comparata*, in M. Ferraresi (a cura di), "Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza. Il contrasto alla povertà tra diritto e politica", Giappichelli, 2018, pp. 77-100, quindi si rinvia alla sezione contenente dieci interventi e curata da A. SOMMA, *Contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro: il mito del reddito di cittadinanza e la realtà delle condizionalità*, in "Diritto Pubblico Comparato ed Europeo", 2019, n. 2, pp. 433-640. Per una recente riflessione collettiva, di sociologi e giuristi sulla previsione normativa del reddito di cittadinanza nel nostro ordinamento repubblicano e sul suo possibile miglioramento in chiave universalistica e inclusiva si veda il volume liberamente scaricabile G. CAVALCA (a cura di), *Reddito di cittadinanza. Verso un Welfare universalistico?*, Franco Angeli - Open Access, 2021, mentre per uno sguardo complessivo sul tema del reddito di base nella crisi della società salariale e dentro le innovazioni tecnologiche che stiamo vivendo sia concesso rinviare a G. ALLEGRI, *Il reddito di base nell'era digitale*, cit., *passim*.

⁴⁹In questa prospettiva sembra esprimersi anche G. DEMURO, *I diritti sociali tra dimensione europea e identità costituzionali degli Stati*, in A. Ciancio (a cura di), "Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma", Giappichelli, 2017, spec. p. 199 ss., il quale parla della necessità di pensare la «creazione di un meccanismo di Welfare comune fondato sulla dignità umana come base dell'autonomia personale», sganciando i diritti sociali tanto dalla dimensione che li lega al territorio e alla sovranità statale, ma anche, ci pare, dalla lettura strettamente lavoristica.

⁵⁰Per una riflessione sul punto, dentro gli effetti delle crisi dell'UEM, si veda quanto ricostruito da P. MARSOCCI, *Solidarietà e coesione nell'attuale Unione europea*, in ID. (a cura di), "Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo, Atti degli incontri del Progetto EUPoliS (vol. II)", Editoriale Scientifica, 2016, pp. 7-27.

⁵¹Molteplici crisi europee su cui si è provato a riflettere in diverse occasioni a partire da G. ALLEGRI, G. BRONZINI, *So-gno europeo o incubo?*, cit. (a proposito del quale sia concesso

ricordare la recensione di M. FIORAVANTI, *L'Europa e la "dimensione costituente della crisi"*, in "Diritti Comparati", 29 maggio 2014, che insisteva proprio su questo profilo), quindi G. ALLEGRI, *Quale democrazia europea? Alla ricerca di ipotesi, proposte e sperimentazioni*, in P. Marsocci (a cura di), "Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo", cit., pp. 41-80 e ID., *Dentro l'interregno. Appunti per una Repubblica europea*, in A. Guerra, A. Marchili (a cura di), "Europa concentrica. Soggetti, città, istituzioni fra processi federativi e integrazione politica dal XVIII al XXI secolo", cit., pp. 203-218, cui si rinvia. Sulla differenziazione territoriale degli effetti della crisi monetaria nell'Eurozona si veda quanto ricostruito da F. BILANCIA, *Effetti asimmetrici della trasmissione della politica monetaria in area Uem e disegualanze territoriali*, in P. Marsocci (a cura di), "Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo", cit., pp. 273-286. Più recentemente, per uno sguardo sulle diverse fratture che attraversano il vecchio continente nell'ultimo ventennio circa, si vedano gli assai ricchi interventi raccolti in D. GIANNONE, A. COZZOLINO (a cura di), *Fratture nell'Unione. L'Europa dentro le crisi del XXI secolo*, Mimesis, 2021. Ma qui si intende seguire la condivisibile ricostruzione proposta da S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Laterza, 2017, spec. pp. 54-84, da cui si è ripresa la citazione sulle *crisi multiple dopo-Lisbona* e che ragiona a partire dalla faticosa crisi dei debiti sovrani nell'Eurozona, la cui gestione è stata particolarmente gravosa per Grecia, Irlanda, Italia, Portogallo e Spagna, anche in seguito ai *Memoranda* adottati e alle connesse misure di risanamento economico-finanziario portate avanti da quello che è stato definito da autorevole dottrina come il «managerialismo tecnocratico della nuova governance», secondo le parole di C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto, politica ed economia nella crisi europea*, in G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), "Il tempo delle Costituzioni. Dall'Italia all'Europa", manifestolibri, 2014, pp. 107-129, spec. p. 115 ss., quindi C. JOERGES, C. GLINSKI (eds.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance. Authoritarian Managerialism Versus Democratic Governance*, Hart Publishing, 2014, ma in questo senso si ricordano anche i diversi saggi raccolti nella *Special section: Hermann Heller's Authoritarian Liberalism* in "European Law Journal", vol. 21, 2015, n. 3, pp. 285-383, (ricostruzioni sulle quali si è discusso in G. ALLEGRI, *Pluralismo solidale, innovazione sociale e processi federali. Per un nuovo garantismo costituzionale?*, in G. Allegri, A. Sterpa, N. Viceconte (a cura di), "Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo", Editoriale Scientifica, 2017, pp. 51-67, spec. il paragrafo «Prigionieri del passato? Crisi come arte di governo», pp. 52-56). L'analisi di Sergio Fabbrini arriva poi fino alla tuttora inevasa questione intorno a una possibile governance comune dei movimenti migratori globali, che interrogano proprio l'edificazione di una nuova cittadinanza sociale continentale nell'«eterogeneità dello spazio globale» e nelle divisioni sociali e territoriali dei sistemi e modelli di produzione e lavoro, per ricordare la ricostruzione proposta da S. MEZZADRA, B. NEILSON, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro globale*, Il Mulino, 2014.

⁵²A proposito del quale, nella sua lunga processualità, si rinvia a quanto recentemente ricostruito da F. FABBRINI, *Brexit. Tra diritto e politica*, Il Mulino, 2021, quindi, da un punto di vista costituzional-comparatistico, si seguono le analisi e ricostruzioni proposte da Giulia Caravale nelle *Cronache costituzionali dall'estero* della Rivista "Nomos - Le attualità nel diritto", da ultimo G. CARAVALE, *Deal is done! Il prezzo della sovranità e le sfide per il futuro post Brexit*, in "Nomos - Le attualità nel diritto", 2020, n. 3, pp. 1-22.

⁵³Si veda quanto ricostruito da J. SAWICKI, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze con-*



trastanti dall'Europa centro-orientale, Franco Angeli, 2020, quindi M.A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in "Diritto Pubblico Comparato ed Europeo", 2019, n. 1, pp. 167-216, P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in "Federalismi", 2020, n. 8, pp. 166-210, quindi I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi al livello europeo*, in "Federalismi", 2021, n. 14, pp. 178-203.

⁵⁴Si tratta del Regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, il cui fondamento, secondo i Considerando 2 e 3, è da rintracciarsi negli artt. 174 e 175 TFUE sul coordinamento delle politiche economiche al fine di raggiungere gli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale, riducendo il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite.

⁵⁵Come recentemente ricostruito da C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"*, in "Rivista della Regolazione dei Mercati", 2021, n. 1, pp. 110-147, che si segue in questa ricostruzione, spec. pp. 137 e 141. In dottrina, per una radicale critica all'impostazione del Recovery Fund si ricorda lo studio di F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Wolters Kluwer-Cedam, 2021. Per una riflessione sul più ampio e assai dibattuto tema della omogeneità costituzionale nella dimensione continentale si rinvia a V. ATRIPALDI, R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea dopo il "caso Austria" e la Carta dei diritti fondamentali*, Cedam, 2003 e G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, 2017.

⁵⁶Permettendo cioè di invertire la tendenza che S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., *passim*, ricostruisce nel processo di frammentazione del modello sociale europeo nel paragrafo del suo volume appunto intitolato «dall'armonizzazione "nel progresso" alla competizione regolativa tra sistemi sociali nazionali».

⁵⁷Come ricostruisce in modo approfondito M. BLANQUET, *L'Union européenne en tant que système de solidarité: la notion de solidarité européenne*, in M. Hecquard-Théron (dir.), "Solidarité(s). Perspectives juridiques", Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009.

⁵⁸Secondo la già ricordata di A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, cit.

⁵⁹In G. BRONZINI (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Fondazione Basso, 2018, si ricostruiscono le ipotesi di integrazione del pilastro europeo nel futuro sociale dell'UE, mentre molti osservatori erano piuttosto scettici, come S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in "Quaderni costituzionali", 2017, n. 4, p. 953 ss., ma anche ID., *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in "Politica del diritto", 2018, n. 4, pp. 557-578, mentre G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in "Rivista AIC", 2021, n. 1, pp. 166-198, in ogni caso tiene a sottolineare tanto «il deficit politico della governance dell'Unione in materia sociale, che l'attuazione sussidiaria del Pilastro». Per una ricostruzione del faticoso e contraddittorio percorso che da Nizza porta a Göteborg, si veda ora M. DELLA MORTE, *Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al pilastro di Göteborg*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", tomo IV - Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale, Collana di studi Consulta online, 2020.

⁶⁰Come ricorda N. BOBBIO, *Il federalismo nel dibattito politico e culturale della resistenza*, originariamente pubblica-

to in S. Pistone (a cura di), "L'idea di unificazione europea dalla Prima alla Seconda guerra mondiale", Fondazione Luigi Einaudi, 1975, pp. 221-236, ma ora anche in G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), "Ventotene. Un manifesto per il futuro", cit., spec. p. 89, il quale proseguiva osservando che l'idea di una federazione europea «era rimasta se non proprio una generosa e sterile utopia, un programma dottrinale, un'affermazione di principio, un tema seducente da riviste e da società per la pace. Il "Manifesto di Ventotene" segna in questo senso una svolta, giacché esso intende essere non soltanto una dichiarazione di principio ma un programma di azione».

⁶¹Secondo l'analisi proposta da S. GUERRIERI, *Un Parlamento oltre le nazioni. L'Assemblea Comune della CECA e le sfide dell'integrazione europea (1952-1958)*, Il Mulino, 2016, il quale ricostruisce il ruolo della prima Comunità europea negli anni Cinquanta del Novecento, come «decisivo laboratorio economico e politico» per superare gli istinti belligeranti e guerrafondai di Stati che si erano combattuti militarmente fino a una manciata di anni precedenti e stabilire quindi «dei percorsi integrati di sviluppo, liberalizzando i mercati e organizzando delle politiche comuni» (p. 16).

⁶²A. SPINELLI, E. ROSSI, *Per un'Europa libera e unita. Progetto di un Manifesto*, cit., p. 36.

⁶³Così L. PATRUNO, *La parte dimenticata del Manifesto di Ventotene. Il riformismo sociale dell'Europa libera e unita*, in "Costituzionalismo.it", 2006, n. 3.

⁶⁴In G. ALLEGRI, G. BRONZINI, *Il Manifesto di Ventotene. Un'introduzione a settant'anni dall'edizione del 1944*, in G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), "Ventotene. Un manifesto per il futuro", cit., pp. 7-11, provammo già a legare questa visione del Manifesto con necessarie misure di solidarietà pan-europea nella crisi finanziaria e monetaria dell'Eurozona, sostenendo che «le inequivocabili parole del "Manifesto di Ventotene" in favore di un reddito di esistenza possono diventare la bussola dell'Europa sociale e democratica che verrà. Perché parlano direttamente alle attuali condizioni di sfruttamento del lavoro, alla disoccupazione e al ricatto della condizione precaria, soprattutto nei Paesi dell'area mediterranea. In assenza di un qualsiasi strumento universale di garanzia sociale pan-europea, che permetterebbe di trasformare radicalmente il rapporto tra cittadinanze, società ed istituzioni in un Continente nel quale intere generazioni hanno lottato per affermare libertà, eguaglianza, cooperazione e accoglienza» (*ivi*, p. 11).

⁶⁵La piattaforma digitale multilingue è articolata in una decina di temi-argomenti, dal cambiamento climatico e ambiente, alle questioni sanitarie, dalla trasformazione digitale a un'economia più forte, giustizia sociale e occupazione, dalla questione migrante all'Europa nel mondo, dalla democrazia europea allo Stato di diritto fino a istruzione, cultura, gioventù e sport.

⁶⁶Massimo Pendenza studia da anni il cosmopolitismo come una tra le tante radici culturali europee, a partire dal conflitto tra *cosmopolitismo normativo*, orientato alla tutela della dignità umana e all'eguaglianza tra gli esseri umani, e *cosmopolitismo mercantile* più orientato al mercato e all'amministrazione tecnocratica delle vite, notando che nel processo di integrazione continentale il primo rischia spesso di rimanere ostaggio del secondo, a partire da M. PENDENZA, *Radicare il cosmopolitismo. La sociologia cosmopolita di fronte alle sfide del futuro*, Mimesis, 2017, ID., *L'Europa dei tradimenti. Il cosmopolitismo normativo europeo sotto attacco*, in "CSE Working Papers", 2017, n. 2, pp. 1-22, quindi ora anche ID., *Ripartire dalla società. Visioni sociologiche sulla crisi d'Europa*, in D. Giannone, A. Cozzolino (a cura di), "Fratture nell'Unione. L'Europa dentro le crisi del XXI secolo", cit., pp. 39-57. D'altro canto, tra i riferimenti intorno al cosmopolitismo europeo ricordiamo gli studi del grande studioso morto prematuramente Ulrich Beck, a partire da U. BECK,



E. GRANDE, *L'Europa cosmopolita. Società e politica nella seconda modernità*, Carocci, 2006, a proposito del quale, e non solo, in una prospettiva di *sociologia europea e per l'Europa*, si veda M. PENDENZA, *Ulrich Beck: il progetto di un'Europa cosmopolita*, in M. Pendenza (a cura di), "Sociologie per l'Europa. Ulrich Beck, Gerard Delanty, Anthony Giddens, Jürgen Habermas", Carocci, 2011. Per una storia delle origini del concetto di cosmopolitismo si rinvia al classico studio di L. SCUCCIMARRA, *I confini del mondo. Storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Il Mulino, 2006, mentre per una ricostruzione critica della dialettica tra ricerca di una giustizia globale e avanguardie cosmopolitiche si rinvia a L. YPI, *Stato e avanguardie cosmopolitiche*, Laterza, 2016 (il cui titolo originale era in realtà *Global Justice and Avant-Garde Political Agency*) della quale si ricorda anche una più recente intervista sul nesso cosmopolitismo, forze politiche progressiste ed Europa in V. OTTONELLI, L. YPI, *Cinque domande a Lea Ypi su sinistra ed Europa*, in "Il Mulino", 2019, n. 3, pp. 467-473.

⁶⁷R. HORTON, *Covid is not a pandemic*, in "The Lancet", vol. 396, 2020, n. 10255, p. 874.

⁶⁸Sull'analisi e critica dell'emergenza dei poteri privati transnazionali nell'epoca globale si ricordano i molti studi di Maria Rosaria Ferrarese (da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000 a ID., *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo*, Il Mulino, 2017) che possono essere letti alla luce del tentativo di ricostruire i fondamenti di un costituzionalismo nell'era digitale, una sorta di *Cyber-costituzionalismo* che inneschi delle reazioni costituzionali al capitalismo digitale e di piattaforma per recuperare quella sua dimensione di *emancipazione e libertà*, che caratterizzava lo spirito originario del *cyberspace*, quasi si potesse pensare una garanzia costituzionale di quella dimensione di autonomia e potenziamento dell'intelligenza collettiva, come recentemente ricostruito da A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra siliconizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in questa Rivista, 2020, n. 1, pp. 5-34.

⁶⁹Per una presentazione delle diverse forme di *basic income* si rinvia ai due classici lavori di P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Il reddito minimo universale*, prefazione di C. Saraceno, Università Bocconi Editore, 2006 e P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, cit. Mentre per una argomentazione giuridica di giustificazione delle diverse forme di garanzia di un minimo vitale si ricordano L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, 2007 e il già citato S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit.

⁷⁰Tra i molti studi e pubblicazioni usciti in quest'ultimo anno e mezzo intorno al nesso pandemia/sindemia e UBI-*Universal Basic Income* si vedano almeno – tra i primi – A.F. JOHNSON, K.J. ROBERTO, *The Covid-19 Pandemic: Time for a Universal Basic Income?*, in "Public Administration and Development", 14 Oct. 2020, poi D. NETTLE, E. JOHNSON, M. JOHNSON, R. SAXE, *Why has the Covid-19 Pandemic Increased Support for Universal Basic Income?*, in "Humanities and Social Sciences Communications", vol. 8, 7 March 2021, quindi, per una lettura che tiene insieme questioni sanitarie e tutela dei lavoratori precari in tempi pandemici, ritenendo l'UBI una risposta di politica pubblica all'altezza della situazione, si veda C. STÄHL, E. MACEACHEN, *Universal Basic Income as a Policy Response to COVID-19 and Precarious Employment: Potential Impacts on Rehabilitation and Return-to-Work*, in "Journal of Occupational Rehabilitation", vol. 31, 2021, n. 1, p. 3-6. Proprio sul nesso tra reddito di base, a partire da un miglioramento dell'esistente *Reddito di Cittadinanza*, e aggiornamento del modello sociale europeo nell'epoca pandemica si è provato a ragionare in

G. ALLEGRI, *Dal reddito di cittadinanza al dibattito europeo sul reddito di base. Per un nuovo "Welfare" nella pandemia*, in "Rivista Critica del Diritto Privato", 2020, n. 3, pp. 401-431 e, leggermente integrato e aggiornato, in G. CAVALCA (a cura di), *Reddito di cittadinanza. Verso un Welfare universalistico?*, cit., pp. 31-62. C'è da aggiungere, solo come ulteriore questione che qui non si può affrontare, il fatto che l'incidenza della digitalizzazione nelle nostre vite durante i periodi di lotta alla pandemia (con lavoro da remoto, acquisti online, etc.) ha prodotto una crescita economica rilevante delle società digitali, quei *Big Tech*, a partire dalle «cinque maggiori società tecnologiche USA [che] hanno un valore di Borsa pari alla terza e quarta economia del mondo» (così V. LOPS, *Le Big Tech Usa sfiorano i 10mila miliardi, come il Pil di Germania e Giappone*, in "Il Sole - 24 ore", 12 settembre 2021), il che comporterà una necessaria e adeguata regolazione e tassazione di questi veri e propri monopoli, probabilmente al livello continentale, il che permetterebbe di ripensare anche l'entità del bilancio e della questione fiscale euro-unitaria.

⁷¹Sui pericoli degli automatismi della società digitale di quella "governamentalità algoritmica" che sembra governare e amministrare le nostre forme di vita, rispetto agli spazi di autonomia individuale, di sottrazione al controllo delle nostre esperienze in rete, di definizione di nuove forme di solidarietà e cooperazione sociale nell'economia e nel lavoro su piattaforme digitali e nelle diverse dimensioni territoriali, a partire dalle città, si rinvia agli studi del già ricordato Bernard Stiegler, a partire da B. STIEGLER, *La società automatica. 1. L'avvenire del lavoro*, Meltemi, 2019, quindi, sulla necessità di elaborare nuovi immaginari sociali nello spaesamento tra globalizzazione e nascente società digitale si veda ora la recente traduzione italiana di ID., *La miseria simbolica*, Meltemi, 2021. Per una recente riflessione transdisciplinare che prende in esame gli orientamenti dell'Unione europea per la disciplina del settore digitale, con particolare riferimento al ruolo e alla funzione degli algoritmi, si veda ora quanto riportato da E. GARZONIO, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, nella Sezione monografica di questo fascicolo.

⁷²Per un quadro esaustivo di ricostruzione costituzionalistica di questa prospettiva si veda ora P. MARSOCCI, *Sempre "al lavoro". Le garanzie costituzionali di persone e personalità connesse in Rete*, nella Sezione monografica di questo fascicolo. Sul versante giuslavoristico si rinvia alle riflessioni di M. ALTIMARI, *Tempi di lavoro (e non lavoro) e rivoluzione digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", cit., pp. 57-73. Per studi e ricerche interdisciplinari su lavoro ombra (per ricordare la formula dello *Shadow Work* coniata da G. LAMBERT, *Lavoro ombra. Tutti i lavori (gratis) che fate senza neanche saperlo*, Baldini & Castoldi, 2017) e soprattutto di *lavoro implicito digitale* si veda ora quanto ricostruito nei saggi raccolti in S. BELLUCCI, *AI Work. La digitalizzazione del lavoro*, Jaca Book, 2021. M. FERRARIS, *Documentarietà. Filosofia del mondo nuovo*, Laterza, 2021, riflette da tempo sulla nostra *società della documentazione*, più che dell'informazione e della comunicazione, incentrata sul *capitale documentario* che è prodotto da ciascuno di noi in una qualsiasi interazione digitale (ricerca, comunicazione, transazione, etc.), che diviene *produzione di documenti* monetizzabile per le piattaforme digitali che seguono e trattano le nostre tracce, sicché si tratterebbe di pensare una remunerazione, una retribuzione, un *reddito* per tutti i soggetti di questo *lavoro inconsapevole* per le principali imprese dell'economia digitali, prevalentemente quelle *Big Tech* monopoliste di cui si parlava poco sopra: una prospettiva che impone un ulteriore ripensamento delle categorie di lavoro, produzione e sicurezza



sociale in una prospettiva multidisciplinare. A tal proposito, per quanto riguarda un primo tentativo di ricostruzione del dibattito giuslavoristico e costituzionalistico intorno al tema del reddito di base nell'era digitale sia consentito rinviare a quanto ho provato a ricostruire in G. ALLEGRI, *Il reddito di base dal post-fordismo all'economia digitale. Per un dibattito costituzionalistico e giuslavoristico*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", cit., pp. 793-807. Per una riflessione sulla connessione tra *reddito di base innovazione tecnologica e Welfare* si vedano BASIC INCOME NETWORK ITALIA (a cura di), *Reddito garantito e innovazione tecnologica. Tra algoritmi e robotica*, 2017, Asterios e ID. (a cura di), *Big Data, Welfare e reddito per tutti*, 2019, Asterios.

⁷³A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in "Federalismi", 2018, n. spec. 4, pp. 20-32, spec. 31-32.

⁷⁴F. POLACCHINI, *Solidarietà e doveri per una cittadinanza europea in costruzione: dai diritti di cittadinanza ad una Comunità sovranazionale di diritti e doveri*, in "Rivista AIC", 2020, n. 4.

⁷⁵Come ricostruisce approfonditamente a partire dallo scandagliare le diverse proposte di regolazione presenti nel dibattito all'interno delle istituzioni euro-unitarie M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, nella Sezione monografica di questo fascicolo.

⁷⁶Così F. BRIA, *Perché il futuro dell'UE passa dalla svolta sulla sovranità digitale*, in "Il Foglio", 24 aprile 2021, dalla quale si riprendono anche le successive affermazioni.

⁷⁷Francesca Bria è una studiosa e docente in scienze sociali e tecnologie dell'informazione e comunicazione, già coordinatrice del progetto *D-CENT*, importante progetto UE sulla democrazia digitale, fondatrice del progetto *Decode*, quindi assessora all'innovazione tecnologica nella città di Barcellona durante la prima sindacatura di Ada Colau (2016-2020), da circa un paio di anni è Presidente del Fondo Nazionale Innovazione di Cassa Depositi e Prestiti (CDP-Venture Capital), quindi com-

ponente del Consiglio di Amministrazione della RAI. Il *New European Bauhaus* prende il nome dal celebre istituto di arte e design attivo per un quindicennio (1918-1933) in Germania sotto il nome completo di *Staatliches Bauhaus*, un vero e proprio movimento culturale dell'era weimariana, di architetti, artisti, studiosi, studenti e studentesse capitanato da Walter Gropius, quindi represso e chiuso con l'avvento del nazismo. Lo stesso nome fu utilizzato, preso in prestito, sul finire degli anni Settanta del Novecento da una tra le più rilevanti band anglosassoni dell'epoca post-punk e di musica dark e gotica quei *Bauhaus* (il cui leader era Peter Murphy, successivamente in *Dali's Car* con Mick Karn), protagonisti di prodotti musicali e performance artistiche capaci di evocare un nuovo immaginario estetico, con pezzi musicali come *Bela Lugosi's Dead* e *Antonin Artaud*, non a caso dedicati a emblematiche figure del mondo letterario, teatrale e cinematografico. Come riportato nello stesso sito web, l'attuale *New European Bauhaus*, promosso dall'attuale Commissione europea presieduta da Ursula von der Leyen, è inteso come «un'iniziativa creativa e interdisciplinare che riunisce uno spazio di incontro per progettare futuri modi di vivere, situato al crocevia tra arte, cultura, inclusione sociale, scienza e tecnologia. Porta il *Green Deal* nei nostri luoghi di vita e richiede uno sforzo collettivo per immaginare e costruire un futuro sostenibile, inclusivo e bello per il cuore e per la mente». È da notare che questa esigenza *estetica e politica* di creazione di un *nuovo immaginario* che sembra coinvolgere l'attuale Commissione europea, a me fa tornare in mente la prospettiva indagata da Bernard Stiegler nel volume citato poco sopra *La miseria simbolica*, in cui il filosofo francese rivolgeva la sua attenzione in favore di quelle masse che nell'Europa contemporanea si trovano costrette a vivere in abbruttiti spazi – urbani e non solo – e tempi – di lavoro, spostamento, sottoccupazione, etc. – in cui il vivere associato non incontra mai occasioni di bellezza – artistica, culturale, architettonica, urbanistica – da condividere. Un sentiero da indagare ulteriormente, forse anche nella prospettiva del *New European Bauhaus*?

* * *

In search of a new European social model in the digital age. Twenty years after the Nice Charter, a counter-story

Abstract: In this paper I intend to reconstruct the European debate around the constituent processes and (failed) constitutionalization that have involved the Euro-Union institutions since the late nineties of the twentieth century. This process began with the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which could have been the start of a new European social model in the knowledge society, even more necessary in the face of changes in the digital society and private powers that govern it. Therefore, we can take advantage of three anniversaries – the eightieth anniversary of the "Ventotene Manifesto" (1941), the thirtieth anniversary of the death of Ursula Hirschmann (1913-1991), the twentieth anniversary of the adoption of the Nice/Strasbourg Charter of Fundamental Rights of EU (2000) – to propose a counter-history of the last twenty years of the continental integration process. There's a need to think about social rights and pan-European solidarity in the face of post-pandemic challenges and the acceleration of technological and digital innovations, starting with a necessary continental welfare based on universal guarantees of social protection, such as basic income serving as a *ius existantiae* in the digital age.

Keywords: European Social Model – Digital Society – Social Rights – Solidarity



Social media, profili artificiali e tutela della reputazione. Come l'avvento dei *social bot* per la gestione dei profili social possa rappresentare una grave minaccia per la reputazione delle persone e quali potrebbero essere le risposte a tale pericolo

Alessandro Tedeschi Toschi • Giampaolo Berni Ferretti

L'utilizzo dei social media ha permesso a chiunque di diffondere il proprio pensiero con una velocità ed una capillarità che eclissano quelle dei grandi organi di stampa tradizionali. All'interno di queste "piazze virtuali" operano anche i cosiddetti *social bot*, dei programmi che, una volta forniti delle credenziali di accesso di un account, sono in grado di gestirlo in autonomia, dando però l'impressione di essere una persona vera. La rapidità e precisione di reazione sui social network rendono questi "strumenti digitali" pericolosamente utili per la diffusione di insinuazioni, maldicenze ed offese con un'ampiezza ed una velocità tali da distruggere irrimediabilmente la reputazione di chiunque venga preso di mira dai loro amministratori. L'attuale impianto giuridico di tutela delle vittime di diffamazione, nonostante le recenti pronunce giurisprudenziali in tema di diffusione online di falsità e l'estensione dell'applicazione di strumenti come il sequestro preventivo all'ambito dei social network, rischia comunque di essere inefficace di fronte ad un utilizzo ben concertato di questi *socialbot*. Nemmeno le contromisure introdotte dai proprietari dei social media sono state in grado di arginare efficacemente questo fenomeno. Risulta, così, necessario un ripensamento della tutela della reputazione che si estenda anche alla prevenzione dall'utilizzo improprio degli strumenti informatici oggi alla portata di chiunque. Si avanzano, quindi, in questo articolo varie ipotesi per risolvere il problema, tra le quali: l'estendere anche ai proprietari dei social media l'obbligo della "adeguata verifica della clientela" già esistente in capo agli operatori finanziari o l'istituzione di un obbligo di approntare un sistema interno di segnalazione ai gestori e di contestuale marcatura, visibile agli altri utenti, dei contenuti reputati diffamanti.

Diffamazione – Social network – Automazione – Bot

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'avvento dei social media – 2. I bot, natura e azioni compiute sui social media – 3. I potenziali pericoli rappresentati dai social bot sui social media – 4. L'inquadramento della diffamazione sui social media in Italia – 5. La problematica attuazione della tutela della reputazione lesa tramite social media – 6. Tentativi di risposta al problema della presenza dei social bot sui social media – 7. La necessità di nuovi strumenti di tutela – 7.1. Riforme legislative – 7.2. Riformulazione delle interpretazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità degli ISP – 7.3. Innovazioni digitali – 8. Conclusioni

A. Tedeschi Toschi è tirocinante presso il Tribunale per i Minorenni di Milano. Oltre alla laurea in giurisprudenza in Italia, ha avuto modo di approfondire le proprie conoscenze informatiche tramite dei corsi della University of Michigan e della Harvard University. G. Berni Ferretti è avvocato iscritto all'Ordine degli Avvocati di Milano ed è presidente dell'associazione culturale senza scopo di lucro "Milano Vapore".



1. Introduzione: l'avvento dei social media

«Ripetete una bugia cento, mille, un milione di volte e diventerà una verità». Questa frase viene spesso attribuita a Joseph Goebbels, ministro della propaganda del Terzo Reich dal 1933 al 1945, e, sebbene per ironia della sorte non si trovino conferme che l'abbia effettivamente pronunciata, rimane comunque emblematica di come un sistema ben organizzato possa distorcere la verità fino a convincere il pubblico che gli avvenimenti siano diversi o addirittura l'opposto della realtà. Se un tempo per raggiungere questi risultati era necessario avere a disposizione un intero apparato burocratico con migliaia di funzionari (il Ministero del Reich per l'istruzione pubblica e la propaganda, noto anche come *Propagandaministerium*, ne contava circa 2.000 nel 1939) oggi, grazie soprattutto alle nuove tecnologie e all'evoluzione delle dinamiche sociali che da esse ne discendono¹, raggiungere i medesimi effetti è diventato estremamente più semplice e decisamente meno costoso. Sono, infatti, i social network, con la loro diffusione globale e la loro facilità di utilizzo, nonché la loro gratuità, ad aver permesso la propagazione di interpretazioni, opinioni ed inesattezze da parte dei loro utenti in tempi e modi impensabili fino a pochi decenni fa². La loro strutturazione, poi, e la facilità di accesso ad essa hanno permesso ad un'ampia pletera di programmatori, anche amatoriali, di sviluppare soluzioni digitali per incrementare ulteriormente la diffusione di contenuti su queste piattaforme di interazione sociale.

Nati come spazi digitali di condivisione e comunicazione, in grado di permettere contatti immediati anche con persone a migliaia di chilometri di distanza, i social network sono diventati soprattutto negli ultimi tempi un terreno fertile per la propaganda ed il proselitismo di tutti coloro che ne hanno intuito le potenzialità e hanno un minimo di comprensione del loro funzionamento³. Pur essendo dei servizi informatici volti alla diffusione e alla consultazione di contenuti digitali, quali video, immagini e testi da parte dei loro utenti, alla base delle dinamiche di queste "piazze virtuali" permangono gli stessi principi che hanno governato le interazioni umane nei contesti politici e sociali fin da quando ne abbiamo memoria (il carisma, le capacità oratorie e l'intuizione dei sentimenti dei propri uditori rimangono sempre gli elementi fondanti della fama e del successo di un personaggio pubblico)⁴. In altre parole, i social media hanno portato a dei veri e propri sconvolgimenti nei modi e nei tempi di propagazione del pensiero, grazie a delle architetture digitali sviluppate negli ultimi anni e ospitate su infrastrutture capaci di ge-

stire l'elevata mole di dati generati (si calcola che nel solo corso dell'agosto 2021 siano stati pubblicati 575.000 tweet ogni minuto)⁵.

Per di più, l'architettura fisica di qualsiasi social network non è quella di una grande infrastruttura "ministeriale", dove migliaia di persone devono coordinarsi assiduamente tramite una puntigliosa e ramificata burocrazia per fare in modo che anche solo uno slogan raggiunga un vasto pubblico. Essa risiede, invece, in una rete di server, grandi computer interconnessi tra loro e capaci di svolgere miliardi di calcoli e di dividerne i risultati in una frazione di secondo che si limitano a registrare e a diffondere in modo automatico qualsiasi contenuto venga pubblicato dai milioni di utenti ad essi collegati. È dentro i confini di questa architettura che avvengono le continue e frenetiche azioni di pubblicazione e condivisione di contenuti e la loro perenne e scrupolosa analisi statistica da parte delle macchine. Tutto questo avviene sotto l'occhio vigile ma totalmente acritico dei programmi creati per la gestione e la trasmissione dei dati, per i quali le parole, le immagini ed i fotogrammi dei video condivisi non sono altro che una lunga serie di zero ed uno (i bit).

2. I bot, natura e azioni compiute sui social media

È proprio l'architettura di queste "piazze", governate da software acritici e volti a permettere al maggior numero possibile di utenti la condivisione di contenuti e a misurarne le interazioni, ad aver permesso a soggetti in possesso di capitali relativamente contenuti (sicuramente rispetto a quelli necessari per il funzionamento di un ministero) e di un certo grado di conoscenza del funzionamento di queste reti di computer di crearsi letteralmente un proprio seguito, anche molto ampio, sempre pronto a promuovere e condividere immediatamente qualsiasi cosa essi pubblicino sui social. Quella che a prima vista pare una schiera di fedelissimi seguaci profondamente convinti della validità dei contenuti pubblicati da questi soggetti non è, tuttavia, effettivamente composta da esseri umani assiduamente presenti su queste piattaforme. Si tratta, invece, dei cosiddetti *social bot* o nella vulgata più comune, criticata da diversi ricercatori per la sua portata confusiva all'interno del dibattito, semplicemente bot (dalla contrazione delle parole software robot).

Prima ancora di descrivere nel dettaglio la natura e le azioni compiute da questi *social bot*, pare qui opportuno compiere in via preliminare un chiarimento sul lessico utilizzato all'interno del più ampio di-



scorso sui bot e sul discendente cosiddetto “problema *bot*”. Questo perché già da tempo è stata sottolineata l’incertezza generata dall’impiego disordinato di termini e definizioni per descrivere i fenomeni legati al loro uso (e abuso) in ambito informatico⁶.

Il termine *bot* è stato utilizzato per indicare una varietà estremamente estesa di software, la cui ampiezza è mutata a seconda del grado di conoscenza tecnica e del periodo storico. All’inizio della diffusione dei personal computer, il termine era stato impiegato per riferirsi a una pluralità di sistemi software che comunicavano messaggi di avviso agli utenti umani⁷, mentre all’inizio degli anni Duemila venne associato, all’interno degli ambienti della sicurezza informatica, a computer compromessi e controllati da remoto da dei malware⁸. Successivamente, con l’ascesa di Twitter come social network di ampio utilizzo e base principale per l’automazione dei profili, alcuni ricercatori hanno cominciato ad utilizzare questo termine per indicare gli account gestiti da un software⁹, mentre informatici attivi nel campo della sicurezza informatica hanno preferito l’utilizzo del termine *sybil*, già usato in quell’ambiente per descrivere attori o nodi compromessi all’interno di una rete¹⁰. A voler dare una definizione generale di *bot*, pare qui opportuno riferirsi a quella proposta da Tsvetkova, Garcia-Gavilanes, Floridi e Yasseri nel 2017¹¹, ossia di un codice di programmazione (si veda l’esempio di codice sorgente presente più avanti in Figura 2) che viene eseguito continuamente agendo senza alcun tipo di intervento umano e reagendo autonomamente ai cambiamenti dell’ambiente (informatico) in cui opera.

Nella categoria dei *bot* sopra delineata rientrano, così, moltissime tipologie di programmi per il compimento automatico di determinate azioni (si veda l’organizzazione di questa categoria in Figura 1 operata da Stieglitz, Brachten, Ross e Jung). Fra queste vi rientra anche quella degli strumenti informatici volti ad automatizzare varie attività sui social media, ossia quella dei *social bot*. Pure questa categoria, però, non trova una propria definizione univoca e precisa: alcuni ricercatori usano il termine *social bot* per indicare qualsiasi account sui social media gestito da un algoritmo¹², mentre altri lo usano per indicare solamente i «programmi per computer progettati per utilizzare i social network simulando il modo in cui gli esseri umani comunicano e interagiscono insieme»¹³.

Infine, alcuni hanno costruito l’ulteriore ed ancora più specifica categoria dei *socialbot* (una parola unica), all’interno della quale vengono fatti rientrare gli account automatizzati che, assumendo un’identità inventata, possono infiltrarsi in reti di utenti reali e diffondere link o contenuti dannosi¹⁴. Essi vengo-

no anche definiti in termini di sicurezza informatica come “avversari” e spesso vengono chiamati *sybil* (riprendendo la terminologia usata per descrivere gli attori o i nodi compromessi di una rete).

Date, quindi, le molteplici definizioni che sono state proposte e gli utilizzi spesso lamentati come impropri dei termini, appare qui opportuno sottolineare che in questa sede verranno presi in considerazione solo i *social bot* (due parole distinte) ed i *socialbot* (una parola unica). In particolare, ci si concentrerà sulle attività di diffusione di insinuazioni, maldicenze ed offese operata da questi ultimi (che formano una sotto-categoria specifica dei primi). Si tenga anche presente che verranno prese in considerazione le sole ipotesi di gestioni automatizzate di profili di persone inesistenti e non anche quelle di creazione non autorizzata di profili nuovi di individui reali, per le quali si configura anche il reato di sostituzione di persona previsto dall’articolo 494 del nostro codice penale¹⁵. In altre parole, verranno qui considerati solo quei software che, una volta forniti delle credenziali di accesso di un account di un social media, sono in grado di compiere le stesse azioni di un utente umano, che agiscono in modo da dare l’impressione che dietro al profilo che gestiscono ci sia una vera persona e che hanno il fine specifico di diffondere insinuazioni, maldicenze ed offese.

Visto tutto quanto fin qui considerato, è quindi facile immaginare come i profili social particolarmente attivi nel supportare e condividere continuamente i contenuti pubblicati da un altro, invece che appartenere a dei sostenitori entusiasti, ben potrebbero essere gestiti da un algoritmo capace di produrre in automatico contenuti e interazioni e progettato per emulare il comportamento di un essere umano¹⁶, seguendo con una precisione meccanica gli argomenti ed i soggetti che è stato programmato a seguire.

Nonostante il funzionamento dei *social bot* possa inizialmente sembrare complesso, bisogna considerare che esso si fonda sulla ripetizione di azioni preimpostate dalla piattaforma stessa su cui opera (si pensi ai “mi piace” e “condividi” di Facebook o ai tweet e retweet di Twitter), tutte azioni standardizzate e ripetitive per le quali esistono appositi e ben identificati pulsanti virtuali, e sulla raccolta dei dati caricati dagli utenti e liberamente accessibili da parte di chiunque vi sia iscritto¹⁷. È, quindi, decisamente semplice istruire un programma, ossia il *social bot*, ad individuare le informazioni da copiare e le azioni da compiere, ossia i tasti virtuali da premere, e a compierle solo al verificarsi di determinate condizioni che esso è ben capace di riconoscere (ad esempio, il fatto che ad un determinato post il profilo che questo particolare bot gestisce non abbia ancora messo un



Intento (Ferrara et al. 2016)				
		Malevolo	Neutrale	Benevolo
Imitazione del comportamento umano (Boshmaf et al. 2013)	Alta: Social bots	<ul style="list-style-type: none"> Astroturfing bots (Ratkiewicz et al. 2011). Social botnets nei conflitti politici (Abokhodair et al. 2015). Infiltrazione in una organizzazione (Elyashar et al. 2015). Influence bots (Subrahmanian et al. 2016). Sybils (Alarifi et al. 2016; Goga et al. 2015). Doppelgänger bots (Goga et al. 2015). 	<ul style="list-style-type: none"> Bots umoristici (Veale et al. 2015). 	<ul style="list-style-type: none"> Chat bots (Salto Martínez e Jacques García 2012).
	Bassa o nessuna	<ul style="list-style-type: none"> Spam bots (Wang 2010). Falsi accounts usati per comandare e controllare una botnet (Sebastian et al. 2014). Pay bots (Subrahmanian et al. 2016). 	<ul style="list-style-type: none"> Nonsense bots (Wilkie et al. 2015). 	<ul style="list-style-type: none"> News bots (Lokot e Diakopoulos 2016). Recruitment bots (Flores-Saviaga et al. 2016). Profili di divulgazione al pubblico (Yin et al. 2014). Bots per allerta terremoti (Haustein et al. 2016). Bots di revisione, bots anti-vandalismo su Wikipedia (Tsvetkova et al. 2017).

Figura 1: *Categorizzazione dei bot proposta da Stieglitz, Brachten, Ross e Jung nel 2020. Gli account vengono differenziati in base al loro intento e grado di imitazione del comportamento umano (si noti come gli autori abbiano preferito il termine sybil a socialbot)*

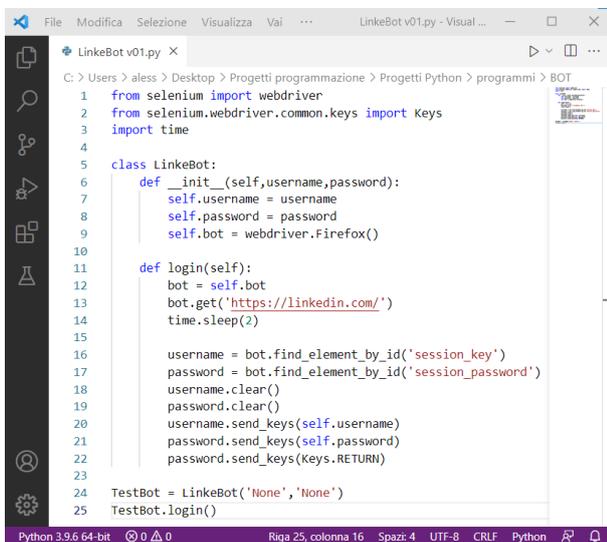
“mi piace” o non l’abbia ancora condiviso). A ciò si aggiunga, poi, che è possibile trovare su Internet le istruzioni, corredate anche di esempi, per la creazione di versioni più o meno complesse di questi *social bot*, che è pure possibile reperire intere librerie con licenze d’uso gratuito¹⁸ di comandi preimpostati da poter impartire loro (in quest’ambito una delle librerie più diffuse si chiama *Selenium* e la si può recuperare con una semplice ricerca tramite Google)¹⁹ e che è persino possibile recuperare liberamente e gratuitamente il codice sorgente di questi programmi su siti Internet ampiamente frequentati²⁰.

La prosopopea che ammantava il dibattito sulle capacità delle nuove tecnologie informatiche non deve però trarre in inganno: tutti i bot sono dei semplici programmi che si limitano a compiere delle azioni (o dei cicli di azioni) sulla base delle istruzioni che hanno ricevuto, o meglio, che si limitano a compiere le operazioni inserite all’interno del loro stesso codice sorgente (si veda l’esempio in Figura 2). Ciò significa che sullo sfondo di tutta questa struttura permane sempre la presenza di almeno un essere umano, un programmatore che ha deciso come questi bot debbano comportarsi, ossia che ha deciso quali operazioni inserire all’interno del loro codice e che questi avrebbero poi svolto²¹. In altre parole, dietro a cia-

scun bot (o a ciascuna squadra di bot) vi è sempre una persona che ha consciamente deciso quali eventi (e quali prevedibili conseguenze) avrebbero dovuto verificarsi tramite l’avvio di questi suoi “strumenti digitali” e che, quindi, difficilmente non potrà essere considerato il responsabile di qualsiasi risultato finisca col verificarsi²². Ciò comporta, ovviamente, che la questione della responsabilità debba estendersi anche a tutti coloro che abbiano commissionato²³ la creazione o abbiano ottenuto per sé o per altri da lui diretti la gestione dei bot, risultandone, così, in qualche forma i mandanti ed i beneficiari (anche indiretti) responsabili di tutte le azioni compiute da questi strumenti (si pensi, ad esempio, a degli influencer che commissionino la creazione di *social bot* che seguano e supportino i loro profili, accrescendo artificialmente il numero dei propri follower e finendo così con il violare i termini contrattuali di utilizzo di una piattaforma social).

Questo fenomeno, poi, si giova di un’altra importantissima caratteristica delle tecnologie digitali: la ripetibilità. Infatti, una volta creato un *social bot*, un programma piuttosto “leggero” per le capacità di calcolo dei moderni computer, è possibile copiarlo e dargli le credenziali di un altro account nel giro di pochissimi minuti, creando così un secondo follower,

che, come il primo, sarà un fedelissimo sostenitore di qualsiasi profilo sia programmato a seguire. Questo processo può essere quindi ripetuto un'altra volta e un'altra ancora, tanti quanti sono i profili che si hanno a disposizione e, dato che non esiste un vero e proprio limite al numero di profili *social* che si possono aprire, è concettualmente possibile continuare all'infinito (in una ricerca pubblicata dal *The New York Times* viene fatto riferimento ad un software che «potrebbe creare fino a 100.000 nuovi accounts in cinque giorni»)²⁴, creando così folle oceaniche di sostenitori artificiali di chiunque possa permettersi di pagare per questo procedimento.



```

1 from selenium import webdriver
2 from selenium.webdriver.common.keys import Keys
3 import time
4
5 class LinkeBot:
6     def __init__(self, username, password):
7         self.username = username
8         self.password = password
9         self.bot = webdriver.Firefox()
10
11     def login(self):
12         bot = self.bot
13         bot.get('https://linkedin.com/')
14         time.sleep(2)
15
16         username = bot.find_element_by_id('session_key')
17         password = bot.find_element_by_id('session_password')
18         username.clear()
19         password.clear()
20         username.send_keys(self.username)
21         password.send_keys(self.password)
22         password.send_keys(Keys.RETURN)
23
24 TestBot = LinkeBot('None', 'None')
25 TestBot.login()

```

Figura 2: Codice sorgente di un social bot che utilizza la libreria Selenium ed il driver GeckoDriver per compiere l'accesso ad un profilo LinkedIn attraverso il browser Firefox (codice realizzato da uno degli autori a riprova che chiunque può imparare a creare un social bot)

Insomma, oggi giorno per essere al centro dell'interesse pubblico e poterne orientare i sentimenti non servono più schiere di funzionari statali o di dipendenti privati lautamente pagati (si pensi, ad esempio, all'impero della carta stampata di William Randolph Hearst – che ancora oggi conta circa 20.000 dipendenti – la cui influenza a fine Ottocento fu tale da spingere l'opinione pubblica statunitense a chiedere l'entrata in guerra contro il Regno di Spagna per supportare l'indipendenza di Cuba), ma solo un modesto capitale da poter spendere ed un ristretto gruppo di programmatori neanche necessariamente brillanti.

3. I potenziali pericoli rappresentati dai *social bot* sui social media

L'aspetto più problematico di un tale processo è il fatto che chiunque abbia o sia in grado di reperire (magari anche grazie a gruppi di interesse stranieri)²⁵ un capitale adeguato sarà in grado di crearsi una rete di fedelissimi follower artificiali programmati per osannarlo e per ripetere prontamente qualunque cosa dica, senza che questa sia effettivamente convincente, veritiera o anche solo rispettosa dei più basilari principi del rispetto della persona (finendo, così, col configurarsi come dei *socialbot*), e che diano ai meno esperti l'illusione che sia invece il grande pubblico a condividere e a seguire la sua dottrina²⁶. In altre parole, come ben spiegato da Menczer, professore di informatica presso l'Indiana University, i *social bot* «possono distorcere la visione del mondo che abbiamo online, manipolando così l'opinione pubblica. Possono creare l'impressione che un'idea o una persona siano popolari quando non lo sono»²⁷. Non solo, chiunque si possa permettere di creare in questo modo dei sostenitori, potrà anche creare un esercito di feroci oppositori ad un determinato soggetto, i quali non faranno altro che attaccarlo, denigrarlo e diffamarlo incessantemente, attuando così quello che già alcuni definiscono come una sorta di «squadrisimo digitale».

Questa realtà tecnologica, ormai diffusa e ben radicata nel panorama dei social network (secondo uno studio congiunto del 2017 della University of Southern California e della Indiana University²⁸, circa il 15 per cento dei profili Twitter, ossia circa 48 milioni, sono gestiti da *social bot*), ha colorato di nuove e più fosche sfumature il dibattito sempre attuale sul bilanciamento tra la libertà di espressione e la tutela della dignità e della reputazione delle persone. Se in passato tale dibattito, concentrato soprattutto sulla necessità di trovare un equilibrio tra la pubblicazione di notizie e il diritto alla riservatezza, nonché sulla difesa da diffamazioni e falsità, vedeva come principali protagonisti giornalisti e personaggi pubblici, oggi gli attori di queste azioni propagandistiche o diffamatorie possono essere anche dei privati cittadini, privi di organizzazioni strutturate, nonché privi delle autorizzazioni o delle identificazioni spesso richieste per poter pubblicare opinioni e notizie²⁹.

A rendere ancora più preoccupante l'avvento di questi sostenitori artificiali nell'ambito dei social network è il fatto che i *social bot* a cui sono dati in gestione i profili possono essere installati su qualsiasi computer che abbia accesso a Internet, senza quindi la necessità che queste macchine si trovino all'interno di un qualche tipo di redazione, né addirittura che



si trovino all'interno del paese in cui risiedono il loro finanziatore o il loro creatore. Questo significa, ad esempio, che, se un soggetto che risiede nell'Unione europea volesse crearsi o comprarsi una schiera di follower per il proprio profilo social, non solo non avrebbe la necessità di installare i *social bot* su dei computer posti nel suo domicilio ma neppure entro i confini comunitari potendoli così tenere al di fuori della giurisdizione di qualsiasi autorità europea e rendendoli per queste di fatto irraggiungibili o difficili anche solo da identificare. Alla possibile extraterritorialità della sede fisica dei *social bot* si aggiungono, poi, la facilità con cui essi possono essere trasferiti in altre località (installarli su di un altro computer è un'operazione che può essere eseguita in brevissimo tempo) e, soprattutto, la facilità quasi elementare con cui si possono dare loro le credenziali di accesso di altri profili. Fattore quest'ultimo che risulta estremamente utile nel caso in cui i profili che questi *social bot* gestiscono vengano sospesi o banditi dai social network in cui operano.

Di fatto, quindi, chi sappia creare e ben orchestrare queste folle di utenti artificiali ben potrebbe apparire completamente estraneo agli umori e alle direzioni presi da esse, pur essendone in realtà l'unico vero direttore. Così, celandosi dietro a queste reti digitali di programmi e profili, chiunque abbia le giuste disponibilità potrebbe sia fingersi portavoce dei sentimenti delle masse attive online, anche se in verità ne sta dettando gli orientamenti in maniera unilaterale (potenzialmente sia a favore che contro chiunque), sia mostrarsi lontano se non addirittura contrario a qualsiasi affermazione, anche diffamatoria, scaturita "spontaneamente" da esse. Siamo, quindi, di fronte al rischio concreto che soggetti privi di scrupoli ma in possesso delle giuste conoscenze possano presentarsi come dei moderni vati della società oppure degli strenui difensori della dignità e della reputazione delle persone, quando in realtà, per usare le parole di Ferrara, Varol, Davis, Menczer e Flamini³⁰, sono dei burattinai che muovono a proprio piacimento i fili di migliaia di pupazzi digitali, liberi anche di orientarli contro quegli stessi avversari di cui in pubblico difendono l'onore. Così, chiunque finisca al centro dell'attenzione di questo megafono digitale – ed artificiale – può diventare la vittima di un'autentica tempesta di denigrazioni e calunnie, che può travolgerlo e farlo naufragare ancora prima che si renda conto di cosa gli stia capitando e alla quale, allo stato attuale delle normative e delle tecnologie, non sembra possibile opporre dei rimedi rapidi e realmente efficaci per tutelare la sua reputazione.

4. L'inquadramento della diffamazione sui social media in Italia

Non che la nostra normativa nazionale difetti di riconoscere la lesività della diffusione di false informazioni sul conto di una persona: l'articolo 595 ("Diffamazione") del nostro codice penale è espressamente dedicato a sanzionare chi, «comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione». In particolare, il terzo comma di detto articolo, nell'individuare gli strumenti con i quali è possibile compiere il reato di diffamazione in forma aggravata, apre le porte all'inclusione tra questi dei mezzi informatici e digitali. Infatti, questo comma considera genericamente che l'offesa può essere compiuta «con qualsiasi altro mezzo di pubblicità». Quindi, all'interno di questa categoria residuale degli strumenti di comunicazione (e, di conseguenza, di pubblicità) con cui è possibile diffondere opinioni lesive della dignità altrui già da tempo la nostra giurisprudenza nazionale ha fatto rientrare i social media³¹, riconoscendo loro una velocità ed una capillarità di diffusione di interpretazioni, opinioni ed inesattezze che eclissano con facilità addirittura quelle dei più grandi e strutturati organi di stampa tradizionali e, così, anche la pericolosità che essi possono comportare per la reputazione di chiunque³².

Di conseguenza, come ben rilevato dalla Corte di cassazione, «la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca "Facebook" integra un'ipotesi di diffamazione aggravata»³³. Ciò avviene, nello specifico, in ragione del fatto che la pubblicazione di un contenuto, quale un testo, un'immagine o un video, all'interno di un qualsiasi social network comporta la sua immediata visibilità da parte di tutti i membri di questa "piazza virtuale" (con delle modalità che variano leggermente a seconda della struttura del social su cui è stato pubblicato) e, quindi, risulta essere una «condotta potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato o comunque quantitativamente apprezzabile di persone» e, così, «ampliando – e aggravando – in tal modo la capacità diffusiva del messaggio lesivo della reputazione della persona offesa»³⁴. Queste considerazioni sono state poi riprese dai giudici anche in sentenze successive, consolidando l'orientamento secondo cui la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di un social network integra le previsioni di cui al terzo comma dell'art. 595 del codice penale³⁵.

La nostra giurisprudenza, insomma, ha già riconosciuto da tempo come l'utilizzo di social media per la diffusione di insinuazioni, maldicenze ed offese integri non solo il reato di diffamazione, ma che lo faccia in forma aggravata, dato che questi sono un



“mezzo di pubblicità” con il quale è facile raggiungere rapidamente un alto numero di persone. Tuttavia, la nostra stessa giurisprudenza ha mostrato come, per via delle particolari funzionalità tecniche del *medium* interessato, già solo perseguire gli autori umani delle denigrazioni ha presentato delle difficoltà non indifferenti.

5. La problematica attuazione della tutela della reputazione lesa tramite social media

Per riparare alle lesioni aggravate della reputazione il nostro ordinamento predispone una serie di strumenti di tutela per il soggetto colpito dalle dichiarazioni diffamatorie. In particolare, di fronte ad una lesione del proprio onore, è possibile proporre denuncia querela e chiedere così alle autorità di ricercare l'asserito colpevole oppure è possibile citarlo innanzi al giudice civile per chiederne la condanna al risarcimento dei danni patiti. Parallelamente, sempre a tutela della reputazione, il nostro ordinamento prevede anche degli strumenti cautelari volti a prevenire l'aggravamento della lesione avvenuta: in sede penale la vittima potrà chiedere il sequestro preventivo della pagina social o del profilo che contenga il contenuto diffamatorio³⁶, mentre in ambito civilistico la vittima potrà richiedere il procedimento cautelare d'urgenza previsto dall'articolo 700 del codice di procedura civile (che potrà essere instaurato ancor prima di avviare il giudizio ordinario) per far cancellare il contenuto diffamatorio in tempi brevissimi, così scongiurandone l'eccessiva diffusione.

Tuttavia, come già accennato, i procedimenti volti a dare tutela al giusto credito sociale di ciascuno incorrono comunque in numerose problematiche di attuazione materiale per quanto riguarda i casi digitali. Innanzitutto, l'identificazione del titolare di un normale profilo social non è di immediata realizzabilità: sebbene sui social media le persone tendano a creare dei profili personali utilizzando i propri nomi e cognomi reali, spesso per rendersi facilmente riconoscibili dai membri di una determinata cerchia sociale (si pensi agli “amici” su Facebook o alle “connessioni” su LinkedIn), ben poco impedisce che qualcuno crei un profilo fornendo delle credenziali differenti da quelle della propria reale identità³⁷ o, peggio ancora, che impersoni un altro soggetto³⁸. Con questa libertà di iscrizione è così possibile dare in gestione ad un *social bot* il profilo creato senza incontrare alcun vero ostacolo (come un effettivo accertamento dell'identità o della natura del suo utilizzatore)³⁹. La conseguenza di tutto ciò è, così, l'impossibilità

di utilizzare le credenziali del profilo per identificare l'autore degli atti diffamatori e tantomeno il creatore dei *socialbot* che li abbiano compiuti.

L'impossibilità di avere certezza dell'identità del diffamatore tramite le credenziali fornite in rete da lui stesso ha spinto la giurisprudenza italiana ad attribuire rilevanza ad un altro elemento caratteristico delle interazioni online: l'*Internet Protocol Address* (detto anche indirizzo IP), un codice numerico che viene assegnato in automatico a qualsiasi dispositivo connesso ad Internet o ad una rete locale per identificarlo in maniera univoca e consentirgli di comunicare con altri dispositivi⁴⁰. La riconosciuta imprescindibilità di questo indirizzo per avere certezza della corretta individuazione dell'autore delle lesioni all'altrui onore deriva dal fatto che esso viene attribuito dalle compagnie telefoniche ad ogni cliente che abbia una connessione Internet e che, di conseguenza, rivolgendosi ad esse è possibile ottenere informazioni circa l'identità del titolare di questo indirizzo. Tuttavia, un indirizzo IP permette al massimo di identificare il titolare della linea telefonica associata e non l'identità dell'autore dei contenuti diffamanti, non consentendo, quindi, di escludere che un soggetto diverso dal titolare dell'utenza abbia sfruttato la linea telefonica⁴¹.

Inoltre, come precedentemente sottolineato, il dispositivo da cui vengono diffusi (anche automaticamente) i contenuti diffamatori ben potrebbe trovarsi al di fuori dei confini territoriali dello Stato in cui si trova il suo utente nonché la vittima di tali espressioni, rendendo così ancora più complesso risalire all'identità personale dell'autore del reato. Di fronte ad una situazione del genere, la via da percorrere sarebbe quella di richiedere ai gestori dei social media – solitamente molto più attenti a tutelare la privacy che la reputazione dei propri utenti – di fornire copia dei dati di identificazione del profilo in loro possesso e, di fronte ad un loro probabile rifiuto, questa strada diventerebbe ancora più lunga e tortuosa: l'unica cosa da fare sarebbe rivolgersi alla magistratura requirente, la quale a sua volta dovrebbe presentare una rogatoria internazionale, che ben potrebbe ricevere risposta negativa da parte dei suoi omologhi stranieri (ad esempio perché in molti degli Stati USA, dove la maggior parte dei social media ha la propria sede legale, la libertà di parola occupa un ruolo decisamente preminente rispetto alla tutela della reputazione)⁴². Si noti, però, che negli Stati Uniti, per far fronte a questo possibile – e probabile – rifiuto dei gestori, le normative statali e le corti hanno costruito delle procedure antecedenti l'apertura di un processo per scoprire l'identità dei soggetti che pubblicano dei contenuti contestati come diffamato-



ri. In particolare, la *Rule 224* adottata dalla Corte Suprema dello Stato dell'Illinois ha istituito una procedura precisa che permette di presentare un ricorso (*petition*) per ottenere, qualora vi siano *prima facie* le condizioni, che il gestore della piattaforma online comunichi i dati sensibili degli utenti che hanno pubblicato i contenuti contestati e poterli così citare in giudizio⁴³. Tutto ciò, però, non esclude che chiunque gestisca detto profilo (sia esso una persona fisica o una macchina addestrata) abbia fornito dei dati falsi o inutilizzabili per rintracciarlo, ad esempio celando l'indirizzo IP dell'utenza telefonica usata tramite l'uso di un *Virtual Private Network* (VPN)⁴⁴ o di un *server proxy*⁴⁵ e rendendosi così irreperibile⁴⁶.

6. Tentativi di risposta al problema della presenza dei *social bot* sui social media

Dalle considerazioni fin qui esposte in merito all'inquadramento della diffamazione compiuta a mezzo social dalle persone – ormai pacificamente acquisito dalle nostre corti nazionali – non può che discenderne la logica conseguenza che anche l'utilizzo dei *socialbot* per la diffusione di messaggi e contenuti lesivi della reputazione altrui vi rientri completamente. Anzi, data la loro rapidità e precisione di reazione, deriva necessariamente non solo che integri pienamente una forma aggravata del reato previsto dall'articolo 595 c.p. ma, anzi, che, accrescendo in modo esponenziale gli effetti diffamatori della loro diffusione tramite le piattaforme digitali, comporti ancora più che in altri casi la necessità di realizzare una rapida ed efficace tutela delle vittime.

Infatti, un soggetto umano che decida di pubblicare contenuti diffamatori all'interno di un social network, per quanto possa essere ampia la sua rete di contatti (il *network*, appunto) ed assidua la sua attività di diffusione digitale, incontrerà sempre dei limiti di tempo, di spazio e fisiologici con cui, invece, una macchina non deve confrontarsi. Similmente, poi, anche nelle attività di supporto dei contenuti pubblicati da altri (si pensi ai “mi piace” e “condividi” di Facebook o al retweet di Twitter) la capacità di interazione di un *social bot* risulta scevra dalle costrizioni biologiche di un utente umano. In aggiunta, è soprattutto nel caso di queste attività di “supporto” che si possono esprimere pienamente le potenzialità dei *socialbot*: essi, dato che sono quasi sempre usati contemporaneamente in numero elevato e che hanno una reattività (detta anche *engagement*) immediata e completa a qualunque contenuto pubblicato dal profilo che sono programmati a seguire e supporta-

re, possono facilmente dare fin da subito l'illusione che quanto espresso sia popolare (e, quindi, molto spesso erroneamente anche considerato veritiero, come emerso dalla ricerca condotta da Luo, Hancock e Markowitz nel 2020)⁴⁷ e portare così ad una sua ancor più celere diffusione.

In merito alle diverse forme di diffusione sui social media di contenuti diffamatori da parte dei *socialbot*, il discorso trova delle particolari declinazioni per ciascuna piattaforma considerata ma è comunque possibile identificare tre diverse tipologie di azioni che questi programmi “avversari” possono compiere: (1) la produzione automatica di contenuti originali (la pubblicazione di post, tweet e commenti); (2) la condivisione di contenuti di altri (le azioni “condividi” o “retweet” dei contenuti di terzi, anche esterni alla piattaforma); (3) l'apposizione di “reazioni” a sostegno dei contenuti di terzi (ad esempio, i “mi piace” di Facebook o i “consiglia” di LinkedIn). Questa distinzione, però, non sembra comportare delle profonde diversità nell'integrazione delle condotte diffamatorie. Infatti, la nostra giurisprudenza ha già messo in luce come tutte queste attività possano pienamente integrare il reato di diffamazione aggravata previsto dal terzo comma dell'articolo 595 c.p.: per quanto riguarda la prima tipologia di azioni si è già visto come da tempo per la Corte di cassazione essa «integra un'ipotesi di diffamazione aggravata» sia nei casi di pubblicazione di contenuti⁴⁸ che di commenti ad essi⁴⁹; relativamente alla seconda tipologia di condotte diffusive (la condivisione di contenuti di terzi)⁵⁰ si tenga presente che esse consistono nella esposizione dei contenuti prodotti da terzi all'interno della propria personale rete sociale, di fatto diffondendo tra i propri contatti le espressioni lesive dell'altrui onore e, quindi, secondo le parole usate dagli Ermellini nella loro decisione del 29 gennaio 2016, n. 3981, «dimostrando di volerle amplificare attraverso il proprio comportamento»; da ultima, l'apposizione di “reazioni” ai contenuti di terzi è già stata riconosciuta dai Giudici di Piazza Cavour come potenzialmente rilevante per la nostra normativa penale, riconoscendo come l'opzione di Facebook “mi piace” abbia carattere diffusivo, «attesa la . . . funzione propalatrice svolta in tale contesto dal social network» e sia, quindi, idonea ad avere portata offensiva⁵¹.

Tuttavia, come visto, anche già solo perseguire gli autori umani delle denigrazioni ha presentato delle difficoltà non indifferenti, sia a livello concettuale che a livello pratico, che si ripresentano in forma ancora più complessa nei confronti degli amministratori dei *socialbot*. Infatti, gli ostacoli tecnici fin qui visti nel risalire anche solo all'identità di una persona fisica, dati i caratteri sopra illustrati di velocità, ripetibilità



e delocalizzazione propri di questi programmi, possono portare con estrema facilità a rendere lettera morta qualsiasi richiesta di tutela e giustizia di chiunque sia stato travolto dalla tempesta di denigrazioni e calunnie realizzata attraverso questo megafono digitale ed artificiale. Di conseguenza, non sembra irragionevole auspicare una maggior responsabilizzazione ed un maggior coinvolgimento dei gestori di questi media nelle attività di contrasto di questo fenomeno e di tutela della reputazione di quelli che molto spesso sono anche i loro utenti.

Bisogna comunque riconoscere come di fronte a questo fenomeno le compagnie proprietarie dei social network non siano rimaste completamente inerti ed abbiano implementato una serie di misure volte ad evitare o comunque a limitare la diffusione dei *social bot* che ingigantiscano i numeri delle reazioni e delle azioni che sono programmati a compiere. Tuttavia, queste misure in massima parte si limitano ad un'analisi acritica delle condotte e delle abitudini dei profili, tramite la valutazione di elementi statistici quali la velocità e la frequenza di azione⁵², e ad una successiva eventuale sospensione dei profili che compiono azioni non in linea con le interazioni mediamente compiute da un essere umano. Tutto ciò, come riconosciuto dagli stessi autori del già citato studio delle attività dei *social bot* sui social media⁵³, non è un approccio definitivo, in grado di risolvere alla radice i rischi della presenza dei *socialbot* sulle piattaforme social, anche a causa del fatto che è sempre possibile affinare questi ultimi perché abbiano dei comportamenti sempre più umani^{54,55}.

Insomma, le misure adottate dalla maggior parte dei gestori non sono risultate risolutive nell'affrontare il problema di fondo creato dai *socialbot* sui social network: l'accrescimento artificiale della diffusione di contenuti dannosi per la reputazione di persone o, addirittura, di interi gruppi sociali o etnici.

7. La necessità di nuovi strumenti di tutela

Sebbene sembri possibile far rientrare questa problematica all'interno del già ampio dibattito relativo al delicato equilibrio tra libertà di parola e diritto al riconoscimento del giusto credito sociale, a parere di chi scrive, questa questione ha dei confini maggiormente sfumati sul fronte della semplice libertà di parola e degli strumenti con i quali sia possibile esprimerla. Infatti, come già precedentemente illustrato, i *social bot* si limitano ad essere dei semplici strumenti volti ad accrescere artificialmente la diffusione e la visibilità di opinioni e contenuti e, quindi, il dibatti-

to in merito ad essi dovrebbe riguardare soprattutto la libertà del loro utilizzo.

Non si vuole certo suggerire l'introduzione di un divieto legale di utilizzo dei *social bot* sui social network, sia perché già le condizioni di utilizzo delle piattaforme prevedono dei divieti o delle limitazioni al loro uso (ma ciò non ha sortito risultati soddisfacenti)⁵⁶, sia perché in alcuni casi i *social bot* vengono usati anche per finalità perfettamente lecite e addirittura utili⁵⁷. Riprendendo un esempio già fatto da altri⁵⁸, si pensi ai servizi di allerta automatizzati in caso di emergenza, talmente utili da essere addirittura integrati all'interno di alcune applicazioni delle piattaforme social (come gli "avvisi locali importanti" di Facebook) o ad un quotidiano che, per poter immediatamente informare i suoi lettori tramite il proprio profilo social sulle variazioni di borsa, abbia dato ad un *social bot* le credenziali di accesso ad un suo "sotto-profilo" e gli abbia dato il compito di pubblicare automaticamente un post ad ogni fluttuazione degli indici azionari (nessun essere umano, infatti, sarebbe capace di svolgere lo stesso compito di controllo e pubblicazione alla medesima velocità e con gli stessi ritmi ed orari né avrebbe molto interesse ad impegnarsi a fare ciò per il resto della propria vita lavorativa).

Tuttavia, la facilità con cui è possibile affidare uno o più profili a dei *socialbot* e la minaccia che questi possono rappresentare come elevatori a potenza della diffusione sui social media di contenuti lesivi per la reputazione delle persone impone una loro attenta considerazione all'interno del dibattito su libertà di parola e tutela della reputazione in rete. In molti hanno già da tempo rilevato la sussistenza di un "problema bot", spesso generalizzando la questione o riferendosi ad essa con termini impropri, e hanno avanzato diverse soluzioni (spesso mostrando una comprensione non proprio piena del funzionamento di questi software) che sarebbero di difficile – se non impossibile – implementazione e avrebbero conseguenze variatamente profonde sulla struttura ed il funzionamento dei social media e, più in generale, dell'intera economia digitale. Si è voluto, quindi, esporre nelle pagine successive alcune possibili soluzioni – o mitigazioni – ad un fenomeno che, sebbene non capillarmente diffuso, potrebbe facilmente causare, per riprendere le parole della Consulta⁵⁹, un'amplificazione degli addebiti diffamatori e il cui carattere lesivo per la vittima – in termini di sofferenza psicologica e di concreti pregiudizi alla propria vita privata, familiare, sociale, professionale e politica – risulterebbe grandemente potenziato.

Sebbene sia sempre opportuno quantomeno valutare la possibilità di introdurre modifiche o innova-



zioni all'interno del nostro sistema giuridico, prendendo in considerazione le soluzioni adottate – o anche solo proposte – da legislazioni straniere o dagli stessi gestori di alcuni social media, si deve ammettere come in quest'ambito domini ancora l'incertezza circa la loro effettiva adottabilità ed efficacia. In particolare, la maggior parte delle soluzioni di seguito illustrate affronta principalmente la più ampia questione della diffamazione – anche anonima – a mezzo social e solo indirettamente ha riflessi di incentivazione per i gestori delle piattaforme ad affrontare il “problema bot”.

In ogni caso, di seguito vengono prese in considerazione delle riforme legislative (anche sull'esempio delle proposte avanzate nel contesto statunitense), i possibili perimetri di aggiornamento delle interpretazioni giurisprudenziali di normative ormai datate rispetto al progresso tecnologico e, infine, le soluzioni tecniche già adottate da alcuni dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

7.1. Riforme legislative

Con riferimento alle possibili modifiche al contesto normativo, sebbene non siano ancora state promulgate delle disposizioni legislative specificamente mirate a contrastare le attività dei *socialbot*, vi sono già state delle proposte – sia da parte di un legislatore che della dottrina – che potrebbero avere degli effetti deterrenti rispetto all'utilizzo di questi algoritmi “malevoli”. C'è tuttavia da ammettere che nella maggior parte dei casi le previsioni considerate sono volte ad attribuire con maggior facilità la responsabilità in capo ai prestatori di servizi informatici per le condotte dei loro utenti, lasciando così a questi l'effettivo compito di adottare delle misure che impediscano l'amplificazione della diffusione di contenuti diffamatori sui social media tramite questi particolari strumenti digitali.

(a) *Divieto di utilizzo dei bot, l'esempio della Feinstein Bill del 2018* – In ambito normativo la soluzione più incisiva – e probabilmente di più difficile attuazione concreta – volta a contrastare le attività dei *socialbot* che sia stata presentata è quella della *Section 5* del proposto *Bot Disclosure and Accountability Act of 2018* (detto anche *Feinstein Bill*)⁶⁰. La sezione di questa proposta di legge americana promuove l'introduzione di un divieto per candidati e partiti politici, commissioni politiche, corporazioni e organizzazioni del lavoro di utilizzare o far utilizzare da altri «programmi software automatizzati destinati a impersonare o replicare attività umane per pubblicità politica online». L'ampiezza di questa disposizione, che emenderebbe il Titolo III del *Federal Elec-*

tion Campaign Act of 1971 (52 U.S.C. 30101 et seq.), tuttavia, appare piuttosto scarsa dato che limiterebbe il divieto di utilizzo di questi strumenti informatici solamente a determinate categorie di persone e di associazioni e solo in relazione ad una specifica attività (la propaganda politica), nulla prevedendo per altri argomenti oggetto di pubblicazioni online, quali le condotte di privati cittadini o l'attendibilità di certe asserzioni sugli effetti di prodotti farmaceutici.

Un aspetto di questo disegno di legge che è, comunque, di grande interesse in questa sede è rappresentato dai divieti, formulati alla *Section 5*⁶¹, di «utilizzare o far utilizzare [ad altri] qualsiasi programma o processo software automatizzato inteso a impersonare o replicare l'attività umana online per creare, amplificare, condividere o diffondere in altro modo qualsiasi comunicazione pubblica» oppure di «sollecitare, accettare, acquistare o vendere programmi o processi software automatizzati destinati a impersonare o replicare attività umane online per qualsiasi scopo». Infatti, tali proibizioni, che ben si possono estendere ad attività esterne ai social media (come, ad esempio, la firma di petizioni online su piattaforme non progettate per delle interazioni sociali), pongono come proprio oggetto di regolamentazione non solo l'uso – che sarebbe sanzionato come illecito – di strumenti digitali che impersonano in qualsiasi ambito informatico degli esseri umani ma anche altre forme di direzione delle attività di questi mezzi, rilevando, così, come la responsabilità per gli effetti da essi prodotti debba estendersi anche a tutti coloro che ne risultino in qualche forma i mandanti o i beneficiari (anche indiretti). Tuttavia, questa previsione non sembra tener conto dei limiti tecnici rilevati *supra* al paragrafo 5 di identificazione degli amministratori dei *social bot* installati su macchine con un indirizzo IP celato da un server proxy o poste al di fuori della giurisdizione dello Stato che verrebbe raggiunto da tali attività di diffusione di contenuti. Inoltre, questo disegno di legge andrebbe incontro a non poche difficoltà di applicazione pratica, dato che la definizione di “politica” nel contesto sociale di una nazione può ricomprendere argomenti molto variegati a seconda anche del periodo storico (si pensi solo a come negli Stati Uniti l'utilizzo di dispositivi medici come le mascherine durante la pandemia da Covid-19 si sia caricato di significati politici sconosciuti ad altre società)⁶². Infine, si noti anche come una trasposizione di questa proposta di modifica legislativa all'interno del nostro ordinamento, oltre a non coprire l'ambito della tutela dalla diffusione di contenuti diffamatori e ad incappare nelle medesime ambiguità terminologiche già espresse riguardo a cosa costituisca “attività politica”, finirebbe anche con



l'accendere una controversia sulle possibili restrizioni della libertà sindacale che ne potrebbero derivare (decisamente meno tollerate dal nostro ordinamento rispetto a quello statunitense).

In ogni caso, nonostante gli evidenti limiti del proprio contenuto, la *Feinstein Bill* del 2018 ha il pregio, almeno agli occhi di chi scrive, non solo di identificare un problema quantomai attuale (quello della diffusione automatizzata, concertata ed anonima di interpretazioni, opinioni ed inesattezze) ma anche di riconoscere come soggetti ed organizzazioni possano utilizzare o far utilizzare da altri degli strumenti «per creare un effetto carrozzone, per costruire false tendenze sui social media diffondendo automaticamente hashtag e persino per sopprimere le opinioni dell'opposizione»⁶³, che con tutta facilità potrebbe essere anche diretto verso la distruzione della reputazione di qualcuno.

(b) *Attribuzione di responsabilità agli Internet Service Provider, l'abolizione della Section 230 del Communications Decency Act* – Una seconda radicale soluzione che è stata formulata all'interno del contesto dell'equilibrio tra la libertà di parola (la *Freedom of speech* del Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, concetto estremamente caro sia al sistema giuridico che alla società civile americani) e la tutela della reputazione operato dalla legislazione americana è l'abrogazione del cosiddetto “Privilegio del Buon Samaritano” (in inglese *Good Samaritan privilege*) previsto dalla *Section 230 del Communications Decency Act* (CDA) statunitense⁶⁴. Questa proposta, avanzata con dovizia di ragionamenti da B. Storm nel 2013⁶⁵, è posta in conclusione di un'articolata analisi della “lodevole” ma “eccessivamente ampia” tutela garantita ai prestatori di servizi informatici (detti *Internet Service Provider* o ISP) che «ignora una complessa storia di *common law* e di conseguenza scompagina l'attento atto di bilanciamento che è la legge sulla diffamazione» e che sembra essere «un passo in avanti verso l'assenza di una normativa [contro la] diffamazione». Infatti, come rilevato da più autori, sin dall'approvazione del CDA questo privilegio ha fermamente tutelato presso le corti americane gli ISP dalla responsabilità per le dichiarazioni diffamatorie di terzi, conosciuti o anonimi, pubblicate attraverso i loro servizi online⁶⁶ ed anche da altre tipologie di azioni civili⁶⁷.

Una proposta di modifica così profonda della normativa che regola la responsabilità di alcuni tra i servizi digitali più utilizzati nel mondo deriva anche dalla considerazione dell'ambiguità tenuta dalla giurisprudenza della Corte Suprema americana riguardo al cosiddetto “diritto all'anonimato” (*right of anonymity*), il quale è stato ricavato dal Primo Emenda-

mento. Infatti, se da tempo oltreoceano sono stati indicati chiaramente come abusi del diritto alla *Freedom of speech* le attribuzioni obiettivamente false di caratteri o condotte personali, quali crimini, malattie o mancanze di integrità o abilità professionali, che vengono considerate forme di diffamazione *per se*⁶⁸, il diritto implicitamente riconosciuto da questo emendamento di esprimere le proprie opinioni senza essere identificati ha sempre ricevuto un'interpretazione restrittiva nei casi affrontati, senza però essere mai oggetto di una trattazione sistematica e chiarificatrice. Sebbene, infatti, in diverse sentenze la Corte abbia sancito il diritto all'anonimato solamente per i discorsi di carattere politico⁶⁹, essa ha solo implicitamente riconosciuto che detto diritto non si possa applicare anche a discorsi fraudolenti o diffamatori⁷⁰, rendendo di fatto incerta la possibilità di reperire l'identità del diffamatore, nonostante il riconosciuto diritto di citare in giudizio convenuti sconosciuti⁷¹. Sommata a questa insicurezza, la disposizione di tutela dei *provider* della *Section 230* del CDA ha lasciato – argomenta sempre Storm – alle vittime di diffamazione «poche probabilità di avere successo in una legittima azione di [tutela dalla] diffamazione».

Una soluzione invero decisamente massimalista che molti contesterebbero comportare un totale ripensamento dei modelli economici di qualsiasi impresa che operi su Internet e permetta interazioni pubbliche tra e con i propri utenti, se non addirittura il loro fallimento. Tuttavia, questa ipotesi non sembra essere aprioristicamente rigettata da alcuni tribunali nel mondo. Ad esempio, i recenti casi *Fairfax Media Publications Pty ltd v. Dylan Voller*, *Nationwide News Pty limited v. Dylan Voller* e *Australian News Channel Pty ltd v. Dylan Voller* decisi dall'Alta Corte d'Australia⁷², sebbene incentrati sulla responsabilità dei titolari di pagine su di un social network e non del titolare della piattaforma stessa, si sono conclusi con il riconoscimento delle ricorrenti (le società d'informazione giornalistica) come «editori dei commenti delle terze parti [ossia gli] utenti di Facebook». Ciò in quanto, argomenta la Corte, dal momento che «la responsabilità di una persona come editore dipende dal fatto che tale persona, facilitando e incoraggiando la relativa comunicazione, abbia “partecipato” alla comunicazione della questione diffamatoria a un terzo» e, dal momento che nel caso di specie avevano creato delle pagine pubbliche su Facebook e vi avevano pubblicato dei contenuti, esse avevano, di conseguenza, «facilitato, incoraggiato e quindi assistito la pubblicazione di commenti da terze parti utenti di Facebook». In altre parole, i giudici australiani hanno ritenuto responsabili dei soggetti che avevano semplicemente facilitato ed incoraggiato



to la pubblicazione di contenuti diffamatori di terze parti, aprendo così la strada ad una possibile futura estensione di una responsabilità di questo tipo anche in capo ai gestori delle piattaforme *social*.

Una riforma in termini simili a quelli appena visti non sarebbe da sola in grado di fungere da ostacolo alle attività diffamatorie compiute dai *socialbot* e avrebbe certamente dei risvolti significativi sulle dinamiche delle attività d'impresa dei cosiddetti prestatori di servizi informatici. Ma essa avrebbe comunque il merito, da un lato, di indurre queste imprese ad adottare in autonomia delle soluzioni al contrasto sia delle condotte diffamatorie perpetrate sulle loro piattaforme sia della presenza di profili gestiti artificialmente – e potenzialmente pericolosi – e, dall'altro, di assicurare una maggiore facilità alle vittime di tempeste orchestrate di denigrazioni e calunnie di ottenere un risarcimento in caso di mancata implementazione di procedure o strumenti volti a evitare la diffusione di contenuti lesivi del loro buon nome.

A voler provare a tradurre all'interno della nostra legislazione nazionale l'implementazione di una proposta di questo genere si dovrebbe compiere un vero e proprio ribaltamento delle disposizioni contenute nel d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70⁷³. In quanto ciò significherebbe istituire in capo agli ISP una responsabilità generale per tutti i contenuti memorizzati a richiesta di un destinatario dei loro servizi – che al momento è esclusa dell'articolo 16 di questo decreto⁷⁴ – e non solo per quelli della cui illiceità «sia effettivamente a conoscenza» finendo con l'istituire di fatto in capo agli ISP anche un vero e proprio obbligo generale di sorveglianza dei contenuti memorizzati o messi in rete da terzi (obbligo oggi espressamente escluso dall'articolo 17)⁷⁵.

In quest'ambito vi è, comunque, da sottolineare come la nostra giurisprudenza nazionale abbia già da tempo abbandonato la puntigliosa interpretazione del dato normativo, al fine di rendere maggiormente efficace la tutela di diritti violati da terzi tramite l'utilizzo di queste piattaforme. Infatti, sebbene la disposizione di cui all'articolo 16 del d.lgs. 70/2003 stabilisca una responsabilità del provider per tali violazioni solamente qualora rimanga inerte a seguito di «comunicazione delle autorità competenti», ossia a seguito di una sua «conoscenza qualificata», la giurisprudenza – invero per lo più nell'ambito della tutela dei diritti di proprietà intellettuale – ha preferito dare un'interpretazione di questo articolo maggiormente responsabilizzante, in base alla quale l'obbligo di rimozione del contenuto scatta anche quando l'ISP ha avuto una conoscenza «generica» della sua illiceità tramite comunicazioni di natura differente

come, ad esempio, la diffida di chi si dichiara danneggiato dai contenuti⁷⁶. Inoltre, anche la neutralità degli ISP è stata da tempo circoscritta dalla nostra giurisprudenza, la quale ha creato la figura del c.d. «hosting provider attivo»⁷⁷, ossia un prestatore che non si limita a ricevere passivamente i dati dai propri clienti (come fanno i cosiddetti «prestatori di servizi che agiscono come intermediari» o semplicemente «prestatori intermediari») ma che svolge su di essi attività ulteriori, quali indicizzazione, selezione, organizzazione e filtraggio, che non gli permettono di essere esonerato da responsabilità per i contenuti che ha processato⁷⁸.

L'evoluzione dell'interpretazione delle disposizioni del d.lgs. 70/2003, quindi, non pare configurare tanto la necessità di una vera e propria abolizione – come suggerito da Storm per la *Section 230* del CDA – della neutralità degli ISP rispetto alle situazioni di diffamazione compiute tramite *socialbot* sulle loro piattaforme quanto, piuttosto, una maggiore estensione dei principi espressi nelle decisioni dei tribunali in merito alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale appena viste, che già da sola potrebbe spingere i gestori dei social ad una più attenta e rapida risposta alla lamentata diffusione di contenuti diffamatori.

(c) *Obbligo di adeguata verifica della clientela, l'estensione dell'articolo 18 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231* – Una ulteriore forma di intervento legislativo, meno stravolgente ma comunque molto incisiva, di garanzia potrebbe essere l'imposizione di controlli per l'iscrizione ad un social medium, tramite i quali compiere un'attenta verifica dell'identità della persona (o dell'ente) che voglia aprirvi un profilo.

Sebbene questa soluzione possa sembrare di complessa realizzazione (vi sono, infatti, diversi social network con centinaia di milioni di utenti) ed invasiva della privacy degli utenti, essa non sarebbe né la più innovativa né la più indiscreta di quelle proposte (vi è, infatti, chi ha addirittura proposto l'obbligo di creazione di un profilo sulle piattaforme social che abbia il proprio vero nome)⁷⁹. Inoltre, questo genere di procedura non è nuovo nell'accesso a servizi online: l'esempio più immediato è quello dei *Digital Currency Exchanges* (DCE), delle piazze virtuali di scambio di criptovalute ed altre valute digitali accessibili al pubblico tramite Internet. Per poter usufruire di questi servizi, infatti, è necessario compiere un percorso di registrazione che comporta anche la presentazione – tramite, nella maggior parte dei casi, la scansione e l'invio con un messaggio di posta elettronica – di documenti d'identità ed altri certificati, come quello di residenza. L'obbligo di compiere questa procedura di «adeguata verifica della clientela» deriva



in Italia dalle disposizioni previste dall'articolo 18 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (il cosiddetto "decreto antiriciclaggio"), e dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90⁸⁰, che ha incluso anche gli operatori di queste piazze di scambio, detti *exchanger*, all'interno della categoria degli "operatori non finanziari soggetti alle disposizioni del decreto antiriciclaggio" (tuttavia, l'articolo 1, comma 2, lettera *ff* del d.lgs. del 2007 include in tale categoria solo coloro che permettono la «conversione da ovvero in valute aventi corso legale»). L'adozione di una procedura di tal genere farebbe sì che qualsiasi profilo che operi su di un social medium, anche qualora venga dato in gestione ad un *social bot*, sarebbe comunque riferibile ad una persona fisica che ne sarebbe il responsabile e risponderebbe personalmente degli eventuali illeciti compiuti dal software. Di conseguenza, pur non facendo da blocco all'utilizzo di algoritmi di gestione dei profili, l'adozione di procedure con questi caratteri fungerebbe da deterrente rispetto ad un loro utilizzo inappropriato, data la riferibilità di ciascuno di essi.

Ovviamente, una raccolta di dati tanto sensibili dovrebbe essere a sua volta sottoposta a garanzie di tutela della privacy degli utenti. Così, al fine di equilibrare istanze di tutela della reputazione e della privacy, sarebbe opportuno prevedere una forma di divulgazione dell'identità degli asseriti diffamatori solo a seguito di un procedimento innanzi ad un giudice che ordini ai gestori delle piattaforme la condivisione con il ricorrente delle informazioni d'identità richieste. Questa forma di bilanciamento delle garanzie è già da tempo stata adottata (senza, però gli obblighi di "adeguata verifica" sopra suggeriti) negli Stati Uniti, con formule diverse per ciascuno Stato⁸¹, che sono state, però, anche oggetto di critiche per la mancanza di uniformità tra di loro e di chiarezza di alcune di esse.

Infine, non si può ignorare come l'implementazione da parte dei gestori dei social network in cui potrebbero essere attivi dei *social bot* – anche in violazione delle loro condizioni di utilizzo – di un sistema di accertamento così incisivo potrebbe danneggiare la loro attività d'impresa, dato che questo potrebbero facilmente scoraggiare l'iscrizione di nuovi utenti, diminuire le loro interazioni ovvero indurre alcuni a cancellarsi dalle piattaforme. Per mitigare questo rischio sarebbe anche possibile ipotizzare di imporre tale verifica solo per determinate categorie di utenti "qualificati" (quali i gestori delle cosiddette "pagine" su Facebook) ovvero di condizionare la possibilità per gli utenti di compiere determinate azioni sulle piattaforme, quali la condivisione di contenuti di terzi (ossia il "condividi" di Facebook o il "retweet" di Twitter) all'avvenuto compimento di tale verifica.

(d) *Procedimento sommario per l'ottenimento dell'identità del diffamante, la proposta del Good Samaritan Amendment* – Uno degli strumenti più utilizzati all'interno della vigente normativa americana per riuscire a perseguire gli autori di diffamazioni anonime sui social media (e su Internet in generale) è uno strumento pre-processuale (*pre-suit tool*) sviluppato in diverse declinazioni dalle corti statali degli Stati Uniti. La creazione di queste procedure di scoperta (*discovery*) dell'identità deriva, innanzitutto, dal fatto che nell'ordinamento americano la diffamazione non è considerata a livello federale un reato (anzi, in alcuni casi la Corte Suprema è addirittura intervenuta dichiarando incostituzionali alcune normative statali che sanzionavano penalmente la diffamazione)⁸² e che oggi solo 15 tra Stati e Territori degli Stati Uniti hanno normative penali riguardanti la diffamazione⁸³. La prima conseguenza di tale (non) inquadramento a livello federale delle condotte diffamatorie è stata quella di relegare agli aspetti del risarcimento del danno in sede civile la difesa della reputazione. Inoltre, questo sistema di reperimento dell'identità ha origine anche, da una parte, dalla riconosciuta facilità con cui è possibile pubblicare su Internet contenuti diffamanti in modo anonimo e dalle speculari difficoltà che le vittime si trovano a dover affrontare per ottenere un risarcimento e, dall'altra, dalle previsioni della *Rule 26(d)(1)* delle Regole Federali di Procedura Civile degli Stati Uniti, in base alla quale l'unico modo per poter scoprire, in caso di incertezza, chi sia la persona da far convenire in giudizio è di presentare una mozione *ex parte* (*ex-parte motion*) per ottenere un ordine giudiziale (*subpoena*) che costringa l'ISP a rivelarla (questo anche in ragione della relativa normativa federale⁸⁴ che proibisce ad un ISP di rivelare le generalità di un utente in assenza di un ordine di un tribunale e della notifica di esso all'interessato). Tuttavia, queste procedure di scoperta locali risultano spesso poco pratiche per ottenere l'identità di coloro che hanno pubblicato i contenuti, divenendo anche motivo di varie richieste di riforme legislative⁸⁵.

Una delle procedure statali che maggiormente ha incontrato il favore sia dei commentatori sia di altre corti statali è quella sviluppata dalla Corte Suprema dello Stato del Delaware⁸⁶, che ha delineato la struttura di un procedimento sommario di cognizione nella propria decisione sul caso *Doe vs. Cahill* del 2005⁸⁷. Essa è stata successivamente suggerita come base per una riforma della *Section 230* del *Communications Decency Act* che «renderà la disposizione del "Buon Samaritano" ciò che pretende di essere: protettiva degli interessi del Primo Emendamento e degli ISP, ma comunque accomodante per meritorie



affermazioni di diffamazione»⁸⁸. Il modello di giudizio sommario delineato dalla decisione *Cahill* comprende due presupposti perché l'attore ottenga un ordine di rivelazione: (1) che egli si sia «impegnato per informare il pubblicatore anonimo che egli è il destinatario di un mandato di comparizione o [l'oggetto di una] richiesta di ordine di divulgazione»; (2) che egli presenti prove sufficienti a sostenere *prima facie* ogni elemento della sua richiesta per la successiva instaurazione del processo per diffamazione.

Dato il favore incontrato dal modello di giudizio sommario tratteggiato nel caso *Cahill*, ritenuto capace di bilanciare in modo molto efficace gli interessi concorrenti di querelanti feriti ed oratori anonimi e l'intento originale del Congresso nell'emanare la *Section 230*⁸⁹, T.E. Lynch ha proposto nel 2008 un emendamento a tale sezione del CDA che codifichi al suo interno questa forma di giudizio sommario⁹⁰. Nello specifico, il proposto *Good Samaritan Amendment*, riprendendo le disposizioni contenute nella *Section 512* del *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) per l'emanazione di un ordine giudiziale (*subpoena*) di rivelazione nei casi di violazione dei diritti di proprietà intellettuale da parte di soggetti anonimi, prevede che l'attore che presenti un ricorso fornisca: (1) l'indicazione del materiale ritenuto illecito, per aiutare l'ISP ad identificare l'anonimo autore del danno; (2) il testo dell'ordine da emanare; (3) prove sufficienti a sostenere *prima facie* ogni aspetto del danno rivendicato per il quale sta ricercando l'identità dell'anonimo responsabile; (4) una dichiarazione di accuratezza delle informazioni presentate; (5) la sottoscrizione dell'attore; (6) una dichiarazione giurata che la citazione è richiesta per identificare l'anonimo responsabile dell'illecito e che tali informazioni saranno utilizzate solo per indicarlo come convenuto in un'azione di risarcimento.

Tuttavia, anche in questo caso, una riforma di questa portata si mostrerebbe probabilmente più utile a scoprire più velocemente l'identità di soggetti che sui *social* fanno uso di un *alias* ma che gestiscono personalmente un profilo, piuttosto che ad arginare l'attività malevola di un *socialbot*. Anche se non si può escludere che con uno strumento di questo genere si possano comunque ottenere informazioni utili per la scoperta di chi stia utilizzando in modo non troppo esperto questo tipo di algoritmi come, ad esempio, un indirizzo IP non celato e la derivante intestazione del contratto telefonico (elementi che però, come visto al paragrafo 5 potrebbero non risultare sufficienti per la giurisdizione italiana all'identificazione dell'effettivo diffamante).

Tradurre all'interno della nostra legislazione nazionale una proposta di questo genere avrebbe il pre-

giò di presentare con maggiore autorevolezza agli ISP stranieri una richiesta di comunicazione dei dati identificativi in loro possesso. Infatti, come già precedentemente accennato (si veda quanto rilevato al paragrafo 5, in particolare alla nota 42), al momento le indagini compiute dalla magistratura requirente – e ancor più di queste quelle difensive di parte – risultano molto spesso frustrate dai rifiuti o dalle inerzie delle loro controparti o delle imprese straniere interpellate. Per questi motivi non pare inopportuno ipotizzare l'introduzione di un procedimento sommario di cognizione che, scorrendo parallelamente alle attività realizzate dalle Autorità a seguito di querela ovvero svolgendosi in forma prodromica all'instaurazione di un giudizio civile di risarcimento, permetta a chi si dichiara vittima di diffamazione da parte di soggetti anonimi di rivolgersi direttamente ad un giudice per ottenere un ordine nei confronti dell'ISP di comunicazione dei dati in suo possesso sull'identità (o su ogni elemento utile a pervenire ad essa) dell'asserito diffamante. Per poter ottenere una pronuncia in tal senso, il ricorrente dovrebbe ovviamente presentare prova della necessità di ottenere tali informazioni ed in particolare: (1) copia della richiesta di oscuramento dei contenuti ritenuti illeciti inviata all'ISP; (2) l'indicazione di tutti i possibili riferimenti al diffamante che è stato in grado di raccogliere (primo fra tutti il profilo registrato sulla piattaforma); (3) richiesta all'ISP di informare l'utente accusato di diffamazione; (4) copia del contenuto ritenuto diffamante; (5) indicazione dei motivi che rendono *prima facie* sussistente la diffamazione a danno dell'ingiungente; (6) assunzione di responsabilità nei casi di uso o trattamento scorretti dei dati sensibili eventualmente ricevuti dall'ISP. Inoltre, in attesa che l'ISP consegni quanto richiesto (in questo caso copia di dati sensibili dell'asserito diffamante), sarebbe opportuno prevedere che in questa procedura il giudice possa anche emanare un provvedimento cautelare d'urgenza con cui ordinare il provvisorio ed immediato oscuramento dei contenuti indicati nel ricorso (ciò in ragione del fatto che si tratta di un caso di lesione di diritti della personalità, i quali potrebbero risultare irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione)⁹¹. Dovrebbe, quindi, essere previsto, in caso di mancata opposizione da parte dell'ISP o dell'accusato entro un termine ragionevole, l'obbligo per il gestore di comunicare i dati richiesti con conseguente responsabilità in caso di inadempimento. Infine, sia in caso di inutilizzabilità dei dati che di conclusione dei procedimenti di tutela o risarcimento per diffamazione, dovrebbe essere previsto un obbligo in capo all'ingiungente di cancellazione della copia dei dati ricevuti.



Sebbene, come detto, questa innovazione normativa non avrebbe le stesse ragioni di esistere che ha la sua fonte d'ispirazione d'oltreoceano, date la rilevanza penale delle diffamazioni nel nostro ordinamento ed il conseguente intervento della magistratura requirente nei casi portati alla sua conoscenza e la possibilità di ottenere un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c., essa avrebbe due indubbi vantaggi: il primo sarebbe quello di sgravare le Procure della Repubblica di una parte delle indagini da compiere per risalire alla vera identità dell'anonimo diffamante, che verrebbe, invece, addossata alla vittima della diffamazione (il contraltare di questa previsione sarebbe, però, il fatto che i tribunali si vedrebbero investiti di un notevole numero di richieste di emanazione di decreti di "rivelazione" d'identità); il secondo sarebbe il fatto che, a differenza di quanto accade adesso, il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti (dove ha sede la maggior parte dei gestori di social network) e, più in generale, le autorità di altri paesi dovrebbero valutare se adeguarsi alla decisione di un'autorità giudicante e non solo come rispondere alle richieste di un pubblico ministero.

(e) *Obbligo di adozione di strumenti di rilevazione di sospette attività bot, l'esempio della Feinstein Bill del 2018* – La già citata *Feinstein Bill* del 2018 prevede, tra le altre disposizioni, anche l'istituzione di un obbligo in capo ai gestori dei social media di predisporre «un processo per identificare, valutare e verificare se l'attività di qualsiasi utente del sito web dei social media è condotta da un programma software automatizzato o da un processo intesi a impersonare o replicare l'attività umana online»⁹². Il rispetto di quest'obbligo, che funge da contrafforte al divieto già analizzato *supra* alla lettera (a), nella pratica si tradurrebbe nell'adozione da parte dei prestatori di servizi informatici di metodologie e strumenti molto simili – se non uguali – a quelli utilizzati dai ricercatori che hanno già compiuto studi in questo campo⁹³. Nello specifico, per giungere all'accertamento della presenza di un *social bot* dietro ad un profilo online la maggior parte degli studi condotti si è concentrata sull'analisi delle attività e delle interazioni compiute dai profili presenti su di un social medium e sulla successiva comparazione delle loro condotte con quelle di alcuni modelli comportamentali tipici degli utenti umani sulla piattaforma. Da questa comparazione è quindi possibile identificare i profili che deviano sensibilmente dagli standard utilizzati, facendo supporre con sufficiente accuratezza (tutti gli studi hanno comunque evidenziato un certo margine di incertezza) che siano gestiti da un algoritmo e non da una persona. Per rispettare, poi, l'ultimo dei termini indicati nella *Feinstein Bill* del 2018, ossia la

verifica della presenza di un *bot* o di un essere umano dietro al profilo "deviante", la tipologia di strumenti che più facilmente potrebbe essere adottato sarebbe quella già molto diffusa dei test CAPTCHA (sebbene, come rilevato alla nota 39, alcuni di questi non siano perfettamente affidabili contro gli algoritmi più avanzati). Sebbene questi passaggi del procedimento ipotizzato possano sembrare particolarmente impegnativi ed invasivi, si consideri come l'analisi delle condotte dei profili sia già alla base dell'attività economica dei gestori delle piattaforme⁹⁴ e, quindi, ampiamente sviluppata ed affinata e come anche gli strumenti di verifica della natura umana siano ormai una costante dell'accesso ai servizi online.

Dato, però, che al momento non si ha un ampio consenso su quale sia lo strumento migliore per l'individuazione dei *social bot* sulle piattaforme⁹⁵ e che la struttura estremamente mutevole di questi algoritmi (i quali, come si è brevemente accennato, nelle loro forme più raffinate sono anche in grado di adattarsi autonomamente ai cambiamenti del contesto digitale in cui operano) e la loro rapidissima evoluzione difficilmente renderanno possibile giungere all'individuazione di uno strumento o un processo perfettamente affidabili per la loro rilevazione, pare opportuno evitare di legare la conformità ad una prescrizione di tal genere all'adozione di uno specifico strumento individuato da una fonte normativa o da un'autorità indipendente. Questo in quanto ciò indicherebbe con chiarezza anche a soggetti o entità – anche stranieri – quale sarebbe l'unico ostacolo digitale da dover aggirare per poter nuovamente infiltrare i propri *socialbot* sulle piattaforme, spingendoli ad agire con quest'unico scopo, e di conseguenza, finirebbe col permettere di frustrare con eccessiva facilità l'intrinseco scopo di efficace e rapida tutela degli utenti umani della normativa. Di conseguenza, parrebbe opportuno istituire, piuttosto, un obbligo in capo agli ISP di «adottare ed efficacemente attuare un processo idoneo a valutare, identificare e verificare se l'attività di qualsiasi utente del sito web dei social media è condotta da un programma software automatizzato o da un processo intesi a impersonare o replicare l'attività umana online».

L'introduzione di un obbligo che riecheggia quello di adozione di «modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati» sancito dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231⁹⁶, avrebbe, dato il carattere estremamente dinamico e mutevole appena visto dei fenomeni che intende contrastare, il pregio di spingere alcune delle più grandi società del settore informatico ad impegnarsi attivamente nel contrasto ai *socialbot*, lasciandogli comunque la flessibilità di scegliere quali strumenti adoperare – o anche creare –



per meglio rispondere alle loro esigenze in quest'ambito e di modificarli ed adattarli con grande flessibilità ed immediatezza. In aggiunta, questo tipo di attività di valutazione dei profili sui social avrebbe l'indubbio vantaggio, rispetto ad uno di "adeguata verifica della clientela" ipotizzata *supra* alla lettera (c), di non rallentare l'iscrizione alle piattaforme da parte di nuovi utenti né darebbe loro l'impressione di subire una profonda intrusione nella loro privacy.

7.2. **Riformulazione delle interpretazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità degli ISP**

Al di fuori dell'ambito legislativo, una considerazione rilevante nell'ambito della tutela della reputazione sui social media, che tuttavia avrebbe al massimo un effetto indiretto sul contrasto alla presenza ed alle attività dei *socialbot*, riguarda i casi in cui possa effettivamente sussistere un'esonazione di responsabilità in capo agli ISP (aspetto che, appunto, può avere solamente la conseguenza riflessa di spronarli ad agire con maggiore impegno sulle proprie piattaforme per arginare l'attività di questi algoritmi "malevoli"). Infatti, relativamente alla già citata figura di genesi giurisprudenziale del c.d. "hosting provider attivo", ossia di un prestatore di servizi della società dell'informazione che non si limita a ricevere passivamente i dati dai propri clienti ma che svolge su di essi attività ulteriori, vi è preliminarmente da rilevare come, sebbene non sia prevista dalla nostra legislazione, essa trovi comunque giustificazione nel considerando 42 della direttiva 2000/31/CE, il quale dispone che l'assenza di responsabilità per gli ISP riguarda esclusivamente il caso in cui la loro attività «è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». È proprio sulla scorta di tale considerazione che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito nella propria decisione sul caso *L'Oréal SA c. eBay*⁹⁷ (invero relativa alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale e industriale) che la neutralità dell'ISP non può essere invocata se «il prestatore del servizio, anziché limitarsi ad una fornitura neutra di quest'ultimo, mediante un trattamento puramente tecnico e automatico dei dati forniti dai suoi clienti, svolge un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati» e che il ruolo del fornitore di servizi si considera attivo «allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle».

Le considerazioni formulate ormai dieci anni fa all'interno della decisione *L'Oréal* dovrebbero oggi essere rivalutate alla luce dei più recenti sviluppi nell'ambito delle attività informatizzate di analisi dei contenuti e spingere le interpretazioni giurisprudenziali delle vigenti normative a riconsiderare entro quale tipologia di attività rientrino oggi quelle compiute da gestori delle piattaforme social. Se, infatti, ai tempi della citata sentenza e delle successive sui casi *Scarlet*⁹⁸ e *Papasavvas c. Fileleftheros*⁹⁹ un sistema informatico di controllo completo dei contenuti avrebbe potuto risultare complesso e costoso e, quindi, non imponibile da una normativa nazionale (in quanto contrario alle condizioni stabilite dall'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/48), l'attuale avanzamento delle tecnologie digitali non può che mettere in dubbio tali assunti¹⁰⁰, in particolare per quanto riguarda i contenuti di tipo testuale e sonoro.

Infatti, negli ultimi anni si è assistito ad un notevole incremento d'interesse circa lo sviluppo degli algoritmi di analisi del linguaggio¹⁰¹, tanto che oggi si suole identificare come branca autonoma dell'informatica lo studio degli algoritmi di elaborazione del linguaggio naturale (in lingua inglese *natural language processing* o NLP) con cui i computer possono essere usati per comprendere e manipolare testi o discorsi umani¹⁰². In quest'ambito, poi, la raffinatezza di certi algoritmi di analisi testuale è tale da averli resi oggi anche degli utili e sufficientemente affidabili strumenti di analisi psicometrica delle persone attive sui social media¹⁰³, tanto che diverse compagnie li impiegano per migliorare la loro offerta di servizi di micro-targeting politico (in lingua inglese *political microtargeting* o PMT) con un'efficacia tale da aver fatto tendere alcuni a qualificare questa pratica come una manipolazione dell'opinione pubblica¹⁰⁴. Di conseguenza, pare oggi difficile che un ISP, per quanto riguarda almeno i contenuti testuali pubblicati su una sua piattaforma, possa argomentare che, riprendendo le parole dell'articolo 17 del d.lgs. 70/2003, l'adozione di strumenti di «sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza» sia per lui oggi eccessivamente complessa ed onerosa (ciò anche alla luce del fatto che, come evidenziato alla nota 101, diverse migliaia di progetti NLP sono disponibili gratuitamente e corredati di documentazioni che ne illustrano le funzionalità)¹⁰⁵.

In linea con l'idea della necessità di una rivalutazione della responsabilità degli ISP alla luce delle odierne tecnologie informatiche si sono recentemente mostrati anche i giudici di Roma (invero sempre con riferimento a casi di violazione dei diritti di proprietà intellettuale)¹⁰⁶. In particolare, nella loro decisione del 10 gennaio 2019 i magistrati capitolini hanno ri-



levato che, come già precisato dalla Corte di giustizia dell'Ue nella citata sentenza *L'Oréal*, la responsabilità del prestatore attivo di servizi hosting sorge ogni qual volta vi sia anche «un pur minimo contributo all'editing del materiale memorizzato lesivo di diritti tutelati», ossia anche quando questi «interviene nell'organizzazione e selezione del materiale trasmesso», e che, in conseguenza di ciò, «non appare condivisibile quella giurisprudenza che limita il ruolo attivo dell'hosting provider al solo caso in cui il gestore operi sul contenuto sostanziale del video caricato sulla piattaforma». Inoltre, il Tribunale della capitale, facendo riferimento alla dettagliata C.T.U. relativa alla natura dell'attività dell'impresa convenuta (Vimeo, una controllata del gruppo InterActiveCorp), ha evidenziato come questa gestisca un «sito di rete sociale ... dove i contenuti audiovisivi sono precisamente catalogati, indicizzati e messi in correlazione tra loro dalla stessa convenuta» anche attraverso l'utilizzo di algoritmi automatizzati di terze parti (nello specifico il servizio *AdSense* di Google), giungendo a concludere che «un sistema tecnologico così avanzato e sofisticato è del tutto incompatibile con la figura dell'hosting provider “passivo” ... ed integra invece quella di content-provider» e, soprattutto, che perché sorga la responsabilità del prestatore attivo di servizi hosting «è sufficiente che i mezzi tecnologici dallo stesso utilizzati siano comunque idonei a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati».

Di simile avviso, precisamente nell'ambito della diffamazione esasperata dall'utilizzo di algoritmi per la propagazione dei contenuti, è stata anche la Corte Suprema dello Stato australiano di Victoria, la quale nella sua decisione sul caso *Trkulja v. Google Inc LLC*¹⁰⁷ ha concordato con la giuria nel ritenere che ad un motore di ricerca online (nel caso di specie Google) possa essere attribuita la responsabilità da editore quando la diffusione di contenuti diffamatori derivi da un funzionamento del suo algoritmo coerente con la sua programmazione, ancor prima di aver ricevuto alcuna notificazione in merito al carattere illecito di questi. In altre parole, il giudice australiano ha ritenuto che l'utilizzo di software per la catalogazione ed organizzazione automatica di contenuti pubblicati da terze parti, data la prevedibilità dei risultati ottenibili originata dalla progettazione del loro codice sorgente, impedisca agli ISP di beneficiare delle esenzioni di responsabilità garantite ai prestatori intermediari di servizi informatici.

Tuttavia, nonostante gli indubbi progressi compiuti nell'ambito delle strumentazioni di sorveglianza ed analisi dei contenuti pubblicati sui social media, non pare comunque opportuno attribuire in modo automatico la responsabilità da “hosting provider

attivo” a qualunque impresa che utilizzi software ed algoritmi gestionali per l'amministrazione dei contenuti caricati dagli utenti, in quanto i gestori delle piattaforme non tendono ad operare alcun tipo di *technical disclosure* delle tecnologie impiegate, impedendo così un giudizio *ex ante* sul loro effettivo contributo all'editing del materiale memorizzato¹⁰⁸.

7.3. Innovazioni digitali

Oltre alle ipotesi di interventi legislativi pare qui opportuno accennare al fatto che, allo stato attuale, vi siano già delle soluzioni tecniche messe a punto da alcuni gestori di piattaforme social che meritano un'attenta considerazione, se non anche un invito ad adottarle diretto agli altri gestori da parte delle Autorità competenti, dato il loro possibile carattere di argine alle attività dei *socialbot*, nonché la loro dimostrata possibilità di essere implementate senza risultare eccessivamente complesse ed onerose.

(a) *Indicazione degli utenti la cui identità è stata verificata, l'esempio di Tinder* – In termini non troppo dissimili da quelli ipotizzati *supra* al paragrafo 7.1.(c) nell'agosto del 2021 il gruppo InterActiveCorp (IAC), gestore dell'applicazione per smartphone Tinder, ha autonomamente introdotto a livello globale la verifica dell'identità dei propri utenti tramite l'invio di copia di un loro documento d'identità¹⁰⁹. Tuttavia, a differenza dell'ipotizzata istituzione di un vero e proprio obbligo generale di “adeguata verifica della clientela”, il compimento di tale accertamento attualmente avviene solo su base volontaria e la sua mancata realizzazione non comporta alcuna limitazione nell'utilizzo dei servizi offerti dalla piattaforma, anche se aggiunge al profilo di coloro che si sono sottoposti a tale procedura un marchio, visibile a tutti gli altri, che lo certifica. Inoltre, vi è da considerare come sia la natura stessa del servizio offerto da quest'applicazione, ossia permettere di stringere nuove conoscenze in rete e facilitare gli incontri di persona, a rendere non solo opportuno ma anche maggiormente rassicurante per i suoi utenti un accertamento preventivo dell'identità degli altri utilizzatori. In altre parole, l'esempio di Tinder, sebbene volto ad una maggiore tutela dei propri utenti, trova una ragione per la propria implementazione anche nel fatto che in questo modo è in grado di offrire un servizio più affidabile e protetto e, di conseguenza, attrarre più clienti.

Nonostante le particolarità della piattaforma appena considerata, vi è comunque il fatto che l'applicazione di un marchio di avvenuto controllo del profilo a seguito di invio volontario dei propri documenti avrebbe senz'altro l'effetto di rendere maggiormente credibili i contenuti pubblicati tramite es-



so¹¹⁰, ponendosi, quindi, come incentivo a sottoporsi a questo genere di procedura e controbilanciando il rischio di rinuncia dovuta ad attese eccessivamente lunghe perché venga completata. In ogni caso, il programma di verifica della IAC dimostra la fattibilità tecnica di una soluzione di accertamento dell'identità degli utenti di un social network che permetterebbe così, almeno, di identificare con certezza il responsabile di qualsiasi illecito compiuto tramite uno o più profili aperti sulla piattaforma senza risultare eccessivamente complessa ma solo lunga.

(b) *Strumenti di segnalazione di contenuti accusati di essere diffamatori* – Infine, una soluzione adottata da un altro prestatore di servizi della società dell'informazione che merita di essere considerata in questa sede è quella di Twitter rispetto ai contenuti pubblicati sulla sua piattaforma in violazione delle sue condizioni di utilizzo da parte di determinati profili. Nello specifico, la soluzione di apposizione di un pannello di avvertimento che nascondesse il contenuto di alcuni dei tweet pubblicati dall'allora Presidente degli Stati Uniti Donald J. Trump durante l'ultimo periodo del suo mandato (si veda l'esempio in Figura 3)¹¹¹.

Una soluzione di questo genere, impiegata originariamente solo per contrastare la disinformazione propugnata dal profilo di un soggetto pubblico sempre al centro dell'attenzione, potrebbe essere adottata da qualsiasi altro social network ed estesa a qualsiasi contenuto pubblicato, la cui attivazione, però, potrebbe essere demandata ad una verifica "dal basso". Se, infatti, i tweets dell'allora POTUS venivano controllati "dall'alto", ossia direttamente da degli addetti della piattaforma, la "copertura" con un pannello dei contenuti contestati come diffamatori potrebbe avvenire tramite selezione di un'apposita opzione da parte di qualsiasi altro utente (azione che potrebbe essere definita con i termini inglesi "wall-by-click"). Questo permetterebbe un'interruzione decisamente più subitanea della spirale di propagazione di contenuti illeciti o lesivi, dato che anche la ri-condivisione del medesimo post o tweet mostrerebbe comunque questo pannello o wall, prevenendo una diretta visibilità di termini, immagini o video capaci di danneggiare la reputazione della persona contro cui sono diretti. Questa previsione, in particolare, sarebbe un valido contrasto alla sovradiffusione ottenibile tramite *socialbot* programmati, appunto, a ri-condividere i contenuti dei profili che sono programmati a seguire con assiduità.

Per evitare comunque una totale paralisi della diffusione di qualsiasi tipo di contenuto, sarebbe opportuno adottare anche la possibilità (visibile anche in Figura 3) di accedere comunque al contenuto conte-

stato tramite la selezione di un apposito tasto (nell'esempio riportato molto semplicemente etichettato con la parola "View" ossia "visualizza"). Questa previsione, informando preventivamente gli eventuali lettori della possibile illiceità del contenuto e, nei casi di diffamazione, di possibile falsità dello stesso, permetterebbe così un bilanciamento tra la libertà di espressione e la tutela della reputazione di tutti coloro che vengano menzionati in dette espressioni; reputazione che verrebbe in parte protetta dalla messa in dubbio della veridicità delle parole contrassegnate come diffamatorie.



Figura 3: La piattaforma Twitter optò per un "oscuramento" dei tweet dell'allora Presidente degli Stati Uniti che violavano i suoi termini di utilizzo. Il secondo tweet, in particolare, era ritenuto un incitamento alla violenza. Si noti come, comunque, il contenuto fosse visualizzabile tramite il tasto "View" posto sulla destra

Infine, allo scopo di evitare abusi di un'opzione di questo genere, che già in parte si potrebbero predire sulla base delle critiche mosse ad altre previsioni come il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)¹¹², sarebbe comunque necessario costituire un sistema interno all'organizzazione del gestore di revisione del contenuto segnalato, che permetterebbe anche una eventuale eliminazione del wall nel caso in cui esso



sia valutato come non offensivo (e possibili sanzioni, quali la sospensione temporanea, nei casi di abuso di questo strumento). Sebbene ciò possa sembrare poco incisivo nel tutelare la reputazione di chi si ritenga diffamato, si consideri che con questa soluzione rimarrebbe, comunque, sempre la possibilità di contestare la lesività del contenuto di fronte ad un tribunale con, assieme, la garanzia di evitare un'eccessiva diffusione di un contenuto fuorviante circa le qualità della persona coinvolta. Inoltre, con questo strumento il gestore della piattaforma non potrebbe opporre di non essere stato posto a conoscenza dell'illiceità del contenuto, essendo stato avvisato tramite uno strumento da lui stesso predisposto, e finirebbe così con l'integrare pienamente i presupposti sanciti in modo estensivo dalla giurisprudenza¹¹³ per l'attribuzione di responsabilità – prevista dall'articolo 16 del d.lgs. 70/2003 – da mancata rimozione di contenuti di cui gli ISP siano stati portati a conoscenza. Inoltre, l'ipotizzato strumento di “*wall-by-click*” istituirebbe uno standard univoco di comunicazione al prestatore di servizio che consentirebbe di superare le problematiche di genericità delle diffide extragiudiziali, riguardo alle quali la giurisprudenza si è interrogata se la necessità di indicare i contenuti fosse soddisfatta «mediante la mera indicazione del nome . . . e simili elementi descrittivi, oppure occorra anche la precisa indicazione del cd. Indirizzo URL»¹¹⁴.

Ovviamente, questo sistema di controllo “dal basso” dei contenuti dovrebbe trovare dei limiti nei confronti dei profili di certe figure professionali – riconosciute e verificate – come i giornalisti, altrimenti ci sarebbe il concreto rischio che qualsiasi articolo inerente a personaggi pubblici o a questioni controverse (o semplicemente al centro del dibattito) verrebbe da questi soggetti o dai loro sostenitori (veri o artificiali che siano) immediatamente “segnalati” pubblicamente come diffamatorii, finendo con ostacolare il diritto di cronaca ed erodere la credibilità di determinati professionisti, già sottoposti ai limiti dei codici di condotta ed ai controlli degli ordini professionali, e finendo anche col rischiare di spostare il cosiddetto “problema *bot*” dalla condivisione di contenuti illeciti all'ostruzionismo verso contenuti legittimi.

8. Conclusioni

In conclusione, non si può ignorare come il mutato contesto degli strumenti di propagazione del pensiero con il quale ci ritroviamo a confrontarci oggi ci ponga nell'urgenza di non rimanere più solo concentrati su quale sia il corretto bilanciamento tra libertà di pensiero e tutela della reputazione di una persona ma, soprattutto, di estendere il dibattito anche

a quali strumenti implementare per tutelare effettivamente questi diritti fondamentali. Questo perché, mentre ci si interroga su quale sia il giusto punto di equilibrio tra queste due istanze, il progresso tecnologico e l'attuale strutturazione dei social network permettono a chiunque, grazie a strumenti relativamente facili da usare quali sono i *social bot*, di diffondere nel giro di poche ore insinuazioni, maldicenze ed offese con una tale ampiezza e velocità da distruggere irrimediabilmente la reputazione non solo di una persona ma addirittura di interi gruppi sociali (portando in certi casi perfino a conseguenze violente per le vittime e a veri e propri squarci nel tessuto sociale)¹¹⁵, rimanendo comodamente nell'anonimato e irraggiungibile per le autorità a cui le vittime potrebbero rivolgersi nel (vano) tentativo di ottenere giustizia o almeno l'interruzione delle condotte poste in essere in loro danno (come chi scrive ha visto succedere).

Si è voluto, così, presentare diversi possibili interventi – sulla effettiva validità nella pratica di alcuni dei quali si ammette una certa incertezza – che potrebbero mitigare un aspetto particolare del cosiddetto “problema *bot*”, quello della diffamazione dei singoli, nella speranza di poter fornire dei validi suggerimenti per affrontare una questione spesso ignorata o mal conosciuta o, quantomeno, portare ad una maggiore consapevolezza dei rischi e delle possibili soluzioni alla presenza sui social media di profili gestiti da algoritmi e nascosti dietro a false identità, riservandosi per il futuro di trattare con sufficiente approfondimento anche i possibili strumenti di contrasto alle attività di diffusione di falsità riguardanti eventi o verità scientifiche.

Note

¹Si vedano, *ex multis*, N. NEWMAN, *The rise of social media and its impact on mainstream journalism*, in “Reuters Institute for the Study of Journalism: Working Papers”, 2009, 9 p.; H.S. NOOR AL-DEEN, J.A. HENDRICKS (eds.), *Social Media usage and impact*, Lexington Books, 2011, 328 p.; A. GUZMAN, F. VIS, *6 Ways Social Media is Changing the World*, 2016; S. SIDDIQUI, T. SINGH, *Social Media its Impact with Positive and Negative Aspects*, in “International Journal of Computer Applications Technology and Research”, vol. 5, 2016, n. 2, p. 71-75; S. STIEGLITZ, F. BRACHTEN, B. ROSS, A.-K. JUNG, *Do Social Bots Dream of Electric Sheep? A Categorisation of Social Media Bot Accounts*, in “Proceedings of the 28th Australasian Conference on Information Systems (ACIS)”, 2017, n. 89.

²Si vedano, *ex multis*, D. ROLPH, *Defamation by Social Media*, in “Precedent”, 2013, n. 117, p. 16-21; H.F. KUEHL, *Free Speech and Defamation in an Era of Social Media: An Analysis of Federal and Illinois Norms in the Context of Anonymous Online Defamers*, in “Northern Illinois University Law Review”, 2016, vol. 36, n. 3, p. 28-56; E. FREDERICK, *Malice in the Digital Palace: A Commentary on Athletes, So-*



cial Media, and Defamation, in “Journal of Legal Aspects of Sport”, vol. 27, 2017, n. 1, p. 79-89.

³Si vedano, *ex multis*, S. UTZ, *The (Potential) Benefits of Campaigning via Social Network Sites*, in “Journal of Computer-Mediated Communication”, vol. 14, 2009, n. 2, p. 221-243; S. STIEGLITZ, L. DANG-XUAN, *Social media and political communication: a social media analytics framework*, in “Social Network Analysis and Mining”, vol. 3, 2013, n. 4, p. 1277-1291; G.S. ENLI, E. SKOGERBØ, *Personalized Campaigns in Party-centred Politics Twitter and Facebook as Arenas for Political Communication*, in “Information, Communication & Society”, vol. 16, 2013, n. 5, p. 757-774; G.S. ENLI, *Twitter as arena for the authentic outsider: exploring the social media campaigns of Trump and Clinton in the 2016 US presidential election*, in “European Journal of Communication”, vol. 32, 2017, n. 1, p. 50-61; B. McLAUGHLIN, T. MACAFEE, *Becoming a Presidential Candidate: Social Media Following and Politician Identification*, in “Mass Communication and Society”, vol. 22, 2019, n. 5, p. 584-603.

⁴Si noti come in S. STIEGLITZ, L. DANG-XUAN, *op. cit.*, gli autori, facendo riferimento a S.L. WARTICK, J.F. MAHON, *Toward a substantive definition of the corporate issue construct. A review and synthesis of the literature*, in “Business & Society”, vol. 33, 1994, p. 293-311, e a D. INGENHOFF, U. RÖTTGER, *Issues management Ein zentrales Verfahren der Unternehmenskommunikation*, in M. Meckel, B.F. Schmid (Hrsg), “Unternehmenskommunikation. Kommunikationsmanagement aus Sicht der Unternehmensführung”, Gabler, 2008, p. 323-354, riconoscano il ruolo fondamentale occupato in politica dall’intuizione dei sentimenti dell’elettorato e facciano presente come oggi sia più semplice intercettarli tramite l’utilizzo di strumenti di analisi informatica dei contenuti pubblicati sui *social media*.

⁵Fonte: *Statista*.

⁶S. STIEGLITZ, F. BRACHTEN, B. ROSS, A.K. JUNG, *op. cit.*; R. GORWA, D. GUILBEAULT, *Unpacking the Social Media Bot: A Typology to Guide Research and Policy*, in “Policy & Internet”, vol. 12, 2020, n. 2, p. 225-248, in cui gli autori sottolineano come molte delle soluzioni proposte a questo problema «si basino nella migliore delle ipotesi su delle scarse capacità tecniche».

⁷A. LEONARD, *Bots: The Origin of the New Species*, Penguin Books, 1998, 269 p.

⁸Z. YANG, C. WILSON, X. WANG et al., *Uncovering Social Network Sybils in the Wild*, in “ACM Transactions on Knowledge Discovery from Data”, vol. 8, 2014, n. 1, 29 p.

⁹R. GORWA, D. GUILBEAULT, *op. cit.*

¹⁰Si vedano in merito L. ALVISI, A. CLEMENT, A. EPASTO et al., *SoK: The Evolution of Sybil Defense via Social Networks*, in “IEEE Symposium on Security and Privacy”, 2013, p. 382-396; E. FERRARA, O. VAROL, C. DAVIS et al., *The Rise of Social Bots*, in “Communications of the ACM”, vol. 59, 2016, n. 7, p. 96-104.

¹¹M. TSVETKOVA, R. GARCIA-GAVILANES, L. FLORIDI, T. YASSERI, *Even good bots fight: The case of Wikipedia*, in “Plos One”, vol. 12, 2017, n. 2, che riprende quanto affermato in precedenza in S. FRANKLIN, A. GRAESSER, *Is It an Agent, or Just a Program? A Taxonomy for Autonomous Agents*, in J.P. Müller, M.J. Wooldridge, N.R. Jennings (eds.) “Intelligent Agents III. Agent Theories, Architectures, and Languages”, Springer, 1996, p. 21-35.

¹²M. FORELLE, P. HOWARD, A. MONROY-HERNÁNDEZ, S. SAVAGE, *Political Bots and the Manipulation of Public Opinion in Venezuela*, in “SSRN Electronic Journal”, 2015, p. 1-8.

¹³N. ABOKHODAIR, D. YOO, D.W. McDONALD, *Dissecting a Social Botnet: Growth, Content and Influence in Twitter*, in “Proceedings of the 18th ACM Conference on Compu-

ter Supported Cooperative Work & Social Computing (CSCW ’15)”, Association for Computing Machinery, 2015, p. 839-851.

¹⁴Y. BOSHMAF, I. MUSLUKHOV, K. BEZNOV, M. RIPEANU, *The Socialbot Network: When Bots Socialize for Fame and Money*, in “Proceedings of the 27th Annual Computer Security Applications Conference (ACSAC ’11)”, Association for Computing Machinery, 2011, p. 93-102.

¹⁵Cfr. quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 23 luglio 2020 n. 22049, in cui viene specificamente affermato che «il reato di sostituzione di persona è integrato da colui che crea ed utilizza un profilo su social network, utilizzando abusivamente l’immagine di una persona del tutto inconsapevole, trattandosi di condotta idonea alla rappresentazione di una identità digitale non corrispondente al soggetto che lo utilizza» richiamando anche la propria precedente sentenza del 08 giugno 2018 n. 33862.

¹⁶E. FERRARA, O. VAROL, C. DAVIS et al., *The Rise of Social Bots*, cit.

¹⁷*Ibidem*; D. GUILBEAULT, *Growing Bot Security: An Ecological View of Bot Agency*, in “International Journal of Communication”, vol. 10, 2016, p. 5003-5021. In quest’ultimo l’autore sottolinea come allo stato attuale i bot non siano dotati dai loro creatori di una vera e propria intelligenza artificiale, dando comunque atto che le loro versioni più raffinate sono in grado addirittura di sviluppare in autonomia cicli di vita dinamici con cui imitare i comportamenti umani.

¹⁸Esistono diverse forme di licenze d’uso gratuito di software: dalla licenza *freeware* per i software proprietari alla licenza *GNU General Public License* per i software liberi.

¹⁹La *suite di strumenti per l’automazione dei browsers web Selenium* è sottoposta alla licenza d’uso *Apache license 2.0*, una licenza libera che consente agli utenti di usare il software per ogni scopo, di distribuirlo, modificarlo e di distribuire versioni modificate del software e che impone solamente di preservare l’informativa di diritto d’autore e d’esclusione di responsabilità.

²⁰Si veda a questo proposito B. KOLLANYI, *Where Do Bots Come From? An Analysis of Bot Codes Shared on GitHub*, in “International Journal of Communication”, vol. 10, 2016, p. 4932-4951 in cui viene illustrata l’ampiezza dei numeri di codici sorgente disponibili sulla piattaforma GitHub (l’autore ne ha contati più di 4.000 solo per i bot utilizzabili su Twitter).

²¹Si veda a questo riguardo J. MESSIAS, L. SCHMIDT, R. OLIVEIRA, F. BENEVENUTO, *You followed my bot! Transforming robots into influential users in Twitter*, in “First Monday”, vol. 18, 2013, n. 7, in cui gli autori descrivono la creazione di due differenti bot, dotati di due differenti (sebbene non troppo) codici sorgente e conseguentemente capaci di compiere azioni diverse all’interno dei social network in cui hanno operato.

²²A queste conclusioni è giunta anche la Corte Suprema dello Stato australiano di Victoria nella propria decisione *Trkulja v. Google Inc. & Anor* [2012] VSC 533. Nel caso di specie la giuria ha ritenuto che i motori di ricerca siano responsabili della pubblicazione dei materiali diffamatori che vengono assemblati in modo automatizzato dai loro software.

²³Secondo una ricerca pubblicata sul *The New York Times*, a cura di Nicole Perlroth e condotta dagli informatici Andrea Stroppa e Carlo de Micheli, il mercato della vendita di questi seguaci artificiali ha ormai raggiunto dimensioni multimilionarie, cfr. N. PERLROTH, *Fake Twitter Followers Becomes Multimillion Dollar Business*, April 5, 2013. In merito, alcuni hanno ipotizzato l’esistenza di un sottotipo di mercato dei bot, specializzato nella diffusione di disinformazione politica. Si vedano K. STARBIRD, J. MADDOCK, M. ORAND et al., *Rumours, False Flags, and Digital Vigilantes: Misinformation on Twitter after the 2013 Boston Marathon Bombing*, in “Conference 2014 Proceedings”, 2014, p. 654-662; E. FERRA-



RA, *Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election*, in "First Monday", vol. 22, 2017, n. 8.

²⁴N. PERLROTH, *op. cit.*

²⁵Si veda a questo riguardo quanto accuratamente descritto in T.C. HELMUS, E. BODINE-BARON, A. RADIN et al., *Russian Social Media Influence Understanding Russian Propaganda in Eastern Europe*, Rand Corporation, 2018, 149 p.

²⁶Y. XIE, F. YU, Q. KE et al., *Innocent by association: Early recognition of legitimate users*, in "Proceedings of the 2012 ACM Conference on Computer and Communications", Association for Computing Machinery, 2012, p. 353-364; D.W. WESTERMAN, P.R. SPENCE, B. VAN DER HEIDE, *A social network as information: The effect of system generated reports of connectedness on credibility on Twitter*, in "Computers in Human Behavior", vol. 28, 2012, n. 1, p. 199-206; M. FORELLE, P. HOWARD, A. MONROY-HERNÁNDEZ, S. SAVAGE, *op. cit.*; E. FERRARA, O. VAROL, C. DAVIS et al., *The Rise of Social Bots*, cit.; S.C. WOOLLEY, *Automating power: Social bot interference in global politics*, in "First Monday", vol. 21, 2016, n. 4; D. GUILBEAULT, *op. cit.*

²⁷T. SANTAMATO, *Su Twitter 48 milioni di profili sono 'robot'*, 2017, intervista rilasciata dal professor Filippo Menczer all'ANSA.

²⁸O. VAROL, E. FERRARA, C. A. DAVIS et al., *Online Human-Bot Interactions: Detection, Estimation, and Characterization*, in "Proceedings of the 11th International AAAI Conference on Web and Social Media", AAAI Press, 2017, p. 280-289.

²⁹La legge italiana del 08 febbraio 1948, n. 47, prevede l'obbligo di registrazione di qualsiasi pubblicazione periodica presso la cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione la pubblicazione deve effettuarsi. Per le pubblicazioni periodiche diffuse esclusivamente online la registrazione è obbligatoria solo qualora intendano avvalersi delle provvidenze in favore dell'editoria previste dalla legge del 7 marzo 2001, n. 62.

³⁰E. FERRARA, O. VAROL, C. DAVIS et al., *The Rise of Social Bots*, cit.

³¹Infatti, come rilevato dai giudici della Cassazione nella sentenza del 29 gennaio 2015 n. 31022 (in particolare, al punto 18 della motivazione), i social media rientrano tra i «nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero». Inoltre, la classificazione del «vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni» operata dalla Cassazione è stata da questa successivamente posta alla base della propria più recente decisione del 20 giugno 2019 n. 27675.

³²Questi aspetti di velocità e diffusività sono stati di recente sottolineati dalla Corte costituzionale nella sua ordinanza del 26 giugno 2020 n. 132, in cui viene rilevata la «rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in Internet, il cui carattere lesivo per la vittima – in termini di sofferenza psicologica e di concreti pregiudizi alla propria vita privata, familiare, sociale, professionale, politica – e per tutte le persone a essa affettivamente legate risulta grandemente potenziato rispetto a quanto accadeva anche solo in un recente passato».

³³Cfr. prima sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 2 gennaio 2017 n. 50. Negli stessi termini si sono poi espressi anche i giudici della quinta sezione penale nella loro sentenza del 23 gennaio 2017 n. 8482.

³⁴Cfr. prima sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 2 gennaio 2017 n. 50.

³⁵Cfr. quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 1° febbraio 2017 n. 4873. Questo inquadramento del reato di diffamazione tramite l'uso dei social media è stato poi ripreso nella sentenza del 6 settembre 2018 n. 40083, che ha precisato che «l'eventualità che fra i fruitori del messaggio

vi sia anche la persona a cui si rivolgono le espressioni offensive» non permette comunque di «mutare il titolo del reato nella diversa ipotesi di ingiuria», e dalla Corte d'appello civile di Napoli nella sua sentenza del 16 gennaio 2019.

³⁶In particolare, come rilevato dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione nella sentenza del 15 maggio 2018 n. 21521, il giudice può disporre il sequestro preventivo di gruppi Facebook, qualora ritenga che vi sia il pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato o di agevolazione dello stesso.

³⁷Si veda a questo proposito la quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 22 novembre 2017 n. 5352, in cui i giudici riconoscono questa eventualità e che, quindi, «a prescindere dal nickname utilizzato, l'accertamento dell'IP di provenienza del post può essere utile».

³⁸Si veda riguardo a questa seconda eventualità quanto rilevato dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione nella sentenza dell'8 giugno 2018 n. 33862 e nella sentenza del 6 luglio 2020 n. 22049.

³⁹Anche strumenti di verifica come il CAPTCHA non sono immuni da possibili forzature e superamenti tramite l'utilizzo di algoritmi ed intelligenze artificiali. Al riguardo si vedano N. PERLROTH, *op. cit.*, e A. GEITGEY, *How to break a CAPTCHA system in 15 minutes with Machine Learning*, December 13, 2017, nonché un progetto open-source di un algoritmo volto ad infrangere il sistema CAPTCHA usato dal servizio di *micro-blogging* Weibo.

⁴⁰Cfr. quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 22 novembre 2017 n. 5352). Si veda anche quanto riconosciuto dalla Corte Suprema dello Stato del Delaware in *Doe v. Cahill*, 884 A.2d 451 (Del. 2005).

⁴¹Cfr. quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 29 febbraio 2016 n. 8275, in cui i giudici hanno rilevato come questa eventualità sia materialmente possibile, sebbene nel caso di specie non configurasse un ragionevole dubbio, data la sussistenza di altri fattori.

⁴²Il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, in una nota del 2016 alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, ha affermato il proprio rifiuto a fornire informazioni in questi casi. Sull'argomento si veda il breve accenno fornito in V. PACELLI, *Diffamazione, la giustizia Usa: "Per Facebook sono opinioni". E gli haters restano impuniti*, in "Il Fatto Quotidiano", 25 marzo 2018.

⁴³H.F. KUEHL, *op. cit.*; B. STORM, *The Man Behind the Mask: Defamed Without a Remedy*, in "Northern Illinois University Law Review", vol. 33, 2013, n. 2, p. 393-422.

⁴⁴Vi sono anche dei browser di utilizzo comune, come Opera e Firefox, che hanno questa funzione di mascheramento dell'indirizzo IP già integrata e disponibile gratuitamente (seppure con dei limiti di traffico dati).

⁴⁵Questi strumenti con i quali i dati scambiati in rete vengono fatti transitare attraverso dei server che fungono da intermediari e che forniscono al server che ospita materialmente il social media i propri indirizzi IP in vece di quello del client finale (il gestore del profilo diffamante). Così, ad esempio, un soggetto italiano potrebbe avere profilo su di un social media e accedervi attraverso un computer localizzato in Italia (ed avente così un indirizzo IP italiano) ma che, facendo passare i propri dati tramite un *server* intermediario fisicamente localizzato al di fuori dell'Unione europea (e quindi con un indirizzo IP estero), darebbe l'impressione al gestore del social (ad esempio, Facebook) di trovarsi all'estero.

⁴⁶Vi sono anche degli strumenti utili per risalire all'indirizzo IP originale, quali *applet Java* e *Flash*, ma essi non sono in grado di garantire sempre il risultato richiesto, dato che esistono diverse applicazioni (che è possibile usare in combinazione tra loro) in grado di contrastare le attività di questi strumenti (si vedano, ad esempio, *Privoxy* e *Squid*).



⁴⁷M. LUO, J.T. HANCOCK, D.M. MARKOWITZ, *Credibility perceptions and detection accuracy of fake news headlines on social media: Effects of truth-bias and endorsement cues*, in “Communication Research”, 2020, in cui gli autori hanno messo in luce come su Facebook contenuti con un elevato numero di “mi piace” vengano percepiti come maggiormente credibili.

⁴⁸Cfr. prima sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 2 gennaio 2017 n. 50; quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenze del 23 gennaio 2017 n. 8482, del 1° febbraio 2017 n. 4873 e del 6 settembre 2018 n. 40083.

⁴⁹Su quest’argomento si veda il principio espressa dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 22 settembre 2004 n. 47452, nella quale si afferma che «la reputazione di una persona che per taluni aspetti sia già stata compromessa può divenire oggetto di ulteriori illecite lesioni in quanto elementi diffamatori aggiunti possono comportare una maggior diminuzione della reputazione nella considerazione dei consociati».

⁵⁰Con riferimento a questa tipologia di attività pare opportuno fare attenzione a quanto detto dai giudici della quinta sezione penale della Corte di cassazione nella loro sentenza del 29 gennaio 2016, n. 3981. In essa gli Ermellini fanno riferimento alla condotta di condivisione delle critiche ad una persona offesa che «potrebbe assumere in astratto rilevanza penale soltanto qualora potesse affermarsi che con il proprio messaggio l'imputato aveva consapevolmente rafforzato la volontà dei suoi interlocutori di diffamare». In questa particolare sentenza è necessario compiere una fondamentale distinzione lessicale, in quanto i giudici nell'utilizzare il termine “condividere” intendono riferirsi alla partecipazione alla discussione concordando sulla criticabilità del soggetto considerato ma «senza ricorrere alle espressioni offensive utilizzate da altri, né dimostrando di volerle amplificare attraverso il proprio comportamento», mentre nel gergo delle attività sui *social media* tale verbo indica la ripubblicazione delle medesime espressioni offensive, che di fatto ne determina una volontaria amplificazione.

⁵¹Cfr. quinta sezione penale della Corte di cassazione, sentenza del 12 dicembre 2017 n. 55418. La decisione presa dalla Corte era relativa alla questione se la pubblicazione sul proprio profilo Facebook di video inneggianti allo Stato Islamico e l'apposizione di “mi piace” ad altri integrassero o meno il delitto di istigazione a delinquere previsto dall'articolo 414 del codice penale.

⁵²Questi algoritmi di analisi e confronto con comportamenti “standard” non sono le uniche contromisure adottate per combattere i *bot*: spicca l'esperimento compiuto da Instagram dal 2019 in alcuni paesi di non mostrare il numero di “mi piace” alle fotografie e il numero di visualizzazioni dei video pubblicati sulla piattaforma.

⁵³O. VAROL, E. FERRARA, C.A. DAVIS et al., *Online Human-Bot Interactions: Detection, Estimation, and Characterization*, cit.

⁵⁴E. FERRARA, O. VAROL, C. DAVIS et al., *The Rise of Social Bots*, cit.; J. ZHANG, R. ZHANG, Y. ZHANG, G. YAN, *The Rise of Social Botnets: Attacks and Countermeasures*, in “IEEE Transactions on Dependable and Secure Computing”, vol. 15, 2018, n. 6, p. 1068-1082. Si veda a questo proposito il progetto *InstaPy*, volto, a detta dei creatori, ad «automatizzare le tue interazioni sui social media per “coltivare” Likes, Commenti e Followers su Instagram»; il [codice sorgente](#) è in licenza gratuita GPL-3.0.

⁵⁵Vi sono comunque degli algoritmi che si sono dimostrati efficaci nell'individuare i profili gestiti da bot. Si vedano, ad esempio, N. GUENON DES MESNARDS, T. ZAMAN, *Detecting Influence Campaigns in Social Networks Using the Ising Model*, 2018, e descritto in D. WALSH, *A new method for rooting out social media bots*, 2018.

⁵⁶Ad esempio, il contratto di licenza d'uso dei servizi di LinkedIn prevede, al punto 13 del paragrafo 8.2 (“Attività non consentite”), un esplicito divieto di «Utilizzare programmi bot o altri metodi automatizzati per accedere ai Servizi» ma i test effettuati con il codice di cui alla figura 1 (e con le sue successive versioni) per la redazione di questo articolo non hanno portato ad alcuna reazione da parte del gestore del medium.

⁵⁷Le medesime considerazioni vengono esposte anche in R. GORWA, D. GUILBEAULT, *op. cit.*

⁵⁸Si veda *ex multis* G. CALDARELLI, R. DE NICOLA, F. DEL VIGNA et al., *The role of bot squads in the political propaganda on Twitter*, in “Communication Physics”, vol. 3, 2020, n. 81, 15 p.

⁵⁹Cfr. ordinanza della Corte costituzionale del 26 giugno 2020, n. 132, in tema di portata della diffamazione operata tramite l'utilizzo di mezzi informatici.

⁶⁰Cfr. la *proposta di legge (bill)*, proposta dalla senatrice dello Stato della California D. Feinstein nel giugno del 2018.

⁶¹Che verrebbero introdotti nel Federal Election Campaign Act of 1971 con la nuova *Section 325 (a)(1)(A) e (B)*.

⁶²Si vedano, ad esempio, L.H. KAHANE, *Politicizing the Mask: Political, Economic and Demographic Factors Affecting Mask Wearing Behavior in the USA*, in “Eastern Economic Journal”, vol. 47, 2021, p. 163-183; L. ARATANI, *How did face masks become a political issue in America?*, in “The Guardian”, June 29, 2020.

⁶³*Sec. 2 (3) del proposto Bot Disclosure and Accountability Act of 2018.*

⁶⁴La *Section 230* venne introdotta nel *Communications Decency Act* nel 1996 come diretta risposta alle decisioni assunte dai tribunali dello Stato di New York nei casi *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.* e *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services*, che avevano riconosciuto gli ISP responsabili per i contenuti diffamatori pubblicati dai loro utenti.

⁶⁵B. STORM, *op. cit.*

⁶⁶J. O'BRIEN, *Putting a Face to a (Screen) Name: The First Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the Identities of Anonymous Internet Speakers in Online Defamation Cases*, in “Fordham Law Review”, vol. 70, 2002, n. 6, p. 2745-2776; T.E. LYNCH, *Good Samaritan or Defamation Defender? Amending the Communications Decency Act to Correct the Misnomer of Section 230 ... Without Expanding ISP Liability*, in “Syracuse Science and Technology Law Reporter”, vol. 19, 2008, 35p; B. STORM, *op. cit.*

⁶⁷H.F. KUEHL, *op. cit.*

⁶⁸Relativamente all'illiceità dei discorsi diffamatori di questo genere si veda, ad esempio, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti, richiamando anche la propria precedente decisione *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), ha dichiarato che «il ricorso a epiteti o abusi personali non è in alcun senso [una forma di] comunicazione di informazioni o opinioni salvaguardata dalla Costituzione, e la sua punizione come atto criminale non solleverebbe alcun dubbio».

⁶⁹Si vedano, ad esempio, *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995); *Buckley v. American Constitutional Law Foundation*, 525 U.S. (1999); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).

⁷⁰*McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 347 (1995). La Corte distrettuale della Virginia, tra le tante, ha successivamente esplicitato la natura “non assoluta” del diritto di esprimersi anonimamente, dichiarando anche in *In re Subpoena duces tecum to America Online, inc.*, No. 40570 (Va. Cir. Ct. Jan. 31, 2000) che «coloro che subiscono danni a causa di comunicazioni illecite o perseguibili su Internet dovrebbero essere in grado di cercare un risarcimento appropriato impedendo ai trasgressori di nascondersi dietro ad un scudo illusorio di presunti diritti del Primo Emendamento».



⁷¹Si veda, ad esempio, la decisione della Corte Suprema americana *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971).

⁷²*Fairfax Media Publications Pty Ltd v. Voller, Nationwide News Pty Limited v. Voller e Australian News Channel Pty Ltd v. Voller* [2021] HCA 27.

⁷³Emanato in attuazione della direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

⁷⁴Il comma 1 dell'articolo 16 del d.lgs. 70/2003 sancisce che «Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio . . .».

⁷⁵Il comma 1 dell'articolo 17 del d.lgs. 70/2003 sancisce che «nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

⁷⁶Si vedano, ad esempio, Seconda Sezione del Tribunale Napoli Nord, sentenza del 4 novembre 2016 e Sezione Specializzata d'Impresa della Corte di appello di Milano, sentenza del 7 gennaio 2015, citate in G. MAGRI, *False Recensioni di Beni o Prodotti in Internet e Responsabilità Civile*, in «Revista Brasileira de Direito Civil», vol. 20, 2019, n. 2, pp. 113-135.

⁷⁷Tale figura è stata delineata in Tribunale di Milano, sentenza del 07 giugno 2011, n. 7680.

⁷⁸S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in «Il Corriere Giuridico», 2013, n. 4, pp. 505-510; G. MAGRI, *op. cit.*; C. D'URSO, *I profili informatici nella valutazione della responsabilità dell'Hosting Provider*, in «Rivista Italiana di Informatica e Diritto», 2021, n. 1, pp. 79-88, in cui l'autore cita anche Tribunale di Roma, sentenza del 12 luglio 2019, n. 14757, nella causa R.G. n. 62326/2015, *RTI c. Dailymotion*.

⁷⁹F. MANJOO, K. ROOSE, *How to Fix Facebook? We Asked 9 Experts*, in «The New York Times», 2017.

⁸⁰Adottato in attuazione della direttiva UE n. 2015/849 e del Regolamento UE n. 2015/847.

⁸¹In particolare, la soluzione adottata dalla Corte Suprema dello Stato dell'Illinois – la cosiddetta *Rule 224* – è da tempo oggetto di attenti studi e ritenuta da alcuni come una delle migliori. Si veda, ad esempio, B. STORM, *op. cit.*, che definisce quella della Corte dell'Illinois come «la migliore delle soluzioni adottate dalle corti americane».

⁸²Si veda, ad esempio, la sentenza del caso *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966), nella quale i giudici americani ritennero che la maggior parte delle normative penali statali sulla diffamazione (*libel statutes*) fossero troppo vaghe per superare un vaglio di costituzionalità, finendo così col porre le basi per una loro invalidazione.

⁸³A. J. WAGNER, A. L. FARGO, *Criminal Libel in the Land of the First Amendment*, The international Press Institute (IPI), 2015, 39 p.

⁸⁴47 U.S.C. § 551(c)(2)(B).

⁸⁵T. E. LYNCH, *op. cit.*; H. F. KUEHL, *op. cit.*

⁸⁶Un'altra considerata molto valida è quella sviluppata dalla Corte Suprema dello Stato dell'Illinois, la cosiddetta *Rule 224*.

⁸⁷*Doe v. Cahill*, 884 A.2d 451, 462-65 (Del. 2005).

⁸⁸T. E. LYNCH, *op. cit.*

⁸⁹Si vedano *ex multis* C. B. VINCENT, *Cybersmear II: Blogging and the Corporate Rematch Against John Doe Version 2.006*, in «Delaware Journal of Corporate Law», vol. 31, 2006, n. 3, p. 987-1009; *Best Western International v. Doe*, No.

CV-06-1537-PHX-DGC, 2006 WL 2091695 (D. Ariz. 2006); *McMann v. Doe*, 460 F.Supp. 2d 259 (D. Mass. 2006); *In re Does 1-10*, 242 S.W.3d 805 (Tex. App. 2007).

⁹⁰T. E. LYNCH, *op. cit.*

⁹¹M. R. ALLEGRI, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei social network provider, per i contenuti prodotti dagli utenti*, in «Informatica e Diritto», vol. 26, 2017, n. 1-2, pp. 69-112.

⁹²Sec. 4 (c)(3) del proposto *Bot Disclosure and Accountability Act of 2018*.

⁹³Si vedano, a titolo esemplificativo, N. ABOKHODAIR, D. YOO, D. W. McDONALD, *op. cit.*; E. FERRARA, O. VAROL, C. DAVIS et al., *The Rise of Social Bots*, cit.; E. FERRARA, *Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election*, cit.; G. CALDARELLI, R. DE NICOLA, F. DEL VIGNA et al., *op. cit.*

⁹⁴Si veda, ad esempio, come il ben dichiarato modello di business di Facebook ponga al centro la registrazione delle preferenze degli utenti al fine di poter indirizzare loro degli annunci pubblicitari «personalizzati». La società stessa lo descrive con accuratezza in *diverse proprie pagine web* e lo stesso fondatore lo ha anche spiegato (con la famosa frase *Senator, we run ads*) di fronte ad una commissione del Senato degli Stati Uniti nel 2018. Si veda inoltre, sempre a titolo esemplificativo, quanto riportato in J. KOETSIER, *Facebook Wants You To Want Personalized Ads. It's Not Going Well*, March 1, 2021.

⁹⁵Si noti come in E. FERRARA, O. VAROL, C. DAVIS et al., *The Rise of Social Bots*, cit., vengano presentati diversi sistemi per il rilevamento di *social bot* e che l'Osservatorio sui Social Media dell'Indiana University presenti sul proprio sito Internet *diversi strumenti* di rilevazione e contrasto dei bot e della disinformazione su Internet e sui social media.

⁹⁶Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

⁹⁷Sentenza del 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*.

⁹⁸Sentenza del 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (Sabam)*.

⁹⁹Sentenza dell'11 settembre 2014, C291/13, *Sotiris Pappasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e altri*, nella quale è stato ribadito che «Dal considerando 42 della direttiva 2000/31 risulta peraltro che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo» e sono state citate le conclusioni sul precedente caso *L'Oréal SA c. eBay*.

¹⁰⁰G. MAGRI, *op. cit.*

¹⁰¹Sulla sola piattaforma di sviluppo GitHub sono presenti oltre 16.000 diversi progetti (*repositories*) liberamente accessibili di algoritmi di analisi del linguaggio naturale; cfr. un *elenco di tali progetti*.

¹⁰²B. ZAROUALI, T. DOBBER, G. DE PAUW, C. DE VREESE, *Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media*, in «Communication Research», 2020.

¹⁰³Si vedano *ex multis* C. D. CORLEY, D. J. COOK, A. R. MIKLER, K. P. SINGH, *Text and Structural Data Mining of Influenza Mentions in Web and Social Media*, in «International Journal of Environmental Research and Public Health», vol. 7, 2010, n. 2, p. 596-615; G. PALTOGLOU, M. THELWALL, *Twitter, MySpace, Digg: Unsupervised Sentiment Analysis in Social Media*, in «ACM Transactions on Intelligent Systems



and Technology”, vol. 3, 2012, n.4, 19 p.; A. CERON, L. CURINI, S.M. IACUS, *iSA: a fast, scalable and accurate algorithm for sentiment analysis of social media content*, in “Information Sciences”, vol. 367-368, 2016, p. 105-124; B. ZAROUALI, T. DOBBER, G. DE PAUW, C. DE VREESE, *op. cit.*

¹⁰⁴D. SUSSER, B. ROESSLER, H. NISSENBAUM, *Technology, autonomy, and manipulation*, in “Internet Policy Review”, vol. 8, 2019, n. 2, p. 22 p.

¹⁰⁵Si veda a questo riguardo anche D. DAS, *Social Media Sentiment Analysis using Machine Learning – Part I*, Sept. 6, 2019 e ID., *Social Media Sentiment Analysis using Machine Learning – Part II*, Sept. 22, 2019, in cui l'autore svolge un'accurata descrizione (corredata anche di stralci del codice sorgente del programma utilizzato) di come sia possibile creare un algoritmo che compia un'analisi dei contenuti pubblicati da vari utenti su Twitter e di come grazie al *Machine Learning* sia possibile anche «rilevare il sentimento associato a un particolare tweet e categorizzarlo come negativo o positivo».

¹⁰⁶Tribunale di Roma, sentenza del 07 gennaio 2015, n. 29, Corte di appello di Roma, sentenza del 29 aprile 2017, n. 2883, e diciassettesima sezione civile del Tribunale di Roma, sentenza del 10 gennaio 2019, n. 693. Quest'ultima, in particolare, ha operato un'attenta analisi della giurisprudenza dei giudici dell'Unione e di quella nazionale.

¹⁰⁷*Trkulja v. Google Inc. LLC* [2012] VSC 533.

¹⁰⁸M.R. ALLEGRI, *op. cit.*

¹⁰⁹L'implementazione di tale funzione è stata annunciata dalla società proprietaria del servizio il 16 agosto 2021; cfr. l'Annuncio in questione.

¹¹⁰H.S. AL-KHALIFA, R.M. AL-EIDAN, *An experimental system for measuring the credibility of news content in Twitter*, in “International Journal of Web Information Systems”, vol. 7, 2011, n. 2, p. 130-151.

¹¹¹A. HERN, *Twitter hides Donald Trump tweet for 'glorifying violence'*, in “The Guardian”, May 29, 2020.

¹¹²A questo riguardo, uno studio condotto dalla Chilling Effects Clearinghouse (un progetto congiunto della Electronic Frontier Foundation e di diverse scuole di legge, tra cui Harvard, Stanford e Berkeley) ha analizzato le lettere di diffida inviate a Google ai sensi della *Section 512* del DMCA rivelando che oltre la metà degli avvisi sono stati inviati da aziende che prendevano di mira possibili concorrenti.

¹¹³Si veda a questo proposito sezione specializzata d'impresa della Corte di appello di Milano, sentenza del 7 gennaio 2015.

¹¹⁴Corte di cassazione, sentenza del 19 marzo 2019, n. 7708.

¹¹⁵Si veda a questo riguardo M. STELLA, E. FERRARA, M. DE DOMENICO, *Bots increase exposure to negative and inflammatory content in online social systems*, in “National Academy of Sciences of the United States of America”, vol. 115, 2018, n. 49, p. 12435-12440; T. BENSON, *Trolls and bots are flooding social media with disinformation encouraging states to end quarantine*, in “Insider”, Apr. 24, 2020 e B. STRICK, F. SYAVIRA, *Papua unrest: Social media bots 'skewing the narrative'*, in “BBC News”, Oct. 11, 2019.

* * *

Social media, artificial profiles, and reputation protection. How the advent of social bot for managing social media profiles can pose a serious threat to people's reputations and what might be the responses to this danger

Abstract: The use of social media has allowed anyone to spread their thoughts with a speed and a capillarity that eclipse those of the large traditional press companies. Within these “virtual squares” also operate the so-called “social bot”, programs that, once provided with the login credentials of an account, are capable of managing it independently, but giving the impression of being a real person. Their rapidity and precision of reaction on social networks make these “digital tools” dangerously useful for the dissemination of insinuations, slanders and offenses with a breadth and speed that can irreparably destroy the reputation of anyone who is targeted by their administrators. The current legal system for the protection of victims of defamation, despite the recent jurisprudential rulings on the online dissemination of falsehoods and the extension of the use of remedies, such as preventive seizure to social networks, still risks being ineffective when confronting a well-concerted use of these “socialbot”. Not even the countermeasures introduced by the owners of social media have been able to effectively stem this phenomenon. Thus, it is necessary to rethink the protection of reputation extending it to the prevention of improper use of IT tools that are now within everyone's reach. Therefore, various hypotheses are proposed in this article for solving the problem, including the extension to the owners of social media of the obligation of “customer due diligence” already existing for financial operators or the establishment of an obligation for social media owners to set up an internal reporting system with also a mark visible to the other users of the content deemed defamatory.

Keywords: Defamation – Social networks – Automation – Bot

Il *Quid*, il *Quomodo* e il *Quid iuris* dell'IA Una riflessione a partire dal volume “Diritto e tecnologie informatiche”

Giancarlo Taddei Elmi

Il contributo si pone alcuni interrogativi in relazione alla IA, *quid facit*, *quomodo facit*, *quid iuris* e *quando persona*: al *quid* si risponde che l'IA, non comprendendo significati ma solo significanti, è in grado di elaborare esclusivamente dati non semanticamente ambigui, cioè univoci; al *quomodo* che l'IA è priva di soggettività ontologica perché non si rende conto del *facere*; al *quid iuris* (cosa o persona?), che l'IA può solo ottenere lo *status* di persona giuridica (soggettività ascrittiva) conferita dalla legge; al *quando* che l'IA può superare la dicotomia *res/persona* quando una futura tecnologia le permetterà di diventare cosciente.

Informatica giuridica – Diritto dell'informatica – Intelligenza artificiale – Diritto unionale

SOMMARIO: 1. *Interrogativi della IA* – 2. *Risposte scientifico-filosofico-giuridiche* – 2.1. *Quid facit IA?* – 2.2. *Quomodo facit IA?* – 2.3. *Quid iuris della IA? e IA res o persona?* – 2.4. *Quando IA persona?* – 2.5. *Quid societatis e quid ethicae della IA?* – 3. *Risposte normative europee* – 3.1. *Il Rapporto Mady Delvaux del maggio 2016 e la Risoluzione del Parlamento europeo del febbraio 2017* – 3.2. *Il Parere del Comitato economico e sociale europeo del maggio 2017, il Rapporto degli Esperti del novembre 2019 e la Relazione della Commissione del febbraio 2020* – 3.3. *La Risoluzione A9-0178/2020 e la Proposta di Regolamento del 21 aprile 2021 della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio* – 4. *Risposte finali provvisorie?!*

1. Interrogativi della IA

Riprendo dalla introduzione di Marina Pietrangelo le parole chiave “unità” e “complessità”, usate per inquadrare la relazione interdisciplinare tra nuove tecnologie e diritto. Le sottoscrivo ricordando la grande divisione (*summa divisio*) che da sempre va tenuta presente quando si affronta questo rapporto¹: da un lato l'Informatica Giuridica (IG) come tecnologia (strumento) applicata al diritto (oggetto) e dall'altro il Diritto dell'Informatica (DI) come diritto (strumento) applicato all'informatica (oggetto). Sono due versanti di una stessa medaglia che malgrado i molti punti di contatto vanno epistemologicamente distinti e sistematizzati. Opera, questa, difficile

perché deve dare ordine a un insieme così vasto e interdisciplinare di studi, ricerche, applicazioni, problemi e esiti socio-etico-giuridici.

Alla luce di questa dicotomia propongo alcuni interrogativi, emergenti anche nel volume *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, curato da Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli, a cui tenterò di dare risposte:

1. *Quid facit IA?*
2. *Quomodo facit IA?*
3. *Quid iuris della IA?*
4. *IA res o persona?*
5. *Quid societatis ed ethicae della IA?*
6. *Quando IA persona?*

G. Taddei Elmi è ricercatore emerito associato presso l'IGSG/CNR di Firenze e già docente di Informatica giuridica presso le Università di Firenze, Milano (Statale e Cattolica) e Cagliari.

Il presente contributo è una rielaborazione della discussione tenuta il 26 ottobre 2021 in occasione del Webinar di presentazione del volume T. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Cedam-Wolters Kluwer, 2021, XVI+294 p.



Il primo interrogativo, squisitamente scientifico, riguarda cosa la macchina è in grado di fare; il secondo, scientifico-filosofico, riguarda come la IA fa quello che è in grado di fare, ossia ci si domanda se capisce le istruzioni che esegue e si rende conto di eseguirle; il terzo, totalmente giuridico, riguarda quali effetti l'IA produce; il quarto, scientifico-filosofico-giuridico, e corollario del terzo, pone la cruciale questione se la IA autonoma auto-apprendente e auto-programmabile sia un oggetto o un soggetto o un *tertium genus* e se è persona che tipo di persona possa essere, ontologica o ascrittiva? Il quinto, etico-sociologico, evoca l'esigenza di un codice di comportamento etico della IA. Il sesto, strettamente scientifico-filosofico, presuppone risolte le fondamentali questioni della natura e della sede della coscienza: l'IA, anche la più evoluta *self-learning*, non pare possedere stati mentali coscienti ma solo inconsapevoli.

2. Risposte scientifico-filosofico-giuridiche

2.1. *Quid facit IA?*

Il calcolatore è una macchina morfosintattica che riconosce solo significanti e sequenze di significanti ma non comprende significati. È capace di eseguire operazioni logiche tra enunciati di significato univoco, 0 1, vero-falso.

Il *Quid* si può indagare almeno a tre livelli di applicazioni della IG, documentario-informativo, metadocumentario-gestionale, metadocumentario-decisionale.

Nel Volume discusso si occupano del documentario-informativo Gianluigi Fioriglio (archivi sanitari) e Fernanda Faini (archivi amministrativi, dei cittadini etc.), del gestionale-giudiziario-burotico ancora Gianluigi Fioriglio, Fernanda Faini e Federico Costantini (processi telematici) e Michele Ferrazzano (informatica forense, prove digitali). Al più intrigante metadocumentario-decisionale dedicano attenzione Diego Mauri (i limiti e i rischi dei sistemi che prevedono la "forza digitale"), Thomas Casadei e Stefano Pietropaoli (i limiti di un diritto calcolabile) e Federico Costantini (giustizia elettronica, digitale e algoritmica)².

Qualche riflessione particolare merita il *quid* decisionale che sin dalle origini ha catturato l'interesse degli informatico-giuridici per la sua vocazione a riprodurre attività intellettuali elevate tipiche dell'uomo quali l'interpretazione e il ragionamento. Sia i sistemi IA simbolici sia i sistemi di IA sub-simbolici presentano un grave limite *funzionale-semantic*.

I sistemi simbolici con rappresentazione logico-semantic della conoscenza sono in grado elaborare enunciati univoci combinati da operatori logici. Si tratta dei sistemi esperti classici³. I sistemi sub-simbolici empirico-biologici (reti neurali), basati sul paradigma del monismo cervello-mente sono sistemi esperti con rappresentazione della conoscenza a posteriori (non esplicitata a priori) prodotta in modo autonomo apprendendo dai dati introdotti⁴. In entrambi i casi il calcolatore, in quanto macchina morfosintattica, non ha capacità interpretative dei contenuti ma solo riconoscimento di forme e di dati numerici.

Questo limite semantico-valutativo dell'IA, che non interpreta ma combina solo enunciati univoci, ha segnato in gran parte il fallimento di questo tipo di esperimenti e progetti. Nel 90 per cento delle questioni giuridiche, ad eccezione di quella minima parte di decisioni basate esclusivamente su riconoscimento solo formale di dati univoci e binari, l'interpretazione gioca un ruolo determinante e la decisione si basa su valutazione di dati qualitativi e non solo quantitativi⁵.

Il paradigma neurale ha invece dato molte speranze ai giuristi creando aspettative che si potesse aprire una stagione nuova per la decisione robotica. La connessione tra *big data* e algoritmi ha generato un ampio filone di studi e ricerche denominato "giustizia predittiva"⁶.

Anche i sistemi detti predittivi si basano su conoscenza "data" per l'addestramento e da questa sono condizionati. Il fatto che imparino e si correggano in base ai dati forniti non li rende valutativi di qualità ma solo calcolatori di quantità. La loro autonomia è solo apparente e dipende dagli esempi offerti, anche molto numerosi, ma sempre prestabiliti.

Come i sistemi classici a regole esplicite erano in grado di dare solo panoplie di soluzioni possibili secondo i vari metodi interpretativi ma non la soluzione, così i neurali empirico-biologico-neurali *self-learning* possono svolgere un compito di ausilio molto utile per il giudice non certo sostitutivo. L'IA neurale può essere solo consulente ma non decisionale, come ha del resto stabilito la Corte del Wisconsin in relazione al sistema americano Compass predittivo della recidiva⁷. Anche se l'algoritmo è un ausiliario solo a livello di consulente bisogna però sottolineare che vi può essere il forte rischio di tendere ad adagiarsi sul risultato algoritmico⁸!

2.2. *Quomodo facit IA?*

Il *facere* della IA sia simbolica-logico-semantic sia sub-simbolica-biologico-empirica attualmente si svi-



luppa in uno status di “inconsapevolezza”. La macchina funziona ma non si rende conto di funzionare⁹. Il tema di questo limite è forse solo sfiorato nel Volume in discussione. Merita in futuro maggiore attenzione in quanto la natura dei sistemi di IA (SIA) è molto rilevante a livello di *Quid iuris* IA. È evidente che un SIA consapevole dei suoi comportamenti aprirebbe scenari totalmente nuovi in riferimento alla questione cosa-persona e alle eventuali responsabilità per gli illeciti da esso causati.

2.3. *Quid iuris* della IA? e IA *res* o *persona*?

Il Diritto dell'informatica riguarda tutti gli esiti della IA a livello giuridico e il Volume in discussione se ne diffonde ampiamente.

I diritti fondamentali e costituzionali, le tutele delle persone e dei dati sono oggetto di analisi specifiche e generali da parte di Scagliarini, Marzocco, Maniscalco, Orrù e Brighi.

Ai diritti digitali nuovi si riferiscono con originalità Faini e Gometz.

Murino si dedica agli aspetti civilistici, Senatori a quelli lavoristici e Luce a quelli della proprietà intellettuale peraltro da tempo pervasi dall'informatica cd “reziaria”.

I reati commessi attraverso la Rete sono trattati da Di Tano, con particolare riferimento al fenomeno del cyber-bullismo, mentre Bello si occupa del cyber-odio. Ai crimini connessi alla *blockchain* e al *bit coin* dedica ampio spazio Celesti. Di sistemi per il controllo degli illeciti fiscali e di tassazione di attività digitali tratta Dorigo¹⁰.

Ai risvolti sia gestionali sia giuridici dei processi telematici è dedicato il contributo di Costantini, mentre Ferrazzano analizza le tecniche di informatica forense dirette alla rilevazione, raccolta e conservazione degli indizi e delle prove da utilizzare nei processi¹¹.

L'affascinante e inquietante questione se l'IA possa essere considerata *res* o *persona* viene sfiorata nel Volume e se ne auspica una maggiore attenzione in una prossima pubblicazione della collana.

Nella ricerca su “Il Meritevole di tutela”, promossa nel lontano 1990 da Luigi Lombardi Vallauri, ci si domandava se i sistemi informatici iper-intelligenti dovessero godere di una protezione solo secondo il valore o anche secondo la soggettività. La domanda in realtà ne nascondeva e ne presupponeva un'altra più cruciale: i sistemi di IA superano la dicotomia cosa-persona?

All'epoca si concludeva che i sistemi di IA, non rispondendo ai requisiti della soggettività ontologica quali sensazione-percezione, intellesione, autoco-

scienza e autodeterminazione, non potevano che essere protetti solo secondo il valore con gli strumenti del brevetto, del diritto di autore e del segreto industriale etc.¹² Oggi, essendo la situazione tecnologica radicalmente mutata a causa dell'irrompere dei sistemi neurali apprendenti dall'esperienza e che si auto-riprogrammano, la questione “cosa-persona” si potrebbe ragionevolmente riproporre. Ma come abbiamo già sottolineato il calcolatore presenta ancora la natura di macchina esecutiva di dati quantitativi. Anche gli odierni sistemi biologico-empirici operano sempre in stato di non comprensione del significato e di inconsapevolezza. Il *Quomodo facit* di tali sistemi, anche se totalmente imprevedibili e autonomi, non consente attualmente di considerarli come soggetti ontologici.

Per far fronte alle eventuali lacune in tema di responsabilità, sulla falsariga delle persone giuridiche fittizie, sono state avanzate ipotesi di conferimento di soggettività relative dette ascrittive.

Questa soluzione era già stata suggerita da una dottrina degli anni Novanta e dei primi anni 2000¹³.

2.4. *Quando IA persona*?

Le ipotesi di soggettività assoluta, oggi non proponibili, potrebbero in un futuro apparire meno fantascientifiche e meno fanta-giuridiche. Lo *status* di persona si potrà riconoscere a entità che mostrassero intellesione semantica, auto-consapevolezza delle azioni e capacità di autodeterminazione ossia di scelta. Le macchine attuali sono in grado di compiere tali azioni solo in via eteronoma e non in autonomia. Le prospettive sono dunque legate alla costruzione di artefatti dotati della stessa capacità neuronale dei cervelli biologici.

2.5. *Quid societatis* e *quid ethicae* della IA?

L'IA pone importanti questioni sociologiche ed etiche. Casadei e Pietropaoli presagiscono che l'IA sempre più autonoma aprirà la via non solo a un nuovo diritto ma anche a un nuovo operatore giuridico. Vantin si sofferma sul forte rischio di discriminazioni sociali dovute al *social divide*, mentre Piroso sottolinea che la congiunzione tra regolazione tecnica e algoritmi potrebbe condurre a una pericolosa algocrazia, totalmente sorda ai principi etici e sociali¹⁴.

Il Volume non dedica particolare attenzione all'etica dell'informatica, la cd algoretica, tema peraltro importante che va di pari passo con lo sviluppo della IA. Si parla e si auspica infatti una etica *by design* incorporata nel *software* che indichi determinate scelte valoriali¹⁵.



3. Risposte normative europee

3.1. Il Rapporto Mady Delvaux del maggio 2016 e la Risoluzione del Parlamento europeo del febbraio 2017

Nel 2016 l'Europa si accorge delle questioni create dalla IA autonoma e si occupa del rischio di eventuali lacune giuridiche specie in relazione alle norme sulla responsabilità delle azioni dei sistemi autoapprendenti in certi casi imprevedibili. Una parlamentare europea, Mady Delvaux, presidente del Comitato affari legali del Parlamento europeo, presenta un Draft Report (31 maggio 2016) per una normativa di diritto civile che regoli in generale la IA.

Il Parlamento europeo, sulla spinta di questo rapporto, adotta una Risoluzione (16 febbraio 2017) dove, riprendendo quasi integralmente le proposte contenute nel Rapporto Delvaux, raccomanda alla Commissione di emanare norme di diritto civile sulla robotica. In relazione alle lacune di responsabilità civile invita i vari Stati membri a utilizzare gli strumenti tradizionali delle responsabilità oggettive o per fatto altrui (vicarie) o con la gestione del rischio.

Le responsabilità oggettive previste dall'ordinamento italiano riguardano le cose pericolose, art. 2050 c.c., le cose in custodia, art. 2051 c.c., gli animali, art. 2052 c.c., i motoveicoli, art. 2054 c.c. e i prodotti secondo le Direttive 374/1985 e 34/1999 recepite nel Codice del Consumo. Quelle per fatto altrui o vicarie riguardano i minori e allievi, art. 2048 c.c. (*culpa in educando*) e art. 2049 c.c. e i dipendenti commessi domestici (*culpa in vigilando*).

La dottrina si è profusa sul tema domandandosi se queste figure di responsabilità fossero idonee a colmare le lacune prodotte dalle azioni della IA e quali di queste risultassero più applicabili¹⁶.

Di fronte a una IA autonoma molto sofisticata e imprevedibile, per la quale gli strumenti tradizionali non apparissero adeguati, sia il Rapporto Delvaux sia la Risoluzione del Parlamento europeo avanzano una ipotesi tra fantadiritto e "ius condendum" di possibile conferimento di una Personalità elettronica (*electronic person*)¹⁷.

Questa idea di attribuire lo *status* di persona ai sistemi di IA molto evoluti scatena una reazione ingiustificata di giuristi e scienziati che non hanno ben compreso il senso dell'ipotesi. La proposta del PE consisteva nel semplice conferimento di una soggettività ascrittiva fittizia come quella assegnata alle società e agli enti ma non suggeriva assolutamente di riconoscere una soggettività ontologica; non si proponeva una persona fisica ma una persona giuridica! Bisogna sottolineare che questa idea, oltre

a presentare delle difficoltà applicative, va verificata sotto il profilo della utilità e della capacità di risolvere davvero i problemi. Si tratterebbe in ogni caso di una persona ascrittiva più o meno ridotta, come a suo tempo parte della dottrina aveva vagheggiato¹⁸, che va studiata e considerata seriamente e non intesa come una proposta indecente dal punto di vista scientifico, giuridico e morale. Dopo un primo atteggiamento di stupore la dottrina si è profusa sulla ipotesi della Persona giuridica e si è divisa tra favorevoli e contrari proponendo anche figure di personalità intermedie, ridotte o parziali¹⁹, come l'ipotesi di una soggettività parziale dei flussi comunicativi in quanto attori collettivi²⁰.

3.2. Il Parere del Comitato economico e sociale europeo del maggio 2017, il Rapporto degli Esperti del novembre 2019 e la Relazione della Commissione del febbraio 2020

Il Parere del CESE del maggio 2017 definisce l'ipotesi di Persona elettronica un rischio inaccettabile, un azzardo morale perché il diritto in materia di responsabilità ha una funzione preventiva di correzione del comportamento che potrebbe venire meno se la responsabilità non ricadesse più sul costruttore perché trasferita sul robot o sui sistemi di IA autonomi²¹.

Sul tema è di particolare rilievo il rapporto che la Commissione ha incaricato di redigere all'*Expert Group on Liability and New Technologies - New Technologies Formation*.

L'ampio documento *EC Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies* del novembre 2019 analizza con cura le ipotesi di responsabilità oggettive (*strict liability*) e vicarie della IA respingendo l'ipotesi di *legal person*. Si sottolinea che ai fini della responsabilità non è necessario assegnare una personalità giuridica ai sistemi autonomi. Non sarebbe praticamente utile poiché la responsabilità civile comporterebbe l'assegnazione di fondi alla persona elettronica in modo che si possa direttamente rivolgersi contro di loro, il che equivarrebbe a mettere un limite alla responsabilità favorendo elusioni. Inoltre gli agenti elettronici dovrebbero essere in grado di acquisire beni da soli e ciò richiederebbe la risoluzione di problemi legislativi complessi relativi alla loro capacità giuridica e di agire²².

La Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al CESE del 19 febbraio 2020, nel paragrafo 3 sulla responsabilità, ribadisce che la Direttiva europea sui danni da prodotti difettosi ha ben funzionato integrando le responsabilità oggettive con quella per colpa previste dalle leggi nazionali spesso, però, non armonizzate tra loro²³.



3.3. La Risoluzione A9-0178/2020 e la Proposta di Regolamento del 21 aprile 2021 della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio

La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 riguarda specificamente il regime della responsabilità civile derivante dall'impiego dei sistemi di IA e invita la Commissione a emanare un Regolamento in materia. Si propone di distinguere sistemi ad alto rischio e sistemi a basso rischio. Così definisce il sistema autonomo all'art. 3 lett. b) «autonomo: sistema basato sull'intelligenza artificiale che opera interpretando determinati dati forniti e utilizzando una serie di istruzioni predeterminate senza essere limitato a tali istruzioni nonostante il comportamento del sistema sia legato e volto al conseguimento dell'obiettivo impartito ad altre scelte operate dallo sviluppatore in sede di progettazione». Poi definisce «alto rischio» alla lett. c) art. 3 come «un potenziale significativo in un sistema che opera in modo autonomo di causare danni o pregiudizi a una o più persone in modo causale».

La responsabilità per sistemi ad alto rischio viene all'art. 4 così indicata: «l'operatore di un sistema di IA ad alto rischio è oggettivamente responsabile di qualsiasi danno o pregiudizio causato da un'attività di un dispositivo o processo fisico o virtuale guidato da tale sistema di IA».

La responsabilità per i sistemi a basso rischio è all'art. 8 qualificata come responsabilità per colpa dell'operatore. Si prevede l'esonero se riesce a dimostrare che il danno arrecato non è imputabile a sua colpa per uno dei motivi che si elencano: a) attivazione del sistema senza che l'operatore ne fosse a conoscenza e sono state adottate tutte le misure ragionevoli e necessarie per evitare tale attivazione al di fuori dal controllo dell'operatore e b) è stata rispettata la dovuta diligenza ... per garantire la non attivazione del punto a)²⁴.

La Commissione riprende i contenuti della suddetta Risoluzione PE e nell'aprile 2021 presenta una Proposta di Regolamento dove insiste per regole armonizzate sull'IA. In relazione alle soluzioni di responsabilità ripropone quelle della proposta di Regolamento del PE e negli allegati definisce ed elenca i sistemi di IA ad alto rischio²⁵.

4. Risposte finali provvisorie?!

Le risposte finali agli interrogativi posti potrebbero essere queste, ovviamente allo stato attuale dell'arte: *Quid facit*: l'IA è solo morfosintattica e non semantica;

Quomodo facit: l'IA è inconsapevole;

Quid iuris "res o persona": l'IA non è soggetto ontologico ma solo ascrittivo;

Quid iuris "quando IA persona": la risposta al quesito dipenderà dalla evoluzione tecnologica futura.

Secondo la teoria della identità "cervello-mente" gli stati mentali risiedono nel cervello e sono prodotti dal cervello. I sostenitori del monismo ritengono che la intelligenza e la coscienza siano solo un grado di complessità cerebrale non ancora raggiungibile dalla scienza moderna e consistano in una questione di quantità e non di qualità. La coscienza sarebbe un prodotto del cervello e dipenderebbe dalla quantità di neuroni e di connessioni sinaptiche attivate contemporaneamente. Il cervello possiede circa mille miliardi di neuroni e ciascuno di essi sviluppa mediamente mille connessioni sinaptiche con gli altri neuroni per un totale di 10^{15} . Vi sarebbe uno stretto rapporto tra coscienza e complessità cerebrale. Se la coscienza è una funzione della complessità del cervello, allora questo numero di connessioni indicherebbe la soglia di complessità richiesta per il pensiero cosciente.

La dimensione della *ram* dei calcolatori è approssimabile sulla base dello sviluppo tecnologico degli ultimi venti anni.

Su questa base si presume che una disponibilità di *ram* di 10 alla quindicesima si raggiungerà nel 2029 e lì potrebbe rinvenirsi la coscienza²⁶.

A quel punto bisognerebbe rivisitare tutte le nostre conclusioni sul superamento della dicotomia cosa-persona. La IA cosciente risponderebbe personalmente delle sue azioni!?

Allora la risposta alla domanda "Quando IA persona" potrebbe essere questa: «forse quando avremo cervelli elettronici quantitativamente identici a cervelli biologici».

Obiezione "logica" pregiudiziale: possedere una *ram* di 10 alla quindicesima è condizione in ogni caso necessaria ma non sufficiente per concludere che quel cervello elettronico ha stati di coscienza.

Obiezione "scientifica" alla soluzione elettronica: il funzionamento del cervello biologico non consiste solo in connessioni neuronali elettriche ma anche potrebbe dipendere da fenomeni bio-chimici e fisici come l'energia prodotta da vibrazioni quantiche dei microtuboli cerebrali (Hameroff e Penrose²⁷) e da vibrazioni elettromagnetiche sempre prodotte dai neuroni (Mc Fadden²⁸), tutti fenomeni che paiono non computabili. Si sostiene inoltre che la coscienza risieda in una area del cervello dove avverrebbe l'incontro dei sensi, il claustr²⁹.

Forse la sola ampiezza della *ram* non sarebbe sufficiente a spiegare la coscienza e forse tutti quei



fenomeni biochimici e fisici potrebbero non essere algoritmizzabili³⁰!

Note

¹G. TADDEI ELMI, *Per un'introduzione al diritto dell'informatica. L'ordinamento giuridico francese e l'informatica (I parte)*, in Bollettino bibliografico d'informatica generale e applicata al diritto, 1972, n. 3/4, pp. 666-670; ID. (a cura di), *Abilità informatiche per il diritto*, Giuffrè, 2006, 237 p.; ID., *Informatica e diritto: un binomio irreversibile*, *ivi*, pp. 1-31 e ID., *Informatica giuridica. Una interdisciplina*, in AA.VV., "Scritti per Luigi Lombardi Vallauri", vol. I, Wolters Kluwer-Cedam, 2016, pp. 1353-1376.

²Sulla calcolabilità del diritto vedi A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, il Mulino, 2017 e ID. (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, 2019; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016; F. POGGI, *Tra il certo e l'impossibile. La probabilità nel processo*, in "Diritto e questioni pubbliche" 2010, n. 10 e ID., *Il diritto meccanico. La metafora del diritto come macchina e i suoi limiti*, in "Diritto e questioni pubbliche", 2009, n. 9. Nel penale A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in "Criminalia", 2019; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in "Diritto penale e uomo", ottobre 2019.

³G. TADDEI ELMI, *Corso di informatica giuridica*, III ed., Simone Editore, 2010, pp. 113-151 dove i sistemi classici vengono detti cognitivi in contrapposizione a quelli informativi.

⁴Sul passaggio dal paradigma logico dei sistemi esperti al paradigma empirico dei sistemi auto-apprendenti vedi W.J. KETTLEWELL, *L'intelligence artificielle en droit: Mythes, Réalités et Conséquences*, Working Paper 2019-1, ULB, p. 8-15; per una chiara introduzione al *machine learning* in generale e per una classificazione delle applicazioni al campo giuridico vedi H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, in "Washington Law Review", vol. 89, 2014, n. 1, p. 87-115 e D.A. WINKLER, T.C. LE, *Performance of Deep and Shallow Neural Networks, the Universal Approximation Theorem, Activity Cliffs, and QSAR*, in "Molecular Informatics", 2017, n. 36. Per una rassegna dei primi sistemi neurali vedi M. AIKENHEAD, *The Uses and Abuses of Neural Networks in Law*, in "Santa Clara High Technology Law Journal", vol. 12, 1996, n. 1. Per una rassegna aggiornata di sistemi neurali in Italia vedi G. DI STASIO, *Machine learning e reti neurali nel diritto civile*, in "i-lex", 2018.

⁵G. TADDEI ELMI, *Linguaggio del diritto e informatica giuridica*, in P.L. Perri, S. Zorretto (a cura di), "Diritto e Linguaggio", ETS, 2015, pp. 167-188; ID., *Les limites épistémologiques de l'informatique juridique*, in "Informatica e diritto", 1988, n. 3, pp. 67-72 e in Atti del Congrès international "Informatique et Droit: 20 ans d'expérience" (Strasbourg, 15-16 octobre 1987), ADIJ, 1988, pp. 352-363.

⁶In generale vedi A. GARAPON, J. LASSEGUE, *La Giustizia digitale*, il Mulino, 2021; S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi*, il Mulino, 2020; L. NANPIERI, M. PIETRANGELO, G. TADDEI ELMI, *Algorithmic Justice. The judicial predicting: Automation or Artificial Intelligence?*, relazione al I Panel su "IA e Diritto" della Conferenza ICON-s Italian chapter "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico", Firenze novembre 2019, Università degli studi di Firenze; QUESTIONE GIUSTIZIA, 2018, n. 4, interamente dedicato alla giustizia predittiva tramite algoritmi; D.M. KATZ, M.J. BOMMARITO, J. BLACKMAN, *A general approach for predicting the behavior of the Supreme*

Court of the United States, in PLoS One, April 2017; N. ALTRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO, V. LAMPPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in "Peer J Computer science", October 2016.

⁷*Compas Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* è un algoritmo predittivo di valutazione del rischio di recidiva sottoposto a giudizio e una corte americana lo considera legittimo come uno dei vari mezzi messi a disposizione per decidere.

⁸Negli USA sono stati predisposti altri sistemi predittivi in materia penale come quello del Tribunale di Paterson nel New Jersey per calcolare la possibilità di concedere la libertà su cauzione (cfr. E. LIVNI, *In the Us, some criminals court justice now use algorithms to guide on bail*, March 2017) e quello ideato da alcuni studiosi per predire quali sentenze di condanna a morte sarebbero state eseguite (cfr. S.T. KARAMOUZIS, D.W. HARPER, *An Artificial Intelligence System Suggests Arbitrariness of Death Penalty*, in "International Journal of Law and Information Technology", vol. 16, 2008, n. 1). Vedi commenti favorevoli e contrari sulla giustizia predittiva: V. MAGLIONE, *Intelligenza artificiale, a Pisa l'algoritmo che prevede le sentenze*, in "Il Sole 24 ore", giugno 2021; ID., *Pisa allena l'algoritmo che prevede le sentenze*, in "Il Sole 24 ore", maggio 2021; M.P. SGARIGLIA, *Algoritmo del crimine: negli Stati Uniti la tecnologia è giustiziera*, febbraio 2021; A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence based practices e tutela dei diritti fondamentali*, in "Archivio Penale", 2021, n. 1; G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in "Sistema penale", gennaio 2021; F. ROMEO, *Algoritmi di giustizia ed equità nel diritto*, in "i-lex", 2021; J. CASTELLANOS-CLARAMUNT, *Garanzie giuridiche contro l'Intelligenza Artificiale*, in "i-lex", 2020; F. CORONA, A. DEL PIZZO, *Giustizia elettronica: può l'elaboratore sostituire il giudice?*, in "i-lex", 2020; M.C. FALCHI, *Intelligenza Artificiale: se l'algoritmo è discriminatorio*, in "Ius in itinere", ottobre 2020; M. MARTORANA, *Che cambia se è l'algoritmo a valutare i condannati: i test*, in "Agenda digitale", agosto 2020; S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in "Giurisprudenza Penale Web", 2019, n. 4; V. VESCIO DI MARTIRANO, *Algoritmo e giustizia predittiva in campo penale*, in "Altalex", giugno 2019; R. CELELLA, *L'algoritmo che condanna: i limiti della giustizia predittiva*, in "Data Protection Law", maggio 2019; L. MALDONADO, *Algoritmi predittivi: una nuova sfida per la giustizia*, in "Diritto penale contemporaneo", 2019, n. 2, pp. 401-414; REDAZIONE, *L'algoritmo che prevede chi commetterà un crimine, tra poca trasparenza e pregiudizi*, in "l'Unità.news", dicembre 2018; E. YONG, *A che servono gli algoritmi nei tribunali statunitensi?*, in "Internazionale", febbraio 2018.

⁹Nel celebre saggio di Turing del 1950 dove si dà conto degli argomenti pro e contro la capacità di pensiero dei calcolatori, è citato un argomento che mette in dubbio la certezza di una tale credenza: «come si fa a sapere che le macchine non stanno pensando sé stesse se non ci troviamo dentro quella macchina». Si tratterebbe di una mera presunzione relativa confutabile.

¹⁰Sui rapporti tra diritto tributario e IA vedi R. CORDEIRO GUERRA, *L'intelligenza artificiale nel prisma del diritto tributario*, in S. Dorigo (a cura di), "Il ragionamento giuridico nell'era della intelligenza artificiale", Pacini Giuridica, 2020, pp. 87-97.

¹¹Della *e-justice* si parla da tempo e segnalo un paio di riferimenti antichi: D. CARNEVALI, F. CONTINI, M. FABRI, *Tecnologie per la giustizia*, Giuffrè, 2006 e G. TADDEI ELMI (a cura di), *Il processo telematico*, fascicolo monografico di "Informatica e diritto", 2007, n. 1-2 e i più recenti A. CON-



TALDO, M. GORGA, *Il processo telematico*, Giappichelli, 2012; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e Processo*, Giappichelli, 2019; si veda inoltre sul sito del Cirsfid la lunga sezione sulla *computer forensic* con ampia bibliografia.

¹²G. TADDEI ELMI, *I diritti della intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), "Il Meritevole di tutela", Giuffrè, 1990, p. 686 e 707.

¹³Ivi, pp. 705-707; G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, in "Contratto e Impresa", 2002, n. 2, pp. 57-91.

¹⁴B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo Giudizio Pensiero*, Giappichelli, 2018; L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 2017, n. 8, pp. 315-327; G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Edizioni ETS, 2008.

¹⁵Si vedano in particolare i contributi raccolti nella sezione *Robotica. Dall'algoritmo all'umanoide. Ciclo di lezioni*, in "Atti e memorie dell'Accademia toscana di scienze e lettere La Colombaria", vol. LXXXII, Olschki, 2017 con contributi di G. TADDEI ELMI, *Introduzione alle lezioni su robotica. Dall'algoritmo all'umanoide*, pp. 323-352; L. LOMBARDI VALLAURI, *Algoritica. Le due sfide cruciali nell'era tecnologica: bioetica, robotica*, pp. 353-376; M. LOMBARDI, *L'esplosione robotica e il futuro incerto dell'umanità*, pp. 377-391; G. BUTTAZZO, *Programmi e robot. Tassonomia ed evoluzione*, pp. 393-407; E. PALMERINI, *Robotica e diritto*, pp. 409-424; B. HENRY, *La robotica nella fantascienza e nella filmografia di riferimento*, pp. 425-440.

¹⁶Sulla responsabilità si veda L. ULISSI, *I profili di responsabilità della macchina dell'apprendimento nell'interazione con l'utente*, in G. Alpa (a cura di), "Diritto e Intelligenza artificiale", Pacini Giuridica, 2020, pp. 435-453; P.G. CHIARA, *Sistemi intelligenti autonomi e responsabilità civile: stato dell'arte e prospettive nell'esperienza comunitaria*, in "Diritto ed economia dell'impresa", 2020, n. 1, pp. 105-127; N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in "Contratto e impresa", 2020, n. 1, pp. 458-492 dove si sottolinea l'algoritmo come fonte di autonomia del robot; A.F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti: prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea*, Cacucci, 2020; A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e "product liability": sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in "Intelligenza Artificiale e diritto", Sezione monografica "Giurisprudenza italiana", 2019, n. 7, pp. 1715-1726 dove si propone di vagliare i più recenti sviluppi del diritto U.E. in materia di intelligenza artificiale con riguardo all'ambito della responsabilità da prodotto difettoso ("product liability"), dalla Risoluzione del Parlamento europeo del febbraio 2017 in materia di "norme di diritto civile sulla robotica" alle recenti "Linee Guida Etiche" per una intelligenza artificiale affidabile; in tale contesto, tema centrale è l'autonomia dell'A.I., anche e soprattutto in relazione al rischio, paventato dallo stesso Parlamento europeo, di "vuoti di responsabilità" per eventi lesivi cagionati da un'intelligenza artificiale "self-learning" in conseguenza di un suo processo evolutivo e di apprendimento imprevedibile, ma un'avvertita rielaborazione di taluni concetti-chiave della vigente normativa, dalle nozioni di "difetto" e di "componente del prodotto" al regime degli oneri probatori, potrebbe costituire idonea risposta alle nuove esigenze di tutela; G. PASSAGNOLI, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in "Persona e Mercato", 2019, n. 3, pp. 79-85; G. COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo della IA e il problema della responsabilità*, in "Analisi giuridica dell'Economia", 2019, n. 1, pp. 169-188; G. CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in "La nuova giurisprudenza

civile e commentata", 2019, n. 3, pp. 621-631; A. LA TORRE, *I robot tra responsabilità e assicurazione*, in "Assicurazioni", 2019, n. 3, pp. 323-336; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Giuffrè, 2018; C. TREVISI, *La regolamentazione in materia di intelligenza artificiale, "robot", automazione: a che punto siamo*, in "MediaLaws", 2018, n. 2; H. ZECH, *Zivilrecht Haftung für Einsatz von Robotern - Zuweisung von Automatisierungs und Autonomierisiken*, in S. Gless, K. Seelmann (Hrsg.), "Intelligente Agenten und das Recht", Nomos, 2016; A. BERTOLINI, *Robots and liability*, in F. Battaglia, N. Mukerrij, J. Nida-Rumelin (eds.), "Rethinking Responsibility in Science and Technology", Pisa University Press, 2014, p. 143-166; S. BECK, *Dealing with the diffusion of legal responsibility: the case of robotics*, *ivi*, p. 167-181; G. SARTOR, *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2003, n. 1, pp. 23-51; G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, *cit.*

¹⁷Risoluzione PE 59 lett. f) "Istituzione nel lungo termine di uno status giuridico specifico per i robot in modo che almeno i robot più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con i terzi".

¹⁸G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore, fantadiritto o ius condendum?*, *cit.*, pp. 705-707.

¹⁹Sulla soggettività giuridica in generale vedi: A. BARBA, *Soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica*, in "Rivista di diritto civile", 2018, n. 3, pp. 647-684. Sulla soggettività dei SIA dopo la proposta contenuta in Risoluzione PE 2017 si apre un grande dibattito che sfocia in una vasta produzione di letteratura giuridica; le posizioni sono di apertura o di chiusura netta ma vi sono posizioni intermedie che invitano l'ordinamento a rivedere alcune figure in particolari settori come per esempio il diritto dei contratti; tra gli altri merita segnalare l'idea di M. Loss, *Machine to Machine Contracting on the age of Internet of the Things*, in R. Shultz, D. Staudenmayer, S. Lohsse (eds.), "Contract for the Supply of digital content: Regulatory Challenges and Gaps. Munster Colloquia on EU Law and Digital Economy II", Nomos, 2017, pp. 59-81 che, respingendo la persona elettronica, propone una forma di rappresentanza ovviamente tutta da studiare dato che il rappresentante dovrebbe possedere stati soggettivi ancora non presenti nei SIA attuali. Critica verso la persona elettronica anche la posizione di M.F. LOHMANN, *Ein europäisches Roboterrecht-uberfallig oder uberflusig?*, in "ZRP", 2017, n. 6, pp. 168-171. Vedi in senso critico anche H. ZECH, *Liability for Autonomous Systems: Tackling Specific Risks of Modern IT*, in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (eds.), "Liability for Robotics and in the Internet of Things", Nomos, 2018. Per una tesi originale sugli algoritmi come attori collettivi con responsabilità parziale vedi G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, Edizioni scientifiche italiane, 2019; inoltre vedi G. TADDEI ELMI, *Soggettività e responsabilità dei sistemi di IA*, in G. Cassano, S. Previti (a cura di), "Il diritto di internet nell'era digitale", Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 847-865; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale*, Cap III. *Le responsabilità giuridiche imputabili alle macchine e agli algoritmi: categorie tradizionali o novum genus di responsabilità?*, Pacini Giuridica, 2020, pp. 49-68; F. CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?* in G. Alpa (a cura di), "op. cit.", pp. 213-220; A. BERTI SUMAN, *Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: diritti e (doveri) dei robot*, in G. Alpa (a cura di), "op. cit.", pp. 251-273; E. ANCONA, *Soggettività, responsabilità, normatività 4.0. Profili filosofico-giuridici dell'intelligenza artificiale. Introduzione*, in "Rivista di filosofia del diritto",



2019, n. 1, pp. 81-85; O. Russo, *Io, persona "robot". Il nuovo diritto pubblico della robotica*, in "Amministrativamente", 2018, n. 3-4, pp. 3-12; N. BUSTO, *La personalità elettronica dei robot: logiche di gestione del rischio tra trasparenza e fiducia*, in "Ciberspazio e diritto", 2017, n. 3, pp. 499-511. Parla di Personalità elettronica o entificazione U. RUFFOLO, *Il problema della "personalità elettronica"*, in "Journal of Ethics and Legal Technologies", 2020, n. 1, pp. 75-88. Sulla assimilazione tra *servus* e robot vedi L. FRANCHINI, *Disciplina romana della schiavitù e intelligenza artificiale odierna. Spunti di comparazione*, in "Dimit - Diritto Mercato Tecnologia", luglio 2020. Aderisce alla Risoluzione PE del 2020, che ignora l'ipotesi di persona elettronica, M. KOVAC, *Autonomous Artificial Intelligence and Uncontemplated Hazards: Towards the Optimal Regulatory Framework*, in "European Journal of Risk Regulation", June 2021, p. 1-20. Sui diritti in generale dei SIA vedi A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti? (Can robots have rights?)*, in "BioLaw Journal - Rivista di biodiritto", 2019, n. 1; P. DI TULLIO, *Diritto societario degli algoritmi. E se i "robot" diventassero imprenditori commerciali?*, in "Analisi Giuridica dell'Economia", 2019, n. 1, pp. 225-246; D.T. GUNKEL, *Robot Rights*, MIT Press, 2018; U. PAGALLO, *Intelligenza artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in "Sistemi intelligenti", 2017, n. 3, pp. 615-636; L. FLORIDI, *Robots, jobs, taxes, and responsibilities*, in "Philosophy and Technology", 2017, p. 1-4; E. DASHEVSKY, *Do Robots and AI reserve rights?*, in "PC Magazine", February 2017; T. HAGENDORF, *Animal rights and robot ethics*, in "International Journal of Technoethics", 2017, n. 2, p. 61-71; S.M. SOLAIMAN, *Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees. A quest for legitimacy*, in "Artificial Intelligence and Law", 2017, n. 2, p. 155-179; R. JONCK, *Heart of the Machine: Our Future in a World of Artificial Emotional Intelligence*, Arcade Publishing, 2017; R. CALO, A.M. FROOMKIN, I. KERR (eds.), *Robot Law*, Elgar, 2016.

²⁰G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali*, cit., p. 40. In questo caso la responsabilità extracontrattuale (*Gefährdungshaftung*) che deriverebbe per gli agenti software sarebbe una variante della responsabilità per fatto degli ausiliari, *ivi*, p. 101.

²¹Il Parere (INT/806, 31 maggio 2017 e 1° giugno in GUUE. 31.8.2017), al n. 2. Opportunità e rischi, lett. I) Legislazione così si esprime: "333 Si discute molto sulla questione di chi debba essere ritenuto responsabile se un sistema di IA causa un danno. In particolare, nei casi in cui si tratti di sistemi che apprendono autonomamente e continuano ad apprendere anche dopo la loro messa in funzione. Il Parlamento europeo ha formulato delle raccomandazioni concernenti norme di diritto civile sulla robotica, proponendo di esaminare l'opportunità di introdurre il concetto di «personalità elettronica» per i robot, in modo tale che essi possano essere ritenuti civilmente responsabili degli eventuali danni causati. Il CESE è contrario all'introduzione di una forma di personalità giuridica per i robot o per l'IA (o i sistemi di IA), in quanto essa comporterebbe un rischio inaccettabile di azzardo morale. Dal diritto in materia di responsabilità civile deriva una funzione preventiva di correzione del comportamento, la quale potrebbe venir meno una volta che la responsabilità civile non ricade più sul costruttore perché è trasferita al robot (o al sistema di IA). Inoltre, vi è il rischio di un uso inappropriato e di abuso di uno status giuridico di questo tipo. In questo contesto, il confronto con la

responsabilità limitata delle società è fuori luogo, in quanto è sempre la persona fisica a essere responsabile in ultima istanza. A tale riguardo, si dovrebbe esaminare in che misura la normativa nazionale e dell'UE vigente e la giurisprudenza in materia di responsabilità (per danno da prodotti difettosi e del rischio) e colpa propria sia sufficiente a rispondere a tale questione e, in caso contrario, quali soluzioni si impongano sul piano giuridico." 334. Inoltre, per un corretto approccio legislativo e regolamentare in materia di IA è fondamentale comprendere con chiarezza ciò che l'IA può fare, ciò che non può fare e ciò che, nel breve, medio e lungo termine, sarà in grado di fare.

²²EUROPEAN COMMISSION, *Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies*, November 2019.

²³COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, COM(2020)64.

²⁴G. TADDEI ELMI, S. MARCHIAFAVA, *Commento a P9-TA-PROV(2020)0726*, in G. Taddei Elmi, A. Contaldo (a cura di), "Intelligenza artificiale. Algoritmi giuridici. Ius condendum o "fantadiritto"?", Pacini Giuridica, 2020, pp. 281-287.

²⁵Sulla Proposta della Commissione vedi G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in "Rivista di diritto civile", 2021, n. 5, pp. 823-853, dove però non viene citata la dottrina risalente che aveva già anticipato le ipotesi di soggettività e personalità ma viene solo indicata una letteratura che riprende le idee già a suo tempo espresse (G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, cit., pp. 685-710; L. LOMBARDI VALLAURI, *Abitare pleromaticamente la terra*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), "Il Meritevole di tutela", cit., pp. VIII- XCVI).

²⁶G. BUTTAZZO, *La coscienza artificiale: missione impossibile?*, in "Mondo digitale", marzo 2002, n. 1, pp. 16-25.

²⁷S. HAMEROFF, R. PENROSE, *Consciousness in the Universe: A review of the Orch OR Theory?* in "Physics of Live Reviews", vol. 11, 2014, n. 1, p. 39-78 con *ivi* numerosi commenti alla originale teoria che ripropone una nuova forma di dualismo. Una mente o coscienza o anima che prescinde e sopravvive al cervello.

²⁸J. MC FADDEN, *Integrating information in the brain's EM field: the cemi field theory of consciousness*, in "Neuroscience of consciousness", vol. 20, 2020, n. 1.

²⁹K. NARIKIYO, R. MIZUGUCHI, A. AJIMA et al., *The claustrum coordinates cortical slow-wave activity*, in "Nature Neuroscience", vol. 23, 2020, pp. 741-753. Anche C. Koch neuroscienziato dell'*Institute Allen for brain science di Seattle*, al convegno Neuroscienze e nanotecnologie organizzato il 15 febbraio 2017 a Bethesda, avanzava l'ipotesi del "claustrum", cfr. la notizia in S. READON, *Giant neuron encircles entire brain of a mouse*, in "Nature", marzo 2017.

³⁰Nella obiezione scientifica si riportano a titolo esemplificativo solo alcune teorie recenti sulla coscienza. La questione è enorme e ovviamente non è certo questa la sede per affrontarla e darne una qualche soluzione. Sulle teorie relative alla natura dell'intelligenza artificiale vedi G. TADDEI ELMI, *Logos e intelligenza artificiale*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di) "Logos dell'essere e della noma", Adriatica, 1999, pp. 605-652.

* * *

Quid, Quomodo and Quid iuris of AI. A reflection starting from the volume "Diritto e tecnologie informatiche"

Abstract: Some questions arise in respect to AI, *quid facit, quomodo facit, quid iuris* and *quando persona*. The possible answers are: AI is solely able to process not semantically ambiguous data, that is unequivocal, because it does not understand the meanings but only the signifiers; AI does not have ontological



subjectivity because it is not aware about *facere*; AI can only have *ascritticia* subjectivity (legal person) conferred by law AI can overcome dichotomy *res/persona* when a future technology will allow it to become conscious.

Keywords: Legal informatics – Computer law – Artificial intelligence – EU law



Informatica, diritto pubblico e giuristi romani. Per un lessico giurisprudenziale del diritto pubblico romano

Franco Vallocchia

È presentato un programma elettronico di ricostruzione del lessico dello *ius publicum*, il diritto pubblico romano, attraverso vocaboli il cui impiego sia chiaramente documentato negli antichi giuristi romani. Il lessico è organizzato per lemmi, attinenti al concetto di *ius publicum* come enunciato dal giurista Ulpiano. Tale lessico sarà liberamente consultabile attraverso una piattaforma elettronica.

Diritto pubblico romano – Giuristi romani – Lessico elettronico

SOMMARIO: 1. Sistema informatico e Diritto romano – 2. Il Diritto pubblico romano e i condizionamenti di Giustiniano – 3. Le opere contemporanee di ricognizione dello *ius publicum* – 4. Il progetto per un lessico giurisprudenziale dello *ius publicum* – 5. Il lessico e l'elettronica. Le possibili prospettive

1. Sistema informatico e Diritto romano

Molto si è fatto in questi anni per indagare il Diritto romano tramite l'informatica, anche grazie all'opera del Consiglio Nazionale delle Ricerche¹, ma molto si può, anzi si deve ancora fare. E quindi, con questo breve contributo voglio presentare una nuova applicazione nell'ambito del rapporto tra sistema informatico e Diritto romano.

Si tratta di un programma elettronico, attraverso il quale sia possibile (ri)costruire il lessico dello *ius publicum*, il diritto pubblico romano, come emergente dal pensiero degli antichi giuristi; un lessico, quindi, non di uso generale, ma specificamente tecnico, cioè giurisprudenziale.

Quali sono i presupposti di tale programma, quali i caratteri e quali le prospettive?

2. Il Diritto pubblico romano e i condizionamenti di Giustiniano

Ricostruire la storia della giurisprudenza in relazione allo *ius publicum* è impresa estremamente complica-

ta; pochi i testi, succinti e (apparentemente) disomogenei. Le cause di tale frammentazione sono varie e tutte importanti; una, però, è quella di maggior rilievo. Essa si fonda essenzialmente sulla scelta, fatta e dichiarata da Giustiniano², di separare i testi giurisprudenziali relativi a materie non pianamente riconducibili al diritto privato, concentrandoli nell'esiguo spazio (residuale) dell'ultimo libro del Digesto³, o anche diffondendoli negli altri libri, ma quasi in ordine sparso⁴, ovvero, in maggior misura, espungendoli del tutto dalla struttura delle Pandette, "condannati" quindi all'oblio.

Agli occhi dell'imperatore Giustiniano, di nessuna utilità sarebbe stato il recupero di testi (antichi) relativi ai comizi e alle leggi pubbliche, ai magistrati di origine repubblicana e ai sacerdoti della religione politeista, al diritto sacro e agli auspici. "Sparivano" così i testi giurisprudenziali, o quel che ne rimaneva, che avevano trattato tali materie; dai libri sul diritto dei pontefici e degli auguri ai trattati sugli uffici magistratuali, alla grande opera pubblicistica del giurista augusteo Ateio Capitone e più ancora.

F. Vallocchia è professore ordinario di Diritto romano presso il Dipartimento di Scienze giuridiche di Sapienza - Università di Roma e associato alle attività di ricerca dell'IGSG-CNR.



Ora, tutte le difficoltà per comprendere appieno il diritto pubblico romano conseguono a questa scelta di Giustiniano. La nozione stessa di *ius publicum*, modellata durante i cinque secoli della libera repubblica e vieppiù sviluppata nei successivi cinque secoli e oltre di potere imperiale, appare condizionata dalla struttura e dai contenuti del Digesto; del resto, l'obiettivo prevalente era quello di "recuperare" organicamente il solo diritto privato, pur esso (almeno in parte) rimodulato, in quanto epurato de «il troppo e 'l vano»⁵.

Che la scelta di Giustiniano sia stata, come si usa dire oggi, "vincente", è innegabile ed è dimostrato dalla successiva storia giuridica. È anche innegabile, però, che tutto ciò ha portato all'odierna esclusione dalla palingenesi del diritto civile di quei testi giurisprudenziali, già esclusi dalle Pandette, eppur riconducibili allo *ius publicum*. Da qui l'odierna assimilazione, dogmatica ed esclusiva, del diritto civile al diritto privato; da qui, inoltre, l'odierna convinzione che non vi siano, in quanto non vi sarebbero mai state, apprezzabili fonti giurisprudenziali intorno a materie riconducibili al diritto pubblico; da qui, appunto, le odierne difficoltà a cogliere appieno il concetto stesso di *ius publicum*.

3. Le opere contemporanee di ricognizione dello *ius publicum*

Nasce, allora, la convinzione per cui la ricostruzione dello *ius publicum* debba passare attraverso il lessico ad esso proprio, come utilizzato dai giuristi.

Orbene, c'è da chiedersi se attualmente vi siano opere (ri-cognitive) che abbiano, anche solo in parte, tali caratteristiche.

Trattandosi di lessico, viene naturale iniziare tale ricognizione dalle opere enciclopediche. Essenzialmente tre sono quelle di maggiore impiego presso antichisti, e romanisti in particolare: (Daremberg-Saglio) *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, (De Ruggiero) *Dizionario epigrafico di antichità romane* e (Pauly-Wissowa) *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Si tratta di tre opere la cui pubblicazione fu iniziata – e, nel caso della seconda, mai terminata – nell'arco di venti anni, tra il 1873 ed il 1893⁶. Il pregio di queste opere, dalla prospettiva che qui interessa, è costituito dal contenere numerose voci attinenti lo *ius publicum*, con riferimenti ad ogni tipologia di fonti.

Negli stessi anni in cui venivano dati alle stampe i dizionari e le enciclopedie sopra citati, erano pubblicate a Lipsia tre importanti raccolte di giurisprudenza romana: P.E. Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, 1874 (già alla terza

edizione); O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1889; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 1896. L'organizzazione delle raccolte si basava sull'ordine cronologico ovvero alfabetico dei giuristi e sui titoli delle loro opere. È necessario ricordare che Lenel aveva dichiarato di escludere dalla sua poderosa (e apprezzatissima) palingenesi testi riferibili al diritto pubblico⁷.

Su queste basi, all'alba del XX secolo apparivano i lemmari. Nel 1900 iniziava a Monaco la pubblicazione del *Thesaurus linguae Latinae* e subito dopo, nel 1903, veniva pubblicato a Berlino il *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*. Il primo aveva un contenuto generale, il secondo era invece concentrato sul lessico giurisprudenziale, essenzialmente quello del Digesto e delle Istituzioni di Gaio.

Veniamo ora alla specificità dello *ius publicum*. Nel 1905 veniva pubblicata a Lipsia, a cura di D. Magie, l'opera *De Romanorum iuris publici sacrique vocabulis solemnibus in Graecum sermonem conversis*. Si trattava di una raccolta di vocaboli latini e greci dello *ius publicum*, tratta essenzialmente da fonti epigrafiche⁸. Circa settanta anni dopo, fu avviata a Milano sotto la direzione di Arnaldo Biscardi, la pubblicazione di un altro lemmario di *ius publicum*; era il 1976 e l'opera aveva come titolo *Corpus iuris Romani publici: raccolta delle fonti di cognizione del diritto pubblico romano dalle origini alla fine del principato (1. Testi letterari: A) giuridici B) non giuridici, 2. Testi epigrafici, 3. Testi papirologici)*. I volumi, pubblicati fino al 1984, contengono vocaboli tratti dalle Verrine e da altre due orazioni di Cicerone, oltre che dal testo di Sallustio su Catilina e dall'Istituzione oratoria di Quintiliano.

Orbene, è possibile sostenere che in tutte queste opere, la cui importanza non è certo discutibile, sia contenuto un lemmario esclusivamente giurisprudenziale e di esclusiva attinenza allo *ius publicum*, tratto sia dalle fonti giuridiche sia dalle fonti letterarie? Direi che non è dato riscontrare tali specificità⁹.

4. Il progetto per un lessico giurisprudenziale dello *ius publicum*

Ecco, allora, maturare l'idea: (ri)costruire il lessico dello *ius publicum*, come definito nella tripartizione di Ulpiano¹⁰, attraverso vocaboli il cui impiego sia chiaramente documentato in giuristi.

Su questa base, quindi, è nato il progetto.

Il lessico sarà ovviamente organizzato per lemmi; in esso saranno raccolti i testi che contengono quei lemmi, sulla base della loro attinenza al citato concetto di "*ius publicum*", come enunciato da Ulpiano nel primo libro delle «Istituzioni» (in D. 1, 1, 1, 2);



i vocaboli dovranno, quindi, attenersi a *sacra, sacerdotes, magistratus*, cioè a istituti di diritto sacro, sacerdoti e magistrati.

La raccolta dei lemmi avrà come base di partenza gli elenchi elaborati in (D. Magie) *De Romanorum iuris publici sacrique vocabulis solemnibus in Graecum sermonem conversis*. Nella *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, nel *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* e nel *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane* sarà dato riscontro ai lemmi, anche in funzione integrativa, sulla base del principio di attinenza sopra enunciato. L'obiettivo è quello di fornire il maggior numero possibile di informazioni.

Per perseguire tale obiettivo, nell'iniziale selezione delle voci da inserire nel lessico saranno inclusi i vocaboli concernenti le feste religiose e gli ambiti militare, criminale, tributario e fiscale. Sempre al fine di ampliare il più possibile la base documentale da rendere disponibile agli studiosi, molto contenute saranno le esclusioni: termini riconducibili a istituti tradizionalmente e prevalentemente studiati come parti del diritto privato, nomi propri di divinità, persone, popoli e città nonché luoghi in generale, ove essi siano semplici indicazioni topografiche. Escluse ancora le parole relative alle fonti del diritto e quelle attinenti alla metrologia. Laddove i lemmi siano costituiti da sostantivi e verbi con radice comune (ad es. *abdicatio-abdicare*), si è scelto di riportare per primo il sostantivo nell'elenco iniziale dei lemmi.

I vocaboli, così selezionati, costituiranno i "mots clés" per la ricerca dei testi che li contengono. I lemmi(-mots clés) saranno utilizzati per ricerche testuali condotte su repertori elettronici e cartacei, come esemplarmente *Bibliotheca Iuris Antiqui* (BIA) e *Thesaurus linguae Latinae*. La base testuale sarà costituita dalle fonti giuridiche e non (che sono la "base documentaria" del *Thesaurus linguae Latinae*), fermo restando che verranno raccolti solo testi riconducibili agli *scriptores iuris Romani* [scrittori di diritto romano] indicati nei *Digesta Iustiniani* e in: (P.E. Huschke) *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, (F.P. Bremer) *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, (F. Schulz) *History of Roman Legal Science* (Oxford 1953), (W. Kunkel) *Die römischen Juristen* (Köln-Weimar-Wien 2001), (AA.VV.) *Juristas universales* (Madrid-Barcelona 2004).

Ogni testo, così raccolto per ciascun lemma, sarà identificato attraverso il nome dello *scriptor iuris* di riferimento (in latino), la fonte che lo contiene e, eventualmente, l'opera da cui è tratto¹¹.

Tutti i testi saranno di regola verificati attraverso le edizioni della «Bibliotheca Teubneriana» (pubbli-

cate fin dal 1849 a Lipsia) e delle «Belles lettres» (pubblicate a Parigi fin dal 1919), per ciò che concerne le fonti letterarie, e le edizioni accolte nella *Bibliotheca Iuris Antiqui*, per ciò che concerne le fonti giuridiche. Essi saranno infine tradotti dalla lingua latina (e greca) nella lingua italiana, ispirandosi a traduzioni già esistenti¹². Per ogni voce sarà indicata una bibliografia di massima, laddove possibile. Infine, i lemmi(-mots clés) ed eventualmente anche i nomi degli *scriptores iuris* saranno evidenziati nei testi, rispettivamente, in neretto e in sottolineato¹³.

Questo è il progetto. Ora si tratta di realizzarlo.

5. Il lessico e l'elettronica. Le possibili prospettive

Non è ancora possibile fare previsioni sui risultati finali. Quanti e quali saranno i lemmi con le caratteristiche sopra esposte; quanti e quali gli *scriptores iuris* che li hanno utilizzati e in quanti e quali testi. Quel che ad oggi si può fare è riassumere qualche dato emerso dai lavori, in relazione alla prima lettera dell'alfabeto latino, i cui vocaboli vengono inseriti nel lessico come inizio di formazione dello stesso.

Orbene, il numero complessivo delle parole comprese sotto la lettera "a", tratte da (D. Magie) *De Romanorum iuris publici sacrique vocabulis solemnibus in Graecum sermonem conversis*, era di 39. Sulla base dei controlli, dovuti ai riscontri (soprattutto integrativi) effettuati attraverso la *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, il *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* ed il *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, il numero dei lemmi è salito a 168. Su tale dato iniziale, è stata effettuata la ricerca circa l'uso che gli *scriptores iuris* hanno fatto dei suddetti termini. È emerso che 100 vocaboli sono stati utilizzati da 46 *scriptores* in 2191 testi, provenienti per il 60% (1321) da fonti letterarie e per il 40% (870) da fonti giuridiche. E questo, lo ripeto, in relazione alla sola prima lettera dell'alfabeto latino.

Ritengo che sia un dato di grande rilevanza, seppur nettamente parziale. Ora è necessario proseguire; continuare a lavorare, senza sosta. Anche per ciò è stato privilegiato lo strumento elettronico; esso, meglio di quello cartaceo è fruibile universalmente e secondo schemi di ricerca più precisi e capillari. Inoltre, la telematica favorirà la rapida diffusione della conoscenza degli esiti del progetto nonché la partecipazione ai lavori per la creazione del lessico, attraverso proposte di integrazioni ed emendamenti che gli studiosi potranno avanzare in tempo reale.

Ebbene, l'uso dello strumento elettronico e soprattutto della telematica renderanno inattuale il



The screenshot shows the Ius Publicum website interface. At the top, there is a navigation bar with 'IusPublicum', 'Home', 'About', 'Contact', 'Register', and 'Login'. Below this is a blue header with 'Ius Publicum'. The main content area is divided into two columns. The left column is titled 'Lemmi' and contains a list of legal terms with their Latin and Italian equivalents. The right column is titled 'Scriptores' and contains a list of authors, including Cicero, Papinianus, and Pomponius. Below the 'Scriptores' section, there is a 'Fonti' section with a table of sources.

Fonte	Opera	Testo latino	Testo italiano
Cic. Catil. 3, 14	Catil. 3, 14	<div style=	<div style=
Cic. Catil. 3, 15	Catil. 3, 15	<div style=	<div style=
Cic. Catil. 4, 5	Catil. 4, 5	<div style=	<div style=
Cic. div. 2, 74	div. 2, 74	<div style=	<div style=

Figura 1: Evidenza della pagina del programma Ius publicum, con le varie funzionalità

concetto di “revisione” e, almeno in parte, anche quello di “aggiornamento”. Sia la revisione sia l’aggiornamento, infatti, potranno essere realizzati costantemente, in una realtà sostanzialmente priva di spazio e di tempo. Il lemmario non sarà riprodotto in uno specifico supporto informatico, quale può essere un CD-ROM, né sarà visionabile accedendo ad un apposito archivio tramite codici, che spesso sono onerosamente ceduti agli utenti. Il lemmario sarà accessibile, attraverso la rete telematica, a chiunque e in qualunque parte del mondo, semplicemente e gratuitamente accedendo dall’apposita piattaforma della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza-Università di Roma. Tale accessibilità comune, diffusa e gratuita, permetterà essa stessa la “revisione” e l’“aggiornamento”, attraverso quella medesima diffusione che ne caratterizzerà l’accesso; gli studiosi, infatti, potranno costantemente proporre modifiche per incrementare sia il lemmario sia l’antologia giurisprudenziale.

* * *

Non so se quest’opera sarà «sommamente utile» per una ricostruzione palinogenetica dello *ius publicum Romanum*¹⁴, e neppure so se incontrerà l’attenzione della comunità scientifica, ma avverto il bisogno di portare avanti il lavoro, esortato dalle opere dei Maestri, incoraggiato dalle parole degli amici, assistito dalle azioni di motivatissimi allievi ed alunni che con me hanno avviato la realizzazione di questo progetto¹⁵. A loro va il mio pensiero grato.

Note

¹Si pensi, ad esempio, ai programmi: *F-Iuris. Archivio elettronico per l’interpretazione delle fonti giuridiche romane; Bibliotheca Iuris Antiqui; Sistema d’interrogazione UNIDBT. Il latino del diritto e la sua traduzione.*

²Vedasi la costituzione *Tanta*, 8 c.: *Cetera autem omnia . . . in se recepit quinquagesimus, totius consummationis perfectus* [Poi, tutto il restante (diritto prodotto dagli antichi giuristi) . . . recepisce in sé il libro cinquantesimo che dà compimento all’intera opera].

³Esemplamente, vedasi il titolo D. 50, 10 *De operibus publicis* [Sulle opere pubbliche].

⁴Per fare qualche esempio, v. D. 43, 20, 1, 43, circa le “concessioni” di acqua pubblica e la responsabilità in materia di illegittimo diniego. V., ancora, alcune competenze di magistrati municipali in D. 43, 10. Si vedano, infine, i titoli *De officio* [Sull’ufficio] del primo libro del Digesto e gli innumerevoli brani, pressoché sparsi in tutti i libri del medesimo Digesto, tratti dalle opere dedicate agli *officia*.

⁵Come non ricordare la presentazione che Giustiniano fa di sé nel secondo Cielo del Paradiso della Divina Commedia (*Paradiso*, 6, 10-12): «Cesare fui e son Iustiniàno, / che, per voler del primo amor ch’i’ sento, / d’entro le leggi trassi il troppo e ‘l vano».

⁶*Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, Paris 1873; *Dizionario epigrafico di antichità romane*, Roma 1886; *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart 1893. Le date si riferiscono all’inizio delle pubblicazioni.

⁷«Quaecumque sive ius publicum sive sacrum spectant fragmenta extra digesta tradita». Qualche riga dopo, sempre nella *Praefatio*, Lenel spiegava però che la connessione, nello stesso frammento, tra diritto pubblico (e sacro) e diritto privato lo aveva spinto a recepire (o almeno a citare) quello stesso frammento nella Palinogenesi: «nec tamen nimis anxius fui in excludendis huius generis fragmentis, cum tres illae iuris



partes – ius sacrum publicum privatum – arta saepe necessitate inter se conexa sint: eorumque librorum, in quibus et de iure sacro vel publico et de iure privato quaeritur, omnia fragmenta recepi vel saltem indicavi».

⁸Ad esse seguì, molti anni dopo, il volume di H.J. MASON, *Greek Terms for Roman Institutions*, Toronto 1974, dal contenuto non dissimile.

⁹Non può essere considerato un lemmario il testo pubblicato da V. Giuffrè a Napoli nel 1977 col titolo *Il "diritto pubblico" nell'esperienza romana*. Con esso, infatti, l'autore realizzava, tra l'altro, un «elenco di opere 'giurisprudenziali' afferenti al *ius publicum*», senza però entrare in alcun modo negli specifici contenuti di queste opere (v. le pagine 119 ss.).

¹⁰Sono note la definizione di *ius publicum* e la tripartizione dello stesso, date da Ulpiano nel primo libro delle sue Istituzioni (collocate in D. 1, 1, 1, 2): *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat ... Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit* [Il diritto pubblico è quello che riguarda il modo di essere della cosa romana ... Il diritto pubblico consiste negli istituti del diritto sacro, nei sacerdoti, nei magistrati].

¹¹Esemplarmente: *abdicatorio/abdicare* (lemma), *Papinianus* (scriptor), D. 1, 18, 20 (fonte), 1 resp. (opera). Va detto che in molti casi la fonte e l'opera coincidono: *absentia/abesse* (lemma), *Cicero* (scriptor), ac. 2, 1 (fonte/opera).

¹²Per le fonti giuridiche, ci si ispirerà prevalentemente alle traduzioni contenute in: *Corpo del diritto curato* da G. VIGNALI (Napoli 1856), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* curato da S. SCHIPANI (Milano 2005), *Istituzioni di diritto romano* curato da E. NARDI (Milano 1986), *Le Istituzioni di Gaio* curato da M. BALZARINI (Torino 1998), *Fragmenta Vaticana* curato da M. DE FILIPPI (Bari 1998), *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* curato da G. ZA-

NON (Napoli 2006). Per le fonti letterarie, ci si ispirerà prevalentemente alle traduzioni contenute nelle edizioni Utet Grandi di opere, Classici; ma anche: E. BOLISANI, *Varrone Menippe*, Padova 1936; G. PUCCIONI (a cura di), *Marco Tullio Cicerone. Frammenti delle orazioni perdute*, Firenze 1971; G. RAMIRES (a cura di), *Servio. Commento al libro 9. dell'Eneide di Virgilio: con le aggiunte del cosiddetto Servio Danielino*, Bologna 1996, Centro studi ciceroniani per le edizioni Mondadori; F. GALLI, *Sesto Giulio Frontino, Gli acquadotti di Roma*, Lecce 1997.

¹³Talvolta, lo *scriptor* non coincide con l'autore della fonte di riferimento; in questi casi, il nome dello *scriptor*, riportato nel testo tratto da quella fonte, sarà posto in sottolineato: *abortio...* (lemma), *Cicero* (scriptor), D. 48, 19, 39 Tryph. 10 disp. (fonte), Cluent, 32 (opera) [*Cicero in oratione pro Cluentio Habito ... partum sibi medicamentis ipsa abegisset...*].

¹⁴«...sarà sommamente utile una *Palingenesia iuris Romani publici*, in cui venissero raccolte tutte le testimonianze e tutti gli squarci di autori giuridici e non giuridici concernenti lo *ius publicum*». Ciò aveva sostenuto Riccardo Orestano nell'*Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 533 nt. 26 (testo, questo, sul quale si formavano qualche decennio fa gli studenti del corso di Diritto romano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma La Sapienza).

¹⁵In particolare, i dottori Antonio Angelosanto, Marko Di Vincenzo, Francesco Maria Lucci e le dottoresse Chiara Iovacchini e Irene Rizzelli. Come non ricordare anche il validissimo aiuto dato, nel quadro di appositi progetti della Sapienza di Roma, dagli alunni dei Licei Manara e Pio XI di Roma, Pertini di Ladispoli e Colasanti di Civita Castellana. Senza l'opera, coraggiosa e attenta, di tutti loro, non sarebbe stato possibile neppure l'inizio di tale percorso.

* * *

Computer science, public law and Roman jurists. For a jurisprudential lexicon of Roman public law

Abstract: An electronic program is presented for the reconstruction of the lexicon of *ius publicum*, the Roman public law, through words whose use is clearly documented in the ancient Roman jurists. The lexicon is organized by headwords relevant to the concept of *ius publicum* as exposed by the jurist Ulpianus. This lexicon will be freely available through an electronic platform.

Keywords: Roman public law – Roman jurists – Electronic lexicon

Recensione a: Serena Vantin (a cura di), *I pericoli del gioco d'azzardo nell'era digitale. Strategie di prevenzione e azioni di contrasto* (collana “Diritto e vulnerabilità – Studi e ricerche del CRID”), Torino, Giappichelli, 2021

Eleonora A.A. Dei-Cas

Il volume curato da Serena Vantin è frutto di un percorso di ricerca realizzatosi nell'ambito del Progetto “I pericoli del gioco d'azzardo nell'era digitale. Strategie di prevenzione e azioni di contrasto”¹.

È proprio dalla dimensione – plasticamente espressa in cifre – del problema sul territorio che muove l'opera sin dalla *Premessa*, scritta da Andrea Bosi (Assessore alla Legalità del Comune di Modena): 357 milioni di euro nella sola città di Modena nel 2019, a fronte di strumenti, in mano agli amministratori locali, inadeguati e inefficaci. I dati, sia assoluti sia percentuali, ricorrono non solo nei saggi iniziali, ma anche nelle testimonianze che arricchiscono la riflessione, apportando il punto di vista di professionalità diverse, da differenti angoli visuali.

Al contempo, emerge dai vari contributi che compongono l'opera l'importanza di non demonizzare il gioco *ex se*, ma anzi di valorizzare l'importanza del “Buon Gioco” ai fini dell'apprendimento di competenze e della socializzazione, in contrapposizione al gioco patologico, a proposito del quale viene preferita la definizione di “azzardopatia”, rispetto a quella più comune – ma meno corretta – di “ludopatia”.

Così posto il problema, nella sua evoluzione allarmante e crescente, si propone un approccio integrato

basato sul contributo interdisciplinare: nel volume vengono, pertanto, trattati non solo i profili giuridici ed economici del fenomeno ma anche gli aspetti strettamente tecnologici e informatici, nonché le problematiche psicologiche o, perfino, psichiatriche (il Disturbo da gioco d'azzardo – DGA – rientra, infatti, tra le dipendenze, e viene definito dal Manuale Diagnostico Statistico dei Disturbi Mentali: si veda, sul punto, p. 60); si presta, altresì, specifica attenzione alle rilevanti ricadute sociali che esso provoca.

Quanto al primo dei profili richiamati, il contributo di Simone Scagliarini (pp. 3-22) – tracciato il perimetro della ricerca, attraverso la precisa definizione del concetto di “gioco d'azzardo” (reato tipizzato dagli artt. 718, 720 e 721 c.p.), da una parte, e di quelle forme di gioco lecito disciplinate dall'art. 110 TULPS, dall'altra parte, – indaga la tematica attraverso le lenti del diritto pubblico. In quest'ottica, l'autore si occupa sia di ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa e costituzionale avente a oggetto le numerose fonti emanate dagli Enti Locali nel tentativo di arginare il fenomeno (mentre il legislatore statale, a causa delle enormi entrate fiscali originarie dal gioco con vincita in denaro, si mostra propenso a favorire il gioco lecito), sia del bilanciamento tra libertà di ini-

¹ E.A.A. Dei-Cas è dottoressa di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.



ziativa economica e tutela della salute, entrambe di rilevanza costituzionale.

La diversa prospettiva informatico-giuridica viene puntualmente indagata da Gianluigi Fioriglio (pp. 23-38): essa risulta di stretta attualità nella misura in cui la chiusura dei locali fisici del gioco a causa delle restrizioni sanitarie determinate dalla pandemia ha accelerato il dilagare del gioco on-line, accessibile in ogni momento e da ogni luogo, meno soggetto a controlli e per questo più insidioso. Si pone in luce, nello specifico, come l'insidia rischi di condurre a un incremento dell'azzardopatia e a nuove forme di vulnerabilità, persino tra soggetti molto giovani, specie se versanti in stato di povertà educativa: l'Istituto Superiore di Sanità, ad esempio, evidenzia un rischio molto alto nella fascia tra i 14 e i 17 anni di età (p. 40); mentre l'*European School Survey Project on Alcohol and other Drugs* rileva che il 22% degli studenti delle scuole europee ha giocato d'azzardo almeno una volta nell'ultimo anno (p. 61 e p. 68).

Da un lato, quindi, il gioco d'azzardo può essere visto come "una tassa sulla povertà" giacché a esso sono maggiormente esposti soggetti economicamente deboli; dall'altro lato, è comparto che attira gli inte-

ressi della criminalità organizzata: 4.337 sono state le segnalazioni di operazioni sospette ricevute dall'Unità di Informazione Finanziaria della Banca d'Italia nel biennio 2018-2019 (p. 54).

Ciò che risulta dalla lettura dell'opera nel suo complesso è la consapevolezza della gravità del fenomeno, nelle sue diverse sfaccettature e implicazioni, presupposto fondamentale per combatterlo sia *ex ante*, sia *ex post*.

Fil rouge del volume, come emerge chiaramente fin dal titolo, è l'approccio "a doppio binario" al problema: l'opera può essere infatti efficacemente definita, come sottolinea Gianluca Marchi nella sua *Prefazione*, uno "sforzo collettivo di prevenzione e di contrasto" (p. XI).

Note

¹Si tratta di un progetto corale, pienamente rientrante nella cosiddetta "Terza Missione" dell'Università, cui hanno collaborato il Gruppo di Lavoro sul Gioco d'Azzardo Patologico del CRID unitamente alla Fondazione Universitaria "Marco Biagi" di Modena, con il contributo e il patrocinio del Comune di Modena.



Recensione a: Jacopo Ciani Sciolla, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L'interesse generale al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, Torino, Giappichelli, 2021

Pierluigi Perri

La monografia di Jacopo Ciani Sciolla, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza*, pubblicata nel settembre 2021 per i tipi di Giappichelli, indaga l'impatto delle nuove tecnologie sull'accesso alla conoscenza, mettendo in guardia il lettore dalla facile (ma parziale) lettura che vorrebbe tale relazione solo improntata ad un ampliamento dell'accesso. Se, infatti, le nuove tecnologie hanno da un lato senz'altro reso particolarmente agevole la digitalizzazione di beni materiali (si pensi al materiale librario), la produzione di beni nativi digitali (si pensi alle visite museali virtuali) e la loro comunicazione senza fili in qualunque spazio del globo connesso alla Rete, dall'altro si è assistito ad una tendenza altrettanto spiccata volta al rafforzamento dei diritti di privativa sui beni immateriali. Anzi, come evidenziato dallo stesso Autore, «è più corretto dire che l'interesse teorico e istituzionale per il pubblico dominio e la sua conservazione sia nato proprio come emblema della critica contro i diritti di proprietà intellettuale e la loro "deriva monopolistica". Le nuove tecnologie della società dell'informazione, prima ancora che essere viste come una straordinaria porta d'accesso al sapere, sono state percepite come una possibile minaccia per la tutela dei diritti di privativa, costruiti e pensati per

un mondo ancora analogico. Di qui, il legislatore ha via via irrobustito gli argini dei diritti di privativa, ampliando il ventaglio degli strumenti rimediali, a carattere sia giuridico, sia tecnologico». Per converso, lo stesso legislatore è rimasto oltremodo timido nel salvaguardare gli spazi di libera fruizione dei contenuti protetti. Da questo punto di vista, l'armonizzazione europea ha proceduto a due velocità: mentre gli Stati Membri sono avanzati compatti nella direzione di ampliare la portata dei diritti degli autori, essendo ridotto al minimo il margine di discrezionalità concesso loro in sede di recepimento delle direttive europee nell'ordinamento interno, al contrario gli spazi di libera fruizione sono stati lasciati all'arbitrio dei governi, che hanno condotto armonizzazioni estremamente eterogenee, contribuendo a comporre un quadro di profonda frammentazione e disomogeneità. Non a caso, nel linguaggio del legislatore, tali spazi sono andati a configurarsi come "eccezioni e limitazioni" al diritto di esclusiva, veicolando, anche dal punto di vista linguistico, l'immagine che la libertà di accesso sia subalterna e recessiva rispetto ai diritti di esclusiva.

Alla luce di questo quadro, che l'Autore tratteggia nei primi due capitoli, i diritti di privativa sui

P. Perri, Ph.D., è professore per il SSD IUS/20 presso l'Università degli Studi di Milano, nonché coordinatore dei corsi post laurea in "Data protection e data governance" e "Big Data, AI e piattaforme" sempre presso il medesimo Ateneo. È inoltre *Affiliated Fellow* presso l'*Information Society Project* della *Yale Law School*.



beni immateriali sovrastano gli spazi di libera utilizzazione e accesso e i numeri ne danno piena evidenza. Come viene evidenziato dall'Autore «solo il 10% circa del patrimonio culturale europeo è stato digitalizzato. Di questa quota parte, solo un terzo del materiale digitalizzato è accessibile online e solo un terzo del materiale accessibile online è disponibile per il libero riutilizzo¹. L'economia di rete, fondata sulla condivisione di conoscenza, soffre dunque di un gap di contenuti liberamente riutilizzabili».

In questo quadro, l'Autore avverte come la deriva monopolistica dei diritti di privativa sui beni immateriali tradisca sia la finalità di politica del diritto sottostante alla loro introduzione nell'ordinamento, sia il «giusto equilibrio» degli interessi che la nostra Costituzione, nell'ottica dell'Assemblea costituente, voleva perseguire.

Il problema della sintesi tra questi interessi apparentemente contrapposti ma che, in realtà, mirano a raggiungere uno scopo comune rappresentato dalla crescita culturale del Paese, costituisce il *leitmotiv* del Volume oggetto di questa recensione. «Il pubblico dominio nella società della conoscenza» si propone, infatti, di affrontare, nelle sue varie declinazioni, il rapporto tra le norme che regolano la circolazione della conoscenza e il pubblico dominio, nell'ambito del quale rientra quella conoscenza che deve restare accessibile e libera da vincoli proprietari individuali.

L'Autore sostiene l'importanza affinché al generale *favor* per la cultura dell'accesso aperto (c.d. *open access*), che sta via via affermandosi nella società odierna, corrisponda un analogo riscontro anche nel dato normativo, a partire dal «riconoscimento positivo di un diritto collettivo di accesso al pubblico dominio». Il legislatore, infatti, ha storicamente omesso di regolamentare, nelle norme primarie, il rapporto tra diritti di privativa e diritto di accesso al pubblico dominio. Esempi ne sono sia la legge sul diritto d'autore, sia il codice di proprietà industriale, che sono entrambi focalizzati sulle opere «protette», sull'oggetto della proprietà e le modalità di costituzione ed acquisto dei diritti, dimenticandosi di ciò che non è protetto.

Più di recente, invece, il legislatore sia nazionale sia europeo ha mostrato approcci più virtuosi (almeno a guardare al dato letterale), come quello che emerge dall'*incipit* del GDPR, che fa proprio l'obiettivo di riservare alle persone fisiche «il controllo dei dati personali che li riguardano» (v. Considerando n. 7), ma al tempo stesso vuole «assicurare la libera circolazione dei dati personali tra Stati Membri» (v. Considerando nn. 3 e 9).

Il Volume risulta organizzato come segue. Il capitolo introduttivo traccia il quadro teorico dei pro-

blemi che saranno poi affrontati nel testo e li colloca all'interno della cosiddetta quarta rivoluzione industriale e dello scenario economico e sociale attuale, meglio noto come *knowledge economy e society*. L'Autore evidenzia in particolare come, nel concetto di conoscenza e nel suo scambio, sia presente un profondo conflitto: quello tra le istanze proprietarie, da un lato, e le ragioni sociali della condivisione libera, senza vincoli proprietari, dall'altro (c.d. *paradox of intellectual property*)².

Il secondo capitolo mira a ricostruire la genesi storico filosofica del concetto di pubblico dominio e dell'interesse che esso riveste per i giuristi. Si esaminano, in particolare, le cause che hanno tenuto tale interesse a lungo sopito, per essere poi recuperato all'attenzione degli studiosi tra la fine del secolo scorso e l'inizio del nuovo, specialmente grazie all'opera del giurista americano David Lange, il quale, negli anni Ottanta, teorizzò il diritto di ciascun membro della collettività a modificare, rielaborare e trasformare contenuti in pubblico dominio³. Sul piano giuridico, il concetto di pubblico dominio è indagato a partire dalla classificazione romanistica delle *res*, ed in particolare dal concetto di *res communes omnium*. Dopo aver guardato all'evoluzione di tale concetto nel medioevo, l'Autore iscrive il pubblico dominio all'interno della categoria moderna dei beni comuni, con cui nel nostro ordinamento, pur senza riconoscimento positivo, si individua una categoria di beni funzionalmente destinati al libero sfruttamento da parte della comunità civile, indipendentemente dalla loro formale proprietà pubblica o privata.

Al pari dei beni comuni materiali che da anni animano accesi dibattiti, il pubblico dominio manca di una tutela di diritto positivo. L'obiettivo di questo Volume vuole quindi essere quello di inserirsi nel solco della dottrina che sostiene l'opportunità, ormai, di superare tale lacuna.

Sia la natura di bene comune di quelle risorse immateriali che afferiscono al patrimonio artistico, scientifico, culturale della Nazione, con i conseguenti doveri di solidarietà sociale che vigilano sulla loro compressione, sia la natura di diritti fondamentali delle posizioni giuridiche dei consociati che intendono accedere all'informazione e al sapere consentono, nell'analisi dell'Autore, «di elevare il pubblico dominio al rango di bene giuridico costituzionalmente rilevante e fondano un diritto soggettivo del cittadino al suo libero sfruttamento». L'Autore trova conforto a tale tesi nella scarsa, ma convincente giurisprudenza costituzionale e di legittimità, secondo cui l'esaurimento del diritto di privativa fa sorgere automaticamente «diritti di sfruttamento economico in capo a tutti gli altri soggetti» e la caduta in pubblico domi-



nio determina la nascita di un «diritto di continuare ad utilizzare l'opera in una posizione di libera concorrenza»⁴. Di tale diritto la giurisprudenza ravvisa il referente costituzionale non solo nel principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. ma anche negli artt. 2, 9 e 42 Cost., dai quali si ricava il fondamentale «principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale». Essi impongono di mettere al centro la persona umana (e i relativi interessi). Perciò, nel caso in cui un bene, indipendentemente dalla titolarità pubblica o privata, risulti per le sue intrinseche connotazioni destinato alla realizzazione della persona umana, esso deve ritenersi "comune", vale a dire, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. La potenzialità contenuta nel bene di promuovere il pieno sviluppo e centralità della persona umana deve essere resa effettiva «oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»⁵.

Ecco sorgere la necessità di riconoscere un diritto al pubblico dominio sul capitale semantico e intellettuale, libero da diritti di esclusiva. Dovrà pur sempre trattarsi di un diritto non assoluto che trovi contemperamento con altri beni di pari rango, primi tra tutti proprio i diritti proprietari sui beni immateriali, che trovano giustificazione negli stessi diritti costituzionalmente garantiti sopra ricordati.

Come è già stato sottolineato, il cuore del problema risiede proprio nel bilanciamento tra questi opposti interessi ed esso è l'oggetto dell'analisi contenuta nei capitoli 3, 4 e 5, nei quali viene esaminato l'atteggiarsi di questo bilanciamento a seconda del bene immateriale oggetto della pretesa, al contempo, di tutela esclusiva e di accesso libero e pluralistico. Seguendo questa direttrice, il Volume affronta i problemi definitori del pubblico dominio con riferimento ad alcuni tra i principali testi normativi che si propongono di disciplinare la circolazione di beni immateriali nell'odierna economia della conoscenza. In questa disamina, l'Autore dà conto anche delle principali iniziative, sul piano internazionale, volte a studiare le interazioni tra il diritto ed il pubblico dominio, sia sotto il profilo dell'individuazione degli interessi collegati alla sua salvaguardia, sia delle minacce a tale interesse.

I capitoli dedicati ai testi normativi sopra menzionati si occupano, altresì, di ripercorrere i meccanismi che il legislatore ha previsto per garantire spazi di pubblico dominio ai quali gli operatori del mercato possano liberamente attingere, senza minacciare il perimetro variabile dei diritti di esclusiva esisten-

ti. Oltre all'area già ampiamente indagata del diritto d'autore, che regola la circolazione dei prodotti dell'ingegno artistico (ed in parte tecnico) (v. cap. 4), l'Autore si è concentrato, peraltro in maniera piuttosto innovativa rispetto alla letteratura preesistente, sul regime giuridico di circolazione dei dati (v. cap. 3), dell'immagine come rappresentazione dell'identità personale, dei beni culturali e delle espressioni di folklore (v. cap. 5). Questa disamina bene evidenzia al lettore come la rilevanza del problema del pubblico dominio, nell'economia della conoscenza, sia in grado di trascendere la disciplina della proprietà intellettuale e presenti, invece, implicazioni che investono tutte le materie che in qualche misura condizionano (nel senso di agevolare od ostacolare) la circolazione della conoscenza.

Nel terzo capitolo, in particolare, è oggetto di disamina l'inquadramento giuridico dell'appartenenza, circolazione, fruizione e tutela dei dati, inquadrati nella loro veste di bene immateriale "base", nonché misura minima di qualunque forma di informazione e conoscenza. In assenza di una disciplina organica, complice anche il dibattito piuttosto recente sul tema, il capitolo analizza le diverse norme di settore che si occupano di specifiche categorie di dati: dati personali, banche dati, informazioni segrete, informazioni del settore pubblico. Nel delineare quali dati compongano il pubblico dominio, l'Autore argomenta che l'esistenza di grandi quantità di dati aperti al libero riutilizzo e soggetti a trasparenza radicale da parte delle pubbliche amministrazioni o dei privati che li detengono, sia fattore determinante per lo sviluppo della società. Unitamente alla crescente evoluzione di sistemi di intelligenza artificiale, essa sta alla base del modello di produzione automatica di nuova conoscenza, noto come innovazione computazionale.

Al tempo stesso, l'Autore esamina la posizione dei fornitori di servizi della società dell'informazione che, in qualità di intermediari nella fruizione dell'informazione in rete, svolgono un ruolo di veri e propri guardiani (*gatekeeper*) dell'accesso alla cultura. Tale ruolo consente loro, per l'appunto, di controllare, non di rado con i meccanismi propri del monopolio commerciale, sia gli *asset* tecnologici strategici della società dell'informazione rappresentati dalle infrastrutture di comunicazione, sia i dati che vi transitano. Pur consapevole della difficoltà di definire le soglie della posizione dominante in presenza di un capitale intellettuale (il possesso dei dati) non facilmente quantificabile, l'Autore passa in rassegna i rimedi offerti dal diritto antitrust, onde garantire l'accesso a dati critici per lo sviluppo di mercati a valle.

Il quarto capitolo ha ad oggetto le opere dell'ingegno creativo. Di particolare significato è la col-



locazione, nella categoria del c.d. pubblico dominio ontologico o strutturale, delle opere generate da intelligenza artificiale, escluse da tutela in forza della non imputabilità delle macchine come soggetti di diritto. Il capitolo analizza altresì le politiche europee promosse per la digitalizzazione, insieme al lungo *iter* che ha condotto alla regolamentazione di opere orfane e fuori commercio. In quest'ottica, sono oggetto di analisi anche le istanze di autoregolamentazione che tentano di sostituirsi allo Stato e stabilire autonomamente gli spazi di accessibilità in rete al patrimonio librario (con ampia analisi in particolare del caso Google Books). Vengono illustrate anche le novità introdotte dalla nuova Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale a tutela del pubblico dominio (in particolare, ai diritti d'autore su opere riproduttive di beni in pubblico dominio).

Il capitolo quinto, infine, si concentra su quelle norme, diverse dal diritto d'autore, che possono tuttavia cumularsi con esso o interferire con la circolazione e caduta in pubblico dominio di opere dell'ingegno, anche una volta decorsa la pur lunga tutela autoriale prevista dalla legge. Il diritto di proprietà e il diritto di immagine possono infatti condizionare la riproducibilità di un bene materiale, limitando così la creatività derivata. Vi sono poi le opere afferenti al patrimonio culturale, che sovente sfuggono alla disciplina del diritto d'autore, perché estremamente risalenti nel tempo. La libera circolazione di queste opere deve fare i conti, come argomentato dall'Autore, innanzitutto con la disciplina di matrice pubblicistica a tutela dei beni culturali, e secondariamente col tentativo delle comunità locali, finora tuttavia scarsamente supportato dalle istituzioni, di controllare l'uso delle proprie conoscenze ed espressioni culturali tradizionali, partecipandone degli utili.

Al netto di questa utile e preziosa ricostruzione della normativa che può condizionare la circolazione del capitale intellettuale, l'Autore non propone un diritto dei beni immateriali o della proprietà intellettuale concentrato nella descrizione di spazi di esclusiva, ma un «diritto del pubblico dominio». Esso

guarda ai regimi giuridici «che si interpongono nella circolazione dei beni immateriali non più dal punto di vista del titolare dei diritti e delle facoltà a questi concesse, bensì del libero utilizzatore che da queste facoltà vede inevitabilmente ristretta la propria creatività ed inventiva». Qui risiede, a mio avviso, il punto di vista più innovativo adottato dall'Autore. Mentre, infatti, risultano essere numerosi gli autori che hanno contribuito ad approfondire specifici aspetti del pubblico dominio, complice anche la tendenza della dottrina più tradizionale – specialmente in materia di proprietà intellettuale – a concentrarsi sulla definizione della portata dei diritti di privativa piuttosto che degli spazi da questa lasciati vuoti, questo Volume ha il pregio di presentare una visione organica, in lingua italiana, sul tema. L'opera di Jacopo Ciani Sciolla va quindi a colmare questa lacuna. Il tema, tuttavia, non può esaurirsi nella seppur ampia trattazione offerta dall'Autore, anzi, è egli stesso ad anticipare, sin dall'Introduzione, le future linee della sua ricerca, che potranno andare idealmente a completare il quadro prospettato dal Volume qui recensito. Tali linee riguarderanno, in particolare, i beni immateriali tipicamente industriali ed in particolare i segni distintivi aziendali, le espressioni della comunicazione pubblicitaria, le forme di prodotto e le invenzioni dell'ingegno tecnico.

Note

¹G.J. NAUTA, W. VAN DEN HEUVEL, S. TEUNISSE, *DEN Foundation, Europeaana DSI 2- Access to Digital Resources of European Heritage*, D4.4. Report on ENUMERATE Core Survey 4, 31 August 2017.

²P.B. HUGENHOLTZ, *Owning Science: Intellectual Property Rights as Impediments to Knowledge Sharing*, 2nd COMMUNIA Conference (Turin, 29 June 2001), che definisce tale un «system that promotes, or at least, aspires to promote knowledge [...] by restricting it».

³D. LANGE, *Recognizing the Public Domain*, in «Law and Contemporary Problems», vol. 44, 1981, n. 4, p. 147-178.

⁴Corte di Cassazione penale, Sez. un., sentenza 24 settembre 2009, n. 49783.

⁵Corte di Cassazione civile, Sez. un., sentenza 14 febbraio 2011, n. 3665.